

La enseñanza del derecho y los medios alternos de solución de controversias

*Luis Figueroa Díaz**

El artículo plantea el análisis del significado y alcance que para la enseñanza del derecho tiene la reforma del artículo 17 constitucional que incorpora los medios alternos de solución de controversias (MASC) en el orden jurídico nacional. Para ello se sustenta que los MASC constituyen un paradigma emergente en el campo jurídico determinado por la relación entre derecho y ética, así como por el proceso histórico de los mismos. Para significar la importancia que reviste la mediación como una de las formas de los MASC que recupera la legislación mexicana se analiza su naturaleza y características, además se exploran las particularidades de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

The article presents the analysis of the meaning and scope that reform of Article 17 of the Constitution has for the teaching of law. It incorporates the Means of Alternative Dispute Resolution (ADR) in domestic law. To do this it is argued that the ADR are an emerging paradigm in the legal field determined by the relationship between law and ethics as well as their historical process. In order to show the importance of mediation as one form of ADR that recovers Mexican law. At the same time, the nature and characteristics are examined and it is explored the particularities of the Law of the Supreme Court Justices in Mexico City.

SUMARIO: Introducción / I. Derecho positivo y ética / II. El sentido de proceso histórico para su instrumentación / III. Su análisis en la ciencia del derecho / IV. Conclusiones / Bibliografía

* Profesor Investigador de tiempo completo del Departamento de Derecho, UAM-A

Introducción

Desde hace algunos años el Estado mexicano ha venido reestructurándose en función de los cambios económicos y políticos que el nuevo capitalismo global ha instaurado. Entre ellos se encuentra el campo de la impartición de justicia, que ha conllevado el análisis de los procesos orales, de la institución del amparo y de los nuevos procedimientos y técnicas para solucionar conflictos y controversias que se presentan entre los agentes económicos y los individuos en el área de las relaciones sociales y económicas.

En este contexto aparece una nueva asignación justicialista que implica la adecuación de las estructuras del Estado a la nueva participación de los ciudadanos en las democracias occidentales.

En el caso mexicano se materializa en lo formal a partir de la entrada en vigor del contenido de la reforma constitucional que ordena la instauración de los procedimientos de mediación y otros medios alternos de solución de controversias.

En el artículo 17 constitucional párrafo tercero, se señala:

“(...) las leyes preverán mecanismos alternativos de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Lo que en consecuencia plantea una alternativa de naturaleza distinta a la *litis*, entendiendo por ésta la jurisdicción del propio Estado para que los jueces facultados por la ley emitan resoluciones cuya característica central consiste en que son vinculantes para las partes.

Aún cuando la función jurisdiccional aparece como parte de la división de poderes de los órganos que componen el Estado, sabemos que desde tiempo atrás esa división no es del todo tajante, lo que permite señalar la existencia de instancias estatales complementarias al poder judicial que es el caso de los llamados centros de justicia alternativa.

Los MASC se han establecido en el sistema jurídico de Europa, especialmente en Francia e Inglaterra, en las comunidades autónomas de España, Estados Unidos, Argentina, Canadá y México,¹ planteando, por otra parte, una salida organizada a los juicios largos y costosos que a menudo van en detrimento del patrimonio y de la estabilidad de personas y asociaciones.

Sin embargo, hay que precisar que los MASC suponen, en sentido estricto, que no existe todavía un juicio tal como lo concibe la teoría jurídica.²

¹ V. Eduardo Vinyamata Camp, *Aprender mediación*, Barcelona, Paidós, 2003.

² Rodolfo Cruz Miramontes y Oscar Cruz Barney, *Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Porrúa/UNAM, 2004, p. 11; señalan que la diferencia entre el litigio y los MASC consiste en que en el primero las disputas se resuelven con base en los derechos de las partes,

De acuerdo a la doctrina en México los MASC son catalogados como formas auto compositivas,³ aún cuando no existe una completa uniformidad sobre su enumeración, es decir, medios distintos al pleito,⁴ que mediante la intervención de un tercero arbitro, experto o perito, a quien las partes confían la emisión de un acto de conciliación, de mediación o de decisión, encuentran una solución a un conflicto.

Se desarrolla así, entre las partes, una actividad conducente para plantear una solución negociada, lo cual es posible en la medida que han depositado la confianza en un procedimiento que permite la intervención activa de los involucrados en el conflicto.

De esta manera las MASC han cobrado una vitalidad y renovación importante en el campo del derecho a raíz de que se ha popularizado el empleo de la mediación como una forma diferente a la conciliación, el arbitraje y la transacción,⁵ y habida cuenta de la fundación de los centros de justicia alternativa a partir de la base constitucional que hemos descrito.

Las MASC han cobrado una vitalidad y renovación importante en el campo del derecho a raíz de que se ha popularizado el empleo de la mediación como una forma diferente a la conciliación, el arbitraje y la transacción.

I. Derecho positivo y ética

Los MASC plantean, desde la perspectiva científica un ajuste en la forma de comprender la funcionalidad del derecho y de las normas jurídicas, sobre todo si atendemos

en tanto en los segundos se conciben en atención a los intereses de los involucrados, siendo así que los derechos se infieren de la ley, mientras que los intereses son producto de la interacción de los sujetos, ya sea, por ejemplo, el reconocimiento, los bienes materiales, etcétera.

- ³ José Becerra Bautista en *El proceso civil en México*, México, Porrúa, 2002, cataloga a algunos de los MASC como “substitutos de la jurisdicción”, citando el caso del arbitraje, la transacción, la conciliación y el “avenimiento”, establecido en el artículo 941, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Por su parte, Cipriano Gómez Lara, en *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1979, citando a Carnellutti, distingue entre la composición del litigio que efectúen las partes, o autocomposición, de la que lleve a cabo el juez, o heterocomposición. En los primeros incluye el desistimiento, el allanamiento, la transacción, la amigable composición y la conciliación.
- ⁴ Bennet G. Picker en *Guía práctica para la mediación*, Buenos Aires, American Bar Association/Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje/Paidós, 2001, señala que ha sido desafortunada la manera de calificar a estos procedimientos de negociación, en virtud de que sería aconsejable denominarlos como “resolución apropiada de conflictos” o “resolución activa de conflictos” a fin de que no se consideren sólo como alternativas al pleito. Lo anterior, permitiría además, a nuestro juicio, dismantelar el concepto formal del monopolio judicial de la impartición de justicia a fin de recuperar el real sentido ciudadano de la autocomposición.
- ⁵ Rodolfo Cruz Miramontes y Óscar Cruz Barney, *op. cit.*, explica y desarrolla los elementos de diversos MASC, tales como el pequeño juicio, el juicio privado, el arbitraje derivado, el juicio sumario ante jurado, el oyente neutral, la determinación por experto neutral, la decisión no obligatoria, la adaptación de contratos, las consultas, la investigación, la mediación, la conciliación, la amigable composición, los buenos oficios y la transacción extraprocesal.

Sección Doctrina

a la crítica de los modelos positivistas entendiéndolos como un paradigma donde se encuentra ausente con frecuencia el problema de la eticidad del derecho.

Porque el sistema normativo obligatorio supone superar la visión abstracta del mismo, es decir, aquella que soslaya el problema entre derecho y ética.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, en cambio, el nexo de unión de ambas categorías consiste en el concepto de intersubjetividad, es decir; porque esta categoría implica que la noción de comunidad humana y el sentido de identificación del ser humano mismo, es lo que permite que existan las sociedades mas allá de que la autoridad y el Estado se manifiesten, porque a menudo suele confundirse que el derecho sólo se representa en función de estos entes.

Así, si tomamos en cuenta que, verbigracia, la mediación supone como señala Jean-Francois Six, un “no poder” donde el mediador debe suscitar la libertad, y como indica J. W. Zeigler, Jr,⁶ es un proceso en el cual las partes en conflicto se comunican con la ayuda de un mediador neutral que no tiene capacidad de decisión, sino que las orienta para que lleguen a un acuerdo conjunto.

Podemos afirmar que los MASC son la expresión de una cultura, puesto que el ser humano ha negociado desde los primeros estadios de su desarrollo como respuesta al enfrentamiento del conflicto de manera permanente, dado que éste surge cuando “se rompe el ciclo experiencia-expectativa-experiencia” que es un modelo que permite “explicar cómo se aprehende del universo donde se existe”.⁷

En la mediación, los sujetos involucrados tienen una participación en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas partes de la controversia, lo que entonces nos lleva a determinar que los conceptos jurídicos que definen en las leyes los procedimientos para excitar tal solución, son practicados de manera directa, traduciéndose en datos tales como que las partes tienen un control sobre sus resultados, se comunican personalmente, hay captación de las percepciones y necesidades de la otra parte, se exploran mutuamente los conflictos, los intereses, emociones y metas, particularidades que hacen distinta a la mediación del laudo arbitral o de la sentencia judicial donde generalmente, hay una ausencia de estos elementos.⁸

Por ello, en la mediación, el conocimiento por los involucrados en la controversia de los conceptos y los métodos mediadores, permite que en consecuencia el elemento de la intersubjetividad se traduzca en la autoconciencia de los intereses, emociones y expectativas del yo en la negociación.

Los MASC en lo general, asumen, así, como componente importante la relación ética que se manifiesta en esa intersubjetividad, entendiendo por tal la posibilidad de dirimir una controversia partiendo del conocimiento directo del otro y donde se busca tratar a los otros como “yo soy tratado”.

⁶ Citados en Eduardo Vinyamata Camp, *op. cit.*

⁷ Luis Miguel Díaz, *Moralejas para mediar y negociar*, México, Themis, 1999, p. 30.

⁸ Véase el cuadro comparativo entre mediación y laudo arbitral y sentencia judicial en Bennett G. Picker, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

Precisamente, la crisis de los sistemas judiciales en México se explica en parte, como resultado de la carencia de reflexión de los componentes de lo ético en el proceso judicial porque si el derecho se traduce sólo como la aplicación y explicación de los deberes consignados en el derecho positivo, corre el riesgo de hacer abstracción de lo moral y con ello caer en la dominación del principio de autoridad y del Estado.

En este sentido, los MASC expresan una forma de practicar la justicia más cercana al nexo democrático puesto que son también para expertos como Luis Miguel Díaz⁹ una expresión de la privatización de la justicia, al ser mecanismos que buscan reducir el papel del Estado en la vida de los ciudadanos.

Con la reforma constitucional en materia penal del artículo 17 se avanza en acercar a la práctica de la solución de controversias estas dos dimensiones humanas, lo ético y lo jurídico. Desde luego, la reforma no implica substituir la jurisdicción del Estado mediante la función de los tribunales, pero sí es un elemento más para propiciar los cambios urgentes que requiere la impartición de la justicia tradicional.¹⁰

II. El sentido de proceso histórico para su instrumentación

En México, la instrumentación de los MASC desde los centros de mediación hasta la consagración de una reforma constitucional que los prevé en el sistema de justicia, ha tenido un sentido de proceso histórico: apenas hace algunos años atrás los expertos en mediación comenzaron una divulgación de su teoría que ha desembocado en sendas legislaciones sobre justicia alternativa (Durango, Quintana Roo, Baja California, Colima, Guanajuato, Chihuahua, Oaxaca, etcétera.) y en la creación de centros alternos de justicia como el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y al menos en 21 entidades de la República.¹¹

A nuestro parecer este proceso histórico tiene dos peculiaridades. Una primera que es resultado de una revisión de nuestros sistemas de tribunales, así como de las características de la jurisdicción estatal, las muestras de este cambio están presentes en las propuestas e implementación de los llamados juicios orales, los tribunales populares, el amparo con efectos generales, etcétera.

La vertiente elegida para el caso de México se ubica estructuralmente en el ejercicio de los MASC anexos a una sede judicial, situación que, técnicamente, vincula la mediación a los centros de justicia estatales y locales.

⁹ Citado en Rodolfo Cruz Miramontes, *op. cit.*

¹⁰ Las comparaciones entre los MASC y la justicia de tribunales son abundantes, pero puede destacarse, en favor de esta última, que los procesos tradicionales permiten proteger a los individuos y grupos que se encuentran en desventaja social, económica y política tal como ocurre con los derechos sociales consignados en nuestra Carta magna. V. Rodolfo Cruz Miramontes, *ibidem*, p. 11.

¹¹ Pascual Hernández Mergold, "El abogado mediador", *El Mundo del Abogado*, año 12, núm. 129, México, enero de 2010.

Sección Doctrina

Para algunos expertos dicha peculiaridad supone que la mediación puede verse como una audiencia donde se sustituye al juez por el mediador y donde, dependiendo del enfoque que los procedimientos conlleven, puede o no darse mayor libertad a las partes para crear sus propias soluciones.

Como suele ocurrir en estos procesos históricos es más rápido el surgimiento de instituciones comprometidas con esta nueva visión, que la unanimidad de los postulados teóricos.

Sin embargo, si el juez ordena retirar un caso determinado de la jurisdicción tradicional y someterlo a la mediación adquiere buena parte de los elementos que definen a la mediación voluntaria.

Ambos supuestos son manejados por el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y por ello puede afirmarse que de acuerdo con la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Dis-

trito Federal¹² es consecuente con la forma de instrumentar una genuina mediación.

La segunda peculiaridad tiene que ver con la constitución de una sólida red de compromisos en la comunidad y en la sociedad civil que abarcan decisiones políticas, económicas e institucionales, que apuntan hacia la reactivación del papel del ciudadano y la democratización de las instituciones.

Como suele ocurrir en estos procesos históricos es más rápido el surgimiento de instituciones comprometidas con esta nueva visión, que la unanimidad de los postulados teóricos.

El Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal es un buen ejemplo sobre cómo se tejen las redes institucionales que permiten consolidar en lo ciudadano los paradigmas emergentes.

Efectivamente, de acuerdo con su Ley de creación, su organización incluye al menos cinco ramas específicas del derecho, esto es, las materias civil, mercantil, familiar, y penal y la justicia de adolescentes:

Artículo 5: La mediación procederá en los siguientes supuestos: I. En materia civil, las controversias que deriven de relaciones entre particulares, sean personas físicas o morales, en tanto no involucren cuestiones de derecho familiar; II. En materia mercantil, las que se deriven de relaciones entre comerciantes, en razón de su participación en actos de comercio, considerados así por las leyes correspondientes; III. En materia familiar, las controversias que deriven de las relaciones entre las personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, o, aun cuando no se encuentren en dichos supuestos, tengan hijos en común; entre personas unidas por algún lazo de parentesco por consanguinidad,

¹² Publicada en *la Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 8 de enero de 2008.

por afinidad o civil, así como los que surjan de esas relaciones con terceros, IV. En materia penal, las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño; V. En materia de justicia para adolescentes, las controversias originadas por las conductas tipificadas como delitos en las leyes penales del Distrito Federal ejecutadas por las personas mayores de doce años y menores de dieciocho años de edad; en los términos y bajo las condiciones que señala la ley de la materia.

También afirmamos que este proceso histórico nos lleva a la definición de un nuevo paradigma¹³ en la enseñanza y práctica del derecho, porque desde la tarea del conocimiento empiezan a crearse una importante red de consensos disciplinarios, conceptuales, metodológicos, de prácticas de investigación que están formando un nuevo conocimiento global de los MASC.

En este último comentario caben dos cuestiones importantes: la relacionada con que a menudo el nuevo conocimiento en el derecho arroja más problemas epistemológicos que prácticos y de operación, y la que como sabemos el avance del conocimiento no es un proceso lineal, meramente acumulativo sino que implica revisión y, a veces, ruptura con conocimientos y teorías previas.¹⁴

III. Su análisis en la ciencia del derecho

El análisis en las facultades e institutos jurídicos sobre los MASC implican la revisión de conceptos, categorías y características propias de la ciencia del derecho, lo que permite suponer que en el mediano plazo será necesario reformar planes y contenidos de los programas de estudio en función de la forma y práctica que en México suponga la mediación y otros MASC.

Para ilustrar tal afirmación es menester explorar al menos ciertos ejemplos que nos ofrezcan la oportunidad de determinar los nuevos elementos que afloran en la doctrina relativa a estos MASC.

Así, expliquemos en primer lugar el problema referente a la ubicación de los MASC en la teoría jurídica en general.

Como hemos señalado, la doctrina procesal tradicional trata este asunto desde la perspectiva de auto tutela o también llamada autocomposición.

¹³ Paradigma es, como señala Alejandro Nieto, *El árbitro judicial*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 22, citando a Kuhn, el conjunto de conocimientos que comparte una comunidad científica, que en raras ocasiones es compartido por todos los miembros de esa comunidad, por lo que generalmente existe un paradigma dominante común en torno del cual se afianzan otras escuelas o corrientes de pensamiento.

¹⁴ *Ibidem*. Porque a menudo, en el campo del derecho, se realizan recopilaciones, codificaciones, cambios legislativos y constitucionales que a veces implican desechar la “chatarra normativa”, pero en otros casos determina la sustitución de un paradigma por otro.

Sección Doctrina

Para José Roberto Junco Vargas¹⁵ han existido históricamente tres grandes campos en la evolución de mecanismos de solución de controversias, a saber, la autocomposición, la heterocomposición y las soluciones intermedias modernas.

En su perspectiva, la autocomposición difiere de las soluciones intermedias en razón de que en ella existe una actividad privada para solucionar un conflicto sin acudir al Estado o a un tercero para alcanzar el remedio. Por su parte, en cambio, en las soluciones intermedias el Estado delega la potestad de intervención en un tercero sin que éste sea una autoridad y que frecuentemente tiene funciones de persuasión y orientación para las partes en conflicto.¹⁶

Desde esta perspectiva, como mecanismos de la autocomposición se pueden citar el contrato, la transacción y la donación en tanto ejemplos de la segunda es la conciliación.

Para Carnelutti,¹⁷ los equivalentes jurisdiccionales consisten en medios para solucionar litigios sin la intervención del juez, destacan en ellos el caso de la autocomposición, la conciliación y el compromiso en árbitro.¹⁸

Alcala-Zamora, por su parte al hablar de la autotutela la hace equivalente a la autodefensa, donde los rasgos centrales consisten en que existe una ausencia de juez y una de las partes impone a la otra una decisión, tal como ocurre en el derecho mercantil con la echazón, la arribada forzosa, y la facultad del capitán de un buque para imponer penas correccionales a los que dejen de cumplir una orden o quebranten la disciplina.¹⁹

En lo general y desde la perspectiva de la ciencia procesal lo más significativo de estos modelos ya sea llamados de equivalencia de la jurisdicción, de autocomposición u auto tutela consiste en que académicamente permiten distinguir la formación de una justicia donde el Estado aún no asume plenamente sus funciones judiciales del debido proceso, así como de la heterocomposición; por tanto, es lógico concluir que para estas posturas no son otra cosa que medios o formas históricas previas al arribo de la función tradicional de dirimir controversias por el Estado.

A nuestro juicio, sin embargo, este enfoque de ubicación distorsiona y pierde el verdadero significado de la naturaleza de los MASC porque como ha ocurrido en la ciencia del derecho, verbigracia: el surgimiento del derecho laboral, del derecho

¹⁵ José Roberto Junco Vargas, *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales y en el sistema acusatorio*, Bogotá, Temis, 2007, p. 53.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 53-55.

¹⁷ Según Jorge Hernán Gil Echeverry, *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*, Bogotá, Temis, 2003, p. 19, Carnelutti distingue entre mediación y conciliación, calificando a la primera como una institución que persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a una composición justa.

¹⁸ V. Luis Dorantes Tamayo, *Teoría del proceso*, México, Porrúa, 2004, p. 245.

¹⁹ *Ibidem*.

agrario o del derecho económico, la institución en particular de la mediación, en tanto adquiere cualidades y características que son distintos a otros medios más utilizados como el arbitraje y la conciliación, supone un cierto rompimiento con los esquemas más tradicionales que hemos señalado.

Esto es, pensamos que utilizar la mediación en México, entre otros medios de justicia alternativa, revoluciona ese conocimiento normal, es decir, la suposición de lo que “todos sabemos” en el campo del derecho pues tienen un significado y alcance que ahora es necesario profundizar bajo criterios distintos.²⁰

Incluso el lenguaje utilizado en la mediación cambia nuestras teorías clásicas, porque las propias sesiones de mediación asumen una dirección interdisciplinaria que no tienen normalmente, las audiencias en un juicio en tribunales.

Efectivamente, los MASC y su nueva vitalidad propician que en los esquemas de enseñanza del derecho es menester estructurar los espacios adecuados que exploren los cambios significativos, los que están produciéndose como resultado de su práctica en las instituciones de justicia alternativa, puesto que la crisis de los sistemas paradigmáticos procesales consiste en la transformación de la piedra angular del positivismo textual ubicado en el principio de la legalidad y de la seguridad jurídica, tal como lo señala Alejandro Nieto al llamar la atención acerca del agotamiento de los cánones hermenéuticos y de la lógica jurídica, puesto que el capitalismo postindustrial esta aprendiendo a dominar mediante técnicas refinadas y voluntarismos intuitivos, la era de la incertidumbre marcada por el contexto de la globalización.²¹

Por otra parte, el siglo XXI con las sociedades en permanente cambio, han abierto el debate sobre el tradicional sistema de decisión judicial, ya sea porque se trate de la revisión de la labor del juez, de los procesos rígidos y seculares, de la naturaleza de la designación de los magistrados y ministros o porque finalmente estamos en presencia de “funcionarios públicos agobiados por el trabajo y las presiones obligados profesionalmente a tomar decisiones sobre conflictos ajenos”.²²

En consecuencia, la relativa dependencia de los MASC hacia el esquema de la doctrina y escuelas procesales que desarrollan los principios y enunciados del juicio o de la heterocomposición, permite apuntar que es factible considerar su enseñanza mediante una disciplina autónoma de aquellas.

Una segunda cuestión que refuerza este último comentario, radica en que la mediación en particular es una técnica donde el lenguaje y la comunicación se ubican desde una perspectiva no litigiosa. A propósito de esta naturaleza distinta al pleito precisamente el maestro Luis Miguel Díaz, señala que los procedimientos y el ejerci-

²⁰ Así, por ejemplo, aún los textos que analizan las teorías procesales suelen citar a la mediación como aquella donde el mediador propone una solución a los litigantes, misma que puede ser rechazada, modificada y aceptada. V. Luis Dorantes Tamayo, *ibidem*; p. 246.

²¹ *Op. cit.*, pp. 21-72.

²² *Ibidem*, pp. 32 y 33.

Sección Doctrina

cio de las sesiones de mediación tienen “un enfoque menos convencional, donde una de las interacciones básicas del ser humano consiste en negociar para sobrevivir”²³

En su perspectiva, la negociación es una cualidad necesaria en la vida social de los seres humanos. En ese proceso se desenvuelven elementos relacionados con el instinto, la intuición, la razón y donde, también se desarrollan formas de comunicación que tienden a desaprender prejuicios y creencias sobre como debe funcionar la perspectiva social en una situación determinada.²⁴

Por ello la negociación es un esquema de interacción humano cuyo propósito es sobrevivir, distinguiéndose de la imposición de sucesos, del uso de la fuerza, del método violento y del pleito sujeto a interpretaciones.

En consecuencia, la negociación llevada al plano de los MASC implica el desarrollo de habilidades comunicativas y elementos interactuantes distintos al planteamiento de posturas y alegatos en un juicio; situación que conlleva “recursos que tiene el cuerpo humano para comunicar a otro que veo, pienso, oigo, siento, huelo, deseo, sueño y espero, a través de palabras y lenguaje corporal.”²⁵

En el pleito no existe una “transferencia de aprendizaje”, ese nexos comunicativo ético, como señala Habermas,²⁶ ni hay confidencialidad ni acción proactiva de las partes.

La negociación llevada al plano de los MASC implica el desarrollo de habilidades comunicativas y elementos interactuantes distintos al planteamiento de posturas y alegatos en un juicio.

La negociación, como elemento presente en las relaciones sociales, pronto devino en su empleo por el derecho mediante diversas formas y su aparición formal se remonta a los principios de la civilización humana.

La ley de las XII tablas en Roma expresaba fuerza obligatoria a lo que las partes convinieran en juicio en tanto Cicerón recomendaba la transacción para avenir a los litigantes, puesto que la consideraba

como un medio provechoso, incluso si era necesario el sacrificio de parte del derecho propio.²⁷ En la antigua China la mediación era considerada como el principal método para solucionar controversias, según puede leerse en los escritos de Confucio quien indicaba que los conflictos se solucionaban por medio de la persuasión moral y el acuerdo, pero no con el empleo de la coacción.²⁸

²³ Luis Miguel Díaz, “Negociar o mediar en vez de litigar para la solución de conflictos, Este país”, México, enero de 2001, pp. 23-28.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 8.

²⁶ Citado en Raúl Hernández Vega, *Problemas de legalidad y legitimación en el poder*, México, Universidad Veracruzana, 1986, p. 53.

²⁷ José Roberto Junco Vargas, *op. cit.*, p. 3.

²⁸ Jorge Hernán Gil Echeverry, *op. cit.*, p. 4.

En el derecho mexicano actual, el artículo primero de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal califica a la mediación como una forma de la autocomposición asistida, expresando que tiene como propósito:

Artículo 1.- La mediación tiene como objetivo fomentar una convivencia social armónica, a través del diálogo y la tolerancia, mediante procedimientos basados en la prontitud, la economía y la satisfacción de las partes.”

Para dicha ley, los conceptos de autocomposición y mediación consisten en:

Artículo 2.- Para los efectos de esta ley se entenderá por:...II.- autocomposición: reglas que los propios particulares involucrados en una controversia establecen para efecto de encontrar una solución a la misma;...X.-Mediación: procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador.

Esto significa que el desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales postindustriales suponen que los MASC no son implícitamente alternativas a los procesos judiciales, sino que se ubican en la tendencia globalizadora de nuevas formas de vitalizar la autonomía de la voluntad, pero no en el viejo sentido liberal, sino en el contexto de los derechos humanos, en tanto que toda persona tiene la posibilidad de elección propia y que en función de los intereses tutelados por la norma y el derecho, son procedimientos previos a la propia acción jurisdiccional.

A propósito de esto, el artículo tercero de la Ley que comentamos señala: “Artículo 3.- La mediación es independiente a la jurisdicción ordinaria y tiene como propósito auxiliarla...”

Así que esta cualidad subsidiaria a la jurisdicción nos arroja, importantes problemas para los estudiosos del derecho, pero, además, seguramente también para los operadores jurídicos ya que la teoría de los MASC no es siempre exacta con la práctica y la realidad, pero esto es lo que arroja la validez del nuevo paradigma, puesto que las escuelas e investigadores del derecho tienen que producir los textos jurídicos que legitimen los nuevos postulados.

Un tercer aspecto consiste en el producto típico del ejercicio de mediación, esto es, el acuerdo de mediación que en lo particular es definido generalmente como un acuerdo por escrito, definitivo y completo en el que se incorporan todos los términos, incluidos las eximiciones generales de responsabilidad entre las partes.²⁹

Por su parte, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal lo conceptúa como:

²⁹ Bennett G. Picker, *op. cit.*, p. 44.

Sección Doctrina

Artículo 2.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: I. Acuerdo: solución consensuada que construyen los mediados para cada uno de los puntos controvertidos de un conflicto, durante el desarrollo de la mediación y con la finalidad de resolverlo satisfactoriamente. El conjunto de acuerdos forman el clausulado del convenio que aquéllos suscriben.

En las sesiones de mediación se pautan las partes que han de componer un acuerdo de esta naturaleza, aún cuando el principio de confidencialidad al que están sujetos dichas sesiones implica el desarrollo de habilidades de síntesis y generalidad que debe desarrollar el mediador.

Por ello, el estudiante de derecho y futuro abogado debe contar con las herramientas suficientes que le permitan, en un futuro, incorporarse a una labor donde el reto es “cambiar y de cambiarse si no quiere ser reemplazado por profesionales de otras disciplinas”.³⁰

Un acuerdo tiene, así, el componente de que las partes reconocen su interdependencia, pueden o quieren tener una relación futura, interiorizan sus compromisos, en él asiste la solución de un tercero imparcial, neutral y es, en fin, un resultado jurídico de una comunicación de buena fe, no vinculativa en principio.

Surge, así, una cultura mediadora, distinta a la del litigio, que desemboca en un reaprendizaje de litigantes, jueces y autoridades para librar de trabas y prejuicios legales a dichos acuerdos.

La autocomposición alcanza, entonces, un nivel distinto, superior podemos decir, y por tanto también critica el conocimiento normal que hemos tenido para la solución de conflictos en el terreno del derecho.

En términos del artículo 38 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el acuerdo puede tener diversos efectos legales, entre ellos:

Artículo 38.- El convenio celebrado entre los mediados ante la fe pública del Director de Área de la materia de que se trate, con las formalidades señaladas que señala esta ley, será válido y exigible en sus términos.

El convenio traerá aparejada ejecución para su exigibilidad en vía de apremio ante los juzgados. La negativa del órgano jurisdiccional para su ejecución será causa de responsabilidad administrativa, excepto cuando el convenio adolezca de alguno de los requisitos señalados en el artículo 35 de la presente ley.

En el supuesto de incumplimiento del convenio en materia penal, quedarán a salvo los derechos del afectado para que los haga valer en la vía y forma correspondiente.

³⁰ Pascual Hernández Mergoldd, *op. cit.*, p. 31.

Cabe destacar, entonces, que la ley particular de un Estado o, en este caso, la del Distrito Federal determinará los alcances que tiene un instrumento derivado de la mediación, no obstante, en principio no es un documento que implique cosa juzgada, dado que la controversia se presenta fuera de tribunales, por ello se ha incorporado a nuestro derecho como una forma autocompositiva voluntaria y asistida y por tanto no se ubica en el terreno de la mediación anexa a tribunales que, como hemos indicado, pierde buena parte de la esencia mediadora, aún cuando también puede tener la modalidad de retirar los casos de tribunales y llevarlos hacia la mediación, en cuyo caso los expertos³¹ señalan que se recuperan las cualidades originales de la mediación.

IV. Conclusiones

De esta manera, el análisis de estos problemas y peculiaridades en torno de la mediación en particular y de los MASC en general, nos permite asumir que estamos en presencia de un paradigma emergente en el campo del conocimiento jurídico que, desde luego, se nutre de los elementos del viejo análisis procesal en torno de los medios de autocomposición, pero que se vitaliza en función de las características nuevas e innovadoras que arroje la práctica mediadora en nuestro país.

Igualmente, dado el crecimiento de las instituciones y la expedición de las leyes que determinan su ejercicio en México, ha de proliferar el crecimiento de la doctrina y de las opiniones en torno de las características e los MASC, mismas que pueden o no desacreditar a sus sostenedores; sin embargo, ello no afectará al conocimiento nuevo e innovador que está surgiendo de los Medios Alternos de Solución de Controversias, porque el paradigma en que se sustenta ya es emergente puesto que hay una red de juristas y no juristas que están comprometidos con él.³²

La principal virtud de la mediación y su incorporación como parte de la justicia alternativa radican en el sentido ético y la aceptación social, cuestiones que en un futuro permitirán su consolidación en las instituciones de justicia mexicanas.

Finalmente la incorporación de los MASC en planes y programas de estudio, profesionales o de postgrado, supone que la comunidad de investigadores tienen la responsabilidad y compromiso de articular adecuadamente las nociones y particularidades que arroje su estudio, puesto que la tarea de la enseñanza superior no consiste en capacitar a mediadores; pero sí, en desarrollar el paradigma y ubicar en este sentido a la justicia alternativa en su dimensión científica.

³¹ Bennett G. Picker, *op. cit.*, p. 23.

³² El Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal tiene entre sus proyectos de expansión impartir cursos para mediadores privados, con el fin de acreditar a los profesionales del derecho que formarán parte de los asesores y mediadores en México.

Bibliografía

- Becerra Bautista, José. *El proceso civil en México*. México, Porrúa, 2002.
- Cruz Miramontes, Rodolfo y Óscar Cruz Barney. *Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*. México, Porrúa/UNAM, 2004.
- Díaz, Luis Miguel, *Moralejas para mediar y negociar*. México, Themis, 1999.
- . “Negociar o mediar en vez de litigar para la solución de conflictos”. *Este país*. México, enero de 2001.
- Dorantes Tamayo, Luis. *Teoría del proceso*. México, Porrúa, 2004.
- Gómez Lara, Cipriano. *Teoría general del proceso*. México, UNAM, 1979.
- Hernán Gil Echeverry, José. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Bogotá, Temis, 2003.
- Hernández Mergoldd, Pascual. “El abogado mediador”. *El Mundo del Abogado*. Año 12, núm. 129, México, enero de 2010.
- Junco Vargas, José Roberto. *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales y en el sistema acusatorio*. Bogotá, Temis, 2007.
- Nieto, Alejandro. *El árbitro judicial*. Barcelona, Ariel, 2007.
- Picker, Bennet G. *Guía práctica para la mediación*. Buenos Aires, American Bar Association/Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje/Paidós, 2001.
- Vinyamata Camp, Eduardo. *Aprender mediación*. Barcelona, Paidós, 2003.

Legislación

- Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 8 de enero de 2008.