

Reflexiones en torno de algunos aspectos de la regulación jurídica de la mediación en México

*Luis Figueroa Díaz**

México como sociedad está entrando a un proceso de transición democrática en la cual la población debe participar en los procesos de justicia y solución de sus conflictos. En este contexto la mediación como instrumento para ser utilizado por los propios agentes del conflicto es una institución que requiere de una evolución que se puede dar a partir de su vinculación a sede judicial como ha sido el caso de nuestro país.

Mexico, as society, is getting into a process of democratic transition. Therefore, population should participate in the processes of justice and their conflicts' solutions. In this context, mediation is an instrument to be used by the conflict's agents. It is an institution requiring an evolution that could arise from the linkage to a judicial seat, like our country's case.

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.-La autocomposición plena y la mediación en su sentido estricto. 3.- Recuperación de la mediación en el derecho nacional e internacional. 4.- La mediación sin vínculo con sede judicial. 5.- Mediación en sede judicial. 6.- La mediación como una posibilidad de práctica comunitaria. 7.- El caso de México y la mediación en sede judicial. 8. Conclusiones. Citas bibliográficas.

1. Introducción

A la mediación se le ubica como parte de los medios alternos para la solución de conflictos, al lado de otros ya conocidos ampliamente, especialmente en el derecho mexicano, como son la conciliación y el arbitraje.

En la actualidad tiene mayor uso como instrumento para la solución de los conflictos en países como España, Argentina, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y Francia. En este último país se experimenta desde 1993 con la mediación en el ámbito

* Profesor investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.

penal, área de por sí controversial en cuanto a si es aconsejable mediar y qué tipo de delitos o faltas es posible abordar.¹

En todos ellos se practica una nueva cultura respecto de las controversias y se proponen programas que, auxiliados por la planeación, ubiquen los campos sociales, procedimientos e instancias para instrumentar la planeación. Es así que incluso la planeación de gobierno puede auxiliarse de esta forma de solucionar los conflictos toda vez que en el análisis de la realidad y de las estrategias a instrumentar así como de las políticas públicas a concretar sería muy aconsejable llevar a cabo el trabajo de mediación.²

El ámbito de su aplicación varía dependiendo de estas definiciones. En algunos casos se combina la mediación en sede judicial con la mediación fuera de ella, ya sea en el terreno extrajudicial o privado. En otros, se le condiciona a una sede judicial, principalmente en los países donde aún prevalece el concepto jurisdiccional del Estado como un monopolio para dirimir controversias.

En lo que respecta a las materias o áreas de actividad social donde puede ser estructurada, aún existe mayor debate, pues hay campos como el penal cuya lógica se ubica en la acción del Estado para perseguir delitos y faltas, que de manera general, origina que las causas no pueden ser pactadas en solución por los propios afectados.³

En México, por su parte, no se cuenta con una legislación de mediación a nivel nacional que determine su ubicación con respecto del poder judicial, ni las áreas donde la jurisdicción del Estado puede ser compartida con instancias mediadoras.⁴

Su utilidad es preferentemente en el ámbito civil y mercantil donde la transacción, el arbitraje o la conciliación han encontrado arraigo significativo desde hace muchas décadas.

¹ Para información sobre el particular puede consultarse la ponencia presentada por el magistrado del Tribunal de Grande Instancia de Béziers titulada “*la experiencia francesa en mediación*” presentada en las memorias del segundo congreso nacional de mediación 2002-2003 celebrado del 9 al 14 de septiembre del año 2002 publicadas por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

² En los Estados Unidos de Norteamérica se encuentra en rápido crecimiento la resolución alterna de conflictos en el ámbito laboral pues los programas les ofrecen a las empresas varias etapas que incluyen las negociaciones ejecutivas seguidas de una mediación y continuada con el arbitraje, que son utilizadas junto con el empleo de controladores (*ombudspersons*), aspectos citados y que pueden ser consultados en el libro de Picker, G. Bennet, *Guía práctica para la mediación*, Argentina, Editorial Piados, 2001, pp. 155.

³ Y sin embargo en México se han implementado diversos programas en la justicia penal, entre los cuales cabe citarse por su aproximación al tema que tratamos, el programa “reforma de barandilla” que puede ser leído en el texto de Castro V. Juventino, *La procuración de Justicia*, México, Editorial Porrúa, pp 9-17.

⁴ Como resultado del primer y segundo Congreso Nacional de Mediación, en México se ha planteado ya la necesidad de la existencia de una ley tipo de mediación, para lo cual nos adherimos a la opinión del Magistrado Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, Licenciado Sergio Estrada Trejo plasmada en la ponencia titulada “*Hacia una ley tipo de mediación en México*”, presentada en las memorias del segundo congreso nacional de mediación 2002-2003 celebrado del 9 al 14 de septiembre del año 2002 publicadas por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Por otra parte, y aún cuando esa legislación se materializara, la población en nuestro país conoce mayormente la justicia en su forma tradicional, es decir aquella que es impartida exclusivamente por los tribunales.⁵

Sólo por excepción, la aplicación de la justicia en México no es tarea del poder judicial, pues hay que recordar que en el caso de los adolescentes en conflicto con la ley, es el Ejecutivo Federal y local, quiénes tienen competencia de acuerdo con el artículo 18 párrafo cuarto constitucional, para establecer instituciones especiales para el “tratamiento de menores infractores”.

En consecuencia, la mediación en México, como cualquier otra forma autocompositiva o heterocompositiva tiene que ser legislada en función del papel que constitucionalmente indica el artículo 17 constitucional.

En sentido estricto la mediación se encuentra en el terreno de la composición, aún cuando el proceso judicial en sus términos actuales no convence a la mayoría de la población.

2. La autocomposición plena y la mediación en su sentido estricto

Resulta así interesante, que como resultado de un proceso de comunicación con bases nuevas e innovadoras y en el cual puede estar ausente la figura de autoridad, se termine la creación de un acuerdo, que potencialmente puede ser la solución para un conflicto determinado.

Este acuerdo producto de la mediación, a diferencia de las formas tradicionales de los contratos, emerge más bien de las partes involucradas, las que elaboran sus bases de diálogo en función no sólo de su óptica e interés particular, sino tomando en cuenta también el interés ajeno. Por ello con frecuencia se cita que una mediación puede ser idónea cuando las partes reconocen su interdependencia pero además quieren seguir observando una relación futura.⁶

Ello se asemeja más a la verdadera naturaleza de los pactos, en los cuáles los individuos o las personas pueden y tienen que interactuar activamente a fin de entender cabalmente el contenido de sus compromisos y de sus beneficios.

⁵ En México también se tiene un amplio camino avanzado en materia del establecimiento del *Ombudsman*, pero sigue siendo válida la opinión de Per-Erik Nilsson, es *Ombudsman* jefe de Suecia; acerca de que la administración pública ha crecido en sus organismos oficiales lo que aumenta el conflicto entre órganos del Estado e individuos puesto que no existen las instancias para presentar las quejas o los tribunales generalmente son lentos, formalistas y costosos. (citado en la obra de Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, México, UNAM, 1993. p. 46.)

⁶ Ver el texto de Díaz, Luis Miguel, *Moralejas para mediar y negociar*, México, Editorial Themis, 1999, pp 16-17.

Hoy en día, el proceso de creación de los contratos, por ejemplo, suele ser inducido y encaminado por terceros, quiénes tratan de imponer el interés que defienden, ya sean los litigantes o el notario o fedatario público; y en su forma distorsionada de transacción, cuando los jueces y demás encargados de auxiliar en la función pública están inmersos en un interés de beneficiar a alguna de las partes.

No podemos decir, sin embargo, que un acuerdo de mediación no tiene a un tercero participante, pues es este uno de los rasgos esenciales en su aspecto puro pues debe comprender la participación de este tercero en un carácter neutro e imparcial; lo que no suele presentarse en la génesis de los contratos puesto que las partes acuden a un experto más con un ánimo de defensa futura que de mediación, confiando en su asistencia legal posterior.

Así entiende, verbigracia, Alison Taylor a la mediación, al afirmar que es una alternativa a la violencia, la autoayuda o el litigio, que difiere de los procesos de *counseling*, negociación y arbitraje.

Es el proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.⁷

Este es quizá uno de los aportes más importantes de esta corriente de pensamiento de la mediación cuando se analiza en su forma estricta.

Por ello, el camino por el cual la mediación queda sujeta a sede judicial o es conducida por los propios tribunales o por instituciones públicas, advierte sobre un tercero que suele tener una injerencia. Por lo que para conservar la esencia propia de la mediación, debe superarse la tendencia intervencionista del Estado.

Para esta corriente de pensamiento la presencia de la autoridad es la fórmula menos propiciatoria para crear un acuerdo participativo de las partes, pudiendo derivarse en prácticas conciliatorias donde los sujetos esperarán algún tipo de posición para la solución del conflicto por esa autoridad.

En el caso de México, esta última tendencia se manifiesta claramente en los procesos de arbitraje y conciliación materializándose en las procuradurías encargadas de asistir a la parte que se considera más débil en la relación jurídica. El interés del Estado queda manifiesto generalmente en esas relaciones cuando el propósito atañe a un interés público porque se cumpla con el objetivo de justicia.

Así, por ejemplo, la ley Federal de Protección al Consumidor incluye a los procedimientos conciliatorios y arbitral en las tareas de la procuraduría, señalando su estatuto claramente el propósito de procurar la equidad y seguridad en las relaciones entre

⁷ Para mayor detalle sobre los argumentos de esta corriente de pensamiento que incluye a los autores Jay Folberg, Alison Taylor, Jean Francois Six, Jhon M. Haynes entre otros, se sugiere acudir al libro de Camp Vinyamata, Eduard, *Aprender Mediación*, Argentina, Editorial Paidós, 2003.

proveedores y consumidores; en tanto la nueva ley de Concursos mercantiles indica que la designación de conciliadores es facultad del Instituto Federal de especialistas de Concursos Mercantiles puesto que es del interés público el conservar las empresas y evitar el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago.⁸

Al citar estos dos casos puede constatarse que en nuestro país los medios alternos de solución de conflictos están conectados a la idea de soberanía del estado en tanto garante de la justicia social.

Por otra parte, quiénes sostienen que el proceso de mediación sólo es posible mediante su desvinculación a una sede judicial, explican que aquel se presenta ante la sociedad como un modelo de comunicación alternativo, como una estrategia y como una técnica particular que permite a las partes involucradas asumir un rol activo y propositivo.

Se asume desde esta perspectiva que otra de las innovaciones resulta del carácter no vinculatorio de las pláticas y de las sesiones de mediación, pues estas deliberaciones no pueden ser tomadas en cuenta para futuros reclamos o defensas de estricto derecho, con lo que el proceso de comunicación alcanza su real sentido informal y secreto.

En suma esta postura sostiene que cualquier fracaso del proceso de mediación no debe afectar el interés de las partes y mucho menos ser utilizado en perjuicio de alguna de ellas.

Por ello la mediación en su sentido estricto se presenta como un modelo de comunicación de buena fe, basado en la ausencia de protección legal futura de las partes, sustentado en la convicción de los acuerdos generadores de solución y reparadores de la relación futura. En este sentido el papel de la prueba y el costo para su generación es alternativo en función de su carácter no vinculante.⁹

El asunto así concebido plantea una nueva cultura mediadora, que en el caso de que esta forma alterna de solucionar los conflictos se prefiera vincularla a sede judicial, requerirá de los litigantes e incluso de la autoridad y jueces, de un reaprendizaje de su función tradicional, al librar de perjuicios legales a un acuerdo surgido de tan peculiar manera de asociar una conflictiva.¹⁰

En este orden de ideas, la mediación es una forma de comunicación que en su sentido estricto, coadyuva en la función social, puesto que implica propiciar en la población una nueva cultura de la resolución de los conflictos, pero además debe lograr arraigar una confianza en la institución como herramienta útil en la solu-

⁸ Artículo 1 de esta última ley.

⁹ Picker, G. Bennet, ob.cit; p. 146.

¹⁰ De la forma en que la mediación contribuye a una educación minimizadora de la cultura litigiosa, puede consultarse el texto de López, Morgan, "Mediación una opción para la resolución de conflictos", en memorias del segundo congreso nacional de mediación 2002-2003 celebrado del 9 al 14 de septiembre del año 2002 publicadas por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

ción de problemas, aspecto que a pesar de los siglos de jurisdicción estatal de los tribunales aún no ha sido posible alcanzar cabalmente. Así las formas en que se ha combinado la función de los tribunales con los centros de mediación que dependen de ellos, ha sido no obstante, un primer paso hacia la consolidación de la figura en México.¹¹

El proceso de mediación autoconducido, además convoca al pensamiento auto-crítico al asumir las partes que su conflictiva plantea la necesidad de un acuerdo que permita la convivencia futura y no la lógica de vencer al enemigo.

Es decir, la comunicación entre las partes propicia un conocimiento crítico no sólo la postura opuesta sino de la propia. Por ello, la mediación se plantea como una nueva cultura de concebir los intereses de las partes en un conflicto.

Pero volviendo a la función social que hemos indicado anteriormente, la mediación de un asunto y que ha tenido éxito puede ser tomado en cuenta para futuras participaciones en los procesos mediadores, lo que entendiéndose de la acción mediadora generada desde la sede judicial puede tender, como es normal en los procesos similares, a concebir fórmulas mediadoras para cierto tipo de asuntos. La cuestión es, sin embargo, que dicho proceso conserve su espontaneidad y creatividad propia.

De esta forma la solución exitosa de una mediación puede cumplir con la función social de propiciar y retroalimentar la cultura del no litigio al concebir que ese pensamiento mediador pase a formar parte de la constructiva social y la convivencia comunitaria.

La autocomposición alcanzaría así desde nuestro análisis una etapa superior donde el mediador sólo tiene como función conducir un proceso adecuado, mas no inducir, ni provocar un resultado deseado. Cuando esta forma de solucionar conflictos se aleja de la instancia judicial o de autoridad puede afirmarse que alcanza una verdadera autonomía.

3. Recuperación de la mediación en el derecho nacional e internacional

La concepción de la que hemos comentado en estas páginas, no es precisamente la recuperada en los instrumentos legales.

En el caso mexicano la Ley de justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo, por ejemplo, creó el llamado Centro de Asistencia Jurídica (CAJ) con la naturaleza de ser un órgano desconcentrado del poder judicial cuyo principal propósito es encargarse de

¹¹ En el estado de Aguascalientes el programa de justicia alternativa del Gobierno del estado ha implementado una vertiente comunitaria en los municipios a partir del trabajo de los jueces mixtos menores, según lo señaló la Dra. Ma. Guadalupe Márquez Algara en su ponencia “*Construyendo espacios colaborativos en la comunidad*” en memorias del segundo congreso nacional de mediación 2002-2003 celebrado del 9 al 14 de septiembre del año 2002 publicadas por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

sustanciar procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje que “pongan fin a los conflictos de carácter jurídico de naturaleza exclusivamente privada...” (ver artículo 5° de esa ley).

A cargo del CAJ se encuentra un director nombrado por el Pleno del Tribunal superior de Justicia del estado, quién debe satisfacer los mismos requisitos exigidos para los jueces de primera instancia del poder judicial local.

El Centro, desde la normatividad, tiene así la función de proporcionar mediadores y conciliadores a las personas que opten por tratar de arreglar el conflicto privado a través de alguno de los medios alternos de justicia. En conclusión, en el caso de Quintana Roo, que fue uno de los primeros estados de la República en legislar sobre medios alternos de solución de conflictos, la mediación ha sido incorporada a una sede judicial mediante un centro con autonomía funcional.

Esta solución y el órgano estatal dependiente del poder judicial, es decir, el Centro de mediación, es una fórmula que se ha repetido ya en varios Estados como son en Puebla, Estado de México, Querétaro y en el caso del Distrito Federal, situación hacia la que al parecer apuntan las legislaciones nacionales que van recuperando la figura de la mediación.

Por otra parte, la ley pionera de Quintana Roo, también conceptualizó a la mediación con una semejanza hacia la conciliación, al señalar en su sección correspondiente a los procedimientos alternativos, que el conciliador designado procurará avenir a las partes en conflictos mediando entre ellos, explorando fórmulas de arreglo y dando asistencia para el documento idóneo que dé solución al conflicto. Este carácter proactivo del mediador con un corte de interés público es una construcción adoptada a la relación del poder judicial con el centro de mediación y por tanto deriva en un carácter más injerencista de la figura del mediador.¹²

La mediación y la conciliación aparecen así bajo un similar procedimiento. Más aún, en el caso de la ley pionera que comentamos, se establece que la simple negativa para avenirse, se tomará en cuenta para condenar en costas a aquella parte que resulte vencida en juicio; cuestión que como antes hemos explicado, desvirtúa el secreto y buena fe del proceso teórico de la mediación.

No obstante lo anterior es significativo como la ley de Quintana Roo y las que posteriormente se han expedido en la República han abierto el debate respecto de la recuperación de la mediación en los cuerpos normativos y han iniciado el camino para su institucionalización.

¹² Por ejemplo en el estado de Querétaro las cifras de atención de su centro de mediación registraron el dato de 1145 personas atendidas sólo durante el periodo febrero-diciembre del año 2001, lo que permite afirmar al Lic. Roberto Góngora Rodríguez en su ponencia “*la mediación como política de Estado*” que los centros de mediación en el mediano y largo plazo pueden contribuir a disminuir la carga laboral de las instancias jurisdiccionales. (ponencia presentada en el segundo Congreso nacional de mediación 2002-2003).

En este sentido y sólo con el objeto de contrastar la fórmula que empieza a proliferar en México, podemos citar el cómo el derecho internacional la tipifica. Al respecto, la ley modelo sobre conciliación comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (UNCITRAL), establece en su artículo segundo que por conciliación se entiende “todo proceso, ya sea reflejado por el término conciliación, mediación o por otra expresión de sentido familiar, en que la partes solicitan a un tercero, o a un grupo de personas, que les presten asistencia de forma independiente e imparcial para dirimir amigablemente una controversia derivada de un contrato o de otra relación jurídica”.

Agregando además que el conciliador podrá en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, formular propuestas para una transacción de la controversia (artículo 7, numeral 13 de dicha ley).

El instrumento internacional que citamos refleja así, que aún cuando la mediación se incorpora con cualquier medio de conciliación, el rasgo que distingue a esta opción alternativa es la autonomía del grupo de personas o del tercero para amigablemente componer el conflicto. En este mismo sentido se pronuncian las nuevas reglas de solución alternativa de controversias elaboradas por la Cámara de Comercio internacional y que han sido emitidas el 1 de julio del año 2001.

Cabe citar que en este último instrumento se conceptualiza a la mediación como una técnica de arreglo de controversias en la que un tercero actúa como facilitador entre las partes, sin facultad para opinar sobre el fondo del asunto.¹³

De esta manera, en la comparación con nuestros instrumentos legales internos la mediación puede ser conceptualizada y normada en forma distinta. En una forma la mediación es una negociación en que la partes participan activamente pero donde el tercero puede tener y proponer ciertas soluciones; en otra forma el mediador sólo es un conductor del proceso sin que tenga una mayor intervención para que exista necesariamente una solución.

En cualquiera de los dos casos la mediación se acerca a la decisión de determinar si el mediador tiene facultades para decidir la cuestión, situación que es más clara en los casos del arbitraje o de la conciliación auxiliada de la presencia de autoridad.

Así, volviendo la vista al caso de México si nuestras legislaciones no separan la figura de la mediación del arbitraje hemos de concluir que en aquélla se aplica lo expresado en el artículo 272-a del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal, en cuyo párrafo tercero se advierte una fórmula ya añeja para esta institución, según la cual el conciliador prepara y propone a las partes una solución al conflicto.

¹³ Azar M. Cecilia, Una visión general de las nuevas reglas de solución alternativa de controversias de la Cámara Internacional de Comercio, memoria 2002-2003, tomo II, Congreso nacional de Mediación, UNAM, septiembre del año 2002.

Ello conlleva en los mediadores o conciliadores una doble funcionalidad, pues por una parte deben asumir un papel imparcial con respecto de las partes, pero por otra deben advertir una posible solución al asunto. La cuestión es que en el actual estado de la regulación de la mediación el proceso mediador y la figura del mediador no son del todo autónomos.

4. La mediación sin vínculo con sede judicial

La función del mediador consiste en guiar a las partes en un proceso que va más allá de la inmediatez de procurar una solución al conflicto planteado, pues se trata de abordar una nueva manera de comunicación lo más ajena posible a una conflictiva de derechos subjetivos.

Por ello en México se practica también la mediación por instancias privadas, organizaciones no gubernamentales y sociedades, lo que de ninguna forma debe confundirse con la prohibición constitucional de hacerse justicia por propia mano.

La labor de estos mediadores debe además verse a la luz de que la función conciliadora se dificulta si consideramos la carga de trabajo y los tiempos empleados por los conciliadores en, por ejemplo, las Juntas federales y locales así como el Tribunal de Conciliación y Arbitraje en materia laboral; o tratándose de la conciliación derivada de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ahora bien, el hecho de que la mediación doctrinalmente se conciba en una forma independiente a la autoridad, no conlleva necesariamente prescindir de ella, pues hay que considerar que para que un acuerdo resultado del proceso mediador alcance una verdadera fuerza es necesario convalidar o al menos que se vincule con la función estatal. El seguimiento de los asuntos mediados por los centros de mediación dependientes de sede judicial es un buen ejemplo de ello.

Así, si el acuerdo de mediación no es satisfactorio o lo es, el proceso aún puede ser útil al vincularlo con la conciliación en sede administrativa, e incluso con el arbitraje. Hay pues una complementariedad potencial en todos estos mecanismos de solución de disputas aún cuando existan diferencias de fondo en sus procedimientos.

De esta manera, los juristas se inclinan porque si bien es cierto el mediador puede ser un ente particular, la mediación en sí debe ser vinculada a la sede judicial porque ello atraería importantes ventajas.

5. Mediación en sede judicial

Consideremos así la postura de que la mediación esté ligada a una sede judicial.

Desde luego los defensores de esta tesis aducen que la implementación del acuerdo de mediación para que sea cumplido, es relativamente menos costoso para las partes si el propio Tribunal reconoce como una etapa previa al juicio la instrumentación del procedimiento de mediación o si los tribunales se auxilian de un sistema de medios alternos.

En el segundo caso, la mediación puede ser utilizada como una organización que reduzca costos de la práctica judicial, lo cual se logra al instrumentarse que ciertos casos que ya son del conocimiento de las autoridades judiciales sean remitidos a un centro de mediación dependiente de la propia sede judicial.

En este supuesto consideramos que debe diferenciarse entre la posibilidad de transaccionar que está prevista en los artículos 2944 al 2963 de nuestro Código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, y la mediación. Sobre este tema hemos expuesto ciertas razones en el trabajo “sistemas alternos de solución de disputas y acuerdo de mediación” publicado por esta misma revista *Alegatos* y a la que remitimos al lector interesado en el tema.

Pero lo que sí es necesario puntualicemos es que este sistema debe consolidarse al posibilitar que un acuerdo de mediación ponga fin a la litis y que en todo caso considere como cosa juzgada dicha causa.

Lo anterior no sería algo nuevo en nuestro derecho pues la transacción tiene respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada aún cuando puede pedirse la nulidad o la rescisión en los casos autorizados por la ley según señala el artículo 2953 del Código Civil antes citado.

En la opinión de los juristas la mediación en sede judicial permite avanzar mas en un sistema reivindicativo de la justicia social, pues la presencia de los tribunales es garante de una adecuada conducción y vigilancia de los medios alternos.¹⁴

6. La mediación como una posibilidad de práctica comunitaria

Observemos brevemente el papel que puede jugar la comunidad y los sectores no gubernamentales en la práctica de la mediación, para lo cual haremos más adelante referencia al caso de Canadá.

¹⁴ Ver al respecto de esta opinión la ponencia “los medios colaborativos de solución de conflictos en Baja California Sur” presentada por Luciana yadira Collins y Rubén Cardoza Moyrón en memorias del segundo congreso nacional de mediación 2002-2003 celebrado del 9 al 14 de septiembre del año 2002 publicadas por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

En los últimos años se ha discutido acerca de la justicia costumbrista o comunitaria en tanto una posibilidad de reestablecer el vínculo y tejido social en nuestras sociedades latinoamericanas.

Es claro que en México dicha justicia comunitaria no puede contravenir lo establecido por el artículo 17 constitucional, esto es, la prohibición de que “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”; sin embargo sí puede coadyuvar con los procesos de medios alternos de justicia, especialmente si se trata de mediación.

En este sentido, el principio de organización política mexicana basada en el “estado de derecho”, supone la aspiración de suprimir las relaciones de fuerza como medio para terminar con un conflicto. Lo cierto es que el ejercicio del derecho conlleva también la necesaria legitimación del monopolio de las relaciones de fuerza, como en el caso del derecho penal.

La mediación puede presentarse así en este contexto, como una forma de autocomposición comunitaria. En Canadá, por ejemplo, un programa de medidas de reemplazamiento en el ambiente autóctono atiende un sistema de mediación atendido por la reserva de los indios *Moacs* de *Aguasasteny*, aplicado en los territorios de Notario y cuya funcionalidad radica en la justicia alternativa y de servicio de acompañamiento en las Cortes cuyos objetivos son ilustrativos de cómo la mediación puede contribuir a establecer verdaderos principios de legitimación y justicia social.

El programa incluye así los objetivos concretos de alentar la paz y la armonía a partir de la solución de disputas y conflictos en la comunidad; facilitar una mayor involucración de los *Moacs* en la administración de justicia; reinstaurar un grado más alto de responsabilidad en la comunidad y que los acusados, víctimas y testigos entiendan sus derechos, sus responsabilidades y opciones según la ley y que reciban un trato justo y equitativo tomando en cuenta su cultura.¹⁵

En el caso que comentamos, es claro como la relación entre comunidad y sistema de justicia se complementan y permiten lo que Habermas llama “ética comunicativa”, según la cual el mundo no puede explicarse sólo en base en los conceptos de relaciones y funciones, sino a través de sujetos que en un trato lingüístico resuelven sus conflictos. En ello los sistemas de poder pueden presentarse como obstáculos y bloqueos de la ética comunicativa.¹⁶

Así este tipo de programas bien pueden adaptarse a los casos de las comunidades mexicanas, especialmente en el ámbito rural y en los municipios indígenas ya que

¹⁵ Caso citado por la Dra. Gregori A, del ministerio de justicia de Québec en el coloquio internacional sobre mediación en menores celebrado el día 20 de abril del año 2001 auspiciado por la asociación civil Reincorporación Social y la UAM-Azcapotzalco.

¹⁶ Ver Hernández Vega, Raúl, Problemas de legalidad y legitimación en el poder, México, editorial Universidad Veracruzana, 1986.

en dichos territorios aún se conservan sistemas sociales y culturales particulares con identidades diversas y autóctonas. Al respecto puede ser también aleccionador el caso de España donde la cultura de la participación cívica implica un concepto amplio de convivencia, situación que es práctica común en los ayuntamientos a través de programas administrativos de mediación.

Son todos estos programas que bien pueden ser instrumentados y encuadrados en los supuestos que maneja la Ley de Justicia Cívica para el Distrito Federal,¹⁷ tales como ocasionar ruidos extremos, abandonar en vía pública animales muertos, conductas indebidas con mascotas en vía pública, consumir drogas, desperdicio de agua, etc. (ver artículo ocho de dicho ordenamiento).

La ley en cuestión por cierto, establece procedimientos específicos ante el Juez cívico entre los que se destacan la instauración de su carácter conciliador a fin de prevenir conductas que den motivo a un nuevo procedimiento según nos indica el artículo 52 de dicha ley.

En este ámbito se pueden asociar las formas alternativas de solución de conflictos, pues como hemos dicho anteriormente la mediación a través de un proceso de comunicación entre los afectados con la presencia de un juez cívico bien puede coadyuvar a solucionar en el futuro las relaciones de convivencia en los medios urbanos.

La existencia por cierto del juez cívico no es un obstáculo para implementar la mediación, puesto que un sistema mixto que relacione la tarea de dicho juez con la tarea de un mediador particular o de un grupo comunitario sería mucho más provechosa para dar cumplimiento a los objetivos señalados por la propia ley, tales como la “prevención de la comisión de infracciones y la cultura cívica” o “procurar el acercamiento de los jueces y la comunidad de la circunscripción territorial que le corresponda, a fin de propiciar una mayor comprensión y participación en las funciones que desarrollan” u “organizar la participación vecinal para la prevención de infracciones” (ver artículo 94 y 97 de dicho ordenamiento)

7. El caso de México y la mediación en sede judicial

De esta forma tomando en cuenta que en el caso de México se han implementado en los últimos años los llamados centros de mediación dependientes de sede judicial, normalmente vinculados con las judicaturas locales, su instrumentación ha sido bajo la lógica derivada de ese principio arraigado acerca del cual el estado debe

¹⁷ Ley de Justicia Cívica para el Distrito Federal publicada en la Gaceta oficial del Distrito Federal el día 1 de junio del año 2000.

continuar siendo el garante y la fiel balanza de los intereses de justicia social de la sociedad.

La ventaja de que esto se instrumente en México es que la población se familiarice y tenga confianza en esta forma nueva de solucionar conflictos, a fin de que la cultura mediadora otorgue una visión distinta a la justicia de los tribunales. A la par es deseable que una legislación tipo retome la posibilidad de que sea la propia sociedad quien además participe conjuntamente con estos Centros de mediación en los procedimientos de solución alterna de conflictos, a fin de reforzar la sociedad democrática y participativa.

Otro caso también por demás interesante es el que resulta de la actividad mercantil nacional. Así desde hace algún tiempo el reglamento de mediación de la Cámara nacional de Comercio de la Ciudad de México es un procedimiento privado; concebido principalmente para controversias mercantiles y en el cual se utiliza una cláusula modelo de mediación para incluirse en los contratos y convenios, misma que citamos textualmente: “cuando en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esta controversia mediante la mediación, ésta tendrá lugar de conformidad con el reglamento de mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México”¹⁸

La propia Cámara ofrece servicios de mediadores y puede nombrarlos a través de su comisión de mediación y arbitraje comercial, estableciéndose como compromiso de las partes que el mediador no actué como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiere sido objeto del procedimiento de mediación. (ver artículo 20 del reglamento citado).

Situación que no es única en el ámbito comercial puesto que las “reglas de arbitraje y mediación comercial para las Américas” es utilizado para cualquier tipo de conflictos privados que surgen con motivo de inversión, comercio, construcción, empleos, servicios financieros, franquicias, propiedad intelectual, manufacturas, petróleo y gas. Este centro de mediación fue creado entre otros por la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y está derivado del artículo 2002 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte que establece la promoción y el uso del arbitraje y de otras técnicas para la solución de controversias.

¹⁸ Silva Silva, Jorge Alberto, Arbitraje comercial internacional en México, México, Editorial Oxford, México, 2001, pp. 426-442.

8. Conclusiones

México como sociedad está entrando a un proceso de transición democrática en la cual la población debe participar en los procesos de justicia y solución de sus conflictos. En este contexto la mediación como instrumento para ser utilizado por los propios agentes del conflicto es una institución que requiere de una evolución ya sea que se parta de su vinculación a sede judicial como ha sido el caso de nuestro país.

Lo que hay que examinar es la conveniencia de arraigarla como una etapa más de la actuación institucional o de una sede de tribunal donde puede correrse el riesgo de que pierda su carácter autónomo deseable al menos desde un plano teórico.

Su procedimiento es deseable que permanezca dentro de la oralidad donde el carácter de la imparcialidad y confidencialidad quede resguardado.

Por otra parte, dado nuestros procesos culturales y las situaciones de hecho que presenta nuestro país dada la desigualdad económica de la sociedad, cabe preguntarse si la mediación debe en algunos casos contemplar cierta obligatoriedad, sobre todo a la luz de los poderes económicos y políticos, En este sentido nos es útil la experiencia de nuestras procuradurías y juntas de conciliación y arbitraje.

Dato cuidadoso en su instrumentación consiste en evaluar si la obligatoriedad de la mediación puede o no desvirtuar el carácter de compromiso que las partes pueden asumir, pues desde el momento en que una mediación es condición de un proceso judicial, las partes pueden verse tentadas a seguir el carácter litigioso abandonando los propósitos de diálogo y compromiso mutuo.

De esta forma nuestra opinión es que en el momento actual es necesario adherirse a la propuesta de una eventual reforma constitucional que incluya la mediación explícitamente como medio de justicia alternativa y a la consideración de la existencia de una ley tipo de mediación en la república que ubique una tendencia clara en la figura.

Dicha normatividad bien puede considerar un sistema mixto donde se tome en cuenta la libertad de la población y de las comunidades para participar de estos procedimientos alternos de solución de conflictos.