



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS
FACULTAD DE DERECHO
CAMPUS III



**MAESTRÍA EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y AMPARO**

T E S I S
**PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO
EN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO.**

**“LA OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DE
LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS EN CHIAPAS”**

**PRESENTA:
NÉSTOR ELI HERNÁNDEZ GÁLVEZ.**

**DIRECTOR DE TESIS:
MTRO. JOSÉ ANTONIO CULEBRO TREJO.**

**SAN CRISTÓBAL DE LAS CASAS, CHIAPAS, MÉXICO.
NOVIEMBRE 2015.**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS
FACULTAD DE DERECHO
CAMPUS III



**MAESTRÍA EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y AMPARO**

TESIS
PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO
EN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO.

“LA OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DE
LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS EN CHIAPAS”

PRESENTA:
NÉSTOR ELI HERNÁNDEZ GÁLVEZ.

DIRECTOR DE TESIS:
MTRO. JOSÉ ANTONIO CULEBRO TREJO.

SAN CRISTÓBAL DE LAS CASAS, CHIAPAS, MÉXICO.
NOVIEMBRE 2015.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS

FACULTAD DE DERECHO, CAMPUS III
COORDINACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO



San Cristóbal de Las Casas, Chiapas
26 de Octubre del 2015
Oficio No. CIPFDPT/504/15

ASUNTO: Se libera y autoriza imprimir
Tesis.

LIC. NESTOR ELI HERNÁNDEZ GÁLVEZ
CANDIDATO A MAESTRO
EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO
P R E S E N T E

Por este medio, me permito notificarle que los Sinodales titulares y suplentes han emitido su voto aprobatorio, por lo que me permito **LIBERAR** su trabajo de Tesis para que proceda a la impresión de la misma y continúe con los trámites correspondientes.

Sin otro particular, quedo de Usted.

ATENTAMENTE

"Por la Conciencia de la Necesidad de Servir"

DRA. ELIZABETH CONSUELO RUIZ SANCHEZ
Coordinadora de Investigación y Posgrado



Coord. de Est. de Inv. y Posgrado
FACULTAD DE DERECHO
CAMPUS III
San Cristóbal de Las Casas,
Chiapas

C.c.p. Expediente.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco infinitamente a DIOS por darme vida y con ello permitirme vivir esta experiencia maravillosa de crecer espiritualmente y profesionalmente, darme lo necesario y entender que ayudar y servir es una obligación para quien pretenda ser abogado, que en la vida misma aprendemos a ser mejores seres humanos cada día y que los demás también son iguales a nosotros aunque con su propia historia.

A mi familia por su comprensión y apoyo en entender y animarme para comenzar, continuar y finalizar con esta etapa profesional de mi vida, por creer en mí, en mis ideas, en mi proyecto y valorarme como ser humano y como un gran abogado.

Es justo y necesario poder agradecer a quien va más allá de una simple pluma o consejo, su guía fue determinante, su orientación relevante para poder concluir este trabajo que expone una solución a un problema que adolece a Chiapas, a usted con mucho cariño que me recordó que la Filosofía es necesaria para ser abogado, que debe existir compromiso con la sociedad para mejorarla día a día, sus criterios fortalecieron este trabajo que hoy se presenta, gracias Doctor JOSÉ ANTONIO CULEBRO TREJO.

INTRODUCCIÓN

Dentro del presente material el lector encontrará información relevante respecto de los medios alternos de solución de controversias, donde revela la importancia de su aplicación como una forma de resolver los problemas jurídicos ordinarios entre las personas. Una herramienta que hoy es tema total derivado de las Reformas Constitucionales en materia de Derechos Humanos, así como de la reforma en materia Penal, ya que en el artículo 17 Constitucional las prevé como una alternativa para acceder a la Justicia.

Resulta apremiante encontrar más y mejores herramientas para solucionar los problemas en una sociedad que por su naturaleza requiere de soluciones y en específico soluciones eficientes y eficaces en la procuración y administración de justicia, ante ello en Chiapas presentamos un problema grave de un elevado número de trámites jurisdiccionales que a las partes que en él intervienen, les trae consigo múltiples problemas, que entre los más importantes están, el hecho de costear juicios largos y engorrosos, que son costosos, les crea más desgaste, además de resolverse en un tiempo excesivamente prolongado, asimismo no comprenden su participación al existir un lenguaje y formas tan complejas de un procedimiento jurisdiccional.

El presente documento refleja la necesidad y problemática antes expuesta y, como solucionarlo, si bien es cierto, ya es vigente y mejor aún, aplicada en Chiapas una Ley de Justicia Alternativa, cierto lo es, que esta es de naturaleza obligatoria, lo cual evidencia que las personas no pueden tener los beneficios y alcances de los mecanismos alternos para solucionar sus problemas jurídicos. Se compara con países como Venezuela, Perú y Colombia, donde la obligatoriedad de utilizar los mecanismos alternos previos al juicio, trae un sin números de beneficios; es por ello que resulta necesario implementar en Chiapas su obligatoriedad, toda vez que en Chiapas todas las personas tendrían no solo un acceso gratuito a la justicia sino que de la misma manera tendrían un procedimiento no jurisdiccional gratuito, ahorrando dinero y tiempo, empoderando a las partes para poder resolver su conflicto mediante su participación activa, un procedimiento sencillo e informal que obliga al dialogo armonioso, que produce acuerdos satisfactorios.

Además con ello se despresuriza la carga de trabajo de los juzgados y esto viene de la misma manera a fortalecer el sistema de justicia, ya que la aplicación de los mecanismos alternos en las materias civil, mercantil, familiar, penal y de justicia para adolescentes, produce un cambio social y cultura de la paz que necesita el estado de Chiapas.

Por lo tanto el establecer la obligatoriedad de los mecanismos alternos de solución de controversias en las materias señaladas en el

párrafo que precede, regular leyes entre la federación y los estados, establecer en los sistemas educativos la impartición obligatoria de la materia de mecanismos alternos de solución de controversias, y establecer en materia penal los delitos que serán mediabiles, será de beneficio a toda la sociedad, además de reconstruir un cambio social en la cultura de la paz.

ÍNDICE

Capítulo 1 **Antecedentes Históricos**

1.1	Antecedentes Históricos de los Medio Alternativas de Solución de Controversias.....	1
1.2	La Mediación en América Latina.....	7
1.3	Medidas Alternativos de Resolución de Conflictos.....	10
1.4	La Autotutela o la Autodefensa.....	11
1.5	Autocomposición	22
1.6	Heterocomposición	23
1.6.1	Los MARCS	24
1.6.2	La Negociación	25
1.6.3	La Mediación	25
1.6.3.1	Características de la Mediación	26
1.6.3.2	Principios de la Mediación.....	27
1.6.4	La Conciliación	28
1.6.5	Características de la Conciliación	30
1.6.6	El Arbitraje.....	31
1.6.7	Características del Arbitraje.....	32

Capítulo 2 **Normatividad en Materia de mecanismos Alternativos de Solución de Controversias**

2.1	Marco Normativo Constitucional Mexicano y su repercusión en las legislaciones federales y estatales.....	34
-----	--	----

Capítulo 3 Derecho Comparado

3.1	Mecanismo Alternativos de Solución en México	58
3.2	Aplicación Obligatoria de los Mecanismos en Colombia..	65
3.3	Mecanismo Alternativos de Solución de Controversias en el Perú.....	79
3.4	Mecanismo Alternativos de Solución de Controversias en Venezuela	104

Capítulo 4 Conclusiones

4.1	Obligatoriedad de los medios alternativos de solución de controversias en Chiapas	112
4.2	Propuestas	128

CAPITULO 1

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Francesco Carnelutti fue uno de los primeros autores que formularon un concepto de litigio: el cual ha sido considerado como clásico. Para este celebre procesalista italiano, el litigio es “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro”

Los elementos del concepto Carneluttiano de litigio son la existencia de dos sujetos –uno que pretende y otro que resiste- y de un bien jurídico – que puede ser material o inmaterial-, respecto del cual versan la pretensión y la resistencia. Cada uno de estos sujetos recibe el nombre de parte; con ellos se indica más bien su posición que su individualidad, o sea, que es uno de los sujetos del conflicto y por lo mismo, que forma parte de un todo.¹

Si nos remontamos al origen histórico de la mediación, debemos ir al origen mismo del hombre, ya que es tan antiguo como lo es el conflicto. Este es connatural al ser humano y a los grupos que integra. Su génesis es la de la vida en comunidad.

¹ Ovalle Favela José, “Teoría General del Proceso”, editorial Oxford, Sexta Edición, México D.F., 2006. Pág.4.

Existen fragmentos filosóficos presocrático, como los de Heráclito y Aristóteles donde podemos traducir que el "conflicto es el promotor del cambio y a su vez es consecuencia de este..." y simplemente se necesitan dos seres, ya que el conflicto se caracteriza por la dualidad adversario – adversario.

Si damos pie a la afirmación de que todo conflicto tiene su lado positivo, que podría estar popularizado en el dicho: " No hay mal que por bien no venga", veríamos que los conflictos bélicos, entendidos como acciones negativas y violentas en su máxima expresión, nos han dejado un cuerpo teórico que viene creciendo década tras década.

Nos referimos concretamente a la época posterior a la segunda guerra mundial. Cuando se dio un gran impulso al estudio del fenómeno antropológico, social económico y político de la guerra, y se fueron modelando distintas teorías que tienen entre uno de sus capítulos la " intervención de terceros". Focalizando en la Intervención de Tercero, Sin Participación en el Conflicto sólo encontramos la figura del Mediador: no decide el conflicto, las partes conservan la autonomía de su solución. Arbitro / Juez: estos terceros deciden el conflicto por las partes (heteronimia de la solución).

Se ve entonces, que el tema de la heteronimia de la solución del conflicto, que funciona bajo la culpabilización, la imposición, la

asignación de responsabilidades y la sanción, es sólo una forma de asegurar que los conflictos no queden irresueltos y de que los proyectos de individuos, grupos o entidades que forman la comunidad puedan llegar a realizarse en pos del orden social y bien común.

El Estado es quien debe cargar con el mantenimiento de esta forma de solucionar conflictos, través del ordenamiento jurídico y hacerse responsable de su vigencia. La resolución judicial no es una forma pacífica de resolver disputas.

En los Estados Unidos fue justamente la insatisfacción que producía la aplicación de forma exclusiva y excluyente de los mecanismos jurisdiccionales, lo que originó a comienzos de los 70, la aparición, clasificación e institucionalización de otras formas de tratar con los conflictos llamadas alternativas" respecto del litigio. Advertimos que la demanda social apuntaba, y aún hoy es así, no sólo a la mejora del funcionamiento del sistema tradicional, los tribunales. Sino además hacia los contenidos, el fondo de las soluciones adjudicadas por la magistratura.

Se presume que con la disminución de las causas en los tribunales, en cuanto al volumen de expedientes que ingresan en el sistema, los jueces podrán dedicarles más tiempo a aquellos casos en donde no es posible ni conveniente la mediación, posibilitando un

estudio pormenorizado del caso en cuestión y dándoles a sus sentencias la excelencia jurídica necesaria para que tengan su existencia y misión, una razón de ser. Por eso , las últimas tendencias están marcando la posibilidad de sustituir la palabra "alternativa" por solución "adecuada" de conflictos, entre los cuales figuraría el litigio como una de esas formas , siempre y cuando dicho servicio de justicia cumpla con los requisitos de economía, sencillez, rapidez, y calidad de contenido, del que son merecedores todos los justiciables de una sociedad.

La Mediación tiene raíces históricas y culturales antiquísimas. La participación de un tercero que promueve la conciliación y el acuerdo auto determinado por partes en desavenencia — que no han logrado negociar exitosamente — comienza con la existencia de, por lo menos, tres personas en el mundo. La mediación, tal como ahora la conocemos, no es sino una adaptación actualizada de los que ya existía en otras culturas, en otras épocas.

En China, desde la antigüedad, fue un recurso básico en la resolución de los desacuerdos. Confucio afirmaba la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que debía dejarse desenvolver. En su pensamiento, el apoyo unilateral y la intervención adversarial, dificultan la comprensión y son la antítesis de la paz. En

esta república la mediación se sigue ejerciendo en la actualidad a través de los comités populares de conciliación.²

En Japón la Mediación tiene viejas raíces en sus costumbres y leyes. En sus pueblos se esperaba que un líder ayudara a resolver las disputas. En los tribunales japoneses, se dispuso legalmente la conciliación de desavenencias personales antes de la segunda guerra mundial.

En África era costumbre reunir una asamblea vecinal para la resolución de conflictos interpersonales, con la ayuda de una persona con autoridad sobre los contendientes. En muchas culturas y lugares, tal como parece ser en la africana, los círculos familiares han proporcionado recursos para dirimir controversias entre sus miembros. Los jefes de familia ofrecían su experiencia y sabiduría, para ayudarlos a coincidir en pacificadores acuerdos. Se observa que, a medida que la "familiar extensa o expandida" fue siendo remplazada por la "familia nuclear", los mecanismos formales fueron supliendo a los informales en la resolución de conflictos.

Las Instituciones Religiosas han asumido durante siglos la sugerencia de formas de convivencias pacíficas y de reorganización de las relaciones, por medio de la práctica de la mediación. Grupos étnicos y culturales han establecido históricamente sus propias

² FOLBERG Jay y TAYLOR, Alison. Mediación, resolución de conflictos sin litigio. Noriega Editores, 1997. P.21.

normas, y sosteniendo su independencia y su poder a salvo de la autoridad religiosa, gubernamental u otra autoridad secular. La tendencia hacia la Mediación se está manifestando cada vez más y muchas veces montada en la tradición ancestral de cada cultura y sociedad, por ejemplo: Hawai tiene la tradición holoponopono, Palestina, la Sulka, la gente del Cáucaso hacen intervenir a sus ancianos. Actualmente aún, la efectividad de la mediación, depende del campo en que se aplique, y que sus formas y objetivos se han equilibrados y cooperativamente constructivos.

En Estados Unidos, existen más de 500 Centros de Mediación que proveen mediadores a propietarios, inquilinos, vecinos enfrentados proveedores y clientes. Miles de escuelas a lo largo y ancho del país, entrenan a los chicos como mediadores entre pares y median en los salones de juego y en los corredores, las disputas de sus compañeros. Muchas organizaciones y empresas emplean la mediación en la resolución de demandas y quejas de los clientes, empleados, proveedores.

En las disputas internacionales cada vez más se emplea la mediación para resolverlas. Ejemplos: En Camp David, El Pte. Carter medió entre Egipto e Israel que habían peleado cuatro guerras en 30 años. El Papa evitó enfrentamientos entre Chile y Argentina por las Islas del canal de Beagle, mediando la divisoria de agua,

aceptablemente. La comunidad internacional medió terminando las guerras de Namibia, Mozambique, Nicaragua y Guatemala.

1.2. LA MEDIACIÓN EN AMÉRICA LATINA

América Latina cuenta con una experiencia extensa de implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) durante los últimos treinta años. En un comienzo, estos mecanismos fueron percibidos principalmente como herramientas idóneas para descongestionar los atiborrados e ineficientes tribunales, pero también se fundamentaron en el derecho de acceso a la justicia y por representar vías de solución pacíficas, que suponen el diálogo entre las partes a través de los acuerdos a que estas mismas arriban. Aunque todos los países de la región cuentan con legislación y experiencias de este tipo, lo cierto es que el impacto que han tenido, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como del logro del objetivo anteriormente expresado, no ha sido siempre el esperado.

En este trabajo se hace un diagnóstico del estado actual de los MASC en materias no penales y se esbozan parámetros a considerar para incorporar estos mecanismos de manera exitosa en el contexto de las reformas a la justicia civil que se debaten actualmente en la región. Para estos efectos, en primer lugar se describen las principales características de los mecanismos de resolución alternativa de

conflictos en 11 países de América Latina, los cuales muestran diversas realidades en términos de ubicación geográfica, nivel de ingresos, etc., como asimismo en cuanto a la institucionalización de los MASC.

Los países que se analizan son Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Perú y Uruguay. Los ejes del análisis dicen relación con la existencia de una reforma global a la justicia civil en el país y la eventual incorporación de estos mecanismos en la nueva institucionalidad, las iniciativas legislativas o de política pública en materias o procesos específicos, su carácter estatal o privado, su naturaleza obligatoria o voluntaria, el financiamiento, las materias susceptibles de ser resueltas a través de ellos, los principales mecanismos, las vías para ejecutar los acuerdos y reconocimiento y vinculación con la justicia formal o tradicional³.

La comprensión, recepción y difusión del instituto de mediación, tal como la conocemos hoy, se remonta a comienzos de los 90, con una experiencia piloto en Mediación en la ciudad de Buenos Aires. Hasta entonces se habían dado algunos desarrollos por ejemplo en el área familiar, pero entremezclándose con la terapia o asistencia. Con la sanción y promulgación de la ley nacional nro. 24.573 de 1995 que instituye la mediación prejudicial obligatoria, en Capital Federal, se

³ Mera Alejandra, "MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN AMÉRICA LATINA. DIAGNÓSTICO Y DEBATE..." p. 377.

da un impulso notable a la instauración de los métodos A.D.R. y R.A.D. (Alternative Dispute Resolution o Resolución Alternativa de Disputas) en la Argentina. En la actualidad a más de 10 años los inicios del Movimiento R.A.D en la Argentina y más de 5 años de la plena vigencia de la ley nacional, podemos afirmar que estamos en presencia de una nueva profesión, ya que la mediación día a día se afianza más y que su inserción como forma de resolver conflictos excede ampliamente los ámbitos de la comunidad jurídica, baste sólo mencionar los contextos escolares y comunitarios. Desde 1998 se comenzó a desarrollar en la Argentina la Mediación de Segunda Generación llamado Procesos Colaborativos de Construcción de Consenso para resolver conflictos multipartes, complejos y públicos ⁴

Colombia muestra una serie de iniciativas en el ámbito de las causas no penales que son interesantes de analizar. Institucionalmente contempla diversas instancias donde se instalan iniciativas de conciliación. Asimismo, tiene un Programa Nacional de Conciliación, que ya cumplió 20 años. La conciliación, además, cuenta con reconocimiento constitucional y una variada muestra de legislaciones particulares como también manifiesta una interesante experiencia en conciliación en equidad. Argentina cuenta con mediación obligatoria en diversas materias civiles desde 1995 (Ley 24.573, sobre mediación y conciliación). Esta normativa ha sido

⁴ MANUAL DE FORMACIÓN BÁSICA DE MEDIADORES.

reformulada en diversos aspectos con el tiempo, recogiendo los resultados de la experiencia práctica, pero expandiendo siempre los límites de la utilización de la mediación.

Esta, en Argentina, ha sido propiciada de manera importante desde la sociedad civil, lo que además ha contribuido a crear un rico cuerpo de análisis sobre la institución y también desde el Poder Judicial, lo que representa una característica interesante con respecto a los demás países. Chile, finalmente, cuenta con una vasta pero también dispersa experiencia en programas de resolución alternativa de conflictos en las últimas décadas.

En la actualidad existe mediación previa (u obligatoria) en materias de familia (pública y privada), instancias de mediación en conflictos de salud, laborales, derechos del consumidor, un programa de justicia vecinal, etc., pero no existe un cuerpo legal general sobre mediación, lo que lo diferencia de las experiencias anteriores⁵.

1.3. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:

Resolución es la acción de resolver. Dentro de las diferentes acepciones que tiene la palabra “resolver” encontramos:

- a) Tomar una decisión.

⁵ Mera, Alejandra. Op. Cit. P. 377.

- b) Encontrar una solución.
- c) Fallar en una diferencia o disputa.

Medio Alternativo será entonces, aquel mecanismo de solución del conflicto individual que escape a la regla común del someter el mismo a la justicia formal.

CARACTERÍSTICAS DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE CONFLICTOS (MARCS):

Se distinguen entre sí por el grado de control que tenga el tercero en el procedimiento. El continuum de estos medios nos da una visión panorámica de los medios alternativos primarios de resolución de conflictos.

VENTAJAS DE ESTOS MEDIOS EN SU APLICACIÓN:

Dentro de las ventajas más importantes de los MARCS, podemos mencionar las siguientes: son rápidas, Confidenciales, informales, flexibles, económicas, justas, exitosas.⁶

FORMAS DE RESOLVER O SOLUCIONAR CONFLICTOS:

1.4. LA AUTOTUTELA O AUTODEFENSA.

Consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno. Es, como dice Alcalá Zamora, un medio de solución

⁶ Peña Gonzáles Oscar, "Técnicas de Litigación Oral", Flores Editores, México 2014. Pag.3.

egoísta, en contraposición a la autocomposición, que implica la renuncia a la pretensión propia o la aceptación de la contraria, por lo que la califica de altruista. Expresa el citado autor: “La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto...y aun a veces los dos, como en el duelo, o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso..”

Etimología.- Desde el punto de vista etimológico, autodefensa significa defensa de uno mismo, defensa propia. (prefijo auto: uno mismo, y sustantivo defensa) tomadas estas palabras en sentido literal, por una parte dejarían fuera de ellas manifestaciones que se incluyen en las mismas y por otra, habría que incluir la defensa personal, por sí misma, de alguna de las partes en el proceso.

De ahí que no sea aceptable ese significa literal de las palabras auto – defensa, pues éstas no comprenderían la defensa de tercero- ahora bien, para que haya defensa se necesita que haya ataque, y éste falta en el estado de necesidad (por ejemplo en el hurto famélico en el sacrificio del naufrago), en la persecución de las abejas en fundo ajeno. En el caso del duelo, que es considerado como otra forma de autodefensa, las partes deben estar en pie de igualdad por lo que se refiere a las posibilidades de ataque y de defensa.

Otras denominaciones que se usan en vez de autodefensa.- puesto que la acepción literal y etimológica de estas palabras son insuficientes, se utilizan otras igualmente defectuosas:

- a) Defensa privada.- no es acertada, ya que la defensa propia puede provenir de Órganos Estatales.
- b) Autojusticia.- esta podría referirse también a la autocomposición, en la que las partes se hacen justicia ellas mismas. Además, la solución de la autodefensa no siempre es justa.
- c) Autoayuda.- Ésta no implica necesariamente defensa, y no se puede referir a la defensa de terceros.
- d) Autotutela.- Probablemente, dice ALCALÁ, sea el nombre más expresivo para designar el fenómeno que estudiamos, pero los civilistas usan esa palabra para denominar la posibilidad de que una persona designe su propio tutor, por lo que podría prestarse a confusiones. A pesar de esto, GÓMEZ LARA considera que es el término más apropiado para designar la figura de que hablamos.

Además como todas las denominaciones que llevan el prefijo “auto”, no abarca la palabra autotutela la defensa de terceros.

Características de la autodefensa.- Esta se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto, y a veces los dos (como en el caso del duelo, en la guerra), resuelve el mismo por medio de su acción

directa y no por la dirigida al Estado. También se caracteriza por la solución parcial y egoísta del litigio, con excepción de la legítima defensa de tercero; es decir, una parte impone su solución a la otra, y al hacerlo, sacrifica el interés contrario.

De manera que la autodefensa se distingue por:

- A) La ausencia de juez distinto de las partes y
- B) La imposición de la decisión por una de las partes a la otra.

Formas de autodefensa.- ALCALÁ ZAMORA en su libro mencionado y que seguimos para el desarrollo de este tema, se refiere a alguna de las manifestaciones más interesantes de la autodefensa; entre ellas, a las siguientes:

A) En el Derecho penal común.- en este ámbito tenemos:

- 1) El aborto provocado, cuando el embarazo procede de una violación, art. 148 fracción I del Código Penal del D.F.
- 2) El llamado aborto terapéutico, en el que se erige al médico en juez de conflicto vital que se plantea (Vid. Art. 148, fracciones II y III del “nuevo Código Penal del Distrito Federal”)
- 3) La legítima defensa (o justificada) y el estado de necesidad (art. 29 fracción IV y V del “Nuevo Código” mencionado)

B) En el derecho penal militar.- Ciertas formas de condena impuestas por el superior sin juicio ni contradictorio para imponer la disciplina o evitar el desorden y el pánico en sus subordinados (por ejemplo, con motivo de combate, incendio, naufragio o hundimiento del buque).

C) En el derecho Civil.- en este campo tenemos:

- 1) La persecución de enjambre de abejas (art. 872 del Código Civil del Distrito Federal).
- 2) El corte de ramas y raíces que penetran en una heredad (art. 848 del mismo Código).
- 3) La caza de animales ajenos que causen daño en el fundo propio. (destrucción de animales bravíos o cerriles: art. 865 del cit. Código)
- 4) Derecho de retención de muebles por su constructor (art. 2644 del C.C.) o de equipajes (art. 2669 del mismo Código)
- 5) El ejercicio de la patria potestad (art. 423 del C.C.)

D) En el derecho comercial.- en esta rama del Derecho privado tenemos:

- 1) La Echazón. Como su nombre lo indica, consiste en echar, arrojar al mar la carga de un buque cuando hay necesidad de aligerarlo para evitar que zozobre. Previa deliberación con los

oficiales en la nave y audiencia de los interesados que estén presentes, el capitán, puede, bajo su responsabilidad, no obstante la oposición de éstos inclusive la discrepancia de la oficialidad, adoptar las medidas necesarias para hacer los gastos y causar los daños correspondientes a la avería gruesa, entre ellos los de la echazón (art. 888 y 886, frac. III. Del cit. Código de Comercio) Estos artículos están derogados)

- 2) La arribada forzosa. Para acordar ésta, se sigue un procedimiento análogo al anterior, cuando exista la contingencia de no poder llegar el buque a puerto de destino por falta de víveres, el temor fundado de embargo, corsarios o piratas o por accidente marítimo; en este caso el capitán tiene voto de calidad (art. 894 del mismo Código) (Este artículo está derogado). (En relación con la arribada forzosa, la vigente Ley de Navegación en su artículo 38, fracción III, únicamente establece: “Se considera arribada la llegada de una embarcación al puerto, o a un punto de las costas o riberas, procedente de un puerto o punto distinto, independientemente de que embarque o desembarque personas o carga, y se clasifica en:III. Forzosa: la que se efectúa por mandato de ley, caso fortuito o fuerza mayor. Se deberán justificar ante la autoridad marítima las arribadas imprevistas o forzosas de las embarcaciones).

En las hipótesis mencionadas, el capitán decide litigios en los que no se ventila necesariamente un interés suyo y en los que se conduce, más que como representante del naviero, aun cuando haya logrado comunicarse con él, como defensor de los intereses de la navegación en situación de verdadero estado de necesidad.

3) Derecho de los fondistas de retener en prenda los equipajes de los huéspedes.

E) En materia administrativa.- en ésta tenemos, la jurisdicción o potestad disciplinaria y el enjuiciamiento ante los tribunales o jurados de honor, organismos encargados de reprimir actos o conductas que atentas a la ética profesional, al buen desempeño de empleos públicos o hasta a determinados prejuicios de cuerpo, casta o grupo social. Aunque tengan aspecto procesal, pertenecen al área de la autodefensa.

F) En el derecho canónico.- Todo el llamado “procedimiento judicial administrativo” (el referente a remoción y traslación de párrocos, procesos contra clérigos irresidentes o concubenarios y párrocos negligentes en los deberes de su cargo y las suspensión de clérigos *ex informata conscientia*)

G) En el derecho del Trabajo.- tenemos formas de autodefensa por el lado obrero y por el patronal.

1) Por el lado obrero. Entre ellas encontramos:

- a) La huelga. Reconocida como un derecho, al igual que el paro, por el artículo 123, fracción XVII, de la Constitución Política Mexicana.
- b) El boycott o boicot. Es una forma de coacción colectiva en contra de una persona, entidad o nación y que consiste en privar a ésta del trato comercial, con fines políticos o mercantiles generalmente, o como una manifestación de protesta.

La palabra proviene del apellido del capitán inglés Charles Cunningham Boycott, administrador de los bienes del conde de Erne, en Irlanda. Sus arrendatarios se rebelaron contra él, pero consiguió el lanzamiento judicial de algunos de ellos. El partido nacionalista irlandés organizó el aislamiento del administrador en 1880, para que nadie le sirviera ni trabajara en sus fincas. Al fin, Boycott tuvo que abandonar el país.

- c) El trabajo lento o “tortuguismo”
- d) El sabotaje, el deterioro intencional de maquinaria y herramientas, los atentados.
- e) La ocupación de fábricas, etc.,

2) Por el lado del patrón. Entre ellas encontramos:

a) El cierre de fábricas.

b) El veto a los trabajadores de ciertos sindicatos, etc.,

H) En las grandes empresas y coaliciones económicas.- por el deseo de dominar mercados y eliminar rivales, éstas desencadenan en ocasiones luchas gigantescas como la llamada guerra del Chaco que, oficialmente fue contienda entre Bolivia y Paraguay, pero que en el fondo, según la opinión de los países del Plata, fue pugna entre dos grandes compañías petroleras por adueñarse de los yacimientos existentes en la inhóspita región.

I) En las relaciones internacionales. Dentro de éstos tenemos:

1) La guerra.

2) Las ocupaciones.

3) Las retorsiones o sea, las acciones consistentes en devolver o inferir a un país el mismo agravio o daño que de él se ha recibido.

4) Los tránsitos de mercancías por un país situado entre el de origen y el de destino.

- 5) El juzgamiento de enemigos por tribunales de los adversarios; por ejemplo, los llamados juicios de Nuremberg seguidos contra los “criminales de guerra nazis”
- 6) La intervención descarada o solapada de las grandes potencias en los asuntos de los países débiles.
- J) En los regímenes totalitarios.- formas de autodefensa estatal son en éstos las policías secretas y los tribunales de excepción. También lo es la llamada “ley de fugas” primeramente aplicada para la represión o eliminación de bandoleros y secuestradores de Andalucía.

Por nuestra parte diremos: que cuando la ola de la criminalidad aumenta y avanza incontenible y aplastante poniendo en peligro la seguridad pública de los individuos, algunos gobiernos se ven en la necesidad de aplicar esta drástica medida de la llamada “ley fuga” sobre todo en los criminales más recalcitrantes, peligrosos e incorregibles que cometen delitos que la sociedad considera repugnante o que amenazan su seguridad pública, personal y familiar. Pero la ley fuga no debe aplicarse para eliminar “enemigos políticos”

Desde el punto de vista estatal, la rebelión solo es un delito cuando los rebeldes fracasan porque si triunfan se la presentará como habiendo obedecido a impulsos de legítima defensa o de

estado de necesidad frente a las arbitrariedades y torpezas del régimen derrocado.

Nosotros decidimos que desde el punto de vista político hay formas de autodefensa por parte del gobierno y por parte del pueblo.

- 1) Del gobierno.- Entre ellas tenemos a las ya mencionadas y que no son exclusivas de los regímenes totalitarios:
 - a) Policías secretas.
 - b) Los tribunales de excepción.
 - c) La “ley de fugas”.
- 2) Del pueblo. Entre ellas tenemos:
 - a) Las asonadas.
 - b) Las rebeliones.
 - c) Podemos agregar: las marchas, las manifestaciones, los plantones, los mítines, las “huelgas de hambre”, etc.,
 - d) Y la más drástica, como último recurso: la revolución.

Formas que habrán de prohibirse, según Alcalá Zamora. Considera este autor que puede y deben prohibirse algunas formas autodefensivas, como son:

- A) Los llamados tribunales de honor.
- B) Las numerosas modalidades de la autodefensa laboral.

Formas que habrán de subsistir, según el mismo autor.-
considera éste que siempre habrán de subsistir:

- A) La legítima defensa.
- B) El estado de necesidad.
- C) En general, las formas que hagan frente a situaciones de emergencia.

También habrán de surgir o se desarrollarán otras nuevas, como las laborales que se originaron con motivo de la concentración industrial.

1.5. AUTOCOMPOSICIÓN.

La autocomposición es un medio de solución parcial, porque proviene de una o de ambas partes en conflicto. La autocomposición es unilateral cuando proviene de una de las partes y bilateral cuando tiene su origen en ambas partes. Pero a diferencia de la autodefensa, la autocomposición no consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sino, por el contrario, en la renuncia a la propia pretensión o en la sumisión a la de la contraparte.

Por otro lado, es claro que la renuncia a la pretensión propia o la sumisión a la de la contraparte, puede ser también el resultado de una negociación equilibrada que satisfaga, así sea limitadamente, los intereses de las dos partes en conflicto. Las especies de la autocomposición son el desistimiento, el perdón del ofendido, el allanamiento y la transacción. Las tres primeras tienen carácter unilateral y la última, bilateral.

1.6. HETEROCOMPOSICIÓN.

En la heterocomposición la solución al conflicto es calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia.

En la mediación la función de este tercero puede limitarse a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes, para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. En este caso, el tercero será simplemente un mediador, que al hacer posibles las condiciones para que las partes intercambien sus puntos de vista sobre el litigio y al invitarlas para que lleguen a un acuerdo, hace propicia la solución. A la función que desempeña este tercero se le denomina mediación.

Sorensen señala que "la función de los buenos oficios y la mediación consiste en producir la iniciación o la reanudación de las negociaciones entre las partes, y ayudar a su progreso".

En la conciliación, el tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel más activo, consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. En esta hipótesis el tercero asume el papel de conciliador y a su función se le denomina conciliación. El conciliador no se limita a mediar entre las partes, sino que les debe sugerir formulas específicas para que puedan llegar a un convenio entre ellas. Para que el conciliador pueda desempeñar eficientemente su función, es indispensable que conozca la controversia de que se trate, a fin de que esté en condiciones de proponer alternativas razonables y equitativas de solución.

Pero la función del conciliador se limita a proponer posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo caso, a la voluntad de las partes. Estas pueden aceptar o rechazar las propuestas del conciliador. Por ello, en la conciliación, al igual que en la mediación, la solución del litigio depende, finalmente de la voluntad de las partes. Esta es la razón por la que se considera que la mediación y la conciliación tienen, en realidad, una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición.

1.6.1. LOS MARCS

Entre los MARCS más conocidos en Latinoamérica tenemos los siguientes:

- La negociación.
- La mediación.
- La conciliación.

1.6.2. LA NEGOCIACIÓN.

Es una institución que persigue establecer una relación más deseable para ambas partes a través del intercambio, trueque y compromiso de derechos, sean estos legales, económicos o psicológicos, siendo sus objetivos más importantes:

Lograr un nuevo orden de relaciones donde antes no existían.
Modificar un conjunto de relaciones existentes por otras más convenientes para una de las partes o para ambas.

1.6.3. LA MEDIACIÓN.

El objeto de la mediación consiste en ayudar a las partes a generar sus propias soluciones para resolver el conflicto. El mediador dirige el proceso pero no sugiere fórmulas de solución. Las partes deciden completamente el contenido del acuerdo.

El mediador ayuda a las partes, que asisten voluntariamente, a aislar los problemas, a entender los puntos de vista de ambos y a explorar posibles soluciones. El mediador hace posible que cada uno sea escuchado completamente y crea una atmosfera propicia para que las partes se sientan cómodas hablando entre sí.

1.6.3.1. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

Al mediador lo eligen las partes o un tercero, por lo que el encargo debe recaer en una persona con dotes necesarias para hallar soluciones al problema que las partes por iniciativa propia no están en capacidad de brindar. Constituye un sistema intermedio de solución de conflictos entre la conciliación y arbitraje, una puja adicional que permitirá a las partes inmersas hallar la solución que no ha sido posible materializarse.

Se caracteriza por tratar de alcanzar una aceptación de las partes por intermedio de la propuesta de un tercero, que solo tiene fuerza de recomendación. El mediador no impone nada. La presencia y labor del mediador no restringe ni limita la iniciativa de las partes para lograr por sí misma la solución directa del conflicto. La mediación no es la panacea para la resolución de conflictos de ahí que sólo constituya un complemento a la Administración de Justicia en la solución de determinadas controversias o litigios.

La mediación no pone tanto énfasis en los aspectos legales del conflicto como en los intereses latentes de cada parte. La mediación se puede presentar intrajudicial o extrajudicialmente.

1.6.3.2. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN

- Complementariedad: No debe ser un medio excluyente de la jurisdicción sino una opción extrajudicial, preprocesal y alternativa.
- Voluntariedad: Las partes son libres para acudir, o no, a la mediación, así como para desistir de ella en cualquier momento e incluso de tomar sus propias decisiones durante la mediación.
- Neutralidad e Imparcialidad: Ser ajeno a las partes y a sus intereses, e intervenir sin tomar partido por ninguna de ellas.
- Confidencialidad: Lo actuado en la mediación quedará reservado para las partes y el mediador, salvo acuerdo en contrario de éstas para su utilización posterior (incluso en un proceso judicial).

La mediación no es un proceso, al igual que no es una terapia, ya que mediar es interceder, estar en medio de otros, tomar un término medio entre dos extremos, por ello la mediación es un mecanismo jurídico de solución de conflictos en el cual un tercero se interpone entre los contendientes procurando su reconciliación mediante su asistencia en la obtención de un acuerdo a través de un procedimiento flexible e informal.

La mediación es multidisciplinaria y requiere en su desarrollo de la aplicación de elementos no sólo jurídicos, sino también fundamentalmente psicológicos de ahí que dentro de las técnicas psicológicas de la mediación siempre sea conveniente contemplar la creación de un clima positivo, la interrogación cuidadosa, la afirmación para reconducir el diálogo, la dirección activa de entrevistas, la escucha activa, la relación positiva, la descarga de comportamientos no deseables, la confrontación de incoherencias, la facilitación de información, tener presente cuales son las formas o medios en que se puede aplicar la reparación, restitución o rehabilitación del daño causado.

1.6.4. LA CONCILIACIÓN.

Es una institución que persigue acercar a las partes en conflicto para atenuar sus divergencias; pretende con su participación propiciar el diálogo para que las partes, a través de él, hallen una solución final a sus diferencias.

El conciliador, para lograr ello, tiene que tener una adecuada capacitación, tener una intuición psicológica para conocer la aprehensión de las conductas beligerantes, debe tener aplomo y decisión para brindar los aportes a cada uno de las partes en el momento más oportuno, pues su intención será permanentemente dirigida para que el conflicto merezca una solución final.

Para Manuel Alonso García⁷, la conciliación es una forma de solución de los conflictos, en virtud de la cual las partes del mismo, ante un tercero que no propone ni decide, contrastan sus respectivas pretensiones tratando de llegar a un acuerdo que elimine la posible contienda judicial. Agrega el autor que los conciliadores no interpretan el derecho ni las normas, sino que le corresponde ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, lo que hace que sus resultados no tengan el carácter decisivo de una sentencia.

Este autor hace la distinción de que en lo laboral, la conciliación reviste características especiales que varían conceptualmente de los asuntos del derecho común, ya que en la vía laboral tanto en los conflictos individuales como los colectivos puede darse la conciliación mediante organismos creados por las propias partes.

Es decir, la conciliación requiere de la colaboración de un tercero neutral a quien las partes ceden cierto control sobre el proceso pero sin delegar en él la solución, de ahí que la función del conciliador es asistir a las partes para que ellas mismas acuerden la solución, guiándolos para clarificar y delimitar los puntos conflictivos.

⁷ ALONSO GARCÍA, Manuel, Curso de derecho del trabajo, 5ª ed., Ariel, Madrid, 1975, p. 655.

En consecuencia, la conciliación es un mecanismo destinado a prevenir y solucionar los conflictos constituido por un conjunto de actuaciones realizadas por las partes y el conciliador, que no tiene poder de decisión y ante el cual recurren los primeros en busca de un acuerdo, proponiendo si fuera necesario formulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar.

1.6.5. CARACTERÍSTICAS DE LA CONCILIACIÓN:

Constituye un acto jurídico a través del cual las partes recurren a un tercero neutral para que les ayude a resolver una controversia. El conciliador no decide, se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismos estimen conveniente.

Es un mecanismo alternativo de solución de conflicto, ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por ir al Poder Judicial. Se trata de un mecanismo predominantemente oral que en su gran mayoría no requiere de la presencia de documento o formalidad específica.

1.6.6. EL ARBITRAJE

Es un mecanismo de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan mediante la celebración de un convenio arbitral, someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica a la decisión un laudo arbitral, de uno o varios terceros –árbitros-. La forma de nombramiento de los terceros también es acordada por las partes.

El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en que la voluntad de las partes, se somete a la voluntad de un tercero. En el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio entre los contendientes en el sentido de que someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento del tercero, con el compromiso de cumplir con lo que por él se decida.

Por ello se dice que el arbitraje es el mecanismo que tiene por objeto la composición del conflicto por una persona u organismo cuyo laudo una vez dictado tiene que cumplirse obligatoriamente, de ahí que en el arbitraje se suple el entendimiento directo de las partes y queda remplazado por el acuerdo entre ellas, por una decisión del conflicto que proviene de un tercero llamado árbitro.

1.6.7. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE

Se desenvuelve conforme a etapas previamente establecidas basados generalmente en determinadas formalidades propuestas. El laudo arbitral será siempre una solución de conciencia, toda vez que se emite conforme a las disposiciones legales pero sobre todo a la equidad, evitando por ello llegar a injustas desproporciones que puedan figurar en el derecho y las obligaciones o deberes de las partes en conflicto.

Cuando las partes involucradas hayan decidido esta vía de solución deberán suscribir previamente un acuerdo denominado compromiso arbitral. El juez tiene jurisdicción el árbitro carece de ella, el juez tiene facultades cautelares y ejecutivas que no tiene el árbitro, no obstante, para que obtenga estas tendrá necesariamente que recurrir a aquel.

Los árbitros deben emitir una solución del conflicto, por lo que en este aspecto cuentan con las facultades propias de un juzgador, en tal sentido, pueden actuar y valorar las pruebas que les permitan arribar a una decisión final. Para redondear la idea de las principales características de los medios alternativos de resolución de conflictos se puntualiza que la mediación y el arbitraje son absolutamente voluntarios; la mediación como ya se dijo no tiene una estructura formal determinada, en tanto que en el arbitraje y en la conciliación

si tienen formas y etapas que cumplir; en la mediación las partes ejercen sobre el mecanismo un control alto; en la conciliación ejercen un control medio y en el arbitraje un control menor.

En cuanto a la duración de los mecanismos se debe tener en cuenta que en la mediación la duración es también generalmente corta, dependiendo de las partes y del tercero neutral, en tanto que en la conciliación la duración del proceso es corta, estando sujeta al legislador.

CAPÍTULO II

NORMATIVIDAD EN MATERIA DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

2.1. MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y SU REPERCUSIÓN EN LAS LEGISLACIONES FEDERALES Y ESTATALES.

Mediante reforma constitucional de dieciocho de junio de dos mil ocho, en México se modificó el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política para establecer que ***“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución 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”.***

Para la entrada en vigor de la reforma en comento, en tratándose del sistema procesal penal acusatorio, en los transitorios segundo y tercero se estableció que ello ocurriría cuando lo estableciera la legislación secundaria correspondiente, sin exceder del plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de ese Decreto.

Como se advierte, el nuevo texto constitucional en la parte que nos ocupa, por una parte es genérico aun cuando en el mismo párrafo se relaciona con el sistema procesal penal acusatorio, por lo

que es referente necesario precisar la modificación del artículo 182 que establece: **Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. Las formas⁸ alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente...”**.

Es evidente que con las reformas de los artículos 17 y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se incorporó como un derecho de los gobernados, la instrumentación y búsqueda de mecanismos alternativos, de ahí que en nuestro derecho positivo hayan surgido una diversidad de conceptos asimilables tales como conciliación, mediación, arbitraje, justicia alterna, amigable composición, acuerdo entre las partes, juntas de avenencia, negociaciones, concertación, etcétera.

En México, en más de la mitad de las entidades federativas que lo conforman se han desarrollado mecanismos alternativos para la solución de controversias, ello con la finalidad de impulsar reformas legales y procesales e inclusive se han creado Centros de Mediación en los Poderes Judiciales de Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas.

⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Federación de la fecha mencionada. (18 de junio de 2008).

Al respecto cabe hacer notar que aun cuando la incorporación legislativa del término relativo a los mecanismos alternativos de solución de controversias se apoya en la reforma constitucional comentada, lo cierto es que en nuestro país desde antes del año dos mil ocho diversas leyes ya adoptaban esta modalidad para dirimir los conflictos.

Por ejemplo, la Ley de Comercio Exterior que en su artículo 97 desde la reforma de veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y tres preveía que “**...cualquier parte interesada podrá optar por acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales contenidos en tratados comerciales internacionales de los que México sea parte. De optarse por tales mecanismos...**”.

La Ley Ambiental del Distrito Federal en su artículo 209 Bis adicionado el diez de febrero de dos mil cuatro establece que “**De conformidad con lo que establezca el reglamento de este ordenamiento, las autoridades ambientales podrán aplicar mecanismos alternativos para la solución de conflictos derivados de infracciones a las disposiciones jurídicas a que se refiere el artículo 201 del mismo. Dentro de dichos mecanismos, se podrán considerar la mediación, el arbitraje y la conciliación.**

En ningún caso los mecanismos alternativos de solución de conflictos pueden implicar eximir de responsabilidad a los responsables de violaciones o incumplimientos de la normatividad ambiental y tendrán por objeto resarcir daños al ambiente y a los recursos naturales.”

La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el artículo 186 Bis 1 adicionado el ocho de enero de dos mil ocho, establece: ***“El Centro de Justicia Alternativa tiene por objeto:***

(...) I. El desarrollo y la administración eficaz y eficiente de los métodos alternos de solución de controversias, principalmente de la mediación;

II. La prestación de los servicios de información al público, sobre los métodos alternativos de solución de controversias y en particular, sobre la Mediación; así como de orientación jurídica, psicológica y social a los mediados, durante la substanciación de aquella;...”

Además, destacan tres legislaciones (dos anteriores a la reforma constitucional y una posterior) que de manera expresa se avocaron a legislar sobre la materia de medios alternativos en resolución de conflictos.

En el Distrito Federal el ocho de enero de dos mil ocho se publicó en la Gaceta Oficial la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, en la que se fija el propósito de regular la mediación como sistema alternativo de justicia, basado en la autocomposición asistida en las controversias entre particulares y cuando éstas recaigan sobre derechos de los cuales pueden aquellos disponer libremente, sin afectar el orden público. La legislación en cita prevé los mecanismos para la mediación basados en la prontitud, la economía y la satisfacción de las partes, la que siempre procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para resolver una controversia común, especificando los casos de las materias civil (en tanto no involucren cuestiones de derecho familiar), mercantil, familiar, penal (en cuanto a la reparación del daño) y de justicia para adolescentes.

Asimismo, establece la organización y funcionamiento del Centro de Justicia Alternativa, así como la prestación del servicio de mediación, los derechos y obligaciones de los mediados, la regulación del mecanismo de mediación y la re-mediación, los efectos del convenio que en su caso se celebre entre las partes y las responsabilidades de los funcionarios y empleados del Centro de Justicia Alternativa.

Otra legislación pionera en los medios alternativos es la número 161 del Estado de Sonora publicada el siete de abril de dos mil ocho, en

la que se establece el derecho para los habitantes del Estado de resolver sus controversias de carácter jurídico a través de vías colaborativas en las que se privilegie el diálogo y, el Estado el deber de proporcionar y promover los mecanismos para que lo logren pacíficamente, conforme a los principios y disposiciones de esa ley, en la que se establecieron mecanismos similares a los previstos en la legislación comentada del Distrito Federal.

Después de la publicación de la reforma constitucional de los artículos 17 y 18, el Congreso del Estado de Yucatán publicó el veinticuatro de julio de dos mil nueve la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en la que se expone que los medios alternos al proceso judicial pretenden solucionar y dirimir las controversias suscitadas entre los gobernantes, logrando por un lado que los conflictos sean solucionados lo más óptimamente posible y, por otro lado, que la impartición de justicia sea pronta, eficiente y eficaz, desahogando la carga de trabajo en los tribunales que ha “*entorpecido esa correcta administración de justicia*”, con la inclusión de las figuras jurídicas de conciliación y mediación, como medios alternativos de los juicios en todo tipo de procedimientos judiciales.

El término mediación, deriva del latín *mediatio*, que significa “acción y efecto de mediar”; *mediationis*, que significa “interponerse

entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.⁹

Se han establecido varias definiciones en cuanto a la mediación, una de ellas es del jurista Fernando Estavillo, que a la letra establece: “es un medio alternativo de solución de controversias, que como tal representa un medio autocompositivo que consiste en un procedimiento privado, informal, voluntario y no adjudicatario, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional a un tercero independiente, imparcial y neutral, quien actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes para lograr que éstas, de común acuerdo, encuentren una solución a su desavenencia”.¹⁰

Por su parte la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal establece en su artículo 2, fracciones X y XI lo siguiente:

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.

⁹ Estavillo Castro, Fernando, Enciclopedia Jurídica Mexicana, tomo M-P, ed. Porrúa, 2ª. edición, México, 2004, pág. 42.

¹⁰ Cfr. Ibídem, pág. 43.

XI. Mediados: personas físicas o morales que, después de haber establecido una relación de variada naturaleza jurídica, se someten a la mediación, en busca de una solución pacífica a su controversia.

En México el ordenamiento pionero en incluir la mediación como un medio alternativo de solución de controversias fue la Constitución del Estado de Quintana Roo, que al propio tiempo derivó en la expedición de la Ley de Justicia Alternativa (1997). Posterior a este evento, diversas entidades fueron realizando las modificaciones respectivas a sus constituciones, y a la par expidiendo las leyes locales correspondientes.

En el año 2003, el Poder Judicial del Distrito Federal impulsó una política pública de solución de conflictos empleando mecanismos alternativos a la jurisdicción, por lo que se creó el *Centro de Justicia Alternativa (CJA)* como órgano del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal para administrar y desarrollar los métodos alternos de solución de conflictos en el Tribunal, en particular a través de la mediación. En una primera fase, solamente se ofreció el servicio de mediación familiar. En 2006, se instauró el servicio de mediación civil-mercantil y en 2007 el de penal. La mediación en materia de justicia para adolescentes se institucionalizó con la entrada en vigor del *Reglamento Interno del Centro de*

Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en 2009¹¹.

En el Distrito Federal, fue el martes 8 de enero de 2008, que se publicó en su gaceta el Decreto en virtud del cual se expidió la *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal*¹² (en lo sucesivo *Ley de Justicia Alternativa*). En ella se indicó que las disposiciones a través de las cuales se establecía la mediación¹³ como método de gestión de conflictos para la solución de controversias entre particulares¹⁴, eran de orden público, interés general y observancia obligatoria en el Distrito Federal.

A partir de 2008, el CJA es una dependencia del TSJDF, con autonomía técnica y de gestión. De esta manera es que surge la mediación como un proceso independiente y autónomo y se constituye como una alternativa dinámica para la resolución de

¹¹

Consultado

en:

http://www.poderjudicialdf.gob.mx/en/PJDF/Centro_de_Justicia_Alternativa_Org
años el día 18 de abril del 2012, a las 16:55 hrs.

¹² En el ámbito federal fue hasta el 18 de junio de 2008 que se reformó el artículo 17 de nuestra Carta Magna para indicar en su párrafo cuarto que, de manera general, las leyes debían prever mecanismos alternativos de solución de controversias, y en forma específica, estableció que en materia penal se debía regular su aplicación, asegurar la reparación del daño y establecer los casos en los que se requiriese supervisión judicial.

¹³ Basada en la autocomposición asistida.

¹⁴ Siempre que los conflictos recaigan sobre derechos de los cuales pueden aquellos disponer libremente, sin afectar el orden público.

problemas planteados por los interesados, y son precisamente ellos mismos quienes deciden la forma en que se deberán resolver sus diferencias. La finalidad es llegar a un acuerdo o convenio al cual se sujetarán por su propia voluntad, ya que son ellos mismos los que lo propusieron de esa forma, con la buena fe y voluntad de que será cumplido por ambos. Su propósito es lograr un acuerdo mutuo y rápido, ahorrando los costos de tiempo, dinero y energías, antes de involucrarse en un proceso judicial.

En el mismo sentido, la *Ley de Justicia Alternativa* en su artículo 5, establece los supuestos en que procede la mediación:

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 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,

por afinidad o civil; así como los que surjan de esas relaciones con terceros.

IV. En materia penal, en el marco de la justicia restaurativa, las controversias entre particulares originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, siempre que se persiga por querrela de parte ofendida y en cualquier caso no considerado grave perseguible de oficio, en cuanto a la reparación del daño.

V. En materia de justicia para adolescentes, en el marco de la justicia restaurativa, en 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, siempre que dichas conductas no sean consideradas como delitos graves.

El mecanismo de solución de conflictos, presenta beneficios y/o ventajas respecto a las demás soluciones de conflictos, como lo son:

- Que los mediados puedan solucionar por ellos mismos el conflicto legal que les aqueja, así como el origen del mismo, en un lapso breve con relación a un proceso jurisdiccional y tener así menor desgaste emocional.
- Alcanzar acuerdos satisfactorios para ambos, toda vez que son los propios

mediados quienes los construyen, lo cual permite que los acuerdos sean perdurables y de fácil cumplimiento por convicción y no por la obligación impuesta por un tercero ajeno al problema.

- Se brinda el apoyo para negociar el convenio previsto por la ley en los casos de divorcio.
- Auxilio para que las parejas determinen la guarda y custodia sobre los hijos y la forma en que van a convivir con ellos.
- Ayuda para que lleguen a un acuerdo respecto al cumplimiento y la forma en que se dará la pensión alimenticia.
- Apoyo para resolver el proceso de repartición de bienes de una herencia.

Las mediaciones se llevan a cabo a través de sesiones, las cuales tienen una duración aproximada de una hora y media cada una, pudiendo llevarse a cabo varias sesiones, que se programan atendiendo a cada asunto en particular y a las necesidades de los mediados, esto se establece en el Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal:

Artículo 52. La duración de la mediación será la que resulte necesaria, en atención al número y complejidad de los temas que

integren la agenda de trabajo, pero no excederá de cinco sesiones, salvo que el mediador y los mediados, consideren la necesidad de ampliar el número de sesiones, las que no podrán exceder de otras cinco.

Artículo 53. Para cada sesión se programará hora y media, tiempo que podrá extenderse o reducirse de común acuerdo, en razón de la dinámica del caso y de la carga de trabajo del mediador.

Llevar a cabo estas sesiones, es necesario seguir los principios rectores del servicio de mediación, que se establecen tanto en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal en su artículo 8, como en el *Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* en su artículo 36:

Son principios rectores del servicio de mediación, los siguientes:

- I. Voluntariedad: La participación de los particulares en la mediación deberá ser por propia decisión, libre y auténtica;
- II. Confidencialidad: La información generada por las partes durante la mediación no podrá ser divulgada;
- III. Flexibilidad: La mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados;

- IV. Neutralidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta exenta de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto de los mediados, que puedan influir en la toma de decisiones;
- V. Imparcialidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados;
- VI. Equidad: Los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios;
- VII. Legalidad: La mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres;
- VIII. Economía: El procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal. Por otro lado, la mediación puede ser pública o privada, la pública será la impartida por los funcionarios autorizados que laboren el Centro de Justicia Alternativa (CJA) y; la mediación privada, la realizan los particulares capacitados y certificados como mediadores por el Centro, pero que no laboran como funcionarios públicos del mismo.

La *Ley de Justicia Alternativa* establece diversos requisitos para poder ser mediador; tales como:

A) Para ser mediador público adscrito al Centro:

I. Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos y tener cuando menos veinticinco años de edad al día de su designación;

II. Contar con título y cédula profesionales de Licenciatura en Derecho, así como dos años de experiencia profesional mínima demostrable, en cualquiera de las materias competencia del Centro;

III. Concurrir y aprobar el proceso de selección correspondiente, sometiéndose a los exámenes y cursos de capacitación y entrenamiento.

Los resultados de los exámenes son confidenciales y la decisión del Consejo es inapelable.

El cargo de mediador es de confianza y será ratificado cada tres años por el Consejo, previa aprobación de un examen de competencias laborales.

El Director General, los Directores y los Subdirectores de Mediación del Centro, así como los Secretarios Actuarios del Tribunal que satisfagan los requisitos a que se refieren las fracciones

I y II de este apartado, podrán ser registrados como Mediadores sometién dose a los exámenes y cursos de capacitación y entrenamiento correspondientes. Su condición de mediador público deberá ratificarse cada tres años y se perderá al dejar de formar parte del Centro o deje de ser Secretario Actuario del Tribunal, según correspon da.

B) Para ser mediador privado:

- I. Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos y tener cuando menos veinticinco años de edad al día de su certificación y registro;
- II. Contar con título y cédula profesionales de Licenciatura en Derecho, así como dos años de experiencia profesional mínima demostrable, en cualquiera de las materias competencia del Centro;
- III. Gozar de buena reputación profesional y reconocida honorabilidad;
- IV. No haber sido condenado, mediante sentencia ejecutoriada, por delito doloso que merezca pena corporal;
- V. Presentar y aprobar el examen de conocimientos de competencias laborales;

VI. Aprobar los cursos de capacitación para la certificación y registro, y

VII. Realizar las horas de práctica en el Centro que fijen las Reglas.

Los resultados de los exámenes son confidenciales y la decisión del Comité es inapelable.

La certificación y el registro que otorgue el Centro tendrán una vigencia de tres años. Para renovar la certificación y el registro deberá presentarse y aprobar el examen de competencias laborales, y cumplir con las disposiciones que sobre esta materia establezcan el Reglamento y las Reglas.

Los mediadores públicos que dejen de ser servidores públicos del Tribunal, podrán ser certificados y registrados como mediadores privados. Para llevar a cabo una mediación, es necesario solicitar información de los servicios de pre-mediación y mediación, lo cual tendrá que ser personalmente o por representante legal o apoderado, ya sea de manera oral o escrita, ya por una sola de las partes en conflicto o por ambas.

Posteriormente, el Centro les propondrá que se presenten en la Dirección de Mediación que corresponda a la materia de la controversia para orientarles, con un documento oficial de

identificación y una copia del mismo, además el documento público y una copia, con el que acrediten su representación legal, en su caso.

Se pedirá a los involucrados en el conflicto, que expongan por separado y en forma breve el asunto controvertido, a lo cual recibirán orientación y documentación explicativa de los servicios que ofrece el Centro, se notificará si el conflicto planeado es mediable, en caso contrario se les orientará respecto de las instancias pertinentes para su atención.

Si el asunto es materia de mediación, los solicitantes deberán manifestar por escrito su voluntad de participar en el procedimiento, para hacerles saber la fecha y hora para que se presenten a la sesión inicial de mediación.

En caso de que la solicitud sea realizada por una sola de las partes en conflicto, se le solicitará a éste proporcione la información de las demás partes para que acudan al Centro al área de atención al público y posteriormente a la de premediación, para que se les proporcione la orientación y documentación explicativa de los servicios que ofrece. La solicitud de invitación a la mediación se podrá hacer por un máximo de dos veces, de no formular respuesta, se cerrará el expediente y se tendrá por fallida la alternativa para solucionar el conflicto a través de la mediación, lo que se hará del conocimiento del solicitante.

En el supuesto de que las dos partes acepten la mediación, se les comunicará a los mediados la fecha de la sesión inicial y se les designará el mediador, quien recibirá el expediente y tendrá obligación de emitir, dentro de los cinco días hábiles siguientes, su aceptación a través de la suscripción del escrito de autonomía, o de excusarse de conducir el procedimiento, por tener impedimento.

El mediador, tiene como tarea primaria, que las partes definan, adopten, acepten y respeten el procedimiento para construir los acuerdos que formen parte de la solución.

A partir de este momento, él tiene como responsabilidad ayudar a los mediados a compartir información y a que se escuchen mutuamente para identificar los aspectos que permitan encontrar opciones de solución a su problema.

Por su parte los mediados durante el procedimiento deben mantener la confidencialidad del diálogo, ser respetuosos y tolerantes entre sí, con el mediador y con las reglas establecidas, dialogar con honestidad y franqueza, tener presente que están por voluntad, y que por tanto, su participación debe ser activa, permitirle al mediador guiar el proceso y si se llegare a celebrar un convenio cumplir con las obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Durante la primera sesión, el mediador debe recordar a los mediados el objeto y alcance de la mediación, celebra con ellos el

convenio de confidencialidad correspondiente, les informa de la posibilidad de dar por terminada la mediación en las siguientes circunstancias:

- Al celebrar convenio que haya resuelto la totalidad o parte de los puntos litigiosos de la controversia;
- Cuando aprecie incumplimiento a las reglas para conducirse en la mediación;
- Cuando aprecie falta de colaboración en uno o ambos mediados;
- Por inasistencia injustificada de ambas partes a dos sesiones consecutivas,
- Por inasistencia injustificada de alguna de las partes a tres sesiones consecutivas;
- Cuando la mediación se vuelva inútil o impracticable para la finalidad perseguida, y
- Cuando alguno de los mediados o ambos lo soliciten.

Hay que resaltar que los mediados en todo momento cuentan con orientación jurídica, psicológica y social durante el procedimiento de mediación.

Una vez, que las partes hayan llegado a un acuerdo, respecto a las cuestiones en conflicto, se celebrará un convenio ante la fe pública del Director General o Subdirector de Mediación, con las

formalidades que señala la *Ley de Justicia Alternativa* en su artículo 35, el cual será válido y exigible en sus términos, y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada, trayendo aparejada ejecución para su exigibilidad en vía de apremio ante la autoridad jurisdiccional, tratándose de las materias civil, mercantil y familiar. 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.

Los convenios celebrados por los mediados que cumplan con los requisitos de ley y sean registrados ante el Centro, podrán ser anotados en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de conformidad con las leyes respectivas.

Existe en el caso de incumplimiento parcial o total de un convenio celebrado por los mediados o frente al cambio de circunstancias que dieron origen a su celebración, una figura denominada *re-mediación*, la cual se lleva a cabo ante el Centro de Justicia Alternativa siempre y cuando no se tenga deseo de acudir a tribunales; en caso de que no se pudiera llevar a cabo la re-mediación con éxito, se da la posibilidad de acudir ante los Jueces competentes para iniciar un proceso judicial, en el supuesto del incumplimiento parcial o total, exigir su ejecución y en el caso de cambio de circunstancias iniciar un juicio a través de la demanda.

De esta manera es que la mediación se convierte en una posible propuesta para la solución de los problemas, ya que es indispensable que los peticionarios tengan un diálogo, antes de tomar decisiones. Así podrán establecer sus diferencias, sus deseos y buscar la mejor solución a los problemas que se les presentan, sin entrar en conflictos jurídicos, desgaste emocional, físico y económico.

Por otro lado, la mediación permitirá abrir el diálogo entre dos personas y a través de la creatividad se podrá allegar de soluciones, siendo las mismas partes las que aportan las alternativas, las cuales son evaluadas y seleccionadas por las partes y el mediador (esto buscando la menor intervención del último). Son las partes quienes conocen mejor su relación y sus necesidades, en cambio si fuera el tercero quien impusiera las soluciones, podría haber incomodidad y en cierta parte un sentimiento de obligación a cumplirlas, y éste no es el objetivo (ejemplo la conciliación), tampoco se debe buscar que el acuerdo sea impuesto con carácter obligatorio (a través del arbitraje). Esto con la finalidad de lograr la construcción de acuerdos que sean de fácil y libre cumplimiento para los mediados.

Al propio tiempo, la vía conciliatoria se ha hecho ineficaz y se ha convertido en un trámite más, lo que ha provocado sobrecarga de trabajo, que torna lenta la aplicación de la ley y la insatisfacción social frente a las resoluciones judiciales.

Es por esta razón, que dentro de los citados métodos, la mediación es la vía pacífica de solución de conflictos que, en términos humanos, de tiempo, recursos y costos, ha mostrado ser más eficiente que cualquier otro, porque además de privilegiar la libre decisión de las partes, la cooperación y el compromiso mutuo, facilita la pacífica continuidad de las relaciones reduciendo así la posibilidad de futuros litigios, independientemente de que, en la medida que se difunda, al ponderarse la responsabilidad de los involucrados en el arreglo de su conflicto ante la sociedad, ésta se proyecta como un medio capaz de generar una cultura pacificadora que recupera la posibilidad de una armónica convivencia entre los individuos.

Aunado a lo anterior y reforzando las ventajas que ofrece la mediación, es que no solamente se beneficia a los individuos en conflicto causando una satisfacción en ambas partes, sino que además tiene un beneficio social, ya que favorece a la paz, se evita más congestiónamiento de juicios en los juzgados y repercusiones físicas, emocionales y/o económicas, como bien lo ha comentado García García en su siguiente texto:

En definitiva, además del ahorro en tiempo y dinero que supone la evitación del juicio, que es el principal factor de su auge, la mediación ofrece algunas ventajas, tanto desde el punto de vista individual (las partes conocen mejor que el juez, sus verdaderos

intereses y el límite de sus pretensiones) como social (las soluciones acordadas favorecen la paz social y la cohesión de la comunidad, frente al trauma que supone toda resolución decisoria), causa satisfacción en ambas partes porque no hay perdedores y se evitan las ejecuciones forzosas y, lo que es más importante, la prolongación del juicio y su negativa repercusión para la salud¹⁵.

En resumen “La mediación representa una nueva visión de resolver los conflictos, de una forma más humana y objetiva, de verificar en la solución de un conflicto, no sólo los derechos y obligaciones que se estipulan en la ley, sino que ventilarlo desde una perspectiva psicológica, emocional de intereses mutuos y divergentes, que en ocasiones se diluyen en la rigidez de las leyes.”¹⁶

¹⁵ García García, Lucía. Mediación familiar, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 104.

¹⁶ Perea Valadez, María Clementina, consultado en:
<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-164s.pdf>, el día 29 de marzo del 2012, a las 18:25 hrs.

CAPÍTULO III.

3.1 DERECHO COMPARADO

La Procuraduría General de la Republica y el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en coordinación con la Academia Nacional de Seguridad Pública, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente y la Red de Capacitadores de Los Ministerios Públicos de Iberoamérica, llevaron a cabo del 1 al 5 de Julio de 2002, las jornadas sobre Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa.

Los conferencistas destacaron las ventajas que ofrece la oralidad en los proceso, como la transparencia que da la publicidad, el conocimiento directo de la prueba y la posibilidad de alcanzar una justicia más pronta y expedita. Así mismo, expusieron diferentes mecanismos de justicia penal alternativa, como la conciliación, la aplicación del principio de oportunidad y diversos medios para lograr una reparación integral del daño y una mejor atención a las víctimas del delito. También se refirieron a los diversos problemas a que se enfrentaron en sus respectivos países al implantar algunas de estas vías.

EN MÉXICO

El tema de justicia restaurativa requiere una construcción jurídica pero también filosófica, antropológica, sociológica, psicológica y victimológica, porque no puede analizarse exclusivamente desde el

punto de vista jurídico, y mucho menos, desde el punto de vista dogmático. Esto va a tener que ver con la teoría de la reacción social, de quienes estudiaron las formas del control social, formal informal con las cuales se logra el consenso ciudadano para que las comunidades sean sanas; veremos en varios niveles cuáles son las sugerencias de las naciones unidas. Ese factor social estatal formal se lleva adelante en tres momentos que deben verse plasmados en una estrategia; primero, un momento legislativo, en el que se establecen, por medio de documentos que se aprueban, los valores, los principios y las propuestas de un Estado. En segundo lugar, al momento judicial; por medio de éste se hace la selección de la delincuencia que trata el órgano jurisdiccional, el cual realmente tiene una función más legitimadora que punitiva. El tercero es el ejecutivo, la parte terminal del sistema, donde la autoridad ejecutora de sanciones aplica su función, a veces eliminadora, de etiquetamiento y de estigmatización social. Lo anterior es lo que quisiéramos cambiar. De acuerdo con el informe del secretario general y con base en las consultas se determina la importancia de que todos estos debates sobre la justicia restaurativa vean dos elementos fundamentales en el mismo; la responsabilidad y la equidad, en equilibrio tanto de la víctima como del delincuente. Y se determina que la justicia restaurativa tiene múltiples objetivos. Entre los que podemos señalar:

Incorporar a la comunidad en su conjunto: está no se encuentra presente para saber cómo recuperar y retomar al delincuente, y también cómo dar apoyos y asistencia a las víctimas. En la actualidad la comunidad está fuera de la ejecución de las sanciones.

Recomponer las relaciones sociales: ningún delincuente se va a quedar en el ostracismo, ninguna víctima se va a quedar en un lugar donde nadie la vuelva a ver. La víctima regresa al núcleo familiar, a su comunidad. El delincuente, lo mismo, es decir, sino pensamos en recomponer esas relaciones sociales esa ruptura se va a reflejar en algún lado.

Equilibrio entre los intereses de las tres partes: comunidad, víctima y delincuente: para la elaboración de los lineamientos el grupo de 37 expertos, reunidos por la Organización de las Naciones Unidas, generó un documento en el que se establecieron definiciones, utilización de programas, funcionamiento, desarrollo y cláusulas de salvaguardia.

DEFINICIONES

En las definiciones para determinar la justicia restaurativa se pueden utilizar otros sinónimos pero se decidió que justicia restaurativa era la mejor traducción. En cuanto a las distintas definiciones el documento acepta que éste es un asunto muy antiguo, ya que todas

las culturas indígenas contaban con mecanismos para la resolución de conflictos. Lo que se quiere lograr con este nuevo concepto del delito es recuperar la importancia de la igualdad entre las partes: el respeto a la dignidad, el regreso a la armonía social que se había perdido con el sistema penal anterior. Baste recordar que, entre los aztecas, cuando la persona cometía un delito de homicidio, para condenarlo se le pedía quedarse como esclavo de la viuda por el resto de su vida. También cuando era una reparación moral, se tomaba un ave del paraíso para que se diera la reparación simbólica. Así la justicia restaurativa ha estado presente, desde hace mucho, en múltiples culturas.

El documento también señala que este mecanismo de justicia restaurativa permite a la víctima y al victimario sentirse más seguros porque cierra el círculo que se inició con el conflicto, el cual se disuelve y no se potencia. En la justicia penal es a ver quién gana. Pero aquí, ambos están dispuestos a encontrar una solución, genuina, con responsabilidad, y con la posibilidad de que la comunidad comprenda cuál fue el origen profundo de las causas de esa conducta delictiva para volver a buscar el bienestar social.

Es un sistema muy flexible que no menoscaba ni suple el derecho de los estados a perseguir a los delincuentes. Digo esto para aquellos que repentinamente se asustan con la expresión “justicia restaurativa”. Es importante que se determine el establecer

programas y mecanismos de valoración para que esto funcione. Hay un consenso sobre lo que es justicia restaurativa, proceso restaurativo, resultados restaurativos y el facilitador. En algunas legislaciones se ha dicho mediador, pero se prefirió el término facilitador, que es la persona que reconstruye el conflicto para ponerlo antelas partes de manera justa e imparcial para que después éstas puedan tomar alguna solución.

UTILIZACIÓN DE LOS PROGRAMAS

Los principios establecidos en el estudio señalan que la justicia restaurativa se va a utilizar y no se puede utilizar en cualquier momento del sistema de justicia penal. No antes ni después, sino durante todo el procedimiento, incluso hasta la aplicación de la sentencia. Para aplicarlo es fundamental que haya pruebas suficientes con objeto de inculpar al delincuente, también que haya el consentimiento por parte del sujeto y de la víctima para que este proceso sea libre y voluntario. Por ejemplo la presidenta del Tribunal del Centro de Resolución de Conflictos de Quintana Roo comento que todos los mediadores operaban muy bien, salvo uno con antecedentes de Ministerio Público. La razón es que este mediador, cuando sienta las partes, trabaja con ellas de manera brusca. Utiliza el perfil persecutor. Por eso los perfiles de ministerios públicos persecutores no pueden convertirse de la noche a la mañana en conciliadores. Son perfiles totalmente diferentes.

En Turquía se exige que se sometan al sistema de mediación. Esto es difícil, porque rompe con el principio de la resolución de conflictos. La víctima y el victimario deben estar de acuerdo, por lo menos en los hechos fundamentales, porque si alguien dice: “no existe, nunca estuve en el lugar de los hechos” no se puede iniciar un proceso de justicia restaurativa; tienen que ponerse de acuerdo en los hechos fundamentales para que pueda iniciarse este proceso”.

El documento de Naciones Unidas señala que la participación del delincuente no sea utilizada como prueba para la admisión de la culpabilidad en un procedimiento ulterior. Esto se debe a que se trata de un proceso totalmente distinto al que se pide: 1) la salvaguardia de la información confidencial que se trata en ese momento y 2) si en un momento dado víctima o delincuente deciden levantarse y decir “ya no continúo”, perfecto.

El facilitador tiene prohibido hablar de esta información para utilizarla en contra del inculpado durante el proceso penal. Es muy importante tomar en consideración que cuando el delincuente no aceptó a la víctima, y sobre todo cuando se persigue de oficio la conducta, inmediatamente se debe dar conocimiento a las autoridades para que se inicie el proceso correspondiente y la conducta no quede impune. También se pide cuidar el aspecto de la seguridad de las partes, ya que en una de las mismas, en un momento dado, alguna puede ponerse en riesgo y esto no sería lo adecuado.

FUNCIONAMIENTO

Debe analizarse el funcionamiento de los programas ¿Cuáles son las condiciones de remisión a programas de justicia restaurativa? Esto debe estar perfectamente determinado, es decir en qué condiciones se va a aceptar en un país que un asunto vaya a justicia restaurativa. Posteriormente ¿Cuál va a ser la gestión de estos casos después de que se aplicó la justicia restaurativa? En ocasiones el sujeto no cumple, y entonces ¿Qué se va a hacer después? Cuando las partes no alcanzan un arreglo entre ellas, entonces se debe someter a la justicia penal en un sistema ordinario. Desde luego hay casos muy leves de conductas que ocasionalmente pueden someterse a mecanismos de resolución de conflictos. El incumplimiento del convenio de arreglo entre las partes en algunos países se envía a la justicia penal tradicional si no procede por el incumplimiento. Se pide una gran imparcialidad por parte de los facilitadores, un gran respeto a la dignidad de las partes.¹⁷

¹⁷ Lima Malvido María de la Luz, "Oralidad en el Proceso y la Justicia Penal Alternativa", Jornadas Iberoamericanas, Instituto Nacional de Ciencias Penales, INACIPE, México, 2008, p. 351.

3.2 APLICACIÓN OBLIGATORIA DE LOS MECANISMOS EN COLOMBIA

MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA ADMITIDOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO

El Nuevo Código de Procedimiento penal colombiano que entro a regir a partir del 1 de enero de 2005, por primera vez en el derecho positivo, se ocupa de tres formas o programas de solución de conflictos de justicia restaurativa, sin que sean los únicos, pues las formas alternativas de solucionar conflicto son muchos, algunos autores entre ellos el profesor BERISTAÍN IPIÑA¹⁸, al referirse a esta forma de justicia la denomina, justicia recreativa, pues la víctima, el delincuente, la comunidad y las familias de los involucrados pueden a su iniciativa proponer soluciones acordes con el respeto a los principios del procedimiento penal y los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes, siempre buscando la solución al conflicto penal mediante formas alternativa a la pura solución retributiva, esto es, acudir a la cárcel como único mecanismo de resolver el problema cuando una persona infringe la norma penal. Estos mecanismos son: la conciliación preprocesal, la mediación la reparación integral.

¹⁸ Beristain-Ipiña, Antonio. Criminología y Victimología. Alternativas Recreadoras al Delito. Leyer, Bogotá, 1998.

LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL

La conciliación es un mecanismo que se conoce en nuestro actual sistema procesal, que frente a la crisis de la administración de justicia, se adoptó en todas las áreas del derecho como una forma de descongestionar los despacho judiciales y una manera de apresurar la solución de las controversias entre los interesados, para evitar que los conflictos tuvieran que surtir las instancias judiciales en busca de una solución. Mediante la conciliación las partes, refiriéndose al asunto penal, la víctima y el victimario acuerdan sus voluntades para de una manera consensuada den solución a la controversia originada con el delito en los casos que permite la ley. Fue mediante la ley 640 de 2000, que autorizó la conciliación extrajudicial permitiendo que las controversias pudieran ser resueltas por personas distintas a los funcionarios judiciales, esto es, conciliadores particulares que hagan parte de los centros de conciliación autorizados.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

La conciliación como mecanismo de justicia restaurativo, constituye en el proyecto un requisito de procedibilidad para los delitos que requieren querrella de parte, sin la cual no se puede iniciar la acción penal. Los delitos querellables son competencia de los jueces municipales frente a los cuales el fiscal local será el acusador. Los delitos que requieren querrella se relacionan en el art. 74 del proyecto,

con la excepción cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad: como todos los hechos punibles que no tienen señalada una pena privativa de la libertad, la ayuda al suicidio, la injuria, la calumnia, emisión y transferencia ilegal de cheques etc.

La conciliación preprocesal se realiza ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal. El fiscal cuando conoce de un delito que es querellable citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercerá la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación. El estatuto no señala, como lo hace el actual, el término para el cumplimiento del acuerdo. Es decir, el plazo para su acatamiento será el que fije las partes sin ser necesariamente 60 días, esto depende de los acuerdos en que convengan víctima y victimario. Si en el caso la Policía Judicial a recogido evidencias materiales de ese hecho punible deberá, se entiende que, archivar con pendiente que el interesado cumplan con el acuerdo de conciliación, si se cumple se archivan definitivamente las diligencias. Si el acuerdo no se cumple o se cumple parcialmente las diligencias tendrán que ser desarchivadas e iniciarse la acción penal. Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al

fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente. En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la ley 640 de 2001.

La mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. El primer Programa de Reconciliación entre Víctima y Delincuente (llamado VOM, por su nombre en inglés, “Victim Offender Mediation”) comenzó como un experimento en Kitchener, Ontario, a principios de los 70 cuando un funcionario de libertad condicional de menores convenció a un juez de que dos jóvenes condenados por vandalismo debían reunirse con las víctimas de sus delitos. Después de los encuentros, el juez ordenó a ambos jóvenes realizar una restitución a las víctimas como condición para la

obtención de la libertad condicional. Por lo tanto, los VORP (o Programas de Reconciliación entre Víctima y Delincuente) comenzaron como una sentencia alternativa posterior a la condena basada en la libertad condicional. La participación de la víctima es voluntaria. Usualmente, la participación del delincuente se caracteriza por ser también voluntaria, si bien debemos reconocer que los delincuentes pueden "ofrecerse voluntariamente" con el propósito de evitar resultados más onerosos que de otro modo les serían impuestos.

El mediador no impone un resultado específico, esto es, el mediador no toma ninguna decisión que pueda vincular a las partes, son estas quienes acuerdan una solución. En lugar de eso, el rol del mediador consiste en facilitar la interacción entre víctima y delincuente, durante la que cada uno asume un rol activo para alcanzar un resultado que sea percibido como justo por ambos. La mediación propicia el diálogo entre las víctimas, la comunidad y el infractor del hecho, facilita la búsqueda de una solución creativa y consiente, permite a los protagonistas conocer los hechos desde el punto de vista del contrario, de manera que las partes encuentren en la reconciliación una experiencia en donde tengan la sensación que ellos mismos están creando justicia en vez de, pasivamente, recibirla.

En la práctica, el mediador acerca a víctima y delincuente a fin de asegurarse de que la mediación sea apropiada para ambos. En

particular, el mediador intenta asegurarse que ambos sean psicológicamente capaces de hacer de la mediación una experiencia constructiva, de que la víctima no se vea aún más perjudicada por el hecho de reunirse con el delincuente, y de que ambos comprendan que su participación es voluntaria. Luego, las partes se reúnen a fin de identificar la injusticia, rectificar el daño, restaurar los perjuicios, y establecer cronogramas de pago y monitoreo. Ambas partes presentan su versión de los eventos que condujeron al delito y las circunstancias que lo rodearon. La víctima tiene la posibilidad de hablar acerca de las dimensiones personales de la victimización y pérdida, en tanto que el delincuente tiene la posibilidad de expresar su remordimiento y explicar las circunstancias que rodearon a su comportamiento. Luego, las partes se ponen de acuerdo con respecto a la naturaleza y alcance del daño causado por el delito a fin de identificar los actos necesarios para reparar el perjuicio sufrido por la víctima.

Las condiciones de la reparación acordada, por ejemplo, restitución, servicios en especie, trabajos la comunidad, pago de daños, términos o plazos para cumplir etc. El acuerdo se recoge en un escrito, junto con los cronogramas de pago y monitoreo. Ventajas comparativas entre la mediación o acudir al litigio para la solución del conflicto penal.

Este procedimiento se denomina mediación. Mediación Las Partes deciden Litigio Otros deciden El costo es mucho menor debido al tiempo que requiere Un litigio puede durar años para resolverse y por ende los costos son mucho más altos Las partes aprenden habilidades de negociación y existe confianza Ninguna de las partes aprende habilidades de negociación y hay desconfianza El Poder como fuerza en la toma de decisión es menos decisivo El Poder es manipulado por las partes y sus abogados Las partes involucradas presentan sus argumentos en sus palabras Otros presentan los argumentos en sus palabras, contando con información limitada.

La comunicación entre las partes es la base para resolver el conflicto La comunicación entre las partes es desalentada o prohibida Las partes toman la responsabilidad de sus decisiones propias Las partes renuncian a la responsabilidad de sus propias decisiones. Estas son tomadas por los abogados, jueces y árbitros Las partes determinan su solución El juez o el arbitro impone la solución Compromiso fuerte debido a la participación activa en el arreglo No hay compromiso debido a la falta de participación en el arreglo Existe certidumbre porque las partes buscan solucionar el conflicto Incertidumbre porque los juicios buscan establecer verdades legales El proceso es confidencial Los procesos son más o menos públicos La satisfacción de un arreglo logrado por ambas partes hace remota

la posibilidad de futuras confrontaciones sobre el conflicto. El descontento con la sentencia o laudo asegura futuros litigios y costos para impugnar sentencias o cuestionar validez de laudos.

La mediación podrá referirse a la reparación del daño, -A la restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; -A la realización o abstención de determinada conducta; -A la prestación de servicios a la comunidad; -o pedimento de disculpas o perdón. La mediación se puede solicitar: -Desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral. -procede para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión -o cuando la conciliación preprocesal a fracasado. -y víctima y victimario deben aceptar expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, procedan a designar el mediador. En los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la

mediación. El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación. Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

El acuerdo a que lleguen los interesados en la mediación tiene efectos vinculantes para la víctima y victimario. En consecuencia: Excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral. Es preciso aclarar, que la decisión de acudir a la mediación, no es lo que tiene efectos vinculantes, como que el nuevo Código de Procedimiento penal, sino el acuerdo a que lleguen víctima y victimario en proceso de mediación con un tercero neutro e imparcial.

El mediador no es administrador de justicia, es un facilitar, un intermediario neutral entre la comunicación de la víctima y el victimario. El mediador no resuelve, son las partes quienes deciden la orientación del acuerdo. Un mediador con facultades de administrar justicia no fue previsto en la reforma constitucional. El Código procesal acusatoria, previa que lo que tenía efectos vinculantes era la decisión de mediador, situación que fue objetada por el presidente y fue corregida. Si se aceptara que la decisión del mediador tiene esos efectos tan graves, su decisión podría ir en

contra de los derechos de las víctimas, pues cualquier acuerdo, por ejemplo el simple perdón, llevaría que el afectado con el delito ya no le podría cobrar los perjuicios al victimario ni mediante la acción civil derivada del delito ni abrir el incidente de reparación integral.

La justicia restaurativa intenta reparar el daño causado por el delito. De ser posible, esta reparación debe ser realizada por quien causó el daño, es por eso que la justicia restaurativa valora los esfuerzos de los delincuentes por compensar lo que hicieron. La reparación no es una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues, obliga al autor del delito a enfrentarse con las consecuencias de su conducta y aprende a reconocer los perjuicios causados a la víctima. Es una oportunidad de reconciliación y acercamiento entre el delincuente y la víctima y facilitar la reintegración del culpable. La reparación no se refiere solo a un pago por los perjuicios causado, comprende también el compromiso de la restitución o devolución o remplazando de la propiedad objeto del delito, o brindar servicios directos a la víctima o a la comunidad.

Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del ministerio público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los

daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes. Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, sólo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable: -Con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira -e indicación de las pruebas que hará valer.

En esta primera audiencia del incidente tendrá la oportunidad de citar el tercero civilmente responsable y el asegurador según el caso. -El juez examinará la pretensión Y PUEDE RECHAZARLA O ADMITIRLA La rechaza si quien la promueve no es víctima directa o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y éste fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación. Si Admite la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia.

En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente

responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba. - Audiencia de pruebas y alegaciones. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones. -La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará: el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condena en costas. - Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá.

Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente. - Decisión de reparación integral. En la misma audiencia el juez el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haberse anunciado el fallo de responsabilidad penal.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado. El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

CITACIÓN DEL ASEGURADOR

Exclusivamente para efectos de la conciliación en el trámite del incidente de reparación integral, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación.

CONCLUSIÓN

Con la justicia restaurativa se propone la humanización del proceso penal, mediante una opción preferencial por las víctimas del delito, olvidadas y maltratadas en el desarrollo del proceso penal tradicional y se les reconozca la atención negada a la verdad, la justicia y la reparación de sus daños causados con el delito.

Los legisladores preocupados más por la persona que transgreden la norma de carácter criminal, han dejado de lado las víctimas como

sujetos protagonistas del drama criminal, frente a lo cual, es necesario escucharlas, atender sus expectativas buscando en la solución del conflicto penal una solución integral que equilibre la intervención y los derechos de las partes en el desarrollo de la tragedia social. Los sistemas penal actuales, como el nuestro, la víctima ha sido despojada de su conflicto, es decir, el Estado secuestra el conflicto penal para evitar la venganza personal de la víctima o sus afectados con el delito y dirige toda su atención a la persecución y sanción del autor del hecho olvidando las necesidades de protección, respeto y consideración de quien a sufrido la acción delictiva.

De esta manera el Estado sienta su interés en el delincuente como única manera de controlar el delito. Todas las garantías procesales como sus derechos fundamentales, del delincuente, están protegidas, de ahí que algún autor, haya indicado que la legislación penal es la carta manga del delincuente. De esta manera, la deshumanización del sistema penal tiene su reflejo directo en el proceso que ha terminado en convertirse en un instrumento de una justicia formal, que en no pocas ocasiones generador de mayores daños y perjuicios de los que causan los delitos. Estos planteamientos parecen tener cabida en el nuevo CPP que próximamente empezara a regir, con la inclusión en su normativa de los mecanismos de justicia restaurativa.

3.3 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL PERÚ

MECANISMOS DE CONTROL DIRECTO

NEGOCIACIÓN

La negociación es un proceso constante y presente en todas las facetas de la vida humana y derivada de la interrelación con otras personas, que aparece luego de percibir un conflicto, que debe ser resuelto para poder alcanzar determinados objetivos. La actividad de la construcción no es ajena a lo expuesto, al contrario, al existir multiplicidad de sujetos y relaciones, es importantísimo saber que a través de la negociación se puede controlar las disputas o controversias que surjan, a pesar de los procedimientos detallados en los numerales anteriores. En el manejo de conflictos, la disputa surge a partir de visiones diferentes del mundo real, las mismas que a su vez ocurren, porque están basadas en valores, ideologías, creencias y aprendizajes diversos. El estudio de lo que es un conflicto, las variables que intervienen y cómo contribuyen en él, resulta de necesidad indispensable para comprender la forma de cómo debemos solucionarlos.

En la ingeniería y construcción, el monto de lo involucrado y la trascendencia de los asuntos hacen que sea una actividad proclive de suscitar conflictos entre las partes y por ende, las negociaciones

deben ser rápidas, efectivas, completas y significar no sólo una real solución de ésta, sino también un aporte al contrato y a la ejecución futura de las obras. Si los conflictos no son adecuadamente administrados, pueden usualmente desembocar en situaciones inadecuadas para una de ellas, que a la corta o a la larga generarán inestabilidad e inseguridad en las interacción humana vinculante. Por ejemplo, manejando el sencillo principio de la oportunidad, si un Contratista decide presentar sus reclamos en una etapa no adecuada, pero justamente crítica de la obra, generará la percepción en su contraparte, que lo que busca es utilizar la presión que genera dicha coyuntura para que se le reconozca su pedido.

Esto nos lleva a la necesidad profundizar en el manejo de percepciones para que las partes finalmente entiendan la posición del opuesto en toda negociación a fin de darle un sentido de legitimidad a su pedido. Esta es la razón por la que en los últimos años el manejo del conflicto ha alcanzado el rango de toda una disciplina, existiendo en la actualidad 8 más de cuatrocientos programas sobre “conflict management” en diversas escuelas de Derecho y Administración de los Estados Unidos de Norteamérica.

En el Perú, no existe aún tal iniciativa. Ahora, cabe preguntarse cuáles son las características más resaltantes de una negociación en construcción: – Es multiparte. Es decir, existen dos o más partes involucradas. En efecto, en la actividad de la construcción

no sólo intervienen dos partes sino muchas, como el proyectista, el contratista, el propietario, los subcontratistas especializados y el supervisor o inspector. – Cada una de las partes anteriormente señaladas tiene interés o conflicto con respecto a uno o más asuntos. Así por ejemplo, el proyectista quiere que se respete su proyecto en caso de encontrarse un error en él, generalmente entra en conflicto con el supervisor. El contratista aprovecha de presentar un reclamo, incrementando el precio. El supervisor tiende a su vez de reducir o en algunos casos a rechazar de inmediato el reclamo, representando a su mandante, el propietario de la obra, etc. – Por lo general, la actividad de construcción, al igual que la teoría general de la negociación, involucra la presentación de posiciones y propuestas por una parte y la evaluación de éstas por la otra, seguida de concesiones y contra-propuestas. Así, la actividad se torna más secuencial que simultánea.

Los estilos utilizados en las negociaciones en construcción, al igual que en la teoría de la negociación en general, pueden clasificarse en tres: – El estilo del “negociador duro”.- Es decir, aquel estilo que hace uso de estrategias coercitivas para lograr que la otra parte haga concesiones. Las partes tienden a tomar posiciones extremas y presionar por ellas sin considerar los intereses de su contraparte (y a veces sin considerar sus propios intereses). Por ejemplo, no es raro que el propietario de una obra con natural

tendencia al estilo “negociador duro” amenace al contratista con resolverle el contrato a pesar que ello le puede significar pérdidas económicas. Esto es especialmente crítico en las obras públicas donde se sobreponen intereses formales a intereses reales –buena ejecución, por ejemplo- olvidándose los funcionarios públicos de que el interés no es la ley, sino la obra. A todo ello, el contratista, con frecuencia, responderá con estrategias igualmente "duras", lo cual traerá como resultado que ambas partes se agoten y corran el riesgo de entramparse en un conflicto infranqueable. Las consecuencias de este enfoque son relaciones conflictivas y el resultado de sus negociaciones tienden a ser soluciones disgregantes en lugar de ser soluciones integrantes.

El estilo del “negociador suave”, alude aquello que lucha por un acuerdo buscando por todos los medios no generar tensión o conflicto, otorgando concesiones fácilmente. Esto no es del todo extraño en la ingeniería y construcción, ya que para este estilo el objetivo es no poner en peligro la relación. Sin embargo, existe el riesgo que los intereses y las necesidades básicas de las partes se mantengan insatisfechas creando problemas en el futuro. Estos negociadores pueden ser percibidos como "débiles" por los negociadores "duros". - El estilo del “negociador que trabaja basado en principios”.- Alude a aquellos que deciden sobre los asuntos en

base en sus méritos y buscan ganancias mutuas (soluciones integrantes) donde sea posible.

Este enfoque depende del entendimiento real de los intereses que subyacen tras sus posiciones y de la creación de opciones que los satisfagan o del uso de reglas estándar para guiar a las partes a un acuerdo adecuado, justo y satisfactorio. Con frecuencia, este enfoque, para la resolución de problemas por medio de la colaboración, fortalece las relaciones de trabajo a largo plazo. No obstante, para este estilo negociador, en la construcción, requiérase ganar la confianza de la contraparte, ya que los intereses en conflictos y el estilo general con que se desarrolla la construcción (la del no socio, la del adversario permanente) se constituye en una barrera de entrada a cualquier intento negociador.

Esta barrera, en obras públicas se ve permanentemente incrementada por la presencia distorsionadora de la Contraloría General de la República, que en muchos casos lejos de actuar como un real “auditor”, actúa directamente tomando decisiones de gestión durante la ejecución de la obra, como es el caso de presupuestos adicionales que exceden del porcentaje legal limitante, a los que su ley orgánica las denomina “materia no arbitrable”.

Negociación Directa Surgida una controversia, que no ha podido ser manejada a través de procedimientos preventivos, quienes

mejor conocimiento tienen de cómo resolverla son las mismas partes. Por ello, cuando aquí hablamos de negociación directa, nos estamos refiriendo a aquella negociación sin incluir a terceros. Esta acepción “negociación directa” no alude solamente a que las partes serán las mismas, sino que los negociadores serán los mismos involucrados. Es importante que una negociación sea temprana en la ejecución de la obra (cuanto antes mejor), sea rápida, tenga objetivos claros y que las partes sustenten sus pretensiones en fundamentos claros (técnicos, legales, etc.) y no se limiten a llevar la negociación a una mera confrontación de posiciones o motivos estrictamente “de justicia”. El hecho que la negociación sea directa, no quiere decir que el negociador directo no pueda actuar con asesoría, quienes inclusive pueden estar facultados a participar activamente pero respetando los límites y prerrogativas que se les haya concedido o dentro del rol asignado por quienes tienen el poder decisorio en la negociación. Ya que la actividad de la construcción es plurisubjetiva, el llegar a una negociación es casi inevitable; siendo por tanto importante que los negociadores tengan claro la conveniencia o inconveniencia que representa para ellos la conclusión de este mecanismo sin acuerdo alguno. Cabe señalar que en el Perú, las negociaciones en obra, son generalmente duras y pocas veces arriban a acuerdos ventajosos para las partes, ya que quienes viven – literalmente en las obras – sienten que es mejor que las decisiones importantes, para su tranquilidad, las tomen los niveles de superior jerarquía en la empresa.

Esto, lo podemos entender -mas no justificar- por el pobre nivel de empowerment de nuestras empresas peruanas en general. Nuevamente, en el caso de las entidades públicas, debemos referirnos a ellas con suma preocupación, ya que si bien la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado incentiva la utilización de mecanismos alternativos de resolución de controversias, como la conciliación, son muy pocos los casos en que se puesto en práctica.

En muchos casos, el efecto “Contraloría” limita la capacidad del funcionario público para negociar; y lo que es peor, obligándolos a buscar que las decisiones que tomen no sólo sean avaladas por su superior jerárquico, sino también –al final del día- por el propio tribunal arbitral o árbitro único de ser el caso. Así, no es raro que al Tribunal Arbitral conformado se le acerquen las partes solicitando que ratifiquen las decisiones que ellas “extraoficialmente” han tomado. Esta distorsión del mecanismo de negociación se debe a que no existen parámetros claros sobre qué negociar y qué no y cómo tomar decisiones costo – beneficio.

NEGOCIACIONES EJECUTIVAS

Las negociaciones ejecutivas se llevan a cabo cuando a un determinado nivel de la negociación directa no se ha logrado obtener el resultado positivo esperado; en otras palabras, cuando se ha visto, al menos momentáneamente frustrado un arreglo entre las partes, o

éstas han decidido simplemente no discutir más sobre el tema en particular. En este contexto, corresponde generalmente a los ejecutivos de las compañías que participan en la negociación retomar la discusión a fin de tender puentes de acercamiento entre las partes con el objeto de restablecer las relaciones y propiciar un escenario favorable para que, posteriormente, aquellos que tienen el poder decisorio, puedan encontrar la fórmula de acuerdo definitivo con arreglo a sus intereses. Se debe destacar que, en ocasiones, la personalidad de los negociadores directos puede impedir el llegar a un acuerdo, por lo que las negociaciones ejecutivas, en las que los representantes de las partes (generalmente directivos) desprovistos ya de apasionamientos pueden lograr un acuerdo que respete y garantice los intereses de ambas partes. El nivel de los ejecutivos que son imbuidos en la negociación no siempre es el mismo, pero se recomienda que sean ejecutivos del mismo nivel en todas y cada una de las partes.

El objetivo es único, buscar objetividad Inter Pares, quienes además del problema de obra mismo, son especialmente claros en los análisis globales del negocio. En los Estados Unidos, incluso se dice que es mejor propender en esta etapa a separar en dos la negociación ejecutiva, a efectos de llegar a resultados de manera rápida y eficiente. ¿Cómo? Haciendo que sean gerentes quienes se encarguen de la primera parte de la negociación y que sean los Presidentes de

las empresas los que se encarguen de la segunda parte, dándoles plazos ciertos para que lleguen a un acuerdo en la primera. Esto hará que los gerentes tengan incentivos para demostrar su eficiencia, llegando a una solución integral dentro del plazo trazado, ya que de no hacerlo estarían demostrando un cierto grado de “ineficiencia” frente a los Presidentes de sus compañías. Muy por el contrario, de lo que se podría pensar, esto viene desarrollándose con relativo éxito en el Perú, y justamente porque ningún gerente de una mediana o grande compañía constructora querrá que su Presidente – quien le ha delegado no una negociación, sino la solución a un problema – pierda tiempo en asuntos que teóricamente él mismo debe resolver.

RESOLUCIÓN NO OBLIGATORIA

En esta etapa se describirán aquellos mecanismos que pueden ser utilizados una vez que las negociaciones no han podido arribar a un acuerdo alguno. Empezaremos analizando aquellos mecanismos que promueven que las mismas partes tomen sus decisiones, y luego aquellas en que la opinión de un tercero no es obligatoria salvo que muestren su pleno acuerdo. A ello nos referimos con el término de “Solución no Obligatoria”.

Entre las alternativas de solución de conflictos, la mediación es la que más desarrollo ha tenido en los últimos 30 años en la actividad de la construcción. Su presencia ha significado reducción

de costos legales, ahorro de tiempo, posibilidad de solventar cuestiones complejas en confidencialidad y la eliminación de incertidumbres, entre otras ventajas. Así, muchas compañías y firmas de abogados se interesan por la mediación y otros mecanismos alternativos como la conciliación donde la solución, si es adoptada tendrá valor definitivo en la solución del conflicto, con el consiguiente ahorro de dinero y tiempo.

La complejidad de la actividad de la construcción, presenta un campo fértil para el desarrollo de la mediación, en la medida en que ésta ofrece soluciones orientadas a preservar la relación entre empresas y clientes, y evitan las paralizaciones de obras con sus costos consecuentes. La Mediación y la Conciliación se han convertido en los medios más eficaces y menos onerosos que el Poder Judicial para la solución pacífica de sus disputas. La existencia de estas vías alternativas o medios extrajudiciales de solución de conflictos, en nuestros países -además de ser una solución de eficiencia y connotación privada- están también íntimamente relacionados con la identificación de diversas insuficiencias de nuestros sistemas judiciales.

En otras palabras, existe un evidente déficit de recursos, dado que el índice de conflictualidad en la sociedad contemporánea supera largamente las asignaciones hechas a los sistemas judiciales, en base a previsiones generales. La utilización de los medios extrajudiciales

de solución de conflictos, no niega la vía judicial, sino por el contrario busca su fortalecimiento como medio eficaz de solución de conflictos debido a que por su utilización se puede reducir la carga de la administración judicial. Asimismo busca neutralizar la diversidad de conflictos derivándolos a un acuerdo entre las partes. Nuevamente, nos toca mencionar que la industria de la construcción es especialmente proclive a buscar en estos mecanismos una alternativa eficiente de solución al Poder Judicial.

LA MEDIACIÓN

En sentido amplio puede afirmarse que el uso de la mediación contribuye a generar un cambio en la conducta de las relaciones humanas facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la paz social. En este contexto, la mediación constituye un procedimiento no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, objetivo difícil de conseguir cuando los conflictos, repetimos, deben dirimirse en sede judicial. También puede ser definida como un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial (mediador) quien actúa como facilitador y conductor de la comunicación. Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismos el proceso cuyo desarrollo es

rápido e informal. Se trata de una instancia voluntaria a la cual asisten las partes interesadas solas o, en su caso, asistidas por sus abogados si lo creen necesario.

Su objetivo primordial es superar el conflicto, arribando a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia. Es un proceso donde no existen ganadores ni perdedores, pues todos los interesados se benefician de los acuerdos que se logren. Es importante, señalar que en la mediación, las partes conservan la responsabilidad y el control de la controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones al mediador. El mediador sólo emite una opinión preliminar del caso, no obligatorio salvo que sea aceptada por las partes. Efectivamente, la opinión preliminar que el mediador emita no será obligatoria, a no ser que sea aceptada por las partes ya sea expresamente o a través del transcurso de un plazo determinado, sin que la discusión sea llevada a sede arbitral. Como señalamos, la actividad de la construcción es un terreno fértil de disputas y siendo ello así, la mediación es una alternativa para posibilitar la solución del conflicto.

En este contexto habrá mayor o menor posibilidad de conflicto en cuanto las características de la obra las alienten o desalienten. Por ejemplo: • Por la duración de la obra (si los plazos son holgados o muy cortos para el logro de las metas físicas establecidas) • Por el número de personas que interactúan • Por las

variables condiciones de trabajo (aquí tiene mucho que ver la experiencia o información con que cuenten las partes al aceptar su intervención en la obra) • Por la responsabilidad profesional, • Por la interrelación de los subcontratistas especializados, • Por la influencia del clima en los plazos previstos de entrega. • Etc. Frente a estas realidades, los actores ligados al sector de la construcción deben buscar la manera de: • Evitar los conflictos o reducirlos al mínimo, • Limitar los recursos dedicados a la resolución de conflictos (tiempo y dinero), • Preservar la relación de trabajo y garantizar su continuidad mientras se resuelven las disputas. • Utilizar el asesoramiento de peritos en la construcción, como opiniones no vinculantes. Si esto es así, la mediación tiene a su favor, entre otras, las siguientes ventajas:

- Evita que las relaciones comerciales se deterioren o destruyan como consecuencia de la tramitación de prolongados juicios. •
- Informalidad y flexibilidad, •
- Privacidad y confidencialidad, •
- Rapidez y economía •

Hincapié en la resolución de asuntos esenciales, participación de las partes en oposición en la resolución de los conflictos, bajo riesgo y alto rendimiento potencial, • La mediación tiene un alto índice de éxito debido a que para unos, ésta nunca falla, aun cuando las partes no logren llegar a una solución, ya que al terminar el procedimiento habrán logrado obtener una mayor comprensión de la controversia o, por lo menos, han logrado circunscribir la controversia a su verdadera dimensión; • Iniciar un

procedimiento de mediación supone pocos riesgos. Las partes siempre tienen el control de la controversia.

Cada parte puede poner término a la mediación en cualquier momento, aun cuando estime que no avanza el procedimiento, que el procedimiento es muy oneroso o que la otra parte no actúa de buena fe. Por lo tanto, el compromiso de las partes con la mediación es revocable en cualquier momento.

En conclusión, la mediación constituye una alternativa interesante para la actividad de la construcción cuando algunas de las situaciones que se mencionan a continuación constituyen prioridades importantes para una o ambas partes: • Minimizar el volumen de los costos inherentes en la solución de la controversia; • Mantener el control del procedimiento de solución de la controversia; • Una solución rápida; • Mantener el carácter confidencial de la controversia; o • Preservar o desarrollar una relación comercial subyacente entre las partes en la controversia; • Brindar a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo; Sin embargo, debemos ser claros en señalar que este mecanismo no constituye un método apropiado, cuando involucran cuestiones jurídicas con pocos o ningún precedente, alto grado de incertidumbre sobre el resultado final; o cuando, la credibilidad de los protagonistas es dudosa, las partes o sus abogados son poco confiables en aceptar y asegurar un compromiso convenido. Importantes cambios están

ocurriendo en nuestro país en el modo de resolver las disputas y/o conflictos entre las partes. En años recientes, se han acentuado los procedimientos de mediación en aquellos contratos estatales de obra que cuentan con fuente de financiamiento internacional, como es el caso de los contratos que siguen los procedimientos de las guidelines del BID, etc. En el sector de la construcción, probablemente uno de los más dinámicos en el Perú, a pesar de la aguda crisis experimentada¹, es una alternativa privada, informal y eficiente de resolución de conflictos. Cada vez y con más frecuencia en el Perú, los contratos de construcción vienen incorporando acuerdos de este tipo antes de recurrir al arbitraje o a un litigio.

CONCILIACIÓN

La conciliación es igualmente un mecanismo alternativo no adversarial para la resolución de conflictos, mediante el cual las partes buscan, por sí mismas, la resolución de su disputa con la ayuda de un tercero neutral (Conciliador). La conciliación se encuentra en la etapa de solución no obligatoria, ya que será sólo la voluntad de las partes la que dará o no validez a las 1 Hasta el año 2003, la actividad se encontraba en su sexto año consecutivo de baja consecutiva, siendo ese año el de menor inversión pública de los últimos veinte años y de la que se está recuperando lentamente. soluciones que proponga el conciliador, en tanto no se dé esta situación, las propuestas del conciliador no vinculan a las partes.

En el Perú, se han realizado grandes esfuerzos para promover los beneficios de la conciliación en general, siendo legalmente obligatorio el recurrir a ella de manera previa al inicio de un proceso judicial, conforme la Ley de Conciliación. No obstante, la realidad ha ido deslegitimando su función y naturaleza, limitándose a ser considerada como un paso previo al ejercicio de una acción judicial, debido justamente a una ausencia cultura conciliatoria; por lo que muchas veces incluso los propios abogados promueven que sus clientes no asistan a las citaciones, o si llegan a asistir, que lo hagan sin un real ánimo conciliatorio.

Para el caso de obra pública, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha establecido este mecanismo como un medio alternativo de solución de disputas en forma previa al arbitraje, lo cual fue y es una medida interesante, aun cuando en la práctica son realmente muy pocas las oportunidades que es utilizada esta herramienta con éxito.

EXPERTO NEUTRAL

La utilización de este método requiere de una persona especializada en determinada disciplina, cuya opinión sea solicitada, en aquellos casos en los cuales las partes involucradas se encuentren impedidas de dirimir una cuestión técnica por sí mismas. La intervención de este profesional es resuelta de común acuerdo por las partes para la

solución de sus conflictos, pudiendo ser tal opinión obligatoria salvo acuerdo de las partes. De igual manera, su designación puede surgir del acuerdo de las partes o puede confiársele este encargo a los colegios profesionales.

En la industria de la construcción, debido –reiteramos- a su complejidad técnica, la aplicación de este mecanismo traería muchas ventajas, y en la práctica se ha venido haciendo; sin embargo, esta práctica ha ido marcado un derrotero poco auspicioso, debido a la cultura de litigiosidad tan arraigada en el entorno empresarial. Aprecien que, luego de emitido el informe pericial, la parte “poco favorecida” y que muy probablemente es aquella parte que ha incumplido el contrato, tendrá el incentivo perfecto para seguir dilatando su cumplimiento, creando interpretaciones sobre alguna parte del informe pericial y de esta manera mantener viva la controversia para derivar finalmente en un arbitraje.

Esta es la razón de la poca utilización de este método, que al final ha quedado subsumido por el arbitraje, como un medio de prueba privilegiado en la solución de temas técnicos. 1 Como se aprecia entonces, el experto neutral puede participar tanto en la mediación como en el arbitraje, aunque su actuación se encuentre reducida al esclarecimiento de puntos específicos cuya determinación depende de conocimientos científicos o técnicos de los cuales las partes, sus abogados o el mediador, carecen.

MINI JUICIOS

De origen anglosajón, el mini trial es aquel procedimiento relativamente formal en el que las partes anticipan la actuación de un juicio a fin de tener una idea de su posible desenlace. Un asesor, neutral, supervisa el proceso y, en algunos casos, emite un fallo no obligatorio. En algunos contratos de construcción que siguen determinados estándares internacionales que mixturan esta figura con la del conciliador o mediador.

Este es un procedimiento privado, confidencial, no obligatorio que tiene por finalidad preparar el caso y a las partes para una negociación ulterior. La característica más distintiva del mini juicio es que los abogados presentan sus casos no ante un juez, o a un árbitro o a un jurado o a una tercera persona con poder de tomar una decisión obligatoria, sino ante las partes mismas. Es un excelente mecanismo para que los clientes, los dueños del caso, asuman el control sobre el mismo, puedan ver con más claridad las fortalezas y debilidades de sus casos respectivos y entonces se animen a sentarse en una mesa de negociación con elementos más objetivos que muy probablemente los harán más razonables y los impulsarán a llegar a un acuerdo.

Con este método no se produce ningún tipo de decisión sobre el caso, pues las partes son quienes deben tomarla para fines de

decidir si continúan el litigio o lo resuelven de manera amigable. Distinto a cualquier otro método extrajudicial, el denominado mini juicio pretende implicar a los directivos de las empresas en la solución negociada de su disputa. Por lo tanto, las soluciones que puedan ser alcanzadas mediante esta técnica son sólo vinculantes en la medida que así lo deseen ambas partes.

Los directivos de las partes escuchan a sus propios abogados exponer sus argumentos de hecho y de derecho como si de un juicio se tratase. Dichos directivos se constituyen en un panel con un tercero neutral e independiente, libre y previamente elegido por ambos, que coordina el proceso y cuyo cometido es el de asistir a las partes en su propio proceso de negociación para resolver sus desavenencias. Aunque no es necesario el intercambio exhaustivo de información o documentos, todo método extrajudicial no vinculante tiene más posibilidades de éxito cuanto más información obra en poder de cada una de las partes. Sin embargo, se adoptan las cautelas lógicas para que cualquier intercambio de dicha información —en caso de ser 1 necesaria a juicio de las partes—se produzca de forma consensuada y siguiendo un protocolo previamente acordado por las partes. Ambas partes habrán de estar representadas por sus abogados, y el tercero neutral o “consejero” habrá de ser un abogado.

El consejero elegido por las partes limitará su función a: • Ordenar el procedimiento según su finalidad; • Presentar un informe

que, basado en la presentación y documentación aportada por las partes, detalle su opinión respecto al resultado probable de un juicio ordinario; • Aportar sus recomendaciones en base a las ofertas que cada parte presente para la consideración de la otra; • Asistir a las partes en su proceso negociador. La experiencia internacional muestra que los mini juicios se han utilizado en obras de gran envergadura, y quizás su poca práctica se haya debido a que éste requiere de mucha preparación previa para presentar los casos así como también a que algunos clientes de la construcción se muestran reacios a "desnudar" sus estrategias en un ambiente que nos les garantice una solución definitiva a su reclamo. No está demás señalar, que en el Perú no tenemos experiencias al respecto.

JUNTA DE REVISIÓN DE DISPUTAS

Otro método utilizado es el llamado "Junta de Revisión de Disputas", de utilización original y creciente en proyectos de construcción en el área publica en EEUU para luego extenderse como una práctica regular en los formatos contractuales europeos. Estas juntas emiten opiniones de asesoramiento no obligatorias sobre las disputas traídas a su consideración, y el objeto es, estimular a las partes en arribar a una conciliación, advirtiéndoles de los fundamentos judiciales y técnicos que los asesores han elaborado y que seguramente van a adoptar en sede judicial. Por su parte la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) ha

incluido en la última edición del Libro Rojo de 1999, los DAB (Dispute Adjudication Board), los cuales actúan como verdaderos paneles de adjudicación de conflictos derivados de una reclamación durante la ejecución de la obra. Esta modalidad está orientada a reducir los índices de conflictualidad en los contratos de construcción bajo este formato. En el Perú, aún no tenemos experiencias al respecto; sin embargo, si hay experiencias en el manejo de conflictos en contratos de obra bajo la edición anterior libro rojo el que crea la participación del Ingeniero como agente adjudicador de reclamaciones; sin embargo la serie de críticas y cuestionamientos sobre su imparcialidad ha permitido el cambio correctivo en la nueva edición.

EVALUACIÓN NEUTRAL

La evaluación neutral es un proceso mediante el que un tercero, experto e independiente de las partes (evaluador), emite un informe respecto a las posiciones y argumentos de hecho y/o derecho de cada parte, así como un sumario de recomendaciones sobre las que las partes puedan construir su propio acuerdo y resolver sus desavenencias. Desde su imparcialidad y experiencia profesional, el auditor que las partes elijan libremente ayuda a cada una a valorar sus respectivas posturas y argumentos. Además, el evaluador plantea en su informe recomendaciones independientes sobre los que las partes pueden construir un acuerdo exitoso. La evaluación neutral no

culmina en la obtención de recomendaciones propuestas por el evaluador, sino en el posterior acuerdo que éstas puedan alcanzar como resultado de su análisis y recomendaciones. Todo depende de los interesados que son en todo momento los protagonistas del proceso.

La meta de la evaluación neutral es el acuerdo entre las partes. La evaluación neutral tiene su fundamento en la equidad, privacidad, en la libertad de las personas para solucionar sus propios asuntos, y en los legítimos intereses de todas las personas o empresas que de un modo u otro se vean afectadas por un conflicto. La evaluación neutral pretende por lo tanto: • Reanudar o facilitar la comunicación entre las partes sobre la base del análisis y recomendaciones del evaluador. • Obtener un análisis y recomendaciones atendiendo a cada situación concreta. • Ayudar a las partes a alcanzar acuerdos duraderos.

3.3 Etapa de Resolución Privada Obligatoria

ARBITRAJE CON EFECTO OBLIGATORIO:

El arbitraje es un modelo resolutorio heterocompositivo, de origen voluntario, que emerge del interés de las partes de someter un conflicto al conocimiento, trámite y decisión de un tercero neutral llamado árbitro. El arbitraje, como medio de solución definitiva de controversias, es un mecanismo idóneo y eficiente en la búsqueda de

modelos alternativos a 2 la prestación del servicio de justicia. Por sus especiales características de economía, informalidad y celeridad, es ya una institución cuya dinámica es capaz de dar respuestas adecuadas a los litigantes. Se ha dicho que es en la actualidad una verdadera necesidad del tráfico mercantil, por tratarse de un instrumento útil y eficaz para lograr una justa y rápida solución de los conflictos generados en múltiples relaciones y negocios jurídicos, como los que se dan en el sector de la construcción, por ejemplo. Su práctica activa, en forma paralela a la actuación de los órganos jurisdiccionales de la justicia, produce fecundos frutos para los interesados, debido a la posibilidad de elección de árbitros idóneos en la cuestión de debate (especialización), como a la celeridad en el trámite y en mayor grado al nivel de predictibilidad de sus fallos, contribuyendo a dar mayor estabilidad a las reglas de juego. Es en suma, es una técnica de solución de conflictos que esencialmente pone en manos de un tercero la resolución definitiva de aquellos con efecto obligatorio para las partes.

ARBITRAJE EN EL PERÚ

La Constitución de 1993 contiene algunos de sus artículos disposiciones referentes al arbitraje, los mismos que tienen como fuente, las contenidas en la Constitución de 1979. Actualmente, la Ley General de Arbitraje, aprobada mediante Ley N° 26572 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 5 de enero de 1996,

sustituye las disposiciones que sobre esta materia tuvo la anterior ley general de arbitraje y a su vez las inicialmente contenidas en Código de Procedimientos Civiles de 1912 y posteriormente el Código Civil de 1984. El Inciso 1 del artículo 139° de nuestra actual Constitución, considera a la jurisdicción arbitral como una jurisdicción de excepción a la del Poder Judicial, en forma similar a lo dispuesto en la Constitución de 1979. Reforzando el principio de independencia del fuero arbitral frente al Poder Judicial, el primer párrafo del artículo 62° dispone que las únicas formas de solucionar los conflictos derivados de la relación contractual son la vía arbitral o judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplado en la ley.

En tal sentido, el respeto a la independencia de esta jurisdicción, el artículo 18 de la Ley General de Arbitraje señala que los árbitros, en el ejercicio de sus funciones, no están sometidos a orden, disposición o autoridad alguna que menoscabe sus atribuciones. De lo expuesto anteriormente, podemos establecer que -siendo una jurisdicción de excepción- el arbitraje en el Perú tiene efecto obligatorio; es decir, que la solución dispuesta por el tercero elegido por las partes, mediante un laudo, compromete a las partes, obligándolos a respetarla y acatarla. Es así que el artículo 83° de la Ley General de Arbitraje establece textualmente que “El laudo arbitral consentido o ejecutoriado 2 tiene valor equivalente al de una

sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.” Incluso, este mismo artículo, a fin de reforzar el carácter obligatorio del laudo señala que “Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquellos o a ésta se le hubiesen otorgado o convenido.” Uno de los métodos de calificación del arbitraje es por su fuente.

Así tenemos al arbitraje voluntario y forzoso. Es voluntario cuando son las partes en conflicto -actual o potencial- las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbitro, cuando de su sentido de equidad. Por su parte, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje. Este, por ejemplo, es el caso del arbitraje dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones para todas aquellas controversias surgidas entre el contratista y el Estado durante la ejecución del contrato hasta su liquidación. Cabe

mencionar, que en el sector construcción (sea obra pública o privada) el arbitraje viene desarrollándose relativamente bien y cada vez su impulso nos coloca como uno de los países con un buen desarrollo del arbitraje en Latinoamérica.

3.4 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN VENEZUELA.

Los conflictos y las desavenencias han existido desde siempre. Están presentes en todas las actividades de las personas en sociedad y llegan a conformar o ser parte de la convivencia de los seres en sociedad. Desde el momento en que no hay coincidencias entre las partes o que no se llenan sus expectativas y pretensiones que ellas tratan de obtener, surgen las diferencias o conflictos que no se pueden solucionar si no es utilizando la fuerza o la violencia como ocurría en tiempos remotos; o que se delega a una persona facultada con la autoridad que le confieren las leyes de un Estado, procede a dilucidar las posiciones y adjudicar los derechos conforme son expuestos y probados. Sobre el conflicto Roque J. Caiviano, nos dice: “El conflicto es natural e inevitable, porque todo grupo social supone, de por sí, la existencia de intereses dispares que generan confrontaciones en su seno. Los conflictos, desde que importan afirmaciones contradictorias respecto de los bienes que son limitados, forman parte de la propia naturaleza de cualquier comunidad”

De acuerdo a lo anterior el conflicto se define como la interacción entre personas generada del deseo de obtener un resultado de algo que a su vez se considera perjudica al otro, en oportunidades no se persigue un bien común ya que para lo que algunos es considerado como una solución para otros resulta perjudicial, mas sin embargo hay casos donde los conflictos o controversias se presentan porque las partes tienen interés sobre una misma cosa, es decir ambos quieren obtenerlo a costa del otro sin importar los daños que se originen.

Debido a ello surge la Resolución de los Conflictos como un mecanismo para dirimir las controversias que se presentan tanto en el orden local como global.

Los medios alternativos de disputas existieron desde el siglo XIX en Europa y surgen como consecuencia de la separación del antiguo sistema judicial adversarial, donde terceras personas sin estar facultadas para decidir sobre el conflicto acercaban a las partes para encontrar afinidades y despejar posibles dudas o aspectos controvertidos para arribar a una solución que era alcanzada por las partes y no por decisión de un tercero. La decisión es tomada por las partes teniendo varios efectos entre los cuales se encuentra la transacción.

Los Medios alternativos de resolución de conflictos son todos aquellos medios en los cuales se pretende dar solución a intereses contrapuestos, estos en la actualidad constituyen un mecanismo efectivo e innovador al momento de dirimir las controversias que se presentan entre las personas en la sociedad. Es trascendental indicar que los principales o más utilizados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos son: la negociación la mediación y la conciliación. Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos han existido desde épocas antiguas en diversas instituciones por ejemplo la conciliación se ha utilizado históricamente de manera importante en los consejos de familia y reunión de vecinos. Cabe destacar que los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos han sido de gran ayuda en comunidades donde han sido aplicados o promovidos e incluso se ha conocido sobre su aplicación en conflictos de carácter global.

La Negociación es un proceso de comunicación en el cual dos o más partes tratan de solventar sus diferencias de forma específica y de esta manera obtener una solución que genere una mutua satisfacción de intereses, dichas diferencias deben ser resueltas por las partes que a su vez deben proporcionar ideas para la toma de decisiones. Para el Profesor William Ury La negociación es un proceso encaminado a lograr un acuerdo con otros cuando hay algunos intereses compartidos y otros opuestos. Según el autor

Antonio Guillermo Neutze, "la negociación es un proceso por medio del cual dos o más partes mediante interacciones recíprocas procuran obtener satisfacciones intercambiando valores tangibles o intangibles total o parcialmente procurando el mejor logro desde la perspectiva de cada parte dentro de un marco racional de conducta.

El siguiente Medio Alternativo de Resolución de Conflictos es la mediación, este consiste en ser un medio de solución de conflictos por el cual las partes acuden ante un órgano designado por ellos o instituido oficialmente, el cual hace una propuesta y esta puede o no ser acatada por las partes, dicha propuesta es expuesta por un tercero que deberá tener un perfil adecuado de conocimiento y sobre todo de buenos valores, para tener la capacidad de hallar soluciones a una problemática que no puede ser canalizada por las partes, el tercero pese a no tener autoridad entre las partes sobre la decisión en sí, sin embargo ayuda a las partes en el proceso de adoptarla.

Si bien es cierto uno de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos de mayor relevancia es la conciliación ya que en Venezuela, sobre todo en la materia civil es considerado y utilizado debido a que se le da la oportunidad a las partes de conciliar antes de iniciar el proceso. La conciliación es una forma de solución de los conflictos, en virtud de la cual las partes involucradas exponen su problemática ante un tercero que no propone ni decide, canalizan sus

peticiones tratando de llegar a un acuerdo que frene la contienda judicial, es de mencionar que los conciliadores no interpretan el derecho ni las normas, si no que les compete ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, lo que hace que sus resultados no tengan el carácter decisivo de una sentencia.

La conciliación a su vez es definida como un proceso mediante el cual una tercera persona, neutral e imparcial ayuda a las partes en conflicto a buscar una solución consensual, proponiendo si fuese necesario formulas conciliatorias que las partes puedan rechazar o aceptar. La justicia de paz tiene sus orígenes desde Platón, Aristóteles y los Estoicos se vienen hablando de la Ley Natural. La justicia de paz en Venezuela proviene del modelo español y éste a su vez del modelo francés; donde el alcalde de cada pueblo cumplía las funciones de juez de paz, resolviendo las diferencias entre las partes. En Venezuela la justicia de paz es considerada como “un mecanismo para solucionar los conflictos y controversias que se susciten en las comunidades vecinales, utilizando los procedimientos de conciliación y equidad”.

De modo que la justicia de paz es un instrumento para resolver los conflictos cotidianos que se generan en la vida en comunidad y es uno de los procedimientos alternativos que buscan superar la insuficiencia del sistema de administración de justicia, cuya importancia y utilidad tienen reconocimiento en las sociedades que

han comprendido el efecto positivo que generan al mejorar el clima de armonía entre los miembros de la comunidad. La justicia de paz es precisamente ese espacio en el cual lo que se persigue es armonizar, es darle respuesta al conflicto planteado, buscando soluciones que permitan que cada una de las partes sientan que han sido escuchadas y que han obtenido alguna solución a su problema, sin que se deba hablar de ganadores y perdedores, como ocurre generalmente en los procesos judiciales.

La figura de los jueces de paz que contempla la Constitución Venezolana consiste en ser mediador entre partes en conflicto que de una forma adecuada y lógica debe a través de la mediación conciliar a las partes, de hecho esto resulta ser muy positivo y una solución, pero debemos darle un ajuste dentro de la sociedad de manera que se establezca un conocimiento sobre su existencia. La institución del Juez de Paz viene aparejada históricamente con los títulos otorgados por la autoridad civil en la tradicional población de Zea en los Andes venezolanos, denominada anteriormente Borbuquena y Murmuquená. Fue allí donde existió el primer Juez de Paz. El Juez de Paz fue creada por obra de la Ley de Migración de 1840 y se confería a quienes establecieran poblados inmigrantes, quizás a manera de procurar vías rápidas de resolución de conflictos entre los nuevos habitantes.

Desde mediados de la década de los '90, se han presentado una serie de cambios en el sistema de justicia, entre los cuales se encuentra la aprobación de la “Ley Orgánica de Justicia de Paz”, que pretende resolver conflictos de inaccessibilidad a la justicia, quedando a cargo de las municipalidades la implementación de este sistema. Cabe recalcar que el funcionamiento o la aplicación de esto ha sido mínimo a nivel del Estado, muy pocas comunidades han aplicado la justicia de paz y esto no se debe a la falta de información que tienen las comunidades sobre esto.

Un antecedente conocido en nuestro país donde una comunidad ha aplicado la justicia de paz es el caso del municipio Chacao donde desde el año 2001 fue creada y hoy en día Chacao cuenta con 100 jueces de paz electos, aplicando Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos y en varios casos, toman importantes decisiones por vía de equidad, brindándole a la comunidad técnicas eficaces para resolver sus problemas de forma rápida, gratuita, efectiva y sin trámites burocráticos. Es importante señalar que esto debería estar implementado en todas las comunidades del territorio nacional.

Como ya sabemos la ausencia de espacios alternativos que puedan dirimir los conflictos socio-jurídicos en las comunidades es una realidad existente. En las comunidades se presentan problemáticas de caracteres minoritarios u cotidianos y no se cuenta

con un espacio de atención alternativa para canalizar dichas controversias, aun cuando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 258 incluye dentro del sistema de justicia la conciliación y la mediación, además de la justicia de paz como medios de solución alternativa a conflictos en las comunidades.

CAPÍTULO IV

4.1 OBLIGATORIEDAD DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

En la actualidad, en toda Latinoamérica, se viven cambios derivados de movimientos socioculturales que desembocan, muchos de ellos, en crisis que afectan al Estado de Derecho, y que repercuten en los respectivos regímenes jurídicos, con reformas legislativas que incluyen nuevas formas para resolver conflictos como una necesidad que ayude a reforzar el tejido social muy vulnerado en estos tiempos. Países como Argentina, Chile, Costa Rica y Colombia, principalmente, han entendido bien este concepto y con ello están construyendo una mejor ciudadanía; y es que en la restauración del tejido social para promover la cultura de convivencia y de paz, los actores sociales somos los llamados a proponer las nuevas opciones de relaciones interpersonales, intergrupales e intersectoriales que fortalezcan la percepción de que los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC), sean el factor de transformación social que colabore en la urgencia de ponerle freno a la violencia social que hoy nos angustia, a las crisis familiares, y en general, a todos los aspectos que de diferente manera crean malestar y estancamiento en nuestra sociedad; a través de rescatar los valores sociales que hemos ido perdiendo.

La Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA definió los siguientes términos de referencia y contenidos principales para ser desarrollados en este trabajo:

- a) La incorporación de los medios alternativos de solución de conflictos en los sistemas de justicia del continente americano;
- b) El análisis de la utilización de las figuras del arbitraje, conciliación y mediación en el campo de la administración de justicia,
- c) Las experiencias en la utilización de dichos medios, destacando su empleo en casos judiciales dentro de la Administración de justicia como en otras instituciones colaboradoras de la justicia;
- d) Propuestas de Cooperación internacional para promover el uso de los citados medios en el ámbito interamericano.

Si bien los MARCS están jurídicamente reconocidos y, en algunos casos, han sido materia de normas legales y reglamentarias específicas, sus aplicaciones efectivas y su implementación concreta por parte de los sistemas de justicia de los países americanos es un proceso recién iniciado y en estado incipiente. Esto resulta aún más cierto y demostrable en lo referido al ámbito propiamente jurisdiccional de los sistemas de administración de justicia, por contraposición con la aplicación e implementación de los MARC en

los ámbitos no jurisdiccionales (administrativos, gremiales, corporativos y comunitarios), en donde existe un mayor desarrollo relativo.

Frente a los conflictivos momentos que vive nuestro país y el mundo, la manera ordinaria de dar solución a una controversia en el sistema jurídico mexicano, es a través del sistema adversarial, sin embargo, existen diversos factores por los cuales dicho proceso ha perdido eficacia y eficiencia en la solución de los asuntos que son sometidos a consideración de las diferentes instancias jurisdiccionales, tanto federales como locales. La ciudadanía se duele de que la procuración y administración de la justicia en México, es demasiado especializada, lo que a su vez, la hace costosa, compleja y tardía.

Por lo anterior, los Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC) son herramientas que ayudan a la administración de justicia distintas a las formalmente establecidas y a las violentas, que toman en cuenta el contexto sociocultural, la promoción de valores y acciones sociales tales como la autonomía, la solidaridad, la responsabilidad, la cooperación; la participación activa de las personas inmersas en el conflicto, y que está ligada al ejercicio de la libertad de decisiones, de compromiso. Adicionalmente promueven un mayor acceso y eficacia a la justicia.

La aplicación de estos medios, ha alcanzado en el mundo de hoy un gran desarrollo, precisamente por haber demostrado una serie de ventajas, en relación con métodos adversariales. El objeto de este trabajo es analizar la necesidad de su regulación legal e integral a efecto de lograr la validez y durabilidad de los acuerdos concertados por estas vías; pues la ausencia de normas al respecto limita su eficacia jurídica.

Nuestro tan diverso sistema jurídico mexicano reconoce las figuras de conciliación, arbitraje y mediación, si bien, no en todas las legislaciones locales, si en su gran mayoría. Sin embargo, hay estados que solo reconocen la figura de la conciliación. Aunque todavía hay Estados de la República Mexicana que no han incorporado al marco legal este tipo de justicia alterna. Algunas de las entidades federativas que ya cuentan con la reglamentación local de estos servicios de justicia alternativa son: Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Aguascalientes, Coahuila, Colima, Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Zacatecas, entre otros.

Encontramos algunos intentos de procesos de solución pacífica de conflictos como los que realiza la Procuraduría General de Justicia, a través de las Mesas de Conciliación que buscan el acuerdo de las partes en conflicto, pero solo en los casos de delitos

que se persiguen por querella; la Procuraduría Federal del Consumidor, en conflictos entre consumidores y proveedores; las Juntas Local y Federal de Conciliación, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la Comisión Estatal y Federal de Arbitraje Médico, así como los Juzgados de Primera Instancia que dentro de las primeras diligencias en los asuntos que lo permitan, buscara la conciliación de las partes, de acuerdo a la legislación penal del Estado.

De la experiencia acumulada se ha observado la siguiente situación problemática: no existe en nuestro ordenamiento jurídico una ley federal que regule formas alternativas para dar solución a aquellos conflictos sociales, cuyos contendientes no deseen o puedan acudir a la vía judicial para obtener una respuesta. Ante esta realidad que se presenta cada día, se ha estudiado la normativa vigente en materia de solución de conflictos, sin encontrar respuesta legal a una coordinación entre las leyes existentes, cuestión que ha motivado esencialmente la realización del presente trabajo, para cuyo desarrollo se plantea la siguiente problemática: La inexistencia de una norma jurídica que regule formas alternativas de justicia no limitantes a un sector de la administración de justicia. Como posibles respuestas a la disyuntiva anterior nos hemos planteado las siguientes hipótesis: ~ La regulación legal federal de formas alternativas en la solución de conflictos aportaría un saldo muy favorable, tanto para

las personas en particular como para la sociedad. ~ La mediación resulta un método viable con amplio ámbito de aplicación en la solución de conflictos familiares, comunitarios, civiles, laborales, penales, mercantiles.

El arbitraje está contemplado en la legislación local de algunos de estados, en las que lo definen como: “es el procedimiento adversarial mediante el cual las partes someten a la decisión de uno o varios árbitros la solución de una controversia presente o futura”. El ámbito de aplicación del arbitraje está generalmente referido a asuntos susceptibles de transacción, de carácter patrimonial, y en materias de carácter civil y comercial. En algunas legislaciones se incluyen también casos y conflictos laborales (negociaciones colectivas). También se observa la aplicación del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales. El arbitraje es esencialmente voluntario, aunque hay materias en que se prescribe legalmente el arbitraje como forzoso (partición de bienes en herencia, negociación colectiva, entre otros.). Los procedimientos son relativamente simplificados, y cuando se refieren a la selección y nombramiento del árbitro, las legislaciones exigen que se trate de personas hábiles y capaces para comparecer en juicio.

La Conciliación Está contemplada, de igual manera en la legislación solo algunos de los estados, pero con una importante diferencia entre los que la consideran - siempre y en todo caso -

formando parte del procedimiento judicial, y los que la utilizan, además, como un mecanismo obligatorio prejudicial (etapa previa al inicio del juicio) e incluso extrajudicial, como es el caso de las conciliaciones administrativas y de las conciliaciones en equidad. Entendida en general como el “método alternativo mediante el cual uno o más Prestadores de Servicios de Métodos Alternos, quienes pudieran contar con autoridad formal, intervienen facilitando la comunicación entre los participantes en el conflicto y proponiendo recomendaciones o sugerencias que las ayuden a lograr una solución que ponga fin al mismo, total o parcialmente”.

La conciliación se hace obligatoria para determinados procedimientos judiciales. Es el caso de varias legislaciones que la contemplan como etapa o trámite obligatorio en contiendas y juicios relativos a materias civiles, de familia, laborales, de menores, de faltas y de policía local, y también en la Justicia de Paz. La Conciliación extrajudicial se ha hecho equiparable en algunos estados a la Mediación, existiendo una reciente, interesante y variada legislación al respecto.

La Mediación Entendida como el “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.”

La mediación, aunque mencionada como uno de los MASC de mayor promoción dentro de la sociedad, no ha sido objeto de tratamientos homogéneos en las normativas legales y reglamentarias analizadas. Las legislaciones sobre "Justicia Alternativa" para el Distrito Federal (2008), Colima (2002), Durango (2005), Jalisco (2007), Quintana Roo (1997), Baja California (2007), la "Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos" del Estado de Nuevo León (2005), constituyen los referentes legislativos más recientes y directos sobre la materia. En varios casos además, la Mediación, se ha hecho extensiva o asimilable a la Conciliación extrajudicial. Por otra parte, son varias las entidades federativas y los sistemas de justicia de los estados que tienen pendientes o en estudio, proyectos de leyes o programas de trabajo relativos a la MASC (especialmente en el ámbito familiar) tanto judicial como extrajudicial.¹⁹

Del estudio de la doctrina, de las legislaciones locales y de las propuestas programáticas e institucionales de los diferentes estados que los contemplan, se observa que los MASC vienen siendo propuestos y promovidos como una opción institucional de acceso y mejoramiento de la justicia. Desde su consideración en el ámbito

¹⁹ Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León. Artículo 2º fracción X. Publicada en el Periódico Oficial del Estado No. 6 de fecha 14 de Enero de 2005. Vigencia a Partir del 31 de Enero de 2005. 3 Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal. Artículo 2º fracción X. Publicada mediante Decreto el 8 de enero de 2008. III.

constitucional y/o siendo el objeto de leyes específicas, los MASC constituyen de más en más un aporte estructural relevante y marcan una orientación revalorizante de la función social de la justicia como garantía de la convivencia pacífica.

Por otra parte, la mención de "alternativos" con que se conocen y difunden estos medios y procedimientos, tiene relación y guarda mayor coherencia con el objetivo y las características de no adversariales, de autogestión y de protagonismo ciudadano en el tratamiento de la conflictividad social, que definen principalmente su aplicación. La mención de “alternativo” no puede entenderse como la pretensión y la búsqueda de una cierta privatización de la justicia o como la sola y exclusiva intención de restarlos de la institucionalidad de la Administración de Justicia y del Poder Judicial en el ámbito del Estado de Derecho.

Según se trate de un estado u otro, la denominación y las características que definen específicamente a cada modalidad de tratamiento y resolución de conflictos es doctrinaria y, a veces, legalmente diferente. Motivo por el cual consideramos la necesidad de crear y aplicar una normativa federal que regule estas formas de solución. Sin perjuicio de lo anterior, la evolución y el desarrollo más reciente de los MARC en sus diferentes modalidades específicas han ido acercándose hacia una comprensión similar y, a veces, única para sus diferentes usos. Los objetivos directos más expuestos entre

los argumentos gubernamentales han sido la necesaria descongestión de los tribunales, la mayor celeridad en el conocimiento y resolución de los conflictos y el necesario mejoramiento del acceso a la justicia para la sociedad.

En el ámbito de las organizaciones no gubernamentales (Universidades, centros de estudios especializados, fundaciones) el propósito principal expuesto es el de mejorar el acceso a la Justicia y contribuir al mayor protagonismo ciudadano y a los esfuerzos de democratización y autocomposición. Sin embargo, en cuanto al reconocimiento legal e institucional, se constata una escasa legitimación social y cultural de los MASC, estimándose insuficientes o inexistentes los esfuerzos por definir e implementar políticas y programas nacionales de promoción de los MASC.

Hay interesantes programas e iniciativas en curso, animadas algunas por entidades federativas, pero ellas están significativamente aisladas, y no corresponden en general con políticas ni con programas de inversión nacional. La escasa legitimación social y cultural se manifiesta también en la consideración a título excepcional, con el carácter de experimental y limitado a algunos estados, de los MASC en los planes educativos y en los currículos obligatorios del nivel escolar y universitario.

No obstante, también se observa en los últimos años un aumento considerable de actividades (Seminarios, Talleres), de publicaciones y de artículos temáticos, provenientes principalmente del mundo académico universitario y de centros especializados del sector profesional y empresarial. Si bien los MASC están jurídicamente reconocidos y, en algunos casos, han sido materia de normas estatales y reglamentarias específicas, sus aplicaciones efectivas y su implementación concreta por parte de los sistemas de justicia de los estados es un proceso recién iniciado y en estado incipiente. Esto resulta aún más cierto y demostrable en lo referido al ámbito propiamente jurisdiccional de los sistemas de administración de justicia, por contraposición con la aplicación e implementación de los MASC en los ámbitos no jurisdiccionales (administrativos, gremiales, corporativos y comunitarios), en donde existe un mayor desarrollo relativo. Es así, que la cobertura actual de los Centros de Conciliación y Mediación sigue siendo baja en relación con la demanda potencial existente.

La variedad y amplia gama de temas y materias en las que los MASC pueden ser instrumentos para el conocimiento y solución de conflictos han quedado de manifiesto. Lo que constituye un elemento de mayor interés para nuestro estudio es la calificación de obligatorias que algunas legislaciones han venido confiriendo a ciertas modalidades de MASC. Es el caso de la Mediación y también

de la Conciliación previa a todo juicio o como requisito procesal en materias civiles, comerciales y laborales. Otro aspecto a ser destacado, a partir de la diversidad temática de los conflictos susceptibles de ser resueltos por los MARC, está dado por la importancia de formalizar lo informal.

Las experiencias de utilización de los MASC van demostrando que los compromisos y acuerdos que surgen de estos métodos, en su mayoría simplificados en su formalidad, suelen alcanzar un mayor grado de cumplimiento cuando son reconocidos o incorporados en alguna instancia o procedimiento formal posterior. Esto se pone de manifiesto en los procesos de sistematización y evaluación de programas de Mediación en temáticas de familia y escolares, a los que hemos tenido acceso, en donde los porcentajes de cumplimiento y ejecución de los acuerdos son definitivamente más importantes cuando ha habido una formalización del acuerdo que cuando no la ha habido. Hay aquí una gran tarea y un importante desafío que se deben asumir en el ámbito federal, desde una doble plataforma: el sector de la Educación y el sector de la Justicia.

La dinámica de los procesos de reforma y modernización de los sistemas de justicia está en marcha, y sus urgencias y mayores desafíos tienen que ver con la capacidad del sistema para conocer, asumir y resolver las solicitudes y disputas ciudadanas. El perfeccionamiento y la consolidación de las democracias requieren

de sociedades integradas y Estados de Derecho con instituciones legitimadas socialmente. Los sistemas de justicia son un pilar fundamental para la gobernabilidad democrática. Estos, deben comprender tanto el mejoramiento de las instancias judiciales y jurisdiccionales como el acceso a la administración de justicia y el beneficio para todos de la convivencia pacífica.

Los "sistemas de justicia" y los "planes de justicia" deben integrar y comprender en una sola y gran estrategia estos objetivos. Las modalidades de resolución de conflictos, las expresiones concretas para la desjudicialización de los conflictos, las diferentes realidades de justicia local y comunitaria, etcétera, no son "alternativas" en el sentido de opuestas y contradictorias al sistema de justicia. Por el contrario, pueden ser consideradas y promovidas como parte integrante del sistema. La revisión conceptual basada en análisis de la realidad empírica de los procesos viene demostrando que no es posible "separar para hacer contradictorias" las llamadas "justicia formal y justicia informal".

El Sistema de justicia es uno sólo. Las estrategias pueden ser diversas. La consideración y valoración de los MASC, por parte de la institucionalidad gubernamental tanto del sector justicia como del sector educación, no ha sido suficiente. Su sustentabilidad, la participación y la satisfacción ciudadanas en los procesos democráticos requieren de una construcción social de la justicia, cada

vez más cercana y accesible para las personas. La educación y capacitación deben referirse tanto a la implementación de sistemas y programas de formación y de capacitación para los niveles escolares, técnicos y universitarios, como a la necesaria capacitación de los jueces y funcionarios de la administración pública que en el desarrollo de sus labores deben prestar el servicio de asistencia jurídica. Se sugiere la celebración de convenios y acuerdos de trabajo específicos con las Universidades y entidades responsables de la educación escolar y universitaria. Pero sobre todo, reconocer la necesidad de legislar en la materia; los Estados que no lo han hecho podrían preparar y promulgar leyes que reconozcan y promuevan los MASC. Será importante considerar la existencia de una ley marco que regule a su vez, esta normativa, en la que debe ponderarse las características que deben tener los MASC, como por ejemplo, su obligatoriedad en ciertas materias; su onerosidad o gratuidad; los requisitos de forma; la aceptación y legitimación social y legal de los acuerdos; la confidencialidad, la imparcialidad y la relativa neutralidad de los mediadores o conciliadores.

La realidad es que estos medios alternos de justicia han tenido una gran aceptación en México, sin embargo requieren de más apoyo institucional para incorporarlos plenamente al marco jurídico nacional tratando de conseguir una sola ley de aplicación nacional, evitando con ello los criterios diversos que conllevan la aplicación de

estos mecanismos a nivel estatal. En este contexto, es necesario reflexionar si las formas jurídicas y los medios de solución de conflictos existentes en el ordenamiento legal mexicano han cumplido con las expectativas que motivaron su expedición, además de revisar si aún son las adecuadas para el caso concreto de que se trate, pues ante la dinámica constante de las relaciones humanas es imperante la actualización de las mismas.

El objetivo de este trabajo es proponer que desde estos medios se procure un ejercicio de paz activa y mayor eficacia en el manejo de los conflictos, transformar las respuestas violentas en pacíficas mediante el diálogo, el respeto y la creatividad. De lo anterior se justifica la intención de homologar, o elevar a observancia obligatoria la aplicación de los diversos medios de solución de conflictos, a efecto de fortalecer la sociedad civil mexicana.

En un régimen social como el mexicano donde el Estado vigila la obediencia irrestricta de las garantías individuales de sus ciudadanos, el intentar incorporar al sistema jurídico nacional un sistema de justicia alternativa para resolver conflictos reforzaría nuestro desarrollo social reconociéndole a los mexicanos, su capacidad de utilizar el diálogo como una herramienta eficaz para promover finalmente una cultura de paz, que mucho anhelamos los mexicanos en estos aciagos momentos.

Considero que el camino hacia el cambio en el tratamiento de los conflictos, exige un arduo trabajo desde los diferentes espacios de nuestra sociedad, por eso adquiere un profundo significado la participación activa y sostenida de los Tres Poderes del Estado, a través de las Instituciones encargadas de procurar y administrar justicia, de los diferentes organismos empresariales, de profesionistas, universidades públicas y privadas, investigadores etc., pero fundamentalmente de la sociedad en general, todos ello sin más límite que el orden social.

La diversificación de las leyes procesales basada en el principio de autonomía de los Estados, ha situado al derecho en una serie de incongruencias para regular una misma materia, amén de las desigualdades generadas para los ciudadanos que en situaciones jurídicas idénticas, deben resolver sus controversias con diversas reglas que dependen de la entidad federativa en la que ejerzan su acción u opongan sus defensas. Resulta inaccesible y complejo un sistema de administración de justicia cuya base está en diferentes códigos o reglamentos sustantivos, además de que dicha pluralidad de legislaciones genera inseguridad jurídica, al ser regulado un mismo supuesto con diversas consecuencias jurídicas.

4.2 PROPUESTAS

- Es necesario reconocer la apremiante necesidad en nuestro país de promulgar normas que implementen a los medios alternos de solución de conflictos de aplicación obligatoria en el todo el territorio nacional. La soberanía de los estados y la vigencia del federalismo no se verán violentadas, pues la ley determinará las competencias correspondientes y la facultad de organizar las instituciones de procuración y administración de justicia se mantendrá como una facultad reservada a las entidades federativas.
- Así también considero importante incluir en el artículo 73 constitucional la facultad del Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan las bases generales de coordinación entre la Federación, los Estados y Municipios en materia de justicia alternativa.
- Incluir en los planes y programas de estudio de la licenciatura en derecho, incorporen el estudio obligatorio de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, tanto en las universidades públicas como en las del sector privado.
- Y definitivamente elevar los acuerdos, laudos y convenios que se establezcan con motivo de la aplicación de medios alternativos de solución de conflictos, a rango de sentencia por las autoridades judiciales.

- Incorporar los medios alternativos de solución de conflictos en la legislación procesal, tanto federal como local, como procedimientos paraprocesales en la fase previa obligatoria antes de acudir al proceso judicial o interprocesal en las diferentes materias.
- Es necesario establecer los parámetros en la nueva Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal, respecto del catálogo de delitos que serán materia de los mecanismos alternos.
- Determinar en delitos contra la salud y la seguridad pública, que los sujetos que participen como víctimas en los medios alternos deban ser representantes de la Secretaría de Salud y de la Secretaría de Seguridad Pública o de la Defensa Nacional, según sea el caso.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALONSO GARCÍA, Manuel, Curso de derecho del trabajo, 5ª ed., Ariel, Madrid, 1975, p. 655.
- FOLBERG Jay y TAYLOR, Alison. Mediación, resolución de conflictos sin litigio. Noriega Editores, 1997. P.21.
- Ovalle Favela, José, “Teoría General del Proceso”, editorial Oxford, Sexta Edición, México D.F., 2006. Pág.4.
- PEÑA GONZÁLES Oscar, “Técnicas de Litigación Oral”, Flores Editores, México 2014. Pag.3.
- MANUAL DE FORMACIÓN BÁSICA DE MEDIADORES.
- MERA, ALEJANDRA, “MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN AMÉRICA LATINA. DIAGNÓSTICO Y DEBATE...” p. 377.
- ALFONSO RIMO, ALBERTO. Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido. Editorial Tirant lo Banch. Valencia, 2002.
- BERISTAIN-IPÍÑA, ANTONIO. Criminología y Victimología. Alternativas Recreadoras al Delito. Leyer, Bogotá, 1998.
- Criminología, Victimología y Cárceles. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Profesores 22, Bogotá, 1996.
- Bustos Ramírez, Juan y Larrauri Elena. Victimología: Presente y futuro. Temis. Bogotá, 1993.

- García-Pablos, Antonio. Tratado de Criminología. Editorial Tirant lo Banch. Valencia, 1999.
- Lima Malvido María de la Luz, “Oralidad en el Proceso y la Justicia Penal Alternativa”, Jornadas Iberoamericanas, Instituto Nacional de Ciencias Penales, INACIPE, México, 2008.