

LA MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN: LÍMITES Y ALCANCES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Sandra Elizabeth Escobar Romero

Egresada de la Maestría en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos.
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco,
División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, México.

Artículo Recibido: 10 de marzo 2022. Aceptado: 07 de septiembre 2022.

RESUMEN. La mediación y la conciliación pertenecen a los llamados mecanismos alternativos de solución de controversias, o métodos autocompositivos en el modelo de justicia y se encuentran consagrados en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; párrafo 5. La aplicación de mediación, conciliación o negociación de la cual nos hablan escuelas y tradiciones, en la práctica existe confusión sobre cómo debe actuar el facilitador (o mediador, conciliador o negociador) por lo cual consideramos pertinente como objetivo del presente trabajo, se trata de un ensayo que nos permita aclarar los límites y alcances sobre el revisar la literatura, acerca de sus coincidencias y diferencias, como mecanismos alternativos de solución de controversias establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Palabras Clave: mediación; conciliación; negociación; conflictos.

INTRODUCCIÓN.

El presente documento corresponde a un análisis de la mediación y la conciliación, desde un punto de vista de la doctrina, ya que ocasionalmente se confunden sus fundamentos y prácticas, por ello hemos considera destacar las variables de sus límites y los alcances que tienen cada método, destacando principalmente que existe una línea muy delgada en cuanto a las técnicas y herramientas que cada una de ellas utiliza en los procesos de intervención

para apoyar a las partes como facilitador de la comunicación, y en donde si está más claro es en la intervención del facilitador (mediador o conciliador), en donde el primero es neutral en las soluciones y el segundo tiene un parte activa a la hora de resolver.

Asimismo, presentamos las tres escuelas o tradiciones en mecanismos alternativos de solución de controversias, las cuales han aportado sobre cómo realizar el proceso de

mediación, y técnicas y herramientas para trabajar en estos mecanismos.

DESARROLLO.

La mediación y la conciliación comparten similitudes que a continuación se enuncian, pero también es importante distinguir la mediación y la conciliación, pues, aunque comparten técnicas y herramientas, tienen ciertas particularidades que las diferencian:

Similitudes y Diferencias entre mediación y conciliación

Fuente: Vado Grajales, Luis Octavio. Medios Alternativos De Resolución De Conflict

SIMILITUDES	DIFERENCIAS
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Uso de las mismas técnicas y herramientas, ya que la base de las mismas es facilitar la comunicación entre las partes.</i> • <i>Evitan el proceso o lo terminan.</i> • <i>La facultad de llegar al arreglo corresponde a los participantes, ya que el tercero interviniente no puede imponerlo, a diferencia del arbitraje o el proceso judicial.</i> • <i>La casi total ausencia de formalidades.</i> • <i>Preponderancia de la oralidad.</i> • <i>Principio de inmediatez.</i> • <i>Pueden sugerir sesiones privadas o caucus.</i> • <i>Buscan clarificar los intereses y necesidades de las partes</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>El conciliador puede hacer propuestas de arreglo a las partes. El mediador carece de dicha facultad.</i> • <i>La conciliación puede ser una fase procesal, la mediación generalmente no lo es.</i> • <i>El mediador no es necesariamente un perito en derecho, y el conciliador normalmente lo es.</i> • <i>El poder del conciliador radica en que puede dar recomendaciones y en su caso brindar la asesoría a las partes, el mediador no puede hacer.</i> • <i>El conciliador no es concebido como un operador neutral como en la mediación.</i>

En la conciliación se hace más fuerte la presencia del tercero. El tercero propone soluciones a los conflictos. Las propuestas conciliatorias sólo tendrán efecto vinculante si las disposiciones son voluntarias. Procedimiento mediante el cual dos o más personas que tienen un conflicto en común se apoyan de un tercero neutral, éste último sin emitir juicio respecto al fondo del asunto, propone alternativas de solución del litigio. El conciliador interviene ayudando a tomar decisiones. La conciliación es una imagen contemplada por la ley, se fundamentó en la voluntad de las partes. Su característica, se encuentra en ser la encargada de otorgar a las partes la solución o arreglo satisfactorio dentro del marco legal.

La conciliación y mediación son mecanismos consensuales, rigurosamente voluntarios, que sólo pueden aplicarse cuando existe una anuencia claramente expresada por las partes involucradas, pero además la conciliación sobre todo en materia laboral ha tenido un auge espectacular por la efectividad de lo que ahora mismo está aconteciendo en la materia desde la reforma y puesta en marcha de los centros de conciliación y registro laboral. Y al menos para Tabasco, los números que se manejan

de la efectividad esta por encima de cualquiera de los Estados de País en donde ya funcionan.

Parte de la mediación es el mediador, éste es un facilitador de acuerdos mutuamente consentidos por las partes. Su rol no debe ser confundido con el asesoramiento jurídico ni con el psicológico, ya que no se tratarán conflictos intrapersonales, (psíquicos) sino interpersonales. (Farré, 2009). Debe ser capaz de generar confianza en los participantes. Las personas que solicitan mediación con frecuencia piensan que su antagonista es responsable del asunto que los tiene enfrentados y fácilmente se irritan si alguien duda que sus puntos de vista sean justos. Al inspirar confianza el mediador puede inducir a los participantes a modificar sus interpretaciones iniciales y ayudarlos a flexibilizar sus posturas para encontrar una solución. (Martínez, 2019).

Ahora bien, pasemos a ver a detalle el método de la mediación, la mediación es una

técnica o procedimiento encaminado a la resolución de conflictos que cuenta con la intervención de un tercero imparcial, que no decide sobre el fondo del conflicto ni sobre las soluciones que convengan a las partes. (Martínez). Es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable. Es esencialmente negociación que incluye a un tercero que conoce los procedimientos eficaces de negociación y puede ayudar a la gente en conflicto a coordinar sus actividades. La mediación es una extensión del proceso de negociación. (Moore, 2010: 44-45)

A continuación se presentan los tres modelos de mediación más reconocidos; adjudicándose los fundamentos y métodos de cada uno de ellos. (Suarez, 2018).

LOS MODELOS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

	TRADICIONAL Harvard	TRANSFORMATIVO Bush y Folger	CIRCULAR- NARRATIVO Sara Cobb
La mediación	Negociación colaborativa asistida por un tercero para resolver un problema	Oportunidad para desarrollar el potencial de cambio de las personas al descubrir sus propias habilidades	Proceso para llegar a acuerdos transformando la narrativa de confrontación, por una historia alternativa que posibilite el cambio
La comunicación	Se centra en contenidos verbales Diálogo= "comunicación bilateral efectiva"	Se centra en el proceso Relacional	Es un proceso complejo que incluye el contenido y la relación: qué se dice, cómo se dice y dentro de qué contexto
El mediador	Es un facilitador de la comunicación, experto en dirigir la discusión	Facilita la transformación de la relación	Busca transformar la historia y la relación
El conflicto	Un obstáculo para la satisfacción de intereses o necesidades	Oportunidad de transformación	Historia interpersonal de malestar y confrontación donde mi identidad y mi yo o <i>self</i> , han quedado mal posicionados
Métodos	Aireación del conflicto= catarsis o descarga de las emociones asociadas al conflicto Neutralidad: Imparcialidad y equidistancia del mediador Ir del caos al orden	"Empoderamiento" Co-protagonismo Preguntas circulares	- Reflexión y comprensión - Reconocer y aumentar las diferencias - Legitimar a las personas - Generar nuevos significados - Generar contexto de Confianza
Metas	Lograr el acuerdo Disminuir diferencias entre las partes	Modificar la relación entre las partes, sin importar si llegan o no a un acuerdo	- Reflexión más que aireación - Cambiar el significado - Transformar la historia - Lograr acuerdo, si es Posible

Fuente: Universidad externado de Colombia dirección de derechos humanos y acceso a la justicia Bogotá Colombia, *Proceso de mediación y habilidades del mediador*, Santafé de Bogotá, Abril de 2021. Véase:

<http://atecex.uexternado.edu.co/mediador/documentos/habilidades.pdf>

Queda establecido y aclarado de manera sencilla, los aspectos que fundamentan los diversos métodos de la mediación de sus disposiciones generales, referente a ellos mencionamos los aspectos de la misma son:

- Negociación.
- Intervención.
- Carácter explícito.
- Aceptabilidad.
- Imparcialidad.
- Neutralidad.

A continuación de forma general veamos las doce etapas del movimiento del mediador y situaciones críticas que deben ser afrontadas, para hacer que la mediación y su proceso logre el éxito de las partes, inclusive del propio mediador: (Suares).

- Contactos iniciales con las partes en disputa.
- Elegir una estrategia para orientar la mediación.
- Recopilar y analizar la información de antecedentes.
- Idear un plan detallado de mediación.
- Creación de confianza y cooperación.
- Comienzo de la sesión mediadora.
- Definición de las cuestiones y elaboración de una agenda.
- Revelación de los intereses ocultos de

las partes en disputa.

- Crear alternativas de arreglo.
- Evaluación de alternativas de acuerdo.
- Negociación definitiva.
- Obtención de un acuerdo formal.

Acerca de los principios de la mediación y la conciliación podemos mencionar, los siguientes y hay que considerar que también se pueden enmarcar dentro de valores de los mediadores:

Voluntariedad. La participación de los mediados en el procedimiento de la mediación debe ser por su propia decisión y no por obligación.

Confidencialidad. Lo tratado en mediación no podrá ser divulgado por el mediador, a excepción de los casos en los que la información se refiera a un ilícito penal y que la legislación correspondiente señala.

Flexibilidad. El procedimiento de mediación debe de carecer de toda forma estricta para poder responder a las necesidades particulares de los mediados.

Neutralidad. El mediador mantiene una postura y mentalidad de no ceder a sus

propias inclinaciones o preferencias durante todo el procedimiento de la mediación.

Imparcialidad. El mediador actuará libre de favoritismos, prejuicios o rituales, tratando a los mediados con absoluta objetividad, sin hacer diferencia alguna.

Equidad. El mediador debe procurar que el acuerdo al que lleguen los mediados sea comprendido por éstos y que lo perciban justo y duradero.

Legalidad. Sólo puede ser objeto de mediación los conflictos derivados de los derechos que se encuentren dentro de la libre disposición de los mediados.

Honestidad. El mediador debe excusarse de participar en una mediación o dar por terminada la misma si a su juicio, cree que tal acción sería a favor de los intereses de los mediados.

Pero además el mediador y el conciliador debe poseer ciertas cualidades que podrían ser las siguientes, o que debe cultivar o tener en cuenta:

- Es un catalizador, facilitador al servicio de las partes en su empeño de llegar a un acuerdo.
- Sugiere, recomienda, persuade, orienta, asesora, advierte.
- Facilita la comunicación.
- No es un juez, ni un fiscal, ni un terapeuta, ni un policía.
- No impone, no decide, no juzga, no sanciona.
- Es respetuoso, tolerante, generador de respeto.
- Es confiable: generador de confianza.
- Confidente: garante de confidencialidad.
- Creíble: generador de credibilidad.
- Imparcial: generador de imparcialidad.
- Corresponsable: promueve corresponsabilidad.
- No actúa mediante códigos, reglamentos o funciones.
- Actúa bajo criterios de equidad, responsabilidad social y garantía de los derechos humanos.
- El principio que orienta su acción es: a cada uno según sus derechos, de cada uno según su responsabilidad social.

La mediación es un método para la resolución de conflictos alternos a los medios adversariales, que muestra además de su eficacia probada un crecimiento sostenido en diferentes ámbitos de la sociedad, este método se encuentra en evolución sus términos y principios le otorgan una constante expansión por las contribuciones otorgadas al sistema jurídico en el ámbito de su estudio y aplicación tanto en el sistema interno del orden jurídico como en su lado externo.

La gran cantidad de posturas y definiciones sobre los medios alternativos de solución de conflictos deja en claro que hay mucho trabajo de sistematización sobre la mediación, la cual cada día se hace presente en más naciones, como ya habíamos apuntado líneas arriba.

De manera que, tomando datos de cada país, queda claro esta definición: la mediación es un procedimiento en el cual, las partes, ayudado por un tercero que no tiene facultades de decisión, intentan resolver un conflicto.

La mediación al igual que la conciliación, son procesos del tipo de la negociación que, con

dirección de un tercero neutral, que no tiene autoridad decisional, busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control e intercambio de la información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas. (Calcaterra, 2002).

De los métodos alternativos de resolución de conflictos (conciliación, mediación, negociación, arbitraje, etc.) el que ocupa el lugar de privilegio es la mediación, ya que es una de las mejores formas que tiene el ser humano, de mejorar y resolver todas aquellas situaciones de crisis que dificultan su vida de relación, logrando con ello la paz interior que lleva a consigo un mejoramiento de la propia vida y repercute positivamente en la sociedad. (Aiello, 2009).

El dispositivo de la mediación otorga la palabra a los sujetos que padecen y el mediador escucha, desde una posición neutral, sus relatos (verdades que en tanto sujetos se constituyen en verdades subjetivas) para evaluar (éste es el saber del mediador) si podrán diseñar estrategias consensuadas y conseguir aquello que dicen necesitar y acompañarlos en este proceso sosteniendo su conflicto.

La mediación pues, es una serie de técnicas para la resolución de los conflictos, en diversos ámbitos de la vida del ser humano y sus relaciones con la sociedad. Surge en un contexto en el cual la racionalidad de la ley y su aplicación se puede ver impedida a resolver controversias de manera rápida, sin tener que pasar por procedimientos administrativos tardados y engorrosos, claro que no suprimir a la ley, por muy desarrollados que estemos en la materia, puesto que hay una serie de elementos jurídicos y legales que necesitan de su tratamiento.

El implemento en cada país de América latina ha tenido al menos tres apartados de motivaciones o justificaciones a saber.

Por una parte, están quienes los promueven como mecanismos para aumentar el acceso a los sistemas de resolución de conflictos. Los sistemas formales, en una muy extendida visión, son engorrosos, lejanos a la gente y caros, por lo que muchas personas, los de menores recursos, se ven excluidos de ellos. Se le critica a los procesos judiciales en ser concebidos en función de los casos excepcionales y no en los de la norma general. Al tratar de que

ninguna situación quede sin una solución procesal, por más extraña que sea, se establecen innumerables vericuetos he instancias que terminan alargando y encareciendo innecesariamente los procesos. La marginación que ello genera en los pobres los lleva, en general, a solucionar en forma deficiente sus problemas o, simplemente, a dejarlos sin solución alguna. En ambos eventos se produce no solo una situación de injusticia, sino también el germen de conflictos futuros potencialmente más radicales, complejos y violentos. Lo que hacen los medios alternativos de solución de controversias no es otra cosa que suplir la provisión de un servicio que el estado no está en condiciones de entregar a través de los tribunales. Los MASC, permiten acceder a una solución para problemas que de otra manera no la tendrían.

Existe una segunda aproximación al tema, justificándose en ella los MASC como mecanismos eficientes para descargar a los tribunales de una parte de la enorme cantidad de trabajo que los abrumba y con la cual no pueden lidiar eficientemente. En este caso, los destinatarios de los MASC no son necesariamente las personas pobres aquellas que están marginadas del sistema

de justicia, sino aparejan precisamente un reencauzamiento de aquellos casos que si logran llegar a los tribunales (cuyos titulares, como se sabe, no son generalmente los más pobres).

Finalmente, hay un tercer grupo de promotores de estos sistemas que los justifican ya no por ser una alternativa más barata, ni por constituir los mecanismos con que cuentan los privados para resolver conflictos en los que al estado no le interesa intervenir. La razón es muy distinta, justifica la existencia de estos sistemas (MASC), por razones sustantivas, porque las soluciones que en ellos se alcanza son de mayor calidad que las judiciales. Los argumentos son distintos tratándose de la mediación y la conciliación, por una parte, y el arbitraje por la otra.

CONCLUSIONES.

La implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias en México, (mediación y conciliación) desde la reforma de 2008, y el boom en la siguiente década, ha traído buenos resultados en la impartición de justicia (Fiscalías y Tribunales Superiores de Justicia de los Estados), pero el impacto en la sociedad ha sido poco satisfactorio, aún ahora los mismos litigantes no creen en éstos mecanismos, y poco conocen acerca de su efectividad, mediación, conciliación y negociación consideran la intervención de un tercero, pero en cada uno de ellos su participación es diferente como hemos podido dejar en claro en este documento, aún así hay mucho camino por recorrer y que trabajar, esperemos que el impacto en los justiciables sea de un cambio de paradigma de cómo resolver conflictos con la ayuda de un tercero.

LITERATURA CITADA

- Aiello de Almeida, M. A. (2001). *Mediación: formación y algunos aspectos claves*, Porrúa, México, 2001
- Bush, R.A. Baruch y J.P. Folger (1996) *La Promesa de la mediación: Como afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Barcelona Granica.
- Calcaterra, Rubén A. (2002). *Mediación Estratégica*. Barcelona España. Gedisa, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Farré, Sergi. (2004) *Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*. Ariel, Barcelona.

Gottheil, Julio y Adriana Schiffrin [compiladores] (2011) **Mediación; una transformación en la cultura** Barcelona, España. Paidós [Serie Mediación #3]

Martínez de Murguía, Beatriz. (1999). *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*. México. Editorial Paidós.

Moore, Christopher. (1995). *El proceso de Mediación*, Buenos Aires, Granica.

Pérez, Baxin, Oscar, (2015). "Implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el Poder Judicial del Estado de Tabasco", *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 2, Núm. 4, UJAT, México

Resolución Alternativa de Conflictos. CEJA/INECIP.

Suares, Marínés. (2004) "Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas". Paidós, Argentina.

Universidad externado de Colombia dirección de derechos humanos y acceso a la justicia Bogotá Colombia, Proceso de mediación y habilidades del mediador, Santafé de Bogotá, Abril de 2021.

<http://atecex.uexternado.edu.co/mediador/documentos/habilidades.pdf>

Vado Grajales, Luis Octavio. *Medios Alternativos De Resolución De Conflictos*. www.bibliojurídica.org/libros/5/2264/19.pdf. p. 384.