

“Mediación 2020 en México: más allá del acuerdo”

Nuria GONZALEZ MARTÍN¹

Sumario: I. Introducción; II. Competencias en mediación: Compasión, más allá del acuerdo; III. La Iniciativa con Proyecto de Decreto que contiene la Ley General de Medios Alternos de Solución de Conflictos de 20 de julio de 2020 y el supuesto de procedencia o procedibilidad: Una mirada a la actualidad en Italia y España; IV. Conclusiones.

I. Introducción

Para poder iniciar e introducir, apropiadamente, un tema tan necesario como complejo, debemos expresar que en nuestro contexto mexicano, en la etapa más contemporánea, la mediación está contemplada en su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 17 y 18 desde 2008², con una reforma importante del 15 de septiembre de 2017, en donde obliga a las autoridades a privilegiar la solución del conflicto sobre formalismos procedimentales, es decir, el impulso a los Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC), privilegiando la solución de conflictos por esta vía como un hecho. Igualmente, se contempla en la reciente Constitución de la Ciudad de México de 5 de febrero de 2017 en su artículo

¹ Doctora en Derecho Internacional Privado por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora Titular “C” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel III. Mediadora Privada Certificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Asesora Externa *ad honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Autora de 18 libros de propia autoría/coautoría, 40 libros coordinados y/o compilados y más de dos centenares de artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. Premio Universidad Nacional Jóvenes Investigadores en Investigación Ciencias Sociales 2008. Reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz 2020. Académica visitante *Stanford Law School*, California, USA 2012-2016 y 2018. Senior Weinstein Fellow de la Weinstein International Foundation (WIF) y Fellow 2015 en Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS).

² En realidad, los Medios Alternos de Solución de Controversias en México, los tenemos contemplados desde la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, su Título V Del poder judicial de la federación en su Sección VII. Reglas Generales a que se Sujetará en todos los Estados y Territorios de la Federación la Administración de Justicia, encontramos el antecedente de la justicia alternativa en el derecho constitucional mexicano. En particular en su Artículo 155, que estableció “No se podrá entablar pleito alguno en lo civil ni en lo criminal sobre injurias sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación”. <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1824.pdf>

Véase, asimismo, Hernández Mergoldd, Pascual; Bejarano Alfonso, Enriqueta; Navarrete Villarreal, Víctor Manuel y Garza Chávez, Juan Julio, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias en la historia constitucional de México”, Revista. El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., agosto 2010, pp. 203 y ss.

53, apartado b; en el Código Civil, artículo 287, en donde se menciona la mediación, en materia de divorcios, entre otros. En el contexto de las Entidades Federativas, tenemos incluso antecedentes de gran relevancia, como es el ejemplo de Quintana Roo como primer Estado de la República mexicana en dar el primer paso, reformando su Constitución Política en 1996, y así introduciendo la primera legislación en materia de MASC en 1997.

Como vemos, en México, a través de dichas reformas constitucionales y a través de leyes secundarias, se incorpora como un derecho de los gobernados, de los justiciables, la instrumentación y búsqueda de MASC, es decir, tenemos el marco normativo que da cobertura a los MASC pero necesitamos dar un par de paso más con la idea única e inequívoca de armonizar y, a través de una ley general, buscar un verdadero acceso a la justicia para todos. Recuperar en la sociedad una confianza perdida en torno al sistema de justicia en general.

El primero de los pasos a seguir va conectado con esta idea de la adopción de la mediación como instrumento capaz de permear en nuestras sociedades de una vez por todas y de manera eficaz, desde su conocimiento y su implementación; el segundo de los pasos, conectado a su vez con la idea principal que nos lleva a escribir esta contribución, es agregar a las competencias una herramienta más a la mediación para conducirla desde un estadio muy particular que tiene que ver con la implementación de la compasión y todas las bondades que ella conlleva. Para abarcar ambos objetivos, después de esta somera introducción (I), exponemos la mediación como un proceso que va más allá del acuerdo, implementando herramientas que contribuyen en el mediador y, por ende, en los mediados, a través de la compasión (II). Posteriormente, realizamos un análisis sobre uno de los muchos planteamientos que destacan de una de las dos más recientes iniciativas, *Proyecto de Decreto que contiene la Ley General de Medios Alternos de Solución de Conflictos* de 20 de julio de 2020, en torno al tema del supuesto de procedencia o procedibilidad, y en donde traemos los contextos más recientes de Italia y España (III), para finalizar con un apartado reflexivo en torno al tema (IV).

En definitiva, los objetivos marcados para la intervención y publicación en el marco del XLIII seminario de derecho internacional privado y comparado, AMEDIP,

en noviembre de 2020, son dos, ambos frutos de la reflexión que, en lo personal, ha generado la mencionada iniciativa del pasado 20 de julio de 2020, liderada por el Senador Menchaca.

El primer objetivo se enmarca en los estándares de conocimiento y por tanto de competencias en los programas de formación para mediadores que es, por sí solo, un gran y complejo tema pero en donde se aterrizará, en esta ocasión, en una materia que puede sorprender al incluir el cultivo de la compasión; el segundo objetivo o tema, será el requisito de procedencia o procedibilidad para que los asuntos mediables no lleguen a juicio y al mismo tiempo se amplíe la participación democrática de la ciudadanía, la democracia más directa.

II. Competencias en mediación: Compasión, más allá del acuerdo

Con anterioridad a la COVID y todo lo que ha derivado de la pandemia, afortunadamente se forjó una importante tendencia al plantear la mediación como una cultura de paz con una serie de elementos que la definen por sí misma y que la hacen proyectarse diferente en el planteamiento al dirimir los conflictos.

El aumento de las emociones y ansiedad, durante este tiempo de pandemia, dejó al descubierto la necesidad de aprender y prodigar más herramientas para protegernos a nosotros mismos y, con ello, a los demás³. En este momento, tenemos en mente la puesta en escena de una competencia necesaria, como recurso estratégico para la praxis mediadora⁴, que implica autogestión de habilidades para orientar respuestas eficaces, en donde el entrenamiento en el cultivo de la compasión tiene un lugar excepcional y, hasta diríamos, crucial como herramienta para la mediación.

³ En torno a los retos que tienen ante sí los profesionales de la mediación, referimos la intervención de Inmaculada Armadans “El autoconocimiento en la mediación”, 18 de noviembre, V Congreso Internacional para el estudio de la mediación y el conflicto CUEMYC; así como su artículo en torno al COVID, la sociedad y la falta de esperanza en un futuro, *La Vanguardia*, 10 de noviembre de 2020.

⁴ Recomendamos un gran trabajo que, perfectamente, se convierte en referencia imprescindible sobre la materia. Véase Rosales Álamos, Manuel y García Villaluenga, Leticia (Coords), *Las competencias para la formación de la persona mediadora*, CUEMYC, Santiago de Compostela, 2020. <https://cuemyc.org/wp-content/uploads/2020/06/Las-competencias-para-la-formacio%CC%81n-de-la-persona-mediadora.pdf>

Cuando cambio la forma en que me veo a mí mismo/a -desde el autoconocimiento-, cambio la forma en que veo a los demás, y esto se traduce en una transformación positiva. Hablamos de ser genuinos, lo cual es transformativo en lo personal y, por ende, transformativo como mediador, trasladándose en su práctica mediadora. Cultivar la compasión no es una tarea fácil pero es realmente importante porque potencia, además, herramientas muy efectivas como, por ejemplo, aceptar y perdonar sin esperar o exigir que cambie el otro.

Abundar en el tema de las competencias para la formación de la persona mediadora es fundamental ante la falta de una perspectiva común acerca del contenido de la formación del mediador/a. Y así es, la calidad formativa en las habilidades, actitudes y conocimiento que en esta materia haya adquirido la persona mediadora marca una gran diferencia y de ella dependerá el éxito o el fracaso de la mediación⁵.

Las competencias se encuentran conformadas por conocimientos, habilidades, destrezas y comportamientos que los mediadores deben adquirir para que la mediación y la resolución de conflictos alcancen sus metas y objetivos⁶.

Por todo ello, con el título “Mediación 2020 en México: más allá del acuerdo” lo que queremos compartir en esta contribución es la necesidad de darle visibilidad a los MASC, a través de competencias y, con ellas, habilidades, herramientas y técnicas que deriven en acuerdos genuinos y bien planteados, desde la práctica y desde leyes que le den una buena cobertura. De esta manera, a este título “Mediación 2020 en México” le podríamos colocar otro subtítulo “Mediación 2020 en México: habilidades para la cultura de paz, competencias para la compasión”. Con esta premisa, planteamos un panorama distinto, realmente diferente, a través de técnicas/ herramientas de compasión para la mediación que no han sido implementadas, con la seriedad, rigurosidad y convicción que amerita.

⁵ *Idem*

⁶ Marelli, A. (2000) *Introducción al análisis y desarrollo de modelos de competencia. Documento de trabajo fotocopiado* Citado por Rosales Álamos, Manuel y García Villalunga, Leticia (Coords), *Las competencias... op cit supra*, p. 20.

Partamos de la idea, en donde a través de los MASC y, en concreto, a través de la mediación, se proyecta una “cultura de paz” o una “cultura del acuerdo” que se enfoca hacia una solución de futuro, que se enfoca hacia lo justo sin perder de vista, obviamente, lo legal; en donde es necesario superar barreras educativas, incluso barreras de esquemas mentales, a la hora de focalizar la resolución de un conflicto.

En definitiva, estamos ante la exploración de una nueva frontera -que no es tan nueva y no es una frontera *per se*- lo cual siempre conlleva un reto, un planteamiento, incluso, desde la prioridad o preferencia que debiera tener la mediación ante la justicia tradicional, es decir, que lo alternativo no sea la mediación sino el acudir a un medio jurisdiccional, si las partes o la materia así lo requieran o lo permitan. Que lo alternativo sea el acudir a los medios jurisdiccionales y no al contrario, algo que en materia de derechos humanos, y en particular cuando hablamos de protección no jurisdiccional de derechos humanos, se evidencia de una manera más que palpable.

En mediación podemos proyectar una pauta y ésta se *reduce a desaprender esa necesidad de tener reglas previas para poder regirse en una sociedad y aprender a respetar, reconocer y lograr acordar, con buena comunicación, sencillez, flexibilidad, creatividad y amabilidad el manejo de los conflictos*. Esto es una tarea titánica, de reconversión absoluta en todos los planos de la vida pero que al igual que somos capaces de enfocar nuestra mirada hacia nuevas formas de energías renovables para la subsistencia de nuestro planeta, por ejemplo, pues habrá que recapacitar en las conductas que nos llevan a situaciones insostenibles ante la incapacidad de convivir en paz. Si el desafío del cambio climático es importante, la convivencia bajo una cultura de paz, comunicación no violenta, y permeada de compasión, no lo es menos.

Los desafíos siempre están presentes y máxime cuando necesitamos reinventarnos o incorporar en nuestras rutinas personales y profesionales, habilidades que nos eran distantes; la pandemia es un ejemplo de ello. Somos responsables de “cuidarnos para cuidar al otro”, frase de cabecera que hemos escuchado durante tiempos de la COVID y que seguimos escuchando entrados en esta “nueva realidad” o en la que prosiga. Comencemos, entonces, por cuidarnos a

nosotros mismos -contagiándonos de compasión y no del virus- para poder cuidar al otro y en donde el otro pueden ser nuestros hijos, esposos, parejas, padres, hermanos, amigos, compañeros de trabajo, es decir, empezamos a reflexionar e incorporar como competencias, el aprendizaje de habilidades y técnicas que en definitiva implicará un cambio positivo. En este desaprender lo aprendido y en la búsqueda de nuevas competencias también hay mediación⁷.

Hablamos de competencias y de la necesidad de realizar programas, completos y armonizados, porque existe un problema de base en dichos contenidos y, por ende, en sus competencias y los aprendizajes que tienen que obtener los profesionales de la mediación.

Durante varios años hemos estado preparándonos para poder volcar en el rubro de las competencias, desde la ciencia, programas que incluyan en la formación de nuestros mediadores, elementos diferentes y en donde el cultivo de la compasión ha sido parte total. Bajo la batuta de uno de los mejores practicantes de la meditación -Mindfulness Meditation- como es Jinpa, ex intérprete del Dalai Lama, así como con James R. Doty, neurocirujano, aprendimos la conexión entre el cerebro y el corazón, más allá de lo físico⁸.

La mediación es una filosofía de vida y por ello, partiendo de esta afirmación tan tajante, es fundamental incorporar y aprender más herramientas que las disponibles tradicionalmente con la mediación para educar con consciencia y en congruencia, como premisa total en mediación. La conexión, entonces, entre la compasión y la meditación es evidente pero, a su vez, con la mediación es inevitable.

⁷ El manejo de emociones siempre ha estado presente en un buen programa de mediación, y uno de nuestros autores fundamentales en el manejo de la inteligencia emocional, Goleman, expone que solamente del 10 al 20% del éxito de tu vida está reflejado en el coeficiente intelectual; el resto del porcentaje, es decir, del 80 al 90% se lo debemos al cómo reaccionamos ante las emociones, por lo que él coincide de una manera fundamental con la Organización Mundial de la Salud al establecer como fundamentales estas habilidades para la vida. Balance entre lo cognitivo y lo emocional, coeficiente intelectual y la inteligencia emocional.

⁸ Dr. Doty es Director del Centro de Investigación y Educación sobre la Compasión y el altruismo (CCARE, por sus siglas en inglés, Center for Compassion and Altruism Research and Education), de la escuela de medicina de Stanford University. Véase su libro: Doty, James R., *Into the Magic Shop. A Neurosurgeon's Quest to Discover the Mysteries of the Brain and the Secrets of the Heart*, Avery, New York, 2016.

Hablamos de la multimencionada promoción de la cultura de paz, de la cultura del acuerdo en donde, además, hay que cultivar una muy buena escucha activa, genuina/auténtica; el ser creativos –y no juzgar- flexibles, pacientes, tomar incluso descansos cuando estamos ante un quebrantamiento o punto muerto en la mediación; en definitiva, necesitamos implementar una lista amplia de habilidades que exige, además, la inclusión del cultivo de un campo nuevo y emergente para la mediación, como es el cultivo y práctica de la compasión, especialmente en sociedades tan individualistas como las actuales.

Cuando incorporamos y enseñamos compasión en un programa de mediación, enseñamos que una sonrisa es contagiosa, que ser amable es contagioso, ser agradecido es contagioso, ser generosos es contagioso, los elogios son contagiosos, en definitiva, hablamos del permiso de ser humanos, es decir, la capacidad de permitirnos sentir y expresar una variedad de emociones libremente.

La compasión fomenta principios que pueden perfilarse en una serie de aseveraciones, como por ejemplo cuando decimos que “la felicidad no viene de fuera, la felicidad hay que buscarla dentro de nosotros mismos”; “cuando nos nutrimos por dentro somos recompensados”; “cuando te importa el otro eres recompensado” porque científicamente está comprobado que cuando cultivas compasión hacia el otro, despliegas gratitud e incluso, desde la neurociencia se sostiene que “la gratitud tiene efectos positivos fisiológicos hasta el punto que la vida se alarga”. En compasión se despliega el ser agradecidos con el universo, con la vida, en definitiva, sentirse agradecido con lo que se tiene y en donde la felicidad cuenta, igualmente, un lugar preponderante⁹.

El entrenamiento en el cultivo de la compasión es como ejercitar nuestro cerebro, como un músculo que se entrena y en donde la conversación interna es fundamental pero la auténtica, no la fingida, en donde haya congruencia entre las palabras y los hechos, valores que pasan a nuestros hijos, valores de integridad.

⁹ Gorjón Gómez, Francisco Javier, *La mediación como vía al bienestar y la felicidad*, Serie Mediación y Justicia Alternativa, Tirant Lo Blanch, México, 2020.

III. *La Iniciativa con Proyecto de Decreto que contiene la Ley General de Medios Alternos de Solución de Conflictos de 20 de julio de 2020 y el supuesto de procedencia o procedibilidad: Una mirada a la actualidad en Italia y España*

La fracción XXIX-A del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene la facultad de expedir una Ley General que establezcan los principios y bases en materia de Mecanismos alterativos de Solución de Controversias, con excepción de la materia penal dado que ésta tiene un tratamiento especial en el quinto párrafo del artículo 17 Constitucional, razón por la cual se expidió la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 29 de diciembre de 2014. Una exclusión similar, con una reforma integral constitucional, se da con respecto a la conciliación laboral a través de la reforma de diversas legislaciones, entre las que destaca, sin lugar a dudas, la Ley Federal de Trabajo.

La Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, por tanto, deberá aplicarse a la materia civil, familiar, mercantil, administrativa, agraria y fiscal.

La Iniciativa con Proyecto de Decreto que contiene la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, presentada el 20 de julio de 2020, por 50 senadores -45 Senadores de Morena y 2 de Encuentro Social-, propone que ésta se aplique a aquellos mecanismos alternativos, extrajudiciales, tales como la mediación, conciliación y negociación, y en donde se incluye la justicia restaurativa como instrumentos de pacificación para la reconstrucción del tejido social.

Una Iniciativa que tiene tantos defensores como detractores, es decir, estamos ante una iniciativa muy polarizada, lo cual tiene sentido porque hay diferentes percepciones, diferentes perspectivas pero en donde hay que buscar puntos de encuentro que no redundan más que en el anhelado acceso a la justicia para todos. Una Iniciativa que ha traído ejercicios como el Parlamento Abierto, el café temático, y su segunda vuelta en noviembre de 2020, en donde tuvimos la oportunidad de participar y exponer nuestras ideas con la confianza de que en un

posterior ejercicio, a través de comisiones de reforma, el proyecto se perfile correcta y efectivamente a través de voces capacitadas y el consenso definitivo.

No debemos permitir lo ocurrido en ocasiones pasadas, como la iniciativa del 2017, que quedó paralizada y con ella se perdió la posibilidad de tener una Ley General en la materia en su momento que buscaba la aplicabilidad práctica y efectiva; máxime en tiempos como los actuales de cambio de paradigmas, tiempos que marcan un parteaguas dada la coyuntura que nos trajo la COVID, con un aumento de conflictos, un mal manejo de emociones y el reto de los medios electrónicos en línea, por enunciar algunos de los temas que más destacan.

Del contenido vertido en la iniciativa, en su exposición de motivos, 5 títulos, 70 artículos y 10 transitorios hay mucho que destacar pero en este momento la referencia solo se hará a un solo aspecto¹⁰: el supuesto de procedencia o procedibilidad (artículo 5) y con ello la fase obligatoria de la mediación o conciliación, una vez admitida la demanda y fijada la *litis*, es decir, la denominada mediación intrajudicial, intraprocesal.

Con respecto a este tema, hay voces que claman la incongruencia de este supuesto de procedibilidad obligatorio y el principio total de voluntariedad de la mediación, pero no olvidemos que son cuestiones desvinculadas, es decir, una cuestión es la mediación obligatoria y otro el principio de voluntariedad de la mediación. No hay más que discernir entre la voluntariedad para iniciar el proceso de mediación y la obligatoriedad de acudir a una fase de la mediación o conciliación –muy recurrida en otros contextos internacionales-. Sin lugar a dudas, la mediación intrajudicial abre la posibilidad de acudir y utilizar un medio como este y con él, no solo la opción para resolver sino fomentar la divulgación y el conocimiento del mismo a una población que aún desconoce su existencia; un elemento, a todas luces, de gran valor.

¹⁰ Un comentario más extenso sobre la Iniciativa de 2020 que comentamos, puede verse en González Martín, Nuria, 2020, *el año de la Mediación en México. Iniciativa de la Ley General y Convenio de Singapur: Revisemos y armonicemos en beneficio de los justiciables*, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, IIJ-UNAM, 2020, núm. 36 <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6315-2020-el-ano-de-la-mediacion-en-mexico-iniciativa-de-ley-general-y-convenio-de-singapur-revisemos-y-armonicemos-en-beneficio-de-los-justiciables>

Aún con esta bondad, aprovechamos la oportunidad para subrayar la idoneidad de la mediación y conciliación extraprocesal, es decir, el acudir de manera obligatoria desde una fase informativa que conllevaría aún más beneficios al evitar costos económicos derivados de la interposición de una demanda y costos emocionales, desde que la demanda provoca la apertura de una batalla legal y las consecuencias que derivan de la misma. Hablamos del requisito de procedibilidad extrajudicial, lo cual no viola el acceso a la justicia ni a la tutela judicial efectiva¹¹, sino que le da apertura¹². Por el momento, la iniciativa solo establece la posibilidad de acudir una vez iniciado el proceso, nuestra propuesta deriva hacia la mediación obligatoria desde la sesión previa informativa, sin dejar de ver que ya el elemento obligatorio, intra o extraprocesal, es un elemento positivo *per se*; lo que hay que visualizar y valorar son el resto de elementos, el factor tiempo invertido si no comulgamos con una obligatoriedad absoluta, no es positivo.

Pero podemos ir más allá, y de esta manera echar una mirada a otras realidades vertidas en sistemas jurídicos como el italiano¹³ o el español, en donde vemos que se van visualizando otras formas de ser gestores de un cambio.

¹¹ Véase el párrafo 67 de la SENTENCIA: Asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08 Rosalba Alassini y otros vs Telecom Italia SPA y otros.

Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que: (...) 67. *Los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva tampoco se oponen a una normativa nacional que impone, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes*, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija. (lo marcado en negrita es nuestro) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0317&from=EN> última consulta 1 febrero 2021.

¹² Traemos, en este momento, el contexto español, y nótese que lo hacemos por la claridad que nos proporciona en este tema la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Pleno, de 16 de febrero de 2012 (SP/SENT/664480), que viene a destacar que «la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial, están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida», es decir, debe buscarse un uso adecuado del proceso judicial, y, en caso contrario, existe la posibilidad de establecer los límites oportunos para evitar un uso fraudulento. <https://blog.sepin.es/2020/12/anteproyecto-ley-medidas-eficiencia-procesal-servicio-publico-justicia/> última consulta 10 febrero 2021.

¹³ Durante el cierre de esta publicación, entró en vigor, el 1 de enero d 2021, la ley de mediación en Azerbaijan de 29 de marzo de 2019, la cual adoptó es el mismo modelo que en la actualidad tiene

En Italia, se reformó la ley de mediación en 3 ocasiones, en 4 años (2010-2014). Hasta 2010 la mediación era voluntaria; de 2011 a 2012 la mediación fue obligatoria completamente; en 2013 la mediación fue completamente voluntaria y en 2014-2020 solo la sesión de mediación inicial o informativa es obligatoria (Opt-Out”, modelo de mediación con fácil exclusión voluntaria, easy opt-out model)¹⁴, en donde el rango de éxito es realmente importante con ésta última opción¹⁵.

Si partimos de la idea de que la mediación es un servicio, éste necesita de dos elementos: la oferta y la demanda y, a su vez, se necesita de un balance¹⁶. Cuando hay un número importante de mediadores y no tenemos demasiadas mediaciones tenemos una falta de balance entre dicha oferta y demanda.

Italia, el modelo Opt Out, como veremos, el requerimiento, por ley, de acudir a la primera sesión de mediación. Véase Gavril, Constantin-Adi y Mizrayev, Rusian, “Azerbaijan is preparing to implement the Law on Mediation”, December 14, 2020. <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/12/14/azerbaijan-is-preparing-to-implement-the-law-on-mediation/> (última consulta 9 de enero 2021)

¹⁴ Para construir la idea de este modelo, véase la Directiva de la Unión Europea, artículo 5, apartado 2, que expresa: “La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”. Directiva 2008/52/EC) of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

En otro orden de ideas, para conocer las “normas de derecho constitucional” de la Unión Europea sobre mediación, es importante traer a colación la sentencia, especialmente la sección 65 y 67: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0317&from=EN> Asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08 ROSALBA ALASSINI Y OTROS vs TELECOM ITALIA SPA Y OTROS, en donde en su párrafo 65, expresa: “65. En segundo lugar, la imposición de un procedimiento de solución extrajudicial como el establecido por la normativa nacional controvertida en el litigio principal no resulta desproporcionada con respecto a los objetivos perseguidos, habida cuenta de las condiciones concretas de funcionamiento de dicho procedimiento expuestas en los apartados 54 a 57 de la presente sentencia. En efecto, por una parte, como observó la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, no existe una alternativa menos severa a la aplicación de un procedimiento obligatorio, puesto que el establecimiento de un procedimiento de solución extrajudicial meramente facultativo no constituye un medio igualmente eficaz para alcanzar dichos objetivos. Por otra parte, no existe una desproporción manifiesta entre tales objetivos y los inconvenientes eventualmente ocasionados por el carácter obligatorio del procedimiento de conciliación extrajudicial”.

¹⁵ Datos al respecto se pueden ver en el Departamento de Estadística-Ministerio de Justicia italiano, desde 2011 hasta el primer semestre de 2020 <https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziariarie/civile/Mediazione%20Civile.aspx> última consulta 21 diciembre 2020)

Todos los proveedores de mediación, que son 500/550, cada tres meses tienen la obligación de compartir datos sobre las mediaciones; tenemos, entonces, datos reales en Italia sobre la difusión de la mediación.

¹⁶ De Palo, Giuseppe, *Balanced Relationship Target Number*, Oxford University Press, 2012, n el párrafo 1.22 introduce el principio de número objetivo de relación balanceada entre litigio y mediación.

Como otras legislaciones, la ley italiana tiene dos tipos de elementos. Por un lado, los elementos para crear la solicitud de mediación o los cuatro caminos, prácticamente universales, para iniciar mediación:

1. una "mediación voluntaria" que se puede iniciar mediante la firma de un acuerdo escrito entre todos los litigantes después de que surja la disputa "acuerdo para mediar";
2. asistir a una primera reunión de mediación requerida u obligatoria, la denominada de "fácil exclusión voluntaria", la cual es obligatoria para las partes pero no en todos los casos, en aproximadamente el 15% de los asuntos de disputas civiles y comerciales como condición previa para acceder a los tribunales.
3. el juez puede ordenar, a su discreción, en todos los casos civiles y comerciales pendientes en los tribunales de primera instancia y de apelación;
4. o cláusulas contractuales agregadas en un contrato antes de que surja la disputa¹⁷.

Por otro lado, tenemos los elementos que incluye los sistemas de garantía de la calidad de los servicios de mediación, en otras palabras, para asegurar que las mediaciones sean buenas. Así, en el caso italiano:

1. Los proveedores de mediación acreditados por el Ministerio de Justicia administran todos los procedimientos de mediación junto a los tribunales (alrededor de 550 proveedores con miles de oficinas)
2. Los mediadores acreditados por el Ministerio de Justicia se enumeran dentro de los proveedores de mediación (alrededor de 20.000 mediadores)
3. Las Entidades de Formación en Mediación acreditadas por el Ministerio de Justicia ofrecen un Curso Básico de Mediación de 50 horas y un curso avanzado de 18 horas cada dos años;
4. La Oficina de Registro de Mediación supervisa los procedimientos, proveedores, mediadores y capacitadores de mediación¹⁸.

¹⁷ De Palo, Giuseppe, "La mediación obligatoria: el modelo opt-out" Presentación Power Point, IJJ-UNAM, 30 de noviembre de 2020. <https://www.facebook.com/IJJUNAM/videos/265061001691507/> última consulta 1 febrero 2021.

¹⁸ *Idem*.

Si analizamos al caso que nos interesa presentar en este momento, es decir, el modelo o sistema de exclusión voluntaria fácil (Sistema Opt Out), tenemos que el mismo es una fusión, una mezcla, de un sistema obligatorio con un sistema que no es obligatorio, en donde el proceso comienza con una reunión inicial para ver la viabilidad, o no, de la mediación en el caso particular. Por ejemplo, la difamación, en el sistema italiano, es uno de los asuntos donde es requerido, obligatorio, una sesión inicial de mediación. No se puede ir directamente al Tribunal, se necesita enviar una solicitud de mediación a un proveedor, a un organismo de mediación, y con su acompañamiento se inicia una mediación. Dicho organismo, el que recibe la solicitud, contacta a la otra parte involucrada expresando que tiene que participar en una sesión de mediación junto con la persona que solicitó el servicio y el mediador. Una sesión donde (a) se escucha la historia y argumentos legales; (b) se habla sobre los méritos del caso; (c) se ve al mediador -elegido por ambos- en acción; (d) se analiza la actitud de la otra parte y (e) un proceso que formalmente ya está en marcha y por ello es confidencial.

En este supuesto tenemos dos posibilidades:

1. Si decide tomar el riesgo de no acudir o no contestar, enfrenta dos tipos de sanciones; por un lado, una sanción económica y, por otro lado, una sanción de tipo procesal. La persona que hizo la solicitud, pasado un plazo –en este caso, según la legislación italiana, 30 días-, puede solicitar al Centro de Mediación un documento en el que conste que se envió la solicitud de mediación, que no hubo respuesta, y funge como documento probatorio y así se puede iniciar el proceso; le permite acceder a tribunales. El propio tribunal va a validar el por qué ese silencio o negativa de participar en la mediación y dependerá de ello la imposición de una sanción económica por la falta de participación inicial en la mediación.

Podemos plantear como incentivo, adicional, que participar en la reunión inicial de mediación tiene un costo económico bajo, que dependerá del valor de la disputa, en torno a 40 u 80 Euros, dividido entre ambas partes, y así iniciar el proceso a través de dicha sesión conjunta.

2. Si acepta la invitación, por medio del proveedor de mediación, se presenta a la reunión de mediación, ambos abonan el monto arriba expresado de 40 u 80 euros, se sientan con su mediador y ven la posibilidad de mediar tal y como acabamos de describir arriba. Aquí se plantean dos alternativas a su vez: a) que decidan continuar con el proceso de mediación ya en marcha, en sesiones estipuladas ese mismo día o al día siguiente y en donde se firma una carta donde el acuerdo es el de continuar con dicha mediación¹⁹; b) que decidan no continuar porque la mediación no es útil para ellos; en éste último caso se cierra dicho tentativo de mediar y se cierra esta primera sesión obligatoria, sin sanción alguna. El requisito de mediar termina con la participación en dicha sesión.

Como vemos y expresamos, en este sistema de exclusión voluntaria fácil, tenemos una mezcla entre el elemento o requisito obligatorio junto con el voluntario. El elemento obligatorio se da desde que la participación es requerida en la primera sesión –con sanciones económicas y procesales en el litigio que resulte-; después la decisión de continuar con la mediación es voluntaria -sin sanciones por abandonar la mediación después de la primera sesión o reunión-. La idea es conducir a la mediación, a través de un proceso de participación pero la continuación es voluntaria sin olvidar que también hay una ventaja de terminar la mediación en un momento inicial sin una gran inversión de dinero, tiempo y emociones.

Es un sistema que brinda una oportunidad estructurada para que las partes tomen una decisión más informada sobre cómo manejar sus diferencias, abonando a la idea que siempre está presente para quienes creemos firmemente en éste método apropiado para que la mediación se use como el método principal de resolución de disputas.

Siguiendo a Giuseppe de Palo es pertinente incluir un sistema que requiera esfuerzos iniciales serios de mediación en las políticas públicas de los países como herramienta de impulso a la justicia; un sistema en donde las partes deban sentarse

¹⁹ El valor máximo del honorario del mediador depende de un cuadro, de un baremo dependiendo del valor de la disputa 100, 200, 300 Euros *in crescendo* depende del valor de la disputa.

con un mediador antes de iniciar un litigio y después de la primera sesión son libres de optar por no participar -Opt Out- en el proceso de mediación e iniciar un procedimiento judicial. En este sistema todas las partes deben acordar someterse al proceso de mediación; simplemente se requiere que las partes asistan a una reunión inicial de mediación con su mediador²⁰, la cual, dígame de paso, no es una mera sesión informativa de mediación. Esto último se visualiza mejor cuando subrayamos que el sistema Opt Out necesita, a su vez, el establecimiento de parámetros objetivos que van más allá de una sesión informativa y así tenemos, entre otros, (a) la determinación de una duración mínima de tiempo de la primera sesión o reunión inicial; (b) preparar una declaración de mediación y una respuesta; y (c) establecer una cuantía apropiada –no gratuidad- que bien podría ser entre el 15% ó 25% del costo total de la mediación.

Cuando hablamos de una “mediación obligatoria” lo primero que nos causa es extrañeza. La voluntariedad es un principio de la mediación y por tanto pareciera una contradicción colocar ambos términos juntos. En este caso expuesto, lo obligatorio en Italia, y en muchos países, es “acudir” a una sesión de mediación, pero desde luego no es obligatorio mediar, ni resolver, ni siquiera permanecer y, por tanto, la mediación, *per se*, sigue siendo voluntaria²¹. Una práctica, como la expuesta, de mediación inducida por legislación y los controles públicos y privados sobre la mediación genera, en expresión de De Palo, calidad y efectividad de la mediación²².

En definitiva, el modelo de mediación que en la actualidad opera en Italia es obligatorio, ya sea una mediación impuesta por ley y como condición de procedibilidad o admisibilidad de la acción en los litigios civiles y mercantiles, o sea

²⁰ Brink, Henneke, “Mediando la mediación: el modelo de ‘exclusión fácil’”, Entrevista a Giuseppe De Palo , *El Mundo del Abogado*, México, pp. 30-31.

²¹ En España, el Anteproyecto y, por tanto, la modificación legislativa no obligará a las partes a someterse a un proceso completo de mediación, sino a asistir a la sesión informativa y a la exploratoria. L a Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles dispone que “el procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva”, luego la sesión informativa y la exploratoria quedan fuera del proceso, no atentándose contra dicho principio.

²² Brink, Henneke, “Mediando la mediación: el modelo de ‘exclusión fácil’”, Entrevista a Giuseppe De Palo , *El Mundo del Abogado*, México, p. 33.

intrajudicial por disposición del juez. La mediación voluntaria o aquellas derivadas de cláusulas de mediación si están presentes pero en un porcentaje inferior al 10%.

Por último, no queremos dejar de expresar que aunque pareciera el sistema Opt Out un sistema altamente legalizado –partes respaldadas por la ley y el conflicto definido en términos legales-, éste sistema también permea o cubre aquellos acuerdos que van más allá de las necesidades no legales dado que la sesión de mediación facilitada por el mecanismo de exclusión fácil Opt Out es deseable, incluso, para explorar más allá de lo legal. Recordemos principios en donde la mediación se enfoca en lo justo junto con lo legal; que la mediación se enfoca en el futuro o, simplemente, esa dimensión humana y psicológica de la mediación a través, por ejemplo, de una disculpa –relación restauradora-.

En este sentido descrito, es fundamental traer a colación las teorías sobre toma de decisiones, es decir, el método predeterminado y la opción alternativa que obliga a decidir. Los seres humanos estamos “programados” para tomar decisiones inferiores cuando hay un conflicto, recordemos a Thaler y Sunstein en donde el sesgo irracional y error cognitivo llevan a decisiones sub-óptimas²³.

De nuevo, con Giuseppe De Palo, en esta línea de pensamientos tenemos entonces que (a) la mediación voluntaria representa un modelo *Opt In* en donde las partes deben tomar medidas para poner en marcha el proceso mediador -si no lo hacen lo que prosigue es el litigio- y (b) el modelo *Opt Out* en donde las partes son libres de no participar en mediación pero la inercia los inclina hacia ella²⁴. ¿Cuál es la opción para hacer consciente a nuestras sociedades de que lo deseable es no delegar, asumir responsabilidades desde el manejo de nuestros propios conflictos?

Por lo que se refiere al contexto español, el arbitraje y la mediación son los medios de solución de controversias más conocidos²⁵; no obstante, en general, los

²³ *Ibidem*, p. 32.

²⁴ *Idem*.

²⁵ La Ley de arbitraje de 23 de noviembre de 2003 modificada por la Ley 11/2011 y la Ley de Mediación civil y mercantil de 6 de julio de 2012. Además, La ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria introduce la conciliación como medio de solución de controversias jurídicas encomendándosela a tres funcionarios públicos que no están investidos de potestad jurisdiccional pero sí de fe pública, los Letrados de la Administración de Justicia, los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles.

MASC siguen siendo infrautilizados y a veces manipulados. El gobierno español, a través de su Ministerio de Justicia, ante la necesidad de impulsar los MASC, ha elaborado dos anteproyectos de ley, aprobados ambos ante el Consejo de Ministros. El primero de ellos, Ley de Impulso de la Mediación, no llegó a convertirse en Ley y el segundo de ellos, el actual Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia²⁶, entendemos que implementado a raíz del cambio reciente del titular del Ministerio de Justicia, en donde su Preámbulo plantea ser "un nuevo instrumento para avanzar en el Sistema Público de Justicia, pensando en el ciudadano y poniendo al ciudadano en el centro de toda la gestión. Es un Anteproyecto que quiere dar respuesta a los desafíos tradicionales, pero también a desafíos nuevos, fruto de la pandemia que nos asola".

A partir de ahora se abre el tradicional proceso de consultas, aportaciones y posibles mejoras²⁷. El debate está abierto ante el temor de que bajo una buena intención, se den pasos de retroceso.

¿Será éste un nuevo paradigma, a semejanza del paradigma de la adecuación del profesor Sandberg en donde se pone en plano de igualdad todos los métodos de solución, y desde el gobierno central de Madrid, se va hacia la búsqueda de medios adecuados o apropiados de conflictos, y en donde un cambio complejo deriva, precisamente, en el requisito previo de procedibilidad?. Lo que si es claro es que el nuevo gobierno hace una apuesta diferente, y en lugar de potenciar la mediación, se plantea mejorar el sistema de justicia.

Son tres los ejes en los que se basa el Anteproyecto: 1. "Antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia", anuncia la Exposición de Motivos²⁸; el segundo es el relativo a la reforma de leyes procesales, que afecta a todos los órdenes jurisdiccionales y en donde, a la letra expresa: "se garantizan los altos estándares de calidad, se optimizan los recursos existentes, se

²⁶ El gobierno español, a través de su Consejo de Ministros, aprobó el pasado 15 de diciembre, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-contingut-generic/APL-eficiencia-procesal-Consejo-Ministros-15-12-2020.pdf> última consulta 1 febrero 2021.

²⁷ <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/la-mediacion-obligatoria-antes-de-acudir-a-la-via-judicial-en-8-notas/> última consulta 1 febrero 2021.

²⁸ https://www.economistjurist.es/export.php?post_id=87831&force última consulta 1 febrero 2021.

agilizan los procesos de forma eficiente y eficaz, y se refuerza la seguridad jurídica...”; el último eje es el referido a la transformación digital, en donde se “evitará desplazamientos a las sedes judiciales, reduciendo los costes económicos, ambientales y territoriales. Y permitirá que toda la tramitación sea mucho más ágil...”²⁹.

Para poder acercarse al mencionado Anteproyecto, primero veamos los argumentos de quienes fueron artífices o son promotores del mismo y así se ha expresado que se parte del presupuesto fáctico del “abuso” de un sistema eminentemente procedimental, formal, en el que se le ha quitado poder al ciudadano de a pie, a las partes del conflicto; en lo que la Magistrada Ana Carrascosa expresa como una especie de expropiación del Estado a las partes en el manejo de su conflicto; en una especie de expropiación de las partes de su conflicto³⁰. Ciudadanos que manifiestan, desde las estadísticas, que les gustaría ser escuchados y atendidos y de ahí la búsqueda de la capacidad negociadora de las partes. A estas dos “reclamaciones” le podemos agregar una tercera que se podría dar si la mediación, por ejemplo, estuviera más desarrollada –y publicitada- y así las partes puedan acceder a medios alternos como la mediación y poner de relieve su decisión de resolver.

Si bien es cierto que hay conflictos que van encaminados a su resolución a través de la vía jurisdiccional, tradicional y, por tanto, con esa carga procedimental, nos referimos a los conflictos legales, también hay conflictos que llevan implícito más cuestiones personales y, por tanto, derivan a su resolución a través de métodos como la mediación. Los conflictos son todos diferentes. Si no hacemos una buena división, adecuada, derivamos en una serie de efectos que redundan en una sobre carga o saturación de los tribunales, en un descrédito de la justicia tradicional, en

²⁹ <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/151220-justicia.aspx> última consulta 4 febrero 2021.

³⁰ Carrascosa, Ana María, “Mediación: imaginemos que somos, por alguna razón, razonables”. Discurso de Clausura virtual del V Congreso internacional para el estudio de la mediación y el conflicto, CUEMYC, 19 de noviembre de 2020. www.cueymyc.org consultado el 19 de noviembre 2020.

un alejamiento de la ciudadanía y, por acotar, una ralentización de la pretensión de justicia con el consiguiente menoscabo.

El objetivo u objetivos de aquellos países que buscan el balance entre los órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales y, en definitiva, el acceso a la justicia se basan en: 1. La búsqueda de métodos con las mismas garantías; 2. Con una regulación flexible; 3. Con un Estado que garantice a los ciudadanos el estar bien asesorados y 4. la garantía de que pueden abandonar el proceso elegido si no les funcionan.

De nuevo, la Magistrada Carrascosa expresa que no se trata tanto de promover la mediación como obligatoria sino de promover responsabilidades y así que los ciudadanos no releguen la resolución de sus conflictos, bajo la madurez de que pueden tomar sus propias decisiones y con ello establecer lo que se denomina una “solución consensuada de los conflictos”. La práctica ha demostrado que aquello que nos obliga, como una decisión judicial, con cierta facilidad se incumple pero aquello que acordamos, sin un tercero que decide, son acuerdos más factibles de cumplimiento y duraderos en el tiempo. Todos podemos estar de acuerdo con este punto de partida pero no se puede lograr o buscar sin cuidar cada uno de los detalles que lleva implícito un buen manejo de los medios de solución de conflictos.

La utilización de estos métodos consensuados, llegar a una solución consensuada, no está indicada para aquellos que afectan a derechos fundamentales, o son urgentes. De esta manera, el proyecto español estipula que para poder acudir a los órganos jurisdiccionales: 1. Hay una obligación de realizar una previa negociación consensuada; es decir, si no se ha realizado esta negociación previa no se podrá acudir a tribunales³¹; 2. Además, hay que acreditar que se realizó la negociación consensuada y adjuntar o anexar dicho documento a

³¹ Para poder llevar a cabo dicha instrumentalización, hay que crear instituciones, oficinas de medios adecuados de conflictos, donde las partes puedan informarse, acudir e intentar sus acuerdos y, de ahí, la acreditación solicitada en el procedimiento jurisdiccional. Subrayamos el concepto de justicia gratuita con el consecuente triaje beneficio tanto de mediadores, abogados como ciudadanos.

la demanda; expresando lo acordado o los motivos por el que no hubo éxito en dicha previa negociación consensuada; todo ello bajo el principio de confidencialidad³².

Estamos ante el requisito de procedibilidad pero no a cualquier precio, por la lectura del anteproyecto se le da poder a los jueces para valorar si las partes han tenido la actitud o no de consensuar; si cubrieron o no aspectos administrativos; se rompe el principio de vencimiento objetivo y así si pagan o no costas. Si se abusa del servicio público de justicia, considerando los recursos limitados, se puede imponer sanciones a quienes hagan un mal uso. No olvidemos que, al final del día, en la práctica, podría darse una simulación de tentativa de negociación y así dar cumplimiento al requisito de procedibilidad.

Lamentablemente, la mediación sigue sin estar dentro del ADN de la estructura de vías de solución de conflictos, queda “diluida”, por decirlo de manera amable, de nuevo, incluso metiendo en el mismo “saco” a todos los MASC. De hecho, bajo la denominación de medios adecuados de solución de controversias homologa, y, por tanto les atribuye efectos³³, a: a) la mediación; b) la conciliación privada³⁴; c) la conciliación ante notario; d) la conciliación ante registrador; e) la oferta vinculante confidencial; f) la opinión neutral de un experto independiente y g) Cualquier actividad negocial no tipificada de la que pueda dejarse constancia. Bien directa o por medio de abogados.

³² Un análisis global del anteproyecto más reciente, véase en <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/la-mediacion-obligatoria-antes-de-acudir-a-la-via-judicial-en-8-notas/> Así como, <https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-eficiencia-procesal/> ambos consultados 1 4 febrero 2021.

³³ Del Rio, Almudena, “Nueva apuesta por los medios adecuados de solución de controversias: el silogismo imperfecto” en <https://confilegal.com/20210130-opinion-nueva-apuesta-por-los-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-el-silogismo-imperfecto/> última consulta 1 febrero 2021.

“Este debate se ha producido en el seno de las instituciones internacionales responsables de su regulación, que utilizaban ambos términos, mediación y conciliación por considerarlos intercambiables.

La Ley modelo de Conciliación Internacional de 2002 cambio su título en la reforma de 2018 para pasar a denominarse Ley Modelo de Mediación Internacional pero en palabras de la Comisión, ‘... en el entendimiento de que los términos “conciliación” y “mediación” eran intercambiables. (...) Se decidió utilizar el término ‘mediación’, procurando adaptarse al uso que se hace de él en la práctica, y en la expectativa de que ese cambio facilitara la promoción de la Ley Modelo y aumentaría su relevancia. Este cambio en la terminología no tiene consecuencias de fondo ni conceptuales”.

³⁴ En donde, por ejemplo, se reconoce la conciliación privada como un procedimiento distinto de la mediación.

A la vista de lo que acontece en la actualidad, de manera general, la meta es analizar cuál es el medio adecuado, en donde la negociación está presente pero no es el centro directo a efectos de procedibilidad.

Si es cierto que hoy en día, la mediación tiende a ser una “extensión” de las negociaciones, más que una alternativa al litigio o al arbitraje, por ejemplo. Si las negociaciones previas no llegan a resolver el asunto, se considera éste un buen momento para la mediación –ahorro de tiempo y dinero, como mínimo-; es decir, entra en escena la mediación ante el “fracaso” de la negociación o ante el “miedo” de enfrentar la realidad del asunto desde el inicio. La negociación permite dar entrada a la mediación presentando ésta un escenario o punto óptimo³⁵, pero no olvidemos que negociar no es mediar aún la mencionada secuencia natural de primero negociar –práctica habitual del ejercicio de la abogacía- y en caso de no llegar a acuerdo negociado, acudir a la mediación.

No busquemos o redactemos leyes que respondan a los intereses políticos ni a los intereses particulares de colectivos que buscan nichos de oportunidad, centrémonos, como expresamos al inicio, en la persona y que ésta pueda ser asistida por profesionales formados, certificados y conducidos por códigos de ética.

La mediación tiene un valor propio que se ha ido desdibujando ante iniciativas que pierden de vista su protagonismo, esencial y eficiente. Se vislumbra, una devaluación de la mediación, ante un elenco de actuaciones imprecisas³⁶, incluso

³⁵ <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/28/changing-the-frame-some-challenging-issues-for-promoting-mediation/> última consulta 1 febrero 2021.

³⁶ Para quienes defienden e impulsan el anteproyecto in comento, es un panorama reflejado en 7 puntos: 1. El objetivo de los MASC es recuperar la capacidad negociadora de las partes con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales; 2. Se potencia la mediación en todas sus formas y se introduce un amplio catálogo de mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado, favoreciendo su libre elección; 3. Se regula la implantación de los MASC en los asuntos civiles y mercantiles, sin perjuicio de que en el futuro puedan extenderse a otros ámbitos; 4. Con carácter general, se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún MASC para que sea admisible la demanda; 5. La solicitud de inicio de un procedimiento de negociación a través de un MASC interrumpirá la prescripción y suspenderá la caducidad de acciones; 6. El proceso de negociación a través de un MASC es confidencial, salvo pacto expreso de las partes en contrario; y 7. El acuerdo alcanzado tendrá el valor de cosa juzgada para las partes y podrá tener valor de título ejecutivo. Véase <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/anteproyecto-ley-medidas-eficiencia-procesal-servicio-publico-justicia.html> última consulta 1 febrero 2021.

realizadas por actores a los que no se les exige preparación alguna para abordar estas situaciones, incluso sin titulación como mediador, es decir, no incentiva la formación pero tampoco da valor a la intervención mediadora ni los resultados diferentes que aporta, además de que carece de seguro de responsabilidad civil específico para esta materia y no es preciso que conste inscrito en registro alguno.

Todos aquellos pasos, ganados a pulso con la mediación, parecieran diluirse de nuevo. El corazón de una ley exitosa es el mecanismo que garantiza el uso, en este caso, de la mediación, todo lo demás es periférico. Una simple reunión de información obligatoria no es suficiente. Este planteamiento legislativo español encierra lo que plantea es crear gestores conjuntos del cambio en donde se visualiza una sociedad más pacífica bajo la promoción y consecución de una paz social, con ciudadanos más felices y satisfechos del sistema de justicia.

Este acercamiento que acabamos de proyectar a ambos sistemas, italiano y español, se realiza para poder ver, con un poco de más claridad, en dónde estamos en México y hacia donde derivamos en caso de pronunciarnos en uno u otro sentido. La mediación en México es un derecho humano, así lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y debe ser conocida y, por tanto, publicitada/promocionada.

Con respecto de la etapa en la cual han de aplicarse los MASC, con el llamado supuesto de procedencia o procebilidad (artículo 5) se plantea, en general, la fase obligatoria de la mediación o conciliación, una vez admitida la demanda y fijada la *litis*, la denominada mediación intrajudicial o intraprocesal. La explicación más pormenorizada, y que a través del Senado, en estos ejercicios mencionados de reuniones virtuales de octubre y noviembre, plantea que estos medios pueden efectuarse en cualquier etapa del proceso jurisdiccional, así como fuera de éste. La diferencia con respecto a lo establecido hasta el momento radica en la inclusión de una fase obligatoria de mediación o conciliación que no sean contrarios a disposiciones de orden público o al interés social, así como sobre bienes y derechos de los cuales las partes tengan libre disposición, como expresamos, una vez admitida la demanda y fijada la *litis*, misma que no podrá exceder de 30 días hábiles. La autoridad jurisdiccional que conozca del asunto deberá dar intervención al Centro de Justicia Alternativa, misma que dará inicio al procedimiento del mecanismo

alternativo correspondiente. Para el caso de que el mecanismo alternativo se celebre en una etapa procesal posterior a la etapa expositiva, las partes conjuntamente podrán solicitar la suspensión del proceso.

En el caso de que las partes deseen someterse a un mecanismo alternativo con posterioridad a la sentencia definitiva, aún cuando ésta haya causado ejecutoria y siempre que no haya cumplido en sus términos, se propone que éstos solo procedan para facilitar la ejecución, siempre que no se afecte el orden público o el interés social.

El planteamiento tiene la mejor buena voluntad pero podemos ir más allá, tal y como hemos venido sosteniendo en esta contribución, y que va en la tónica e inercia de la comunidad internacional, al hacer obligatoria la mediación extrajudicial³⁷. Es un Anteproyecto, el mexicano, que busca homologar los MASC pero debe hacerse a través de una revisión de una iniciativa, en donde un punto fundamental es su obligatoriedad³⁸, que pide tolerancia, empatía, cooperación y diálogo.

IV. Conclusiones

³⁷ Traemos aquí a colación el conversatorio protagonizado por el director del Centro de Justicia Alternativa del Estado de México, Magistrado Sergio Valls, en el Café temático del 12 de octubre de 2020, en donde expresó que en septiembre de 2020 “el Pleno del TSJ del Estado de México entregó a la Legislatura local una iniciativa de reformas en materia de mediación familiar, como resultado de un ejercicio de derecho comparado y atendiendo al contexto particular propusimos establecer la obligación de acudir a sesiones informativas en todo proceso familiar en forma previa a la audiencia principal, se decidió hacerlo intra-procesal considerando la frecuencia en el trámite de medidas cautelares. A efecto de evitar el colapso en los centros de mediación, la reforma entrará en vigor en forma escalonada en las distintas regiones del estado con la opción de hacer sesiones informativas en forma virtual (el subrayado es nuestro).

³⁸ Coincidimos con Víctor M. Navarrete, Parlamento Abierto, cuando expresa que se ha planteado la posible inconstitucionalidad de la mediación o conciliación preprocesal obligatoria. Podría ser un falso dilema.

En la tesis Aislada (constitucional) III. 2º. C.6 K de la Décima Época, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito se pronunció:

“...En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional del mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias ‘son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita...debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternativos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.’”

En el centro de los objetivos de la mediación está la persona y a partir de ahí la idea, inequívoca, de la búsqueda de la solución de sus diferencias a través de la comunicación, con acuerdos voluntarios y consensuados en favor de sus intereses y necesidades.

Para nosotros, la mediación significa satisfacción, bienestar y, por ende, felicidad y con ello la generación, incluso, del perdón.

Las diferencias entre las personas son inevitables y por ello, constituye un éxito social que exista reparación, que existan acuerdos en sus conflictos, a través del sometimiento voluntario a la mediación.

Hablamos de abandonar la cultura del enfrentamiento para aterrizar en la cultura de la negociación, del diálogo y del acuerdo. Como expresamos, la mediación, en estos tiempos actuales, proyecta un “desaprender lo aprendido”, un gran desafío incluso al reinventarnos, en el que todos aprendamos a vivir de otra manera y que resolvamos nuestras diferencias de una forma más dialogada, siendo parte cada uno de nosotros de la solución, para poder continuar con nuestras vidas sin esa carga tan pesada que llevamos no solo sobre nuestros hombros, sino sobre nuestras emociones que impactan en la salud.

Un planteamiento que es un gran reto, pero más que necesario además de urgente e inaplazable.

Por el tema que trajimos, es importante subrayar que al ser compasivo no se pierde la neutralidad o imparcialidad en el mediador, lo que buscas es que se dé la mediación en un ambiente de paz.

El mediador facilita la comunicación con el objetivo último de que las partes encuentren paz a través de un potencial acuerdo.

La compasión del mediador se manifiesta facilitando que se alivie el sufrimiento de las partes.

Si bien todo lo anterior es cierto, no queremos dejar de expresar que los cambios, los progresos son inevitables e imparables y de ahí que subrayemos que los cambios que quedan por venir son realmente sorprendentes. Antes de que nos podamos dar cuenta, un algoritmo resolverá acuerdos de diferentes índole pero dicho algoritmo será eficaz solo si el ser humano, que siempre habrá detrás, tiene

habilidades para no instruir y repetir patrones inadecuados; ese ser humano debe estar preparado en todos los terrenos desde los cognitivos hasta los emocionales. La inteligencia artificial acompañada del factor humano, la denominada inteligencia híbrida con una robotización inclusiva, tiene un porcentaje de error por debajo del 0.5%. Esta es una visión positiva de la inteligencia artificial y por ende de lo que en un futuro muy próximo ya tendremos.

Si este tema central de la contribución lo conectamos con la necesidad de atender asuntos de fondo reales, ante la pandemia por COVID-19, que demandan immediatez, voluntad, solidaridad y buen entendimiento para que, entre todos, podamos vencer una crisis de salud, laboral, social y económica global sin parangón, nos permite dar entrada a la oportunidad que se nos presenta en México ante la posibilidad de convenir en una Ley General, en una puesta en común, con trabajo en equipo y, con ello, la redacción de una ley que signifique un cambio favorable para todos, más allá de intereses particulares y sobre la base indubitada del consenso, de la suma de voluntades, esfuerzos inteligentes, impolutos y congruentes.