

LA MEDIACIÓN EN MÉXICO

Enrique González Calvillo¹

Introducción

La problemática que representa la impartición de justicia en México es un tema de la mayor relevancia. No es concebible que una sociedad progrese y que un país avance cuando uno de los fundamentos de su paz interna y progreso, la impartición de justicia, sea insatisfactoria y constituya una fuente de desconfianza e incertidumbre.

Sin embargo, aun cuando tengamos la certeza de que esta problemática será resuelta para beneficio de las nuevas generaciones, la sociedad tiene ahora mismo y para el futuro la oportunidad de concebir alternativas eficaces para resolver las controversias que se den en su seno. En un mundo moderno en donde se simplifican y eficientan todo tipo de procesos, tanto el individuo como la empresa ya no pueden distraerse resolviendo sus controversias en los tribunales; tienen que concebir y tener acceso a métodos eficaces y modernos que les permitan resolver sus controversias mas eficazmente.

Surge, entonces, en nuestro país como alternativa la mediación, entendida ésta como un método autocompositivo, sistemático y funcional para la resolución no jurisdiccional de todo tipo de controversias legales, que, a diferencia del arbitraje, el otro método alternativo para la resolución de controversias, no se da en un ámbito de confrontación y en donde, como también suele suceder en el arbitraje, forzosamente una de las partes tiene que perder.

CAPITULO I

En el centro de las preocupaciones del hombre siempre ha estado la justicia y su anhelo de vivir en ella. Sobre la justicia se han propuesto un sinnúmero de definiciones entre las que figura la de Ulpiano, gran jurista clásico muerto en 244 d.C. a manos de la guardia pretoriana; justicia es la virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece, la voluntad de darle a cada quien lo suyo. Sin embargo, como lo aprendimos desde que cursamos la carrera de derecho, la misma definición encierra una interrogante fundamental. ¿Qué es “lo suyo”? ¿Qué es lo que le pertenece a cada quien?

¹ Socio del Despacho González, Calvillo y Forastieri, S.C.

Para resolver la interrogante y de esa forma saber qué es lo justo, lo “suyo” de cada quien, el hombre ideó la institución de los tribunales y creó la figura del juez, a quienes dotó del poder de impartir justicia. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, el desarrollo de la sociedad y el progreso de la civilización occidental nos percatamos que la impartición de justicia no sólo era perfectible; vimos los inconvenientes del litigio como forma de convivencia y de resolver nuestras diferencias, los males que usualmente traen los monopolios como el que pasaron a ejercer los tribunales en nuestra sociedad y lo mucho que pierde el individuo y la empresa cuando se involucran en controversias infértiles.

En busca de alternativas es donde surge la idea de concebir otras formas para dirimir nuestros conflictos, que nos dejen saber, sin necesidad de acudir a los tribunales qué es lo que nos corresponde, qué es lo que podemos considerar como “lo nuestro”. El propósito de este artículo es, precisamente, el de analizar la mediación como método alternativo para la resolución de controversias.

Entendemos que este es el primer artículo escrito sobre el tema de la mediación en México. Desde luego, al referirnos a ésta no lo hacemos en el sentido tradicional del término; la mediación ha existido desde siempre y le ha permitido al hombre de todos los tiempos resolver algunos de sus conflictos más sentidos. En este artículo haremos un análisis de la mediación como un método sistemático y funcional para la resolución no jurisdiccional de controversias legales, tal y como se ha desarrollado en otros países del mundo y que ha revolucionado la forma de solventar con eficiencia las diferencias legales surgidas entre personas y empresas por igual.

Antes de entrar en materia hacemos una reflexión. Una opinión lúcida y que inspira nos hizo ver, comentando sobre este tema, que está en la naturaleza misma del abogado el ser mediador. Podríamos decir que esa aseveración no se limita a los abogados; el ser racional, sin importar su formación profesional, al resolver sus controversias, siempre ha preferido la negociación antes que el pleito. En el litigio y hasta en el arbitraje se dan procedimientos en donde las partes son adversas entre sí; jueces y árbitros por igual imponen sus decisiones en donde invariablemente por lo menos una de las partes pierde y en donde se quebranta, casi siempre en forma irreversible, la relación de negocios que pudo existir entre las partes involucradas antes de que surgieran sus diferencias. Pueden ser estos razonamientos el fundamento y la piedra de toque de la mediación.

Qué es y cómo Funciona la Mediación

Como punto de partida empezáramos por establecer que la mediación es un procedimiento autocompositivo que consiste fundamentalmente en que un tercero llamado mediador, quien debe contar con una experiencia debidamente acreditada en la negociación o conciliación de controversias, se encarga de establecer la comunicación y acercamiento necesarios a fin de que las partes lleguen a un arreglo que se ajuste a sus necesidades, mismo que comúnmente queda plasmado en un convenio de transacción.

Como premisa fundamental también tendría que establecerse que las condiciones actuales parecen presentarnos en México la oportunidad, si no es que la necesidad, de difundir el conocimiento y de adoptar definitivamente a la mediación como método alternativo para la resolución de controversias.² En el presente artículo haremos un análisis de la mediación, tomando entre otros aspectos como referencia la metodología con que ésta opera, su desarrollo en Estados Unidos, la relación que ésta tiene con la figura del arbitraje y, finalmente, aspectos relacionados con su viabilidad en México.

Primeramente, las razones de haber puesto especial interés en el modelo norteamericano para los efectos de este artículo, y que se comentan a detalle en el capítulo III, son diversas. Para citar solo dos de ellas, en primer lugar, es evidente que, por la creciente relación comercial que existe entre los dos países, será un reto y al mismo tiempo para beneficio tanto de Mexicanos y Estadounidenses generar un entendimiento claro y en la medida de lo posible armonizar y hacer homogéneas las formas en que se hacen negocios en ambos países. En segundo lugar por el hecho de que es precisamente en Estados Unidos en donde se ha desarrollado con mas importancia la mediación a nivel mundial; la experiencia generada en materia de mediación en dicho país sobrepasa a la de cualquier otro país, tanto en análisis cualitativo como cuantitativo.

De los métodos alternativos de controversia por excelencia; el arbitraje y la mediación, sólo el arbitraje ha sido introducido hasta ahora a México. A pesar de que ambos tienen como característica el que ofrecen una alternativa no jurisdiccional para la resolución de controversias, por sus características y naturaleza misma, el arbitraje comercial y la mediación son totalmente distintos. La diferencia fundamental estriba en que en el arbitraje la controversia se resuelve mediante una resolución, conocida como laudo, mientras que en la mediación, la controversia se resuelve mediante la celebración de un convenio.

Hay, por otro lado, una relación muy especial entre el arbitraje y la mediación. Las experiencias de la Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association), también generalmente como la "AAA", en el análisis de ambas formas de resolución alternativa de disputas, es interesante. En un trabajo presentado por Michael F. Hoellering, Director Jurídico de dicha asociación, ante el Consejo Internacional para el Arbitraje Internacional durante una conferencia que tuvo lugar en Seúl en el año de 1996,³ Hoellering hace comentarios sumamente reveladores acerca de los antecedentes de la mediación y la interacción que existe entre ésta y el arbitraje.

De acuerdo al autor, la mediación tuvo uno de sus impulsos más importantes a mediados de la década de los 70's cuando la industria de la construcción promovió su utilización en la resolución de controversias. Como es conocido, y esto no sólo es aplicable a los países industrializados, la industria de la construcción involucra relaciones legales que son complejas y

2 Alternative Dispute Resolution, o "ADR", como se les conoce en Estados Unidos.

3 Mediation & Arbitration: A Growing Interaction, Michael F. Hoellering, Dispute Resolution Journal, Spring 1997.

en donde hay factores de riesgo considerables en virtud de la naturaleza misma de la industria. La envergadura de los proyectos, las cambiantes condiciones de en la misma obra, y la complicada interrelación entre el dueño, el contratista y subcontratistas, los arquitectos y los proveedores contribuyen casi siempre a que se den las condiciones idóneas para que surjan disputas que suelen tener ramificaciones legales. Pues bien, ante la necesidad de resolver dichas controversias cuando éstas estaban apenas surgiendo y, más aún, de evitar que las partes se involucraran en procedimientos o contiendas en donde las partes se conducirían como adversarias, lo que en inglés se define como “adversary proceedings”, ya sean juicios o, inclusive, arbitraje, las partes adoptaron la mediación como una alternativa que hasta el día de hoy funciona en la industria. Desde entonces un alto porcentaje de los contratos de construcción en Estados Unidos incluyen cláusulas de mediación. Más adelante en este artículo se proponen distintas redacciones de este tipo de cláusulas.

Respecto de lo anterior, y a efecto de comentar sobre los orígenes de la mediación, hay otros antecedentes que, de acuerdo a otras fuentes sería interesante consignar también en este artículo.⁴ Comenta Spiegelman que antes de 1970, la mediación en Estados Unidos era ya mejor conocida por su uso en la resolución de administración de disputas laborales, particularmente como una ayuda en la negociación de arreglos colectivos de trabajo. Agrega el autor, citando nada menos que a Warren Burger, Presidente de la Suprema Corte de Justicia⁵ intentó hacer que se adoptaran en 1976 alternativas que resolvieran la “explosión de casos pendientes de resolverse” que ahogaban a los tribunales en Estados Unidos. A este respecto, es sabida la problemática que plantean los rezagos que registran los juzgados en la resolución de controversias en países como México.

Volviendo al comentario de Hoellering, con relación al desarrollo de la mediación en Estados Unidos, ha sido tan evidente la importancia que ha asumido la mediación, desde luego ya no sólo en el contexto de la industria de la construcción sino en el de los negocios en general, que se ha convertido en una política de la Asociación Americana de Arbitraje informar a las partes en disputa al momento mismo de iniciarse todos los procedimientos de arbitraje planteados ante la “AAA” de la disponibilidad de la mediación como método para la resolución de controversias e inclusive la de sugerir que las partes abran una “ventana” de mediación que las partes puedan utilizar en cualquier momento del proceso de arbitraje.

De lo anterior se desprende que, como se afirmó antes, el arbitraje y la mediación son dos cosas totalmente distintas. Aun cuando ya se hubiere iniciado un procedimiento de arbitraje en donde el arbitro funge las veces de un “juez privado”, es concebible que las partes de una controversia, en forma paralela, intenten resolver la controversia mediante la mediación. Bajo los auspicios de esta última —con la consiguiente asesoría y buenos oficios de un

4 Paul J. Spiegelman, *Certifying Mediators: Using Selection Criteria to Include Qualified-Lessons From the San Diego Experience*, University of San Francisco School of Law, Spring 1996, 30 U.S.F.L. Rev. 677. El autor fue maestro de la Universidad de Columbia (Thomas Jefferson School of Law) y mediador para el Centro de Mediación de San Diego y fundador del Foro de Resolución de Disputas de San Diego.

5 Warren E. Burger, *Agenda for 2000 A.D.-A Need for Systematic Anticipation*, 70 F.R.D. 83 (1976).

mediador, no es poco común que las partes consigan un arreglo antes de que el árbitro, en un proceso de arbitraje que no puede estar exento de complejidades, emita su laudo.

A este respecto sería también importante dejar claro un punto. Si bien un alto porcentaje de las controversias que se someten a arbitraje son resueltas directamente por las partes a través de transacciones, ello no es directamente atribuible a la labor del árbitro que, en ningún momento, bajo ninguna circunstancia, asume funciones que pueden parecerse a las del mediador. Entendemos y nos parece obvio que tal y como acontece en los litigios planteados ante nuestros jueces, especialmente tratándose de ciertos tipos de litigios, conforme se desahoga el procedimiento mismo, las partes reconocen cuales son sus posibilidades de lograr éxito o fracaso. No es necesario afirmar que, dado que el arbitraje ofrece una mayor certeza respecto del que puede ser el resultado que arroje algún procedimiento, las partes de un arbitraje puede tener una idea bastante precisa de las oportunidades que tienen de que el laudo les favorezca o desfavorezca. Ésta puede válidamente entenderse como una invitación a la transacción y a la que válidamente podemos atribuirle el hecho de que un número importante de arbitrajes no llegue a su fin.

En otra afirmación que resulta también reveladora, Hoellering cita en su multicitado artículo un hecho que es por demás interesante. La mediación de controversias internacionales en el ámbito comercial se dio antes de que pudiera siquiera preverse la existencia de un sistema internacional de arbitraje. En 1930, para tomar un ejemplo, controversias comerciales originadas por el comercio trans-hemisférico ya se resolvían a través de la mediación bajo los auspicios de Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Esta tendencia está también reflejada en las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje cuya mayoría de casos antes de la Segunda Guerra Mundial se refirieron a procedimientos que, si bien no fueron de mediación propiamente dichos, si tuvieron como objeto la conciliación. En todo caso, a pesar de que en las décadas posteriores el arbitraje cobró fuerza y fue reconocido a nivel internacional, siguió latente el interés que ya había despertado el arbitraje para constituirse en la actualidad en el otro método para la resolución alternativa de controversias que se ha desarrollado exitosamente en el mundo.

En primer lugar, que quede claro que en la mediación no hay un procedimiento formal. Al concebir a la Mediación como un método para la solución de controversias en nuestro país sería innecesario e inconveniente tratar de someterlo a un procedimiento específico. En todo caso, ateniéndonos a la experiencia norteamericana, se deben considerar como etapas de la mediación a las siguientes:

El procedimiento se inicia al contactar al mediador. Usualmente los mediadores están afiliados o registrados ante una o más instituciones o centros de mediación. En Estados Unidos hay docenas de éstos, algunos de los cuales están especializados en áreas específicas del comercio y en ramas de la industria. El mediador tiene la obligación de cerciorarse que no tiene impedimento alguno para participar en el procedimiento antes de que se inicie y en su caso excusarse. Más adelante, en el Capítulo II de este artículo, se analizan antecedentes le-

gislativos y criterios de ética profesional que tienen que ser vigilados y cumplidos por los mediadores en dicho país. Una vez que una de las partes interesadas ha contactado al mediador, y éste ha aceptado participar en el procedimiento, le corresponde a éste establecer contacto con la parte contraria, a la que le informa del interés de su contraparte en resolver la controversia a través de la mediación. Debe entenderse que hay casos en los que la mediación como método para la resolución de la controversia de las partes es obligatoria; ese sería el caso de controversias derivadas de la interpretación o el cumplimiento de un contrato en donde las partes hubiesen previsto, como ya es muy común en muchos países como Estados Unidos, que las partes se obligan a someterse a la mediación antes de acudir a los tribunales o al arbitraje.⁶ Es también interesante observar que, nuevamente en el caso de Estados Unidos, la mediación puede ser obligatoria para las partes cuando algún juez así lo manda o por simple mandato de ley (en algunos estados), en cuyo caso las partes tienen que acudir a un mediador en forma previa al inicio de un juicio.

Siguiendo con el procedimiento que se lleva a cabo usualmente en la mediación, una vez que ambas partes han aceptado someterse a éste, para lo cual se suscribe un convenio, Contrato de Mediación, el mediador explica el proceso a cada una de las partes involucradas en la controversia quienes también le proporcionan a éste su visión particular del conflicto, identificando los hechos, implicaciones legales y de otro tipo. Antes de apartarnos de esta etapa inicial, sería valioso compartir la experiencia que a éste respecto tenemos en el caso de México. En la negociación de transacciones, algunas de ellas en el ámbito de las controversias entre acreedores bancarios y deudores, ha sido por demás útil prever la obligación a cargo de las partes de no iniciar acciones legales durante el proceso de negociación. Ésta, que desafortunadamente se ha dado a conocer en nuestro medio con un anglicismo, “stand still”, reviste una importancia fundamental, ya que sin ésta difícilmente concebimos la posibilidad de llevar a cabo a buen término las negociaciones.

También con relación a este convenio cabe mencionar que es un instrumento útil para establecer cuestiones fundamentales del procedimiento de mediación y entre las que deben de figurar (i) el período de tiempo que se darán las partes para llegar a un acuerdo, (ii) los términos relativos a la confidencialidad de las partes y del mediador mismo en cuanto al caso específico y, nunca lo olvidemos, los honorarios del mediador.

- En una segunda etapa, el mediador auxilia a las partes en el reconocimiento de los intereses específicos de cada una, en identificar y establecer las opciones para llegar a un acuerdo y en los que pueden concebirse como los elementos fundamentales de

6 A continuación se transcribe el texto de las cláusulas propuestas por dos instituciones que administran la mediación que sirven como referencia del punto anterior:

“En caso de que surgiere una controversia relacionada con el presente contrato o con el cumplimiento de lo establecido en el mismo y si dicha controversia no puede solucionarse a través de negociaciones, las partes convienen en participar en primera instancia en un proceso de mediación conducido a través del Panel de Mediadores de la National Lawyers Association previo al arbitraje o al litigio.”

“Las partes se comprometen a intentar resolver cualesquier controversia derivada de o relacionada con el presente Contrato a través de un procedimiento de mediación siguiendo el Procedimiento Modelo de Mediación de Controversias Comerciales del Center for Public Resources.”

la solución de la controversia. Para ello es usual que el mediador convoque y lleve a cabo reuniones en donde intercambie ideas y escuche la postura de las partes, primero en forma separada, y luego con la participación de ambas. En términos generales, durante las sesiones conjuntas o individuales con cada una de las partes, el mediador trata de propiciar un diálogo franco y directo a fin de entender y analizar los temas que le preocupan y las prioridades de ambas partes.

En una etapa final, se intenta que las partes lleguen a un acuerdo que prevea los términos y condiciones del arreglo, respecto del cual el mediador colabora en poner por escrito. En el caso de México, dicho acuerdo toma la forma de un Convenio de Transacción. En caso de que no se llegue a un acuerdo, el mediador intenta asegurarse de que las partes den por finalizado el proceso de mediación en la forma más amigable posible.

Aunque es ideal que la mediación prevenga a las partes de verse involucradas en un litigio o, inclusive, en un procedimiento de arbitraje, no solamente es concebible sino común que un procedimiento de mediación se dé en forma paralela a éstos, en cuyo caso observamos que la mediación puede originarse:

- Cuando las partes hayan reconocido que están involucradas en una controversia y antes de que una demanda se haya sometido ante un tribunal o árbitro.
- Cuando ya se haya presentado la demanda (y, para el caso, ya haya acaecido la contestación y, por lo tanto, ya se haya fijado la *litis*), siempre y cuando no se haya dictado la sentencia o laudo correspondiente.
- Cuando ya se haya dictado una sentencia o laudo y las partes no se encuentren de acuerdo respecto de su ejecución o, en el caso de juicios, acerca de la conveniencia de apelarla. Las partes pueden buscar la asistencia de un mediador para que resuelva este tipo de problemas.

Durante el procedimiento deben reconocerse como esenciales y evidentes las cualidades del mediador, entre las que deben de figurar su integridad e imparcialidad, convicción en el proceso de negociación, fe firme en la autodeterminación (en contraste con la coerción), convicción en cuanto a los valores y potencialidad humanos, amplia habilidad para analizar la información disponible en contraste con lo que se desearía tener, capacidad de interacción y seguridad personal suficientes, todo esto aunado a la inquebrantable voluntad de no actuar con protagonismos.⁷

En el inicio de un proceso de mediación, los mediadores se esfuerzan en establecer su integridad y capacidad. Asimismo procuran demostrar preocupación por las partes y sensibili-

7 William E. Simkin & Nicholas A. Fidandis, *Mediation and The Dynamics of Collective Bargaining*.

dad por sus posturas. Posteriormente, al escuchar activamente y hacer preguntas amplias, los mediadores pueden adquirir la información necesaria para actuar como guía en las discusiones correspondientes. Durante el desarrollo del proceso, los mediadores comúnmente tienen reuniones con cada una de las partes por separado para obtener información adicional que alguna de las partes no desee compartir con su adversario. Durante estas sesiones privadas, el mediador podrá cuestionar la postura de la parte y tratar de persuadirla para escuchar y comprender el punto de vista de la otra parte. En sesiones posteriores por separado, el mediador podrá sugerir términos de acuerdo alternativos o probar la postura de las partes en propuestas discutidas anteriormente. Los mediadores esperan que las partes se expresen de forma franca en las sesiones y podrán hacerlo así ellos mismos de forma tal que podrían provocar una hostilidad de la otra parte si lo hicieran en reuniones conjuntas.

Con relación a la eficacia de la mediación existen diversas informaciones que ha continuación se citan. De acuerdo con la Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association) durante 1996 se administraron un total de 2,170 controversias a través de la mediación y esta cifra a continuado creciendo. Actualmente en más del 10% de los casos presentados ante el nuevo Centro Internacional de Resolución de Controversias de la AAA, las partes consideran seriamente involucrarse en un proceso de mediación antes de proceder con arbitraje. Gran parte de esta tendencia a aceptar la mediación como un método eficaz de resolución de controversias y una tasa de éxito en la obtención de acuerdos del 85% se pueden atribuir a la naturaleza voluntaria del proceso y a la lucha de las partes por terminar su participación en el proceso en cualquier momento sin temer repercusiones.

Otra institución que administra procedimientos de mediación en ese país, NASD Regulation, Inc., filial de la National Association of Securities Dealers, establece, en un valioso informe publicado en 1996 el hecho de que durante el primer año en el que otorgaron servicios de mediación en Washington, D.C., más del 85% de las controversias sometidas a este tipo de procedimiento fueron resueltas a satisfacción de las partes mediante la celebración de un acuerdo. Durante el segundo semestre de operación triplicaron el número de controversias atendidas durante el primer semestre. Los montos de las controversias resueltas durante el primer año se encontraron en el rango de US\$ 10,000 a US\$ 3.0 millones. Además, 211 asuntos han completado el proceso de mediación y las partes en más de 100 casos han acordado mediar. En promedio, de acuerdo con esta fuente, los casos concluyen en un período de dos meses a partir de que las partes otorgan su consentimiento para mediar.

Las estadísticas de 1995-1996 del Community Justice Centres, entidad que presta servicios de mediación de la provincia de South Wales en Australia, reflejan que de las 1,521 sesiones de mediación que se dirigieron, 1,277, es decir el 84% llegó a un arreglo, que el 88.1% de los casos finalizaron en un período menor a 10 días y que 44.8% de las sesiones de mediación fueron agendadas fuera de horarios de oficina.

De acuerdo con una investigación llevada a cabo recientemente por la Government Accounting Office de Estados Unidos (GAO), la mediación es el método alternativo de reso-

lución de controversias que prefieren las agencias federales y las empresas privadas que participaron en el estudio debido a la eficiencia del mismo. Las cinco agencias federales que participaron en el estudio fueron: el Departamento de Agricultura, la Fuerza Aérea, el Servicio Postal de Estados Unidos, el Departamento de Estado y el Centro Médico de la Armada Walter Reed. Las cinco entidades privadas que participaron fueron: Brown & Root, Hughes Electronics, Polaroid, Rockwell y TRW. La GAO seleccionó cinco métodos ampliamente accesibles a los empleados del sector privado y en menor extensión a los del sector público: ombudspersons, mediación, peer panels, management-review y dispute-resolution boards y arbitraje. El estudio reflejó que las entidades privadas utilizan una variedad más amplia de métodos alternativos de resolución de controversias que las agencias federales. Aproximadamente el 80% de las empresas participantes utilizan la mediación, mientras que el 39% utiliza review panels y el 19% utiliza el arbitraje. Las agencias federales reportaron que como método alternativo de resolución de controversias utilizan únicamente la mediación.

Dos ejemplos de entidades del Gobierno de Estados Unidos que se han beneficiado de la mediación son Servicio Postal y la Fuerza Aérea de ese país. El Southern California Processing Center reportó una tasa de efectividad de resolución del 94% de los casos en los que se administró la mediación, resolviendo 1,605 de 1,714 casos sometidos ante ésta por lo que corresponde al período comprendido entre 1988 y 1996. Por lo que respecta a la Fuerza Aérea, ésta ha enfatizado el uso de la mediación como método de resolución de controversias personales, en especial asuntos de igualdad de oportunidad de empleo de civiles. Esta entidad ha reportado una tasa de éxito en la resolución de controversias del 74%, o 1,339 de cada 1,807 casos. Datos preliminares del Centro de Mediación de la Kirkland Airforce Base indican la resolución de 71% (51 de cada 72) casos mediados entre diciembre de 1993 y octubre de 1996.

CAPITULO II

La Mediación y la Ética; hasta dónde puede Llegar la Mediación

¿Puede la mediación ser útil para resolver todo tipo de controversias? ¿Tienen los mediadores que ser abogados o, en su caso, debe existir una acreditación o entrenamiento específico a fin de que una persona pueda fungir como mediadora? ¿Cuál es el papel que juega el derecho en la mediación? ¿En qué medida sería adecuado que el mediador pueda introducir en un procedimiento de mediación temas legales o simplemente proveer información de índole legal a las partes? ¿Cuáles deben ser los criterios para establecer la neutralidad de un mediador? Estas son algunas de las preguntas que surgen al momento de analizar la mediación y sus méritos para ser viable en México.

Al emprender el estudio y análisis de estas interrogantes, y ante la posibilidad de sentar las bases para el desarrollo de la mediación en un país como el nuestro, surgen preguntas acerca de las reglas que le serían aplicables a esta nueva forma de resolver disputas y sobre su

apego a los principios de ética que deben gobernarla. En este capítulo haremos referencia precisamente a estos puntos y a otros que están íntimamente relacionados con ellos.

Nuevamente, con la metodología propuesta en el capítulo anterior, en el interés de buscar los antecedentes y las experiencias que más convengan para estudiar el tema de la mediación con relación a México, se analizarán las reglas y los estándares modelo que han sido adoptados en Estados Unidos, los cuales han servido para normar la conducta de los mediadores en ese país.

Primeramente, entre otras fuentes útiles para analizar estos temas y tratar de darle respuesta a las preguntas anteriores, habremos de citar un artículo publicado recientemente por la Universidad de Harvard,⁸ en donde Henikoff y Moffitt, quienes participaron activamente en el programa de mediación de esa Universidad, hacen una interesante referencia de los asuntos más relevantes en torno de las reglas y los estándares de conducta que norman la actividad del mediador. Se hará también alusión a otras fuentes importantes tales como las legislaciones estatales de ese país como la de Texas y, finalmente, temáticas también de relevancia, como la del tratamiento de la confidencialidad, así como algunas referencias de nuestra legislación que son interesantes para el análisis.

¿Puede la mediación ser útil para resolver todo tipo de controversias? Por lo que respecta a las materias que son objeto de las controversias que suelen resolverse a través de la mediación, llama la atención que estamos ante una variedad impresionante. Para efectos prácticos, si tomamos solamente como ejemplo las áreas a las que se ha especializado el Center for Public Resources,⁹ una de las instituciones de mediación más influyentes de Estados Unidos podemos apreciar la amplia variedad de materias que son susceptibles de ser consideradas para efectos de la mediación.¹⁰

Mas allá de las materias involucradas en las controversias que han sido susceptibles de resolverse a través de la mediación, la pregunta sería si existen otros criterios que deben considerarse para efecto de establecer cuales son las limitaciones de la mediación. De los textos publicados sobre la materia en Estados Unidos hemos podido observar que la pregunta no ha sido resuelta con exactitud. Hay varias reflexiones en torno a este tema que es importante de considerar. De acuerdo a Henikoff y Moffitt, los críticos en Estados Unidos argumentan que la mediación puede ser inapropiada como un método para la resolución de controversias cuando hay “desbalances de poder” entre las partes. Los mediadores pueden sostener que tienen la habilidad y las herramientas para equilibrar desbalances de poder que ocurren du-

8 Jamie Henikoff y Michael Moffitt, *Harvard Negotiation Law Review*, Spring 1997.

9 CPR Institute For Dispute Resolution, 366 Madison Avenue, New York, N.Y. 10017-3122, Tel. (212) 949-6490, Fax (212) 949-8859, E-mail: jhenry@cpradr.org, Internet: www.cpradr.org, Atención: James F. Henry, Presidente.

10 Competencia Económica, Contratos Comerciales, Empleo, Ambiental, Fair Housing, Usos Gubernamentales de ADR, Responsabilidad derivada de Defectos de Fabricación (Product Liability), Fiscal, Tecnología/Patentes/Secretos Comerciales, Responsabilidad por Daños Tóxicos (Toxic Torts), Marcas, Bancaria, Construcción, Arrendamiento de Equipo, Alimentos, Franquicias, Salud, Tecnología Informática, Seguros, Petroquímica, Instrumentos Financieros, Telecomunicaciones, Servicios Públicos.

rante una mediación. Hay, sin embargo, un consenso generalizado en el sentido de que hay casos que simplemente no pueden resolverse a través de la mediación, sin importar la experiencia y las habilidades del mediador, afirmación que nos debe de resultar lógica.

En todo caso, cabe hacer la aclaración de que por “desbalances de poder” no puede entenderse diferencias en el tamaño de los contendientes o de las partes involucradas en una controversia. A modo de ejemplo, es evidente que empresas como McDonalds, Holiday Inn y Coca-Cola Corporation son mayores en tamaño que sus franquiciatarios y, respecto de esta última, de sus embotelladores. Sin embargo, tanto estas tres empresas como sus franquiciatarios y embotelladores han adoptado la política de acudir a la mediación, bajo los auspicios del propio Center for Public Resources, uno de los más importantes de Estados Unidos, siempre que surge una controversia. Lo que resulta más interesante aún es el promedio de controversias que, a pesar de la diferencia abismal en el tamaño de las partes, logran resolverse en forma exitosa a través de la mediación. De acuerdo a la citada institución, la tasa de éxito de la mediación sobrepasa el 85% de las controversias planteadas.

Siguiendo con los cuestionamientos planteados al inicio del capítulo, ¿es necesario que los mediadores sean abogados? Una primer respuesta sería que no; la mediación es un método informal para la resolución de controversias que no está sujeto a una ley o a un proceso específico. Por tanto, desde el punto de vista estrictamente teórico, podría afirmarse que cualquier persona puede fungir como mediadora. Cabe solamente analizar en qué medida el abogado tiene una herramienta adicional, que el que no lo es carece, para tener la oportunidad de resolver una controversia a través de la mediación. En reunión celebrada el 23 de septiembre de 1998 en el Club de Industriales y en la que se analizó por vez primera la conveniencia de crear el Instituto Mexicano de la Mediación,¹¹ el Lic. Agustín Santamarina V., se pronunció al respecto de este tema comentando que, si bien el abogado no puede ser considerado como el único profesionista que tiene la habilidad de conducir eficazmente una mediación, en la medida de que las controversias se den en el contexto de la interpretación o el cumplimiento de convenios o contratos, es claro que el abogado estará siempre en ventaja para comprender la problemática de las partes y, consiguientemente, para sugerirles una solución mas eficazmente. Antes de hacer ese comentario, en la misma reunión, con el mejor interés de establecer un criterio a este respecto, el Lic. Paulino Olavarrieta U., otro destacado y apreciado colega, opinó sobre el asunto comentando sobre una experiencia reciente en donde una compleja controversia se pudo mediar gracias al auxilio de un amigable componedor, curiosamente no un abogado, sino un contador público. En todo caso, agrego a su comentario que el contador, al fungir como conciliador en dicha controversia, se hizo asesorar en todo momento por un abogado independiente.

En todo caso, haciendo un análisis de esta interrogante podemos aseverar que una ventaja innegable de la mediación es que no existen en ella formalidades o reglas preestablecidas

11 Cita a pie de página: Asistieron a la reunión los Sres. Lics. Carlos Bernal, Carlos Diez, Alejandro Duclaud, Manuel Galicia, Samuel García Cuéllar, Thomas Heather, Miguel Jáuregui, Juan Mijares O., Paulino Olavarrieta U., Jesús Sánchez Ugarte, Agustín Santamarina y Eduardo Siqueiros.

que le impongan a los involucrados que funjan como partes de la controversia o al mismo mediador un procedimiento específico al que deba de someterse en su gestión. Esto debe concebirse aunado al hecho de que la mediación, a diferencia de los juicios y aun del arbitraje, se conduce fuera de un plano de adversidad entre las partes en donde la piedra de toque es la buena fe y el interés de las partes en arreglar un conflicto fuera de los confines de un tribunal. Es por todo ello que sería perjudicial que personas articuladas e inteligentes que tengan la habilidad de fungir como mediadores sean privadas de ese privilegio por no contar con el título de abogado.

Ahora bien, a pesar de que consideramos sería por un lado injusto y por el otro perjudicial dejar fuera como mediadores a aquellos profesionistas que no sean abogados, en el entendido de que, en todo caso, sería indispensable que cuenten con una capacitación adecuada tal y como se comenta más adelante, tenemos que dejar claro que la mayoría de los mediadores en Estados Unidos son abogados y que, por la experiencia vivida en nuestra profesión, es innegable que los abogados, especialmente aquellos que no se dedican a la materia litigiosa, puedan fungir como mediadores.

Desde luego, es evidente que este análisis se refiere a mediaciones que no necesariamente impliquen un conocimiento técnico especializado en donde, desde luego, es importante contar con un mediador que conozca profundamente la temática planteada. Por ejemplo, tratándose de una controversia relacionada con cuestiones de propiedad industrial, específicamente referentes a patentes que puedan involucrar asuntos de ingeniería altamente técnicos, podría considerarse a un ingeniero en sistemas como un mediador más adecuado para coadyuvar en la resolución del caso. De cualquier forma, aun en esa situación, podría pensarse en la conveniencia de preferir como mediador a un abogado que, en caso de ser necesario, contara con la asesoría de un ingeniero para que así se facilite su labor y pueda proponerle a las partes una solución adecuada.

En el entendido, pues, que, al compartir habilidades y atributos que debe tener el mediador, los abogados figuran en la mayoría de los programas de resolución de controversias en Estados Unidos, que en todo momento motivan y requieren de su participación. Pero entonces surge esa dualidad, abogado-mediador o mediador-abogado la que ha representado un reto importante en este proceso. Más adelante en este capítulo nos referimos a los retos que trae implícita esa dualidad de funciones. En todo caso, ya sea que el mediador sea abogado o no, entre los retos más importantes que surgen en este campo es el de la confidencialidad, elemento por demás fundamental que debe ser plenamente garantizado si se desea desarrollar la mediación en el caso de México.

Las reglas aplicables a la mediación y a los mediadores contemplan, entre otras, la obligación del mediador de mantener en estricta confidencialidad la información que le proporcionen las partes involucradas en un conflicto. En Estados Unidos las reglas son analizadas y promulgadas a nivel estatal. Un ejemplo son las reglas recientemente promulgadas en el Estado de Texas cuyo texto a continuación se reproduce, como sigue:

“La mediación puede ser una herramienta útil en la administración y la resolución de conflictos. Mediante su incorporación a nuestro sistema de justicia civil, la mediación puede proporcionar una alternativa efectiva al litigio para las partes involucradas en la controversia. Al igual que con cualquier otro proceso de resolución de controversias, los participantes deberán acatar los más altos estándares de capacitación y conducta para asegurar la confianza en el proceso.

Estas reglas de ética se promulgan por la Suprema Corte de Texas para promover la confianza del público en el proceso de mediación; para proporcionar protección a las partes que participen en dicho proceso; para establecer los lineamientos de conducta de los mediadores en su interacción con las demás partes involucradas en el proceso; y para proporcionar una guía a la Barra de Abogados y al poder judicial de nuestro Estado en el uso apropiado del proceso de mediación. Se sugiere que los mediadores faciliten una copia de estas reglas de ética a cada una de las partes que se involucren en un proceso de mediación.

Alcance.- Estas Reglas de Ética son aplicables a todos los procesos de mediación regulados por el Capítulo 154 del Código Civil de Texas (Texas Civil Practice and Remedies Code).

Definiciones

- “*Confidencial*” Se refiere a cualesquier comunicación que sea exclusiva o confidencial de alguna de las partes bajo cualesquier norma jurídica.
- “*Asesor Legal*” Significa el abogado de alguna de las partes en el proceso de mediación.
- “*Mediación*” Significa el proceso en el cual una persona imparcial, el “mediador”, facilita la comunicación entre las partes para promover su reconciliación, acuerdo o entendimiento. En la mediación, el mediador auxilia a la comunicación entre las partes, les ayuda a identificar aspectos clave e intereses básicos, y los motiva a explorar y evaluar opciones de arreglo. Las partes mantienen la autoridad en la toma de decisiones y la responsabilidad de llegar a una resolución permanece en las partes y no en el mediador.
- “*Parte*” Significa el participante en el proceso de mediación distinto al mediador o al Asesor Legal.
- “*Caso Pendiente*” Significa una acción civil pendiente de resolución y dentro de la jurisdicción de una corte.

1. Protección de la Integridad del Proceso

a. El mediador deberá proteger la integridad y la confidencialidad del proceso de mediación a partir de la primer comunicación entre el mediador y alguna de las partes o asesores y las subsecuentes.

b. El mediador deberá promover el que se proporcione información precisa y no deberá con conocimiento de causa distorsionar hechos o declaraciones hechas durante el proceso de mediación.

c. El mediador deberá anteponer los intereses de las partes a sus intereses propios.

d. El mediador no deberá, con conocimiento de causa, actuar en forma alguna que cause daños a alguna de las partes o deteriorar su confianza en el proceso de mediación.

e. El mediador no deberá utilizar la información confidencial obtenida durante el proceso de mediación para obtener alguna ganancia o ventaja personal.

f. El mediador no deberá aceptar involucrarse en un proceso de mediación que no pueda completar de forma correcta y expedita o conforme lo dicte la corte.

g. El mediador no deberá actuar posteriormente como abogado, *ad litem*, árbitro, o juez, o actuar de cualesquier forma en la que tenga capacidad para la toma de decisiones en algún asunto del que el mediador hubiere recibido información confidencial de alguna de las partes fuera de las audiencias de la otra parte o partes, sin divulgarlo a todas las partes o sin su consentimiento.

h. El mediador deberá evitar la ocurrencia de conductas impropias.

i. Hasta el momento en que la mediación se haya dado finalmente por concluida, el mediador deberá motivar a las partes para que continúen con sus negociaciones. El mediador no deberá, sin embargo, actuar de forma tal que aparente un intento de obligar o ejercer coerción sobre las partes para continuar con el proceso de mediación, o a celebrar un convenio en contra de sus voluntades.

1. **Competencia.** - El mediador deberá ser competente para mediar el caso. En caso de que se le solicite, el mediador deberá divulgar sus antecedentes, experiencia y otras capacidades. El mediador deberá solicitar su remoción del proceso de mediación si la controversia rebasa la competencia del mediador o si alguna de las partes objeta la capacidad del mismo.

2. **Imparcialidad.** - El mediador deberá permanecer imparcial, neutral y no adoptar la actitud de juez; es decir, libre de favoritismos o prejuicios en sus palabras, actos o actitudes. Antes de aceptar participar en un proceso de mediación o en cuanto tenga conocimiento de su participación en el mismo, el mediador deberá divulgar por completo:

a) Cualquier interés económico del mediador en o relación con el asunto a mediar.

b) Cualesquier relación del mediador con las partes, asesores o las entidades que representen que afecte o pudiera crear la impresión de que se esté afectando la imparcialidad del mediador.

c) Cualquier prejuicio del mediador hacia el asunto motivo de la controversia, asuntos o participantes en el proceso de mediación que afecte o pudiera crear la impresión de que se afecte la imparcialidad del mediador.

Si el mediador o alguna de las partes determina que la imparcialidad del mediador ha sido comprometida, el mediador deberá solicitar su remoción.

3. Honorarios. - El honorario del mediador deberá ser acorde con la legislación, orden o regla aplicable. El mediador no deberá cobrar un honorario de contingencia o un honorario basado en el resultado de la mediación. El honorario del mediador por su participación en un proceso de mediación que se lleve a cabo a través del nombramiento de una corte no deberá exceder el honorario normal de dicho mediador en caso de que hubiese participado voluntariamente en el proceso de mediación. El monto y los términos de los honorarios y los gastos deberán ser divulgados a las partes en cuanto sea posible antes de iniciar la mediación.

4. Confidencialidad. - Antes, durante y después de la sesión de mediación, el mediador deberá conducirse de manera tal que se proteja la confidencialidad del proceso. De acuerdo con lo anterior, el mediador deberá:

a) Abstenerse de divulgar, sin el consentimiento previo de las partes, información confidencial confiada al mediador, a menos que lo requiera la ley aplicable.

b) En forma cuidadosa guardar o desechar cualesquier información confidencial divulgada al mediador o relacionada con la mediación.

c) Otorgar en forma anónima cualesquier información de identificación cuando los materiales de la mediación se utilicen para investigación, educación u otros propósitos adecuados.

d) Prohibir la grabación o transcripción de los procedimientos de mediación, a menos que las partes acuerden lo contrario.”

Será importante analizar los códigos de ética y las reglas que se han adoptado en Estados Unidos, como la de Texas cuyo texto acabamos de reproducir, con el fin de establecer en qué medida las mismas pueden servir como guía en la adopción de aquéllas que regularan a la mediación y a la conducta de los mediadores en México. A este respecto interesa analizar cómo se regula en México la confidencialidad y en términos generales el secreto. Reitera-

mos, sin el elemento de la confianza, que en gran medida depende de la confidencialidad, la mediación difícilmente podrá tener la aceptación y, por lo tanto, su éxito futuro.

En el derecho mexicano no hay aún, como es obvio, ninguna disposición que regule la actuación de los mediadores; en cuanto a la confidencialidad evidentemente no estaríamos ante una excepción. En todo caso, por lo que respecta a la revelación de secretos, el Código Penal para el Distrito Federal¹² en su artículo 211 impone penas a la revelación de secretos o comunicaciones que hagan prestadores de servicios profesionales. Nos debe de quedar claro que ello se aplicaría al abogado que actúe como tal y, por analogía, al que lo hiciera en calidad de mediador, aunque sabemos que la aplicación de las normas en materia penal no puede hacerse por analogía de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 constitucional,¹³ que dispone que, en los juicios del orden criminal, está prohibido imponer pena alguna por simple analogía. En ese sentido, para darle protección a las partes, se propondría modificar la disposición a efecto de incluir en forma específica la revelación de secretos por parte del mediador a fin de dar lugar a la plena confianza en la figura de la mediación por lo que respecta a este punto.

Otra de las preocupaciones que confrontan actualmente los mediadores en Estados Unidos es la de establecer la conveniencia y la posibilidad de introducir temas legales o simplemente de discutir cuestiones de índole legal durante la mediación. Se trata, tal y como lo relatan Henikoff y Moffitt en el artículo anteriormente citado, de uno de los temas más difíciles que confrontan los mediadores en la actualidad. Así como algunos mediadores y programas de mediación siguen una política estricta de excluir discusiones sobre cuestiones de orden legal en el procedimiento de mediación, otros consistentemente permiten y se abocan a informar a las partes con relación a sus derechos y obligaciones.

El tema adquiere importancia si tomamos en consideración que el permitir a las partes tomar decisiones acerca del posible arreglo de una controversia sin tener conocimiento de las repercusiones legales derivadas del mismo puede prevenir a las partes involucradas tomar la mejor decisión en un momento dado. Lo que, sin embargo, está de por medio es sacrificar el principio de neutralidad del mediador que fue previamente comentado en este capítulo; cualquier intento del mediador de proveer a las partes dicha información puede, en efecto, poner en entredicho su neutralidad.

El programa de mediación de la Universidad de Harvard (The Harvard Mediation Program), entre otros, mantiene la política estricta de no permitirle a sus mediadores que le pro-

12 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Reformado por últimas veces según decretos publicados el 13 de mayo, 7 y 22 de noviembre y 13 y 24 de diciembre de 1996; y 19 de mayo y 30 de diciembre de 1997.

13 "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Artículo 14, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 5 de febrero de 1917. Modificada por últimas veces según decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación los días 20 de agosto, 3 de septiembre y 25 de octubre de 1993, 19 de abril, primero de julio, 31 de diciembre de 1994 y 2 de marzo de 1995.

vean información legal a las partes involucradas en un proceso de mediación. A pesar de que los mediadores en este programa con frecuencia invitan a las partes a considerar sus alternativas en el caso de que no se dé un arreglo, los mediadores no introducen o comentan leyes específicas que pudieran ser aplicables y que pudieran ser directamente relevantes a la situación específica. No es ese el caso con otros programas de mediación como es el caso de un centro de mediación en el estado de California, Center for Mediation in Law, que capacita a sus mediadores para que le provean a las partes de la mediación información legal relevante a su disputa. A pesar de que se reconocen los riesgos potenciales de introducir información legal dentro del proceso de mediación, actúan con la creencia de que las técnicas que éstos usan y su método de introducción minimiza el potencial de riesgos.

De cualquier forma, lo que es definitivo y claro es que el mediador debe en todo momento de abstenerse de darle un consejo o asesoría legal a las partes involucradas en la controversia. La única instancia en donde concluimos que el mediador que es abogado puede y debe hacer uso de sus conocimientos en el área legal en beneficio de las partes es asesorándolas en cuanto a la redacción del Convenio de Transacción que han de suscribir en el caso de que la mediación sea exitosa y con lo que se cierra definitivamente el caso.

Un asunto con el que concluimos el capítulo y que resulta sumamente interesante es el de entender la dualidad de las obligaciones que adquiere y que debe de cumplir el mediador que, además de serlo, tiene un código de ética que cumplir como abogado. Tal y como se prevee que suceda en México, en la medida que la vasta mayoría de aquellos que actúen como mediadores son licenciados en derecho, es previsible que los abogados-mediadores confrontarán el conflicto de cumplir con las reglas que le son aplicables tanto por ser mediadores como abogados. Por ejemplo, y esto resultará lógico, en que medida el mediador que colabora con dos o más partes involucradas en una controversia, obviamente con el fin de asesorarlas para que lleguen a un acuerdo, no estaría representando simultáneamente a ambas; lo que en inglés se lee “multiple client representation” y que, desde luego, no está en ningún caso permitido.

A este respecto, es interesante anotar que la Barra Americana de Abogados (American Bar Association) emitió en 1992 reglas modelo de conducta (Model Rules of Professional Conduct) y que constituyen un estándar a cumplir en todo lo que respecta a la conducta de los abogados en Estados Unidos; al mes de mayo de 1993 treinta y nueve estados de ese país ya la habían adoptado. Una de estas reglas consigna, textualmente, que un abogado no podrá representar a un cliente si la representación de ese cliente es directamente adversa a otro cliente a menos que: (1) el abogado razonablemente considera que su representación no afectará adversamente la relación con el otro cliente; y (2) cada cliente da su consentimiento después de habérselo consultado. Así, en el caso de que fuera en algún momento considerado que el mediador, al “asesorar” a dos partes en conflicto, por lo que podría entenderse que tendría con ambas la relación cliente-abogado, podemos asumir que, de acuerdo a la regla, si el abogado, fungiendo como mediador, se cerciora de que el consejo que le dé a una de las partes es directamente adversa a la otra (lo cual es inconcebible en la labor del mediador) y en la medida en

que el mediador obtiene el consentimiento de ambas partes a fin de que actúe como mediador en la resolución de su controversia, no debería de entenderse que el abogado ha violado dicha regla.

Pero, ¿qué dicen nuestras leyes? ¿Qué ordenamientos podrían resultar aplicables a la actuación del abogado en el campo de la mediación? La Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal¹⁴ no parece prever ninguna restricción para que los abogados se desempeñen como mediadores. En todo caso, aunque sería deseable que en México el mediador tuviera la obligación de capacitarse para poder desempeñarse como tal, es interesante dejar constancia de que, de acuerdo a la misma ley, difícilmente podría inducirse el uso del término “mediador profesional” en nuestro país.

En lo concerniente a la representación simultánea de dos o más partes interesadas involucradas en la misma controversia, y que antes llamamos por su nombre en inglés “multiple client representation”, existe en nuestro Código Penal para el Distrito Federal una disposición que claramente prohíbe “...patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio, o en negocios conexos, o cuando se acepta el patrocinio de alguno y se admite después el de la parte contraria”.¹⁵ Si bien la definición podría caer en el centro de la actividad del mediador, no preocupa el supuesto en la medida en que, al existir el consentimiento de las partes para que el mediador preste sus servicios a cabalidad, estaríamos excluyendo la responsabilidad penal del mediador. Por lo que respecta al consentimiento de las partes, como ya se estableció antes en este artículo, se recomienda para los efectos de México que, al iniciarse un procedimiento de mediación, las partes celebren con el mediador un Convenio de Mediación que plasme, entre otros puntos, dicho consentimiento.

CAPITULO III

La Mediación y su Futuro en México

Al considerar los méritos de la mediación y su futuro potencial en México, en nuestro análisis es de la mayor importancia contar con la experiencia vivida en Estados Unidos en el desarrollo de esta forma alternativa para la resolución de controversias. Dicha experiencia es útil si tomamos en cuenta la innegable cercanía de ambos países, el hecho de que Estados Unidos es el principal socio comercial de México y, desde luego, la creciente relación de negocios e inversiones entre los gobernados de ambos países. Si además de lo anterior consideramos que Estados Unidos es el país que ha experimentado el más significativo desarrollo de

14 Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial el 26 de mayo de 1945.

15 Artículo 232, Fracción I. Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, ob. cit.

la mediación a nivel mundial, parecería obvio que éste podría servir como un modelo a seguir en el caso de México.

En todo caso, se trata de una interrogante que adquiere la mayor relevancia. ¿Puede la experiencia de la mediación, tal y como ha funcionado en países en donde se ha desarrollado con el mayor de los éxitos como Estados Unidos, ser viable en México?

Primero, vale la pena reiterar que la mediación, formalmente entendida y como funciona en Estados Unidos y otros países, no se conoce ni existe en México. El término “mediación” se ha utilizado en México más bien para equipararlo o para referirnos a la “conciliación”, a veces utilizados en forma indistinta, en donde los “mediadores” o “conciliadores” se han limitado tradicionalmente a fungir como evaluadores neutrales que expresan una opinión respecto de los méritos y consistencia de las quejas y argumentos de las partes en una controversia y a recomendar posibles soluciones para la misma. El maestro Humberto Briseño Sierra, describiendo el procedimiento de la conciliación, haciendo una semblanza con el procedimiento de conciliación descrito en las Reglas Modelo de Procedimientos para la Conciliación de la UNCITRAL (UNCITRAL Model Rules of Procedure for Conciliation Proceedings) en donde una comisión neutral de conciliación considera información proveída por las partes y posteriormente propone formas específicas para los términos de un arreglo. En todo caso, debe reconocerse el hecho de que la conciliación que se conoce en México es diferente a la mediación que se conoce en Estados Unidos.

Como preámbulo, en cuanto a la adopción de la mediación en México, tenemos un antecedente importante. El Tratado de Libre Comercio de Norteamérica en su Artículo 2022 establece que los países signatarios deberán facilitar, en la medida de lo posible, el uso de arbitraje “y de otros medios alternativos para la resolución de controversias”, léase la mediación, para el arreglo y solución de disputas comerciales entre partes del área. Nuevamente, de esta disposición se desprende que ya nuestro gobierno aceptó expresamente las alternativas no jurisdiccionales para la solución de controversias.

Ya que mencionamos al arbitraje hay que dejar claro que, a diferencia de éste, que es el otro método alternativo reconocido para la resolución de controversias, no existe un consenso a nivel internacional respecto del funcionamiento de la mediación. En Estados Unidos, cuando se usa el término “mediación” se piensa en un procedimiento informal en donde una parte neutral, el mediador, asiste a las partes en una controversia, reconociendo sus intereses, aclarando los problemas que cada una tiene y generando opciones para resolverla. En todo caso, a pesar de que no existe un modelo específico que haya sido adoptado en toda la unión americana, la mayoría, si no es que todos los modelos de mediación que funcionan en Estados Unidos, tienen las mismas características.

Ahora bien, con el fin de establecer la viabilidad de adoptar en México modelos de mediación como los que han probado su eficacia en Estados Unidos, tendríamos, como punto de

partida, que considerar las diferencias culturales que existen entre nuestros dos países. En el artículo "Mediation of Private United States-Mexico Commercial Disputes: Will it Work?", Walter Wright hace un interesante análisis de las raíces (premisas o supuestos) culturales de las sociedades de Estados Unidos y México, que son sumamente reveladoras no sólo para efectos de nuestro tema sino en general para comprender algunas de las diferencias fundamentales de nuestras culturas, para luego compararlas y, finalmente, establecer que no existe en éstas una razón de peso para suponer que la mediación como se conoce en Estados Unidos no pueda adoptarse en México.

Por premisas o supuestos culturales se entienden creencias tan reconocidas como válidas o aceptadas dentro de un grupo que "no necesitan ser establecidas, cuestionadas o defendidas". Cuando miembros de un grupo consideran ciertas creencias como fundamentales, pueden entonces asumir que dichas creencias son universalmente aceptadas.¹⁶ Asumamos, pues, que desde el punto de vista de sus raíces culturales, el estadounidense puede caracterizarse por ser "individualista" o de "bajo contexto". Como muchas otras sociedades individualistas, Estados Unidos es un país de economía capitalista en donde la movilidad social propicia el desarrollo de una clase media. Como la mayoría de las demás culturas de "bajo contexto", Estados Unidos es un país industrializado con una tradición de pensamiento y toma de decisiones individualistas.

Sigue el análisis del tema con el comentario de que los miembros de culturas de "bajo contexto" tienden a enfocarse en sus derechos y responsabilidades como individuos. Los conflictos o controversias legales son el resultado del esfuerzo de los individuos por hacerse o allegarse de un lugar en el contexto social; de ahí, como una primera conclusión, la naturaleza litigiosa de la sociedad norteamericana. En culturas percibidas como de "bajo contexto", las diferencias o conflictos son iniciadas por incumplimientos o por la violación de los derechos de una persona, lo cual les permite contemplar al conflicto mismo como un instrumento de cambio social, lo cual en algunas circunstancias puede ser visto inclusive como un desarrollo o evento positivo.

Al darse una disputa o controversia legal, los integrantes de culturas individualistas tienden a negociar directamente sus diferencias con sus adversarios. Las negociaciones inician con una discusión de los hechos, continúan con la identificación de los temas a discutir y proceden a resolverlos uno por uno. Por el simple hecho de que en estas culturas es preferido negociar las diferencias en forma directa, generalmente no se involucra a terceras partes al principio de una controversia. Solamente cuando negociaciones directas han probado ser infructuosas es cuando las partes consideran la ayuda de terceras partes, como es el caso de un mediador. Entonces se percibe que la negociación puede cambiar cuando un mediador se involucra en la discusión; tal y como sucede con una tendencia generalizada a la especializa-

16 Culture and Values: Some Givens, Mediation and Facilitation Training Manual: Foundations and Skills for Constructive Conflict Transformation (James Stutzman & Carolyn Schrock-Shenk, 3d de. 1995) The Community Board Program y Management in Two Cultures: Bridging the Gap between U.S. and Mexican Managers 3-20 (rev. de. 1995), Eva S. Kras.

ción, la mediación en sí es reconocida como una profesión en Estados Unidos, especialmente la mediación comercial.¹⁷

Otro de los puntos a considerar en el análisis de los principios de la mediación en Estados Unidos parte de la noción de la importancia fundamental de la neutralidad e imparcialidad en la vasta mayoría de los modelos de mediación que operan en ese país. Al momento de elegir a un mediador, las partes interesadas tienden a escoger a un sujeto que no tenga ningún conocimiento de la controversia así como tampoco ninguna relación de las partes en conflicto. El mediador potencial se entiende que deberá en todo momento darle a conocer a las partes cualquier circunstancia que pudiera desviarlo en su interés de actuar en forma absolutamente neutral. Mas aún, el mediador no puede en ningún momento tener un interés en el resultado de la mediación. A este respecto vale la pena tomar nota de la definición que aporta la legislación del Estado de Texas (Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. 154.023 (a)), como sigue:

“La mediación es un foro en el que una persona imparcial, el mediador, facilita la comunicación entre las partes para promover entre las partes de una controversia la reconciliación, el arreglo y el entendimiento entre éstas”.

Ahora bien, de acuerdo al mismo artículo, por lo que respecta a las premisas o supuestos culturales de México, nos encontramos que los valores culturales en México y el resto de América Latina pueden describirse de “alto contexto” o “colectivistas”. Para establecer con alguna precisión en qué medida debe considerarse a México como país que pueda ser considerado de “alto contexto” lo cual se desprende de una encuesta publicada por Geert Hofstede en su libro “Culture’s Consequences: International Differences in Work Related Values”, y la que se elaboró a fin de determinar tendencias individualistas y colectivistas de cuarenta distintos países y en donde se indica que México quedó ranqueado como número doce de los países evaluados, esto es, a “media tabla”.¹⁸

Estas culturas, las catalogadas como de “alto contexto”, se localizan usualmente en países con economías no capitalistas y con un menor desarrollo económico e industrial. Cuando éstas son comparadas con culturas sociedades individualistas, aquéllas son caracterizadas por un menor grado de movilidad social y un menor desarrollo de sus clases medias. Predominan en éstas grupos familiares y estructuras de grupo en forma dominante. Por tanto, los intereses de un individuo pueden y suelen estar subordinados e inclusive ser sacrificados en beneficio de intereses de un grupo. En este sentido, a diferencia de lo que ocurre en sociedades de “bajo contexto”, el conflicto o la controversia, inclusive la que se da en el campo legal, no se aprecia como positiva o constructiva toda vez que pone en peligro la armonía del “grupo”. Se menciona curiosamente también que, en estas culturas, es usual que los individuos

17 Representing Clients in Mediation, Eric Galton (1994); Steve Brutsche, Mediation Cross-Examined, Tex. B.J. (1990).

18 Cabe hacer notar que Brasil y Argentina, países que nos interesa usualmente comparar con México por razones históricas, tuvieron respectivamente una evaluación que conduce a suponer que ambos tienen una cultura más individualista, por lo tanto menos colectivista, que la de México, sin que la diferencia entre nuestro país y aquellos sea importante.

tiendan a ignorar un conflicto por algún tiempo con la expectativa de que pueda resolverse por sí mismo.

Así, en culturas colectivistas como sería el caso de la de México, un conflicto generalmente surge por una violación a las normas o intereses del “grupo”. Cuando un conflicto emerge, es usual que sea utilizado para expresar insatisfacción y para exigir el cumplimiento con dichas normas o intereses. Desde este punto de vista, un conflicto puede ser visto como el medio para preservar el estado que guardan las cosas (*status quo*) más que como un instrumento de cambio social. A este respecto surge nuevamente una diferencia interesante entre lo que sucede en Estados Unidos y lo que sucede en una cultura de alto contexto; a decir de Wright en su artículo, en las sociedades colectivistas es usual que, al surgir una controversia, las partes consideren emplear, inclusive antes de confrontar a sus adversarios directamente, a un “intermediario” o “conciliador” que le permita a las partes resolver el conflicto. También es interesante observar que, a diferencia del proceder típico de las partes involucradas en un conflicto en una cultura de bajo contexto como la norteamericana, en países como México no se percibe que sea nocivo que ese intermediario sea conocido por las partes de la controversia; de hecho es también común que éste sea una persona conocida, visible y que goce de una visibilidad dentro del grupo social al que pertenecen. De ahí que también se infiera una diferencia más contra lo que sucede en Estados Unidos en donde, como se mencionó anteriormente, el mediador no concibe en ningún momento gozar de beneficio alguno derivado del resultado de la mediación; en el caso de las culturas de alto contexto como la nuestra, ese personaje que suele fungir como intermediario logra presumiblemente el interés de restaurar la armonía del grupo y, agregaríamos en base a nuestra experiencia, el de reforzar el concepto de importancia y de influencia que usualmente acompañan a éstos.

Finalmente, en culturas de alto contexto, no existen intermediarios, conciliadores o, menos aún, mediadores que sean profesionales o se dediquen a la resolución de conflictos. Por lo tanto, intermediarios extra-legales actúan informalmente y sin recibir retribución alguna por sus gestiones que, agregaríamos, suelen ser esporádicas toda vez que, al no haberse instituido la figura de la mediación en países como el nuestro, es difícil si no es que imposible, identificar a algún intermediario o conciliador que se precie de serlo de tiempo completo.

En un intento por ofrecer una conclusión que, como se verá más adelante en este artículo, podría resultar que no es del todo completa, el artículo de Wright comenta que, si bien la sociedad mexicana conserva su característica de ser tradicional, es innegable que dista de ser una sociedad estática, comentario con el que no podemos discrepar. Reformas económicas radicales, algunas de las cuales, por cierto, se dieron lugar en esta misma década, han cambiado las relaciones que hemos tenido tradicionalmente los mexicanos con nosotros mismos, con nuestro gobierno, con nuestros competidores, con nuestros colaboradores, etc. Inmerso en un proceso de globalización que no acaba de conocerse en sus efectos, es evidentemente que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte ha dado y dará aún más cambios en nuestra forma de pensar y de actuar. De acuerdo al mismo y multicitado ar-

título, nuevamente con suficiente razón, debido a las presiones económicas y a las que consideramos innegables influencias culturales tanto de Estados Unidos y Canadá, es de esperarse que ese cambio en nuestra forma de ver las cosas y de actuar se manifieste en que cada vez nos transformemos en una sociedad más individualista. México está pasando a ser una sociedad más urbana y, aunada a la constante exposición y contacto que tenemos los mexicanos respecto de la cultura y valores de Estados Unidos, parece un hecho que nuestra actitud en torno a una forma de actuar individualista será una realidad si no en el corto en el mediano plazo.

Aunados a los planteamientos y conclusiones de Wright, que analizan rasgos indudablemente hondos de nuestra sociedad y que la comparan con la de un país como Estados Unidos, en donde la mediación ha florecido y se ha desarrollado para convertirse en uno de los métodos de resolución de controversias más aceptados en las últimas décadas, nos parece obvio que los razonamientos esgrimidos confirman, por sí mismos, la posibilidad de que la mediación pueda también ser exitosa en México. Y nos referimos, desde luego, a la mediación que se practica en Estados Unidos y que, como se ha afirmado, tiene antecedentes de eficacia y de éxito innegables.

Pero, como también se afirmó con anterioridad, nos parece que se omite en la conclusión un factor que solamente reafirma su validez y sus alcances. Si además de los argumentos y razonamientos hechos por Wright, consideramos que en el México de hoy existe una opinión más que generalizada en el sentido de que nuestros órganos de impartición de justicia no cumplen eficazmente con su labor. No existe confianza en la forma consistente y justa con la que deberían de decidir las controversias nuestros jueces. Por otro lado, existe también el hecho innegable de que los juicios usualmente no son más que inciertas aventuras procesales, en donde los interesados usualmente tienen que esperar varios años para ver resuelta una controversia. Aunado a ello vemos con frustración cómo nuestro poder judicial, a diferencia de lo que acontece con los otros dos poderes, el ejecutivo y el legislativo, parece sentirse abstraído de la realidad por la que vive nuestro país y a veces ignora la necesidad de reformarse a fin de responder con dinamismo a los retos formidables que se le presentan a un país que está ávido de justicia.

De lo anterior se desprende que, en forma adicional a los argumentos de Wright, el hecho de que en México no satisfaga ni con mucho la impartición de justicia que ofrecen nuestros tribunales, aunado quizá también al hecho de que el arbitraje, a pesar de los reconocidos esfuerzos que han hecho notables juristas para darlo a conocer, no se ha consolidado aun del todo en nuestro país, México tiene la necesidad y al mismo tiempo ofrece las oportunidades para diseñar y adoptar un método de mediación que esté acorde con nuestra idiosincrasia y que cumpla con las necesidades específicas de nuestra sociedad. En ese sentido, como se propone más adelante en este artículo, es propicio el momento para concebir y establecer un centro de mediación que funcione en forma semejante a los que se han establecido en Estados Unidos, cuya experiencia es invaluable en esos objetivos, con lo que habría una oportu-

nidad también invaluable para resolver las necesidades en materia de resolución de controversias que acusa el México actual.

CAPITULO IV

La Mediación en Controversias entre Acreedores y Deudores

Como ya se analizó anteriormente, el universo de las controversias que la mediación puede resolver es prácticamente ilimitado. Ya se ha comentado en capítulos previos la variedad de las materias y de los asuntos que han sido susceptibles de resolverse a través de la mediación en el mundo. Sin embargo, en vista de los acontecimientos que se dieron a mediados de 1998, época en la que fue concluido este artículo, y lo acontecido en los últimos años en nuestro país, consideramos que es oportuno analizar los alcances de la mediación como método alternativo para la resolución de controversias entre acreedores y deudores.

Las controversias legales pueden darse por una variedad de causas que son de naturaleza sumamente variada. Recordemos, simplemente como punto de partida, que existen en nuestro derecho varias clasificaciones en torno de las obligaciones. Un breve repaso de estas clasificaciones se ofrece a continuación:

Obligaciones Contractuales y Extra-contractuales

Conforme señala el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal las obligaciones tienen dos grandes fuentes, la contractual y la extra-contractual.

Dentro de la contractual, el artículo 1792 del mencionado Código ubicado dentro del Libro IV, Primera Parte “De las Obligaciones en General”, Título I “Fuentes de las Obligaciones”, menciona que: “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. En este tenor, el Convenio es la fuente primordial de la creación, transferencia, modificación y extinción de las obligaciones. No obstante, en el artículo 1793 se señala que los Convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, marcando con lo anterior las dos grandes divisiones que para los acuerdos de voluntades señala nuestro Código Civil.

Teniendo como base a los Convenios y Contratos, los primeros para modificar o extinguir derechos y obligaciones y los segundos para crear y transmitir derechos y obligaciones, la voluntad de las partes es capaz de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones conformando con lo anterior uno de los dos grandes grupos de las fuentes de las obligaciones.

Asimismo, es importante considerar que la fuente contractual de las obligaciones toma su característica más importante en razón del artículo 1859, el cual señala que las disposicio-

nes legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y otros actos jurídicos, en los que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos. Como es de observarse, de la fuente contractual de las obligaciones toman sus características las obligaciones que no tienen como su fuente principal a la contractual, haciendo con lo anterior a la materia contractual una de las más importantes y complejas.

Ahora bien, en materia extra-contractual nuestro Código Civil señala las siguientes fuentes de las obligaciones: a) la declaración unilateral de voluntad, b) el enriquecimiento ilegítimo, c) la gestión de negocios, d) los actos ilícitos, y e) el riesgo profesional.

Dentro de la declaración unilateral de voluntad, regulada en nuestro Código Civil en los artículos 1860 al 1881, podemos encontrar varias subclasificaciones como son: (i) la oferta pública, (ii) la oferta de recompensa, (iii) el Concurso con promesa de recompensa y (iv) la estipulación en favor de tercero. Dichas subclasificaciones de la declaración unilateral de voluntad son fuentes extra-contractuales de obligaciones.

Otra fuente extra-contractual de obligaciones la constituye el enriquecimiento ilegítimo, regulado en los artículos 1882 al 1895, el cual, a grandes rasgos, consiste en la obligación de indemnizar que tiene la persona que se enriquezca en detrimento de otro.

Dentro de esta fuente extra-contractual de obligaciones, se encuentra el denominado “pago de lo indebido” conforme al cual, el que recibe alguna cosa que no tenía derecho a recibir o exigir y que por error le ha sido indebidamente pagada tiene obligación de restituirla.

La gestión de negocios, consistente en el encargo que realiza una persona sin mandato y sin estar obligado a ello, es también una fuente de obligación extra-contractual no sólo para el gestor del negocio, sino para el dueño del mismo negocio.

Una de las fuentes extra-contractuales más importantes y discutidas de la doctrina mexicana la constituyen los actos ilícitos. Las obligaciones que nacen de los actos ilícitos tienen como principio fundamental la reparación del daño o el perjuicio causado por un acto ilícito. Así las cosas, quien cause un daño a otro está obligado a repararlo, entendiendo dicha reparación como el restablecimiento de la situación anterior o el pago de daños y perjuicios.

La última fuente de obligaciones extra-contractuales señalada por nuestro Código Civil la constituye el Riesgo Profesional, capítulo que quedó ampliamente superado por la Ley Federal del Trabajo.

Una vez analizadas las fuentes de las obligaciones, es importante señalar las modalidades de las mismas, dentro de las cuales se encuentran, conforme a la clasificación de nuestro Código Civil las siguientes: (i) las obligaciones condicionales (cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto); (ii) las obligaciones a plazo (cuyo cumplimiento se ha señalado día cierto); (iii) las obligaciones conjuntivas (cuando el

deudor se ha obligado a diversas cosas o hechos conjuntamente); (iv) las obligaciones alternativas (cuando el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas o aun hecho o a una cosa y cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas); (v) las obligaciones mancomunadas (cuando hay pluralidad de deudores y acreedores, tratándose de una misma obligación); (vi) las obligaciones de dar (consistentes en la translación de dominio de cosa cierta, la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta y en la restitución de cosa ajena o pago de cosa indebida); (vii) las obligaciones de hacer (las que consisten en prestar un hecho); y (viii) las obligaciones de no hacer (las que consisten en la obligación que tiene el deudor de no hacer alguna cosa).

Habiendo analizado y reconocido que existen tan variados tipos de obligaciones en nuestro derecho, podría afirmarse entonces que las obligaciones que se derivan de la relación acreedor-deudor son, tan sólo, unas de las muchas que se dan día a día en los negocios, en el comercio y en torno de la empresa. Ya se comentó anteriormente en este artículo acerca de la viabilidad de la mediación para resolver virtualmente todo tipo de controversias. En este artículo, sin embargo, queremos hacer especial énfasis a las posibilidades que ofrece la mediación en el campo de las controversias que surgen entre acreedores y deudores. Para ello analizaremos en qué contexto se dan dichas controversias, cuáles son las limitaciones que usualmente tienen las partes cuando éstas surgen y las experiencias y antecedentes que tenemos en otros países.

En lo concerniente al contexto de las controversias entre acreedores y deudores, desafortunadamente, por lo menos por lo que respecta a nuestra experiencia en México, hay materia abundante para el comentario. En gran medida decidimos dedicarle un capítulo al análisis y a los alcances de este tipo de controversias por lo apremiante de la problemática que se ha planteado en nuestro país en este campo. Basta revisar brevemente las causas que dieron origen a esa problemática para comprender las dimensiones de la misma.

Antes de los acontecimientos que tuvieron lugar a mediados de 1998 en México podíamos atribuirle la problemática actual de los bancos y los conflictos surgidos entre acreedores y deudores a la crisis económica de diciembre de 1994. El mes de diciembre de 1994 una súbita devaluación del peso, la consiguiente fuga de divisas y el alza en las tasas de interés deslocaron una economía que, como lo habían ya advertido algunos economistas y empresarios, estaba “sostenida por alfileres”. Los bancos, que de entrada poco tiempo tenían de haber pasado nuevamente a manos privadas, difícilmente contaban con el capital necesario y con la capacidad de afrontar la crisis que se avecinaba. Sobre esto último debe analizarse, y desde luego es objeto de este artículo, en qué medida fue la injustificada e irracional decisión de nacionalizar los bancos mexicanos en 1982, la que propició la crisis bancaria que aún en la actualidad pesa sobre el sistema financiero mexicano. En todo caso, haciendo a un lado cuestiones de índole estrictamente financiera, conocimos los alcances de un problema quizá aun más grave y que tiene que ver con la misma forma de pensar y actuar del mexicano: “la cultura del no pago”.

Ante la problemática planteada, que dio lugar a que un sinnúmero de deudores no tuvieran la capacidad de pagarle a sus acreedores —y en este caso nos referimos a los acreedores bancarios— surgió por parte del gobierno un plan de rescate¹⁹ que en su fundamento y operación plantea a la sociedad, aun años después, en 1998, todo tipo de interrogantes. Aunado a la fragilidad de los bancos, a la inexperiencia y en algunos casos negligencia de banqueros en el otorgamiento indiscriminado de créditos e inclusive a la mala fe de algunos de ellos que defraudaron a las mismas instituciones, acaeció, por un lado, la imposibilidad de los deudores de afrontar sus obligaciones y, por el otro, la mala fe de otros que, pudiendo pagar, prefirieron evadir su responsabilidad y recurrir a los tribunales, muchas veces abusando de instancias legales como el procedimiento de suspensión de pagos²⁰ para evitar el pago de sus créditos, mismos que en ocasiones fueron desde luego cuantiosos.

Todos estos factores dieron lugar a una situación crítica en donde tanto acreedores como deudores difícilmente han visto resueltas sus necesidades y en donde se hizo patente la falta de capacidad de nuestros tribunales para proponer soluciones a la problemática surgida entre acreedores y deudores. Por lo que respecta a los bancos, los números hablan por sí mismos...

Tal y como intentó explicarlo la Secretaría de Gobernación,²¹ a partir de 1989 se presentó una inusitada expansión del crédito que puso de manifiesto tanto la ausencia de un sistema de regulación y supervisión bancaria adecuado, como la falta de experiencia en el otorgamiento de préstamos por parte de los bancos, después de tantos años sujetos a fuertes controles. Una vez iniciada la crisis de 1994 uno de los factores que se conjugaron y que incidieron de forma grave en la economía nacional fue el que se contaba con un sistema financiero muy endeble pues los bancos tenían, de un lado, deudas muy grandes a pagar en el corto plazo y del otro, préstamos que no se cobraban (cartera vencida) o de dudosa recuperabilidad. Y todo esto, agravado por la elevación de las tasas de interés.

La misma fuente afirma que el costo fiscal de las medidas que se tomaron para aliviar la situación de la banca y de sus usuarios refleja una buena parte de los costos de la crisis económica que se vivió en 1993. Muchos de estos costos se concentraron en el sistema bancario. En la banca se reflejó la falta de pago de las deudas de empresas que estuvieron a punto de quebrar, de familias que vieron disminuido su ingreso y de personas que perdieron su empleo.

El costo total de los programas de alivio a deudores, saneamiento financiero y compra de cartera se estima para el gobierno en 542 mil millones de pesos, monto equivalente al 14.4 por ciento del PIB que se espera para 1998. De esa cantidad, en los últimos años ya se han cubierto más de 94 mil millones de pesos, lo que deja a la fecha un saldo por pagar de 448 mil millones de pesos que representa el 11.9% del PIB.

19 El Fondo Bancario para la Protección del Ahorro. Antecedentes de programas de rescate semejantes se han dado en otros países como Estados Unidos, el Resolution Trust Corporation.

20 Ver la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

21 www.gobernacion.gob.mx

A continuación se presenta un desglose de los conceptos que integran el costo mencionado:

| Programa | % del PIB (1) | Miles de Millones de Pesos |
|--------------------------------|----------------------|-----------------------------------|
| Apoyo a deudores | 3.0 | 112.8 |
| Intervención y Saneamiento (2) | 8.3 | 312.4 |
| Compras de Cartera (3) | 2.6 | 98.3 |
| Créditos Carreteros (4) | 0.5 | 18.8 |
| Total | 14.4 | 542.3 |
| (menos) Monto ya cubierto (5) | 2.5 | 94.1 |
| Total no cubierto | 11.9 | 448.2 |

(1) PIB estimado de 1998: 3,762.8 millones de pesos.

(2) y (3) Estas son las operaciones relacionadas con las acciones del FOBAPROA.

(4) Este monto se señala con fines informativos solamente. El llamado rescate de las carreteras concesionarias está separado de los temas que se analizan en este documento.

(5) Este monto incluye 80 mil millones de pesos del importe ya pagado de operaciones del FOBAPROA.

Del cálculo del costo fiscal resumido en el cuadro anterior, 410 mil millones de pesos corresponden a las operaciones del FOBAPROA (312 mil millones de pesos de operaciones de intervención y saneamiento y 98 mil millones de los programas de compra de cartera).

De acuerdo a la propia fuente, destacan las inadecuadas normas en materia de adjudicación de garantías por parte de los acreedores cuando los deudores no cumplen con las obligaciones contraídas, así como las relativas a los procesos de quiebra y suspensión de pagos. Estos problemas de la legislación vigente han permitido que algunos administradores de empresas con problemas financieros realicen maniobras para despojar a éstas de su valor, en perjuicio de los acreedores comerciales y bancarios.

Deben de considerarse otros factores que han incidido en la problemática planteada, tales como el advenimiento de diversos grupos que también han entorpecido un gran número de procesos judiciales propalando la comentada "cultura del no pago". Asimismo, está el he-

cho de que los delitos financieros no son considerados graves por las leyes vigentes, pese a lo cuantioso de su monto. Esa circunstancia no sólo afecta el aspecto económico, sino que genera en la sociedad un sentimiento unánime de indignación ante la impunidad de quienes llevan a cabo estas conductas, conocidas como “delitos de cuello blanco”.

El problema no está únicamente en la ineficiencia de nuestro aparato de impartición de justicia. También tendrían que considerarse reformas que le permitan a los proveedores del crédito contar con una mayor certidumbre de que, al incurrir en incumplimiento un deudor, podrá hacer efectivo el cobro o, por lo menos, contar con acciones legales y procedimientos que permitan eficazmente la ejecución de garantías. Bastaría revisar, nuevamente y para ser consistentes, la legislación de Estados Unidos para darnos cuenta que en ese país se han adoptado normas que claramente protegen a los acreedores como es el caso de las ejecuciones inmobiliarias o “foreclosures” como se les conoce en inglés y que le dan un remedio inmediato al acreedor ante el incumplimiento del deudor de liquidar un crédito.²² Ello dista con mucho de la protección y la eficacia que se deriva de los juicios hipotecarios que se hacen valer por los acreedores en países como el nuestro.

En todo caso, aun en un mundo perfecto, en el caso de que nuestra legislación y los tribunales civiles y concursales le den certeza jurídica y soluciones justas a acreedores y deudores, por todo lo comentado y expuesto en este artículo, es de suma importancia analizar en qué medida pueden los métodos de solución alternativa de controversias, específicamente la mediación, coadyuvar en la solución de las que se planteen entre acreedores y deudores.

A fin de dar con antecedentes y de evaluar las experiencias que se conocen en este campo, nuevamente acudimos a fuentes que relacionan lo acontecido en Estados Unidos y la forma en que la mediación ha sido considerada como una alternativa para solucionar las controversias entre acreedores y deudores. Entre otras fuentes consultamos un artículo de Edward A. Morse publicado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan.²³ Como lo mencionábamos al principio del capítulo, ya que buscamos respuestas a la problemática planteada por la crisis financiera de México, resulta afortunado que el artículo de referencia relate las experiencias de la mediación en un entorno de crisis, ésta, sin embargo, acontecida en Estados Unidos en la década pasada.

Diversos factores incidieron en que Estados Unidos viviera una de las más serias dificultades económicas que ha vivido en las últimas décadas. Junto con la de las asociaciones de ahorro (savings and loans), la crisis agrícola de 1986 dio lugar a la quiebra de un número importante de empresas agrícolas y, de acuerdo al Federal Deposit Insurance Corporation (“FDIC”), nunca se habían visto tantas quiebras bancarias en ese país desde la gran depre-

22 Uniform Commercial Code, U.C.C. Sección 9-503. De acuerdo a la disposición, siempre que no se haya acordado lo contrario, cuando a un acreedor se le haya otorgado un bien como “colateral” o en garantía de una cierta obligación y el deudor haya incurrido en incumplimiento, el acreedor podrá tomar la posesión del bien sin que para ello requiera de un proceso o resolución judicial.

23 Edward A. Morse, *Mediation in Debtor/Creditor Relationships*, The University of Michigan Law School, University of Michigan, Winter, 1987.

sión de 1929.²⁴ Estuvieron aparejadas a esta difícil situación, especialmente en los principales estados agrícolas de Estados Unidos, problemas sociales complejos y, en algunos casos, hasta violencia.²⁵ Esto se menciona con el obvio propósito de poner en contexto la gravedad de la situación y a fin de encontrar circunstancias parecidas a las que se han vivido en un entorno de crisis económica como el que se ha vivido en México.

Dos de los estados de la unión americana cuyas economías dependen en gran medida de la agricultura y que, a raíz de los sucesos comentados, han tenido un interés fundamental en cuidar la relación entre acreedor-deudor son Iowa y Minnesota. En ambos se reconoció que, al terminarse prematuramente la relación de negocios entre un acreedor y su deudor, se originan por consecuencia costos económicos y sociales que trascienden de la relación entre las partes. Cuando un deudor incumple y su acreedor decide iniciar acciones legales tendientes a cobrar el crédito es un hecho que, como consecuencia inmediata y directa, se dé el rompimiento definitivo de la relación del acreedor con su deudor. Pues bien, ante el rompimiento de la relación comercial de los acreedores con sus deudores y los efectos nocivos que ello traía aparejado, en ambos estados se promulgaron legislaciones que obligan al acreedor ofrecerle a su deudor agrícola someterse a la mediación como requisito previo al inicio de cualquier acción judicial.

En México, existe en nuestra legislación²⁶ la mención de que en los juicios civiles, una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición del juez señalara de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días. Si, de acuerdo al mismo artículo, una o ambas partes no concurre sin causa justificada, el juez les impondrá una multa intrascendente. Si asistieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. Si, agrega la disposición, los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada. Desafortunadamente, quizá por la forma en que está estructurado el mecanismo y a pesar de la buena voluntad del legislador, como nos lo hizo ver el maestro Miguel Angel Hernández Romo al opinar sobre este punto desde su óptica como litigante, la disposición dista mucho de ofrecer resultados en la práctica.

Volviendo, pues, a las medidas tomadas en Iowa y Minnesota, no es el caso de simplemente adoptarlas en México. No sería quizá concebible proponer que se considere, por lo menos en el corto plazo, que los acreedores en México tuvieran que agotar el recurso de la mediación para que pudieran iniciar acciones legales contra deudores incumplidos; la mediación tendría que haber tenido un proceso de madurez que así lo permita y justifique. Ese

24 Nash, A Line of Defense Under Streets, New York Times, Mar. 10, 1986.

25 Malcolm, Troubled Farmers: Debts and Guns, New York Times, Dec. 12, 1985.

26 Artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

no es el punto ni mucho menos nuestra propuesta. El punto de interés está en percatarnos del reconocimiento que en su momento se hizo, por un lado, del hecho innegable de que el rompimiento de la relación acreedor-deudor en el contexto de una crisis no sólo afecta a las partes interesadas sino a la colectividad y, por el otro, de que es conveniente que las partes, antes de involucrarse en un juicio que dé lugar a ese rompimiento, pueden y deben intentar resolver sus controversias a través de la mediación.

Haciendo todo esto a un lado, aun ignorando el hecho de que los conflictos entre acreedores y deudores trascienden de sus propias esferas y afectan a la economía en las que gravitan, y de que le interesa a los estados resolver esta problemática, especialmente cuando se está, como en el caso de nuestro país, ante una crisis, desde el punto estrictamente personal, no le puede convenir ni a acreedores como a sus deudores postergar o hacer imposible la solución de sus controversias. Es por ello que deben concebirse soluciones alternativas como la mediación. Veamos cómo operaría en las controversias acreedor-deudor.

En primer lugar, dadas las deficiencias y limitaciones de nuestra legislación y dada la ineficacia con que han respondido los tribunales ante las necesidades de los acreedores, es un hecho que la mediación como alternativa debe ser vista como viable en México. De hecho, como también lo hace ver Morse en su artículo, aunque suene demasiado elemental, si el acreedor siempre tuviera simplemente la seguridad de obtener el valor del “colateral” o de la garantía en el caso de que el deudor incumpla, no habría interés alguno en la mediación. Pero eso es difícil, por no decir que imposible que se dé en la realidad. Las acciones legales al alcance de los acreedores no se ajustan a sus necesidades además de que las garantías otorgadas por los deudores usualmente son insuficientes. Si adicionalmente consideramos los requisitos impuestos a las instituciones financieras respecto de los niveles de capitalización y de reservas que tienen que mantener, es ocioso tratar de entender el porqué de la crítica situación por la que atraviesan nuestras instituciones bancarias.

Ya en el terreno práctico, por lo que respecta al proceso que hemos observado que desemboca en acciones judiciales entre acreedores y deudores, entendamos cuales son las alternativas que tienen ante sí las partes. Todo parte de valores que muchas veces son entendidos y, desde luego, históricamente conocidos por acreedores y deudores. Si el acreedor tiene los medios para cobrar, ya sea por la forma en que se haya documentado el crédito o simplemente por lo adecuado de las garantías que haya obtenido del deudor, aunque le tome tiempo, difícilmente aceptará un arreglo, reestructuración o quita, y se negará a considerar una mediación. Aquí lo que es fundamental es precisamente lo que puede y debe concebirse como la materia de una mediación.

CONCLUSIONES

Ya sea que veamos o no resuelta la problemática planteada por la ineficacia de la impartición de justicia en México, aún cuando tuviéramos un impecable aparato judicial, es importante y por demás oportuno seguir promoviendo los métodos alternativos para la resolu-

ción de controversias, como el arbitraje, y adoptar la mediación como otra alternativa adecuada y eficiente para la solución de los conflictos que afectan y atañen tanto al individuo como a la empresa.

Es por ello inminente el estudio y análisis responsable de las reglas y criterios de ética que normarían la actividad del mediador, mismas que pueden o no tomar la forma de las que ya regulan dicha actividad en otros países.

Finalmente, para efectos prácticos, es concebible como también inminente crear las instituciones que difundan con la seriedad y profesionalismo del caso, los alcances y las limitaciones de la mediación y, desde luego, que pongan a las partes interesadas en contacto con aquellos que funjan como mediadores. A este respecto el autor celebra la creación del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C., cuyo objeto es precisamente el de promover e introducir la figura mediación en nuestro país, así como la capacitación y certificación de mediadores.

No debe existir duda alguna de que la mediación puede y debe instituirse en México. Los factores ponderados y que se han mencionado en este trabajo establecen con claridad que la mediación será viable y exitosa en países como México.