



Las Funciones del Mediador Como Unidades Estructurales Elementales del Procedimiento de Mediación

The Functions of The Mediator as Elementary Structural Units of the Mediation Procedure

* Mario Ayapal López Cruz |Universidad de Nuevo León | México - Nicaragua.

Recibido: 2023/10/13 | Aceptado: 2023/12/13 | Publicado: 2024/04/00

Resumen

En el procedimiento de mediación, el facilitador desempeña un papel fundamental, a tal grado que la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, aprobada en enero del año 2024 en México, establece las funciones del mediador como el epicentro del trámite. El presente trabajo hace un análisis de estas funciones y las sistematiza para estructurarlas como una serie secuenciada; se examinan los efectos jurídicos de la presencia del mediador, se determina como sus responsabilidades hacen que el trámite se considere un procedimiento más que en un proceso y se explora el grado de aplicación del principio de preclusión en cada una de sus actuaciones. El estudio concluye que las consabidas actuaciones del facilitador, en las etapas secuenciadas del procedimiento, van adquiriendo un efecto preclusivo con ciertas excepciones en función del avenimiento entre las partes, que es el fin perseguido por este método alterno de solución de disputas.

Palabras claves: Efectos jurídicos de la presencia del mediador, Funciones del facilitador de la mediación, Preclusión en la mediación, Procedimiento de mediación.

Abstract

In the mediation procedure, the facilitator plays a fundamental role, to such an extent that the General Law of Alternative Dispute Resolution Mechanisms, approved in January 2024 in Mexico, establishes the functions of the mediator as the epicenter of the procedure. This paper analyzes these functions and systematizes them in order to structure them as a sequential series; it examines the legal effects of the mediator's presence, determines how his responsibilities are considered a procedure rather than a process and explores the degree of application of the principle of preclusion in each of his actions. The study concludes that the well-known actions of the facilitator, in the sequential stages of the procedure, acquire a preclusive effect with certain exceptions depending on the settlement between the parties, which is the purpose of this alternative dispute resolution method.

Key Words: Functions of the mediation facilitator. Mediation procedure. Legal effects of the presence of the mediator. Estoppel in mediation.



Cómo citar este artículo:

López Cruz M. (2024). Las Funciones del Mediador Como Unidades Estructurales Elementales del Procedimiento de Mediación. *Revista de Criminología y Ciencias Forenses: Ciencia, Justicia y Sociedad.*, 3 (5), 58-78.

* Doctorando en Métodos Alternos de Solución de Conflictos en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Máster en Derecho de Familia por la Universidad de Managua (UdeM). Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA). Especialista en Ejecución Forzosa con Perspectiva de Género en el Proceso Civil Nicaragüense por parte del Instituto de Altos Estudios Judiciales (IAEJ) de Nicaragua. Correo electrónico: marioayapal@gmail.com. ORCID ID:orcid.org. 0009-0009-5334-9648.

1. Introducción

Cuando se habla del procedimiento de algo, es posible figurarse una serie continuada de pasos o solemnidades ordenadas de manera sucesiva. Si en el proceso jurisdiccional se habla de etapas procesales con carácter preclusivas, esto es, que el inicio de una etapa necesariamente causa el cierre de la etapa precedente, los pasos que conforman la estructura de la mediación deben también estar definidos en su ley procedimental como etapas procedimentales. Entonces ¿cuáles son esos pasos o ritualidades que efectuar en el procedimiento de mediación definidos en la ley de la materia?

En ese sentido, la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante LGMASC), aprobada en enero del año 2024 en México, determina cada ritualidad procedimental como una función que debe realizar el mediador, de dónde resulta que sus funciones se vuelven el epicentro del trámite de mediación. Sin embargo, las mismas se encuentran regularmente reglamentadas de una forma no secuencial, estructuradas en diversas enumeraciones taxativas o como atribuciones ordenadas más por materia que como formas sincronizadas y secuenciadas de actuaciones procedimentales que deben realizarse en el trámite de mediación.

Así, por ejemplo, el examen de que si el conflicto es mediable está regulado en el artículo 30 inciso I de la LGMASC, luego, el examen de las causales de impedimento o excusa que debe hacer el facilitador en el artículo 46 de la LGMASC y después, la función de enviar la carta invitación a la otra parte, se encuentra en el artículo 69 LGMASC. Así, el presente trabajo ha tenido por objetivo sistematizar todas esas funciones dispersas en la ley y secuenciarlas, conformando una serie ordenada y lógica de pasos procedimentales que no son otra cosa que cada una de las funciones que describe la ley como responsabilidades del facilitador de la mediación.

La singularidad realizada en este trabajo ha tenido presente que el derecho es una ciencia axiológica, una ciencia de los valores humanos convertidos en reglas de comportamiento o conducta, que rigen el proceder de las personas, siendo la sociología una ciencia fáctica de la cual el derecho suele auxiliarse, puesto que hay un consenso en la ciencia jurídica de que el derecho no se reduce a la ley, siendo la ley solo un fenómeno jurídico del derecho, que también es un fenómeno social.

De tal manera, se estudian las reglas de comportamiento o el proceder del facilitador que la LGMASC enuncia a lo largo de su cuerpo normativo. Se determina cómo estas reglas de comportamiento, descritas como funciones o responsabilidades de los mediadores, orientan la conceptualización de la mediación como un procedimiento más que como un proceso y como la ley considera esencial dichos proceder al punto de responsabilizarlos ante situaciones u omisiones que hagan anulable al convenio. Se sistematiza en un orden lógico a estas actuaciones, configurando en base a ellas las etapas del procedimiento de mediación divididas en cuatro: preliminares, iniciales con las partes, de conducción de la negociación y de responsabilidades finales. Finalmente, el trabajo propone que este orden lógico de actuaciones tiene efectos preclusivos, y describe lo que significa esta figura procesal para comprender cómo puede aplicarse al procedimiento de mediación.

2. Proceso o procedimiento de mediación

Hablar de los efectos jurídicos de la presencia del facilitador de la mediación, implica inclusive detenerse en lo que es el trámite de mediación, puesto que, a como se verá en las siguientes líneas, la función del mediador permite comprender, el por qué se denomina al trámite de mediación un procedimiento y no un proceso.

En Italia la teoría procesal (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2024) ha distinguido entre proceso y procedimiento indicando que ambos comparten un elemento en común: el de pacificación social; la connotación italiana, sin embargo, visualiza al proceso como un término propio de los litigios judiciales que culminan con la decisión de un juez o un jurado (Chioventa, 1992). Sin embargo, para el derecho germánico, el procedimiento ha sido un vocablo análogo al de proceso, con algunas particularidades: por ejemplo, el de que a través de él se dirimen contiendas más que decidirse, por lo que la solución que plantea el procedimiento puede darse con el simple agotamiento de fórmulas procedimentales y no necesariamente con una decisión de autoridad. El término procedimiento, bajo esta perspectiva, incluye la tramitación ante los jueces (razón por la cual algunas naciones, siguiendo la tradición germana, llaman a sus leyes de enjuiciamiento «códigos de procedimiento» en vez de «códigos procesales»), pero también a cualquier otra autoridad que tenga facultad decisoria (de donde se desprende el uso de procedimiento hacia el ámbito del derecho administrativo).

Chioventa, al hablar del estudio del proceso, explica la confusión de los vocablos «proceso» y «procedimiento» en Italia de la siguiente manera:

Procedimiento significa el desarrollo exterior de la institución que es objeto de nuestro estudio. Pero aun en este sentido propio de la palabra, el vocablo ha sido rechazado por nuestros lingüistas como galicismo, prefiriendo aquéllos la palabra proceso como se decía en Italia antes de la invasión de las leyes francesas. (1992, p.41)

Con miras en lo anterior, hablar de la mediación como un procedimiento parece ser lo más adecuado y es lo que han reconocido algunos autores en México que indican precisamente que la naturaleza de los Métodos de Solución de Conflictos es procedimental y no procesal: “Por esta razón, es necesario puntualizar que los MSC no son un proceso judicial, sino un procedimiento”(Gorjón Gómez y Steele Garza, 2020, p. 5).

Y es que, efectivamente, el trámite de mediación, al ser autocompositivo carece de la decisión de una autoridad y, en efecto, también carece de estancia probatoria. Sigue más bien, ciertas fórmulas procedimentales, como el discurso de apertura de la mediación, entre otros, que pueden culminar o no en un conflicto dirimido (no en un conflicto decidido). De tal manera no es posible hablar de etapas procesales sino de ritualidades procedimentales.

Ahora, no resulta ajeno mencionar que, la tendencia codificadora en algunas materias (como la conciliación recién implementada en México en el ramo de lo laboral) ya incluye una etapa de métodos alternos previo a la vía judicial, lo que refuerza la visualización de los mecanismos autocompositivos de solución de conflictos como un procedimiento, pues en esas materias son una etapa, un procedimiento que agotar dentro de un proceso más amplio.

El legislador mexicano en el artículo 4 numeral III de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos zanja esta cuestión determinando que la mediación es un procedimiento:

Mediación. Procedimiento voluntario mediante el cual las partes acuerdan resolver una controversia o conflicto en forma parcial o total, de manera pacífica, o prevenir uno futuro, con la asistencia de una persona tercera imparcial denominada persona facilitadora. Se entenderá que existe Comediación cuando participen dos o más personas facilitadoras. (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2024)

De la misma manera, el numeral IV del mismo artículo 4 ya aludido, define a la conciliación como un procedimiento al indicar que es el “procedimiento voluntario por el cual las partes involucradas en

una controversia o conflicto acuerdan resolver en forma parcial o total, de manera pacífica, o prevenir uno futuro, con la asistencia y participación activa de una persona facilitadora.”

Así también figura en la versión en castellano de la Directiva 2008/52/CE del 21 de mayo del año 2008 emitida por el Parlamento Europeo y del Consejo*, en la que se define la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles como un procedimiento al decir que es:

Mediación: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. (Directiva 2008/52/CE, 2008)

Por lo que hace al arbitraje, la LGMASC en el numeral V del artículo 4, lo conceptualiza como un proceso, adoptando entonces la teoría que asigna este vocablo para nominar a las formalidades en las que un tercero (sea juez, jurado, o, como en este caso, un árbitro) se encarga de emitir un juicio o una decisión (en este caso llamado laudo), después de que las partes atravesaron las diversas etapas procesales. La definición de arbitraje del artículo 4 párrafo V de la LGMASC es:

Arbitraje. Proceso de solución de controversias o conflictos distinto a la jurisdicción estatal, mediante el cual las partes deciden voluntariamente, a través de un acuerdo o cláusula arbitral, someter todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, con la participación de una persona tercera llamada árbitro quien dicta un laudo conforme a las normas establecidas en el Código de Comercio, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, según proceda. (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2024)

De ahí que pueda inferirse la relación entre proceso, procedimiento y la función del mediador: la relación entre el mediador y el proceso es excluyente, puesto que en este se requiere de un tercero que emita una decisión, como pasa en el arbitraje, donde las partes sustituyen la función jurisdiccional dando la atribución para decidir el asunto al árbitro (Sánchez García, 2016), no ocurriendo con el facilitador tal situación, por lo que, con la mediación el término proceso queda excluido.

De cualquier manera, ambos vocablos, proceso o procedimiento, son instituciones sociales pensadas para la pacificación social, como lo apuntó Chioyenda, o dicho en palabras de los autores mexicanos Quintero y Prieto (2008, p. 139) “el proceso y el procedimiento son las relaciones jurídicas formales que integran el fenómeno instrumental destinado a procesar el conflicto de derecho sustancial que va a ser solucionado.” En todo caso, proceso y procedimiento, cuando se tratan como instrumentos pacificadores de solución de conflictos, es posible verlos como diferentes sistemas que tratan de organizar las relaciones sociales (Guerrero-Vega y Flores-Montes, 2023).

3. Los efectos jurídicos de la presentación del facilitador

Es posible afirmar que la esencia de la mediación son los mediadores, por cuanto el artículo 2 de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos determina que los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) se realizarán por conducto de estos, de tal manera que por

* Directiva - 2008/52 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

el facilitador pasa el mecanismo, lo que se explica cuando la norma aquí aludida expresa: “los mecanismos alternativos de solución de controversias que prevé esta Ley son aplicables por conducto de personas facilitadoras en el ámbito público o privado.” (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2024)

La definición del facilitador de los mecanismos alternativos la da el inciso XIV del artículo 5 de la LGMASC indicando que es:

La persona física certificada, para el ejercicio público o privado, cuya función es propiciar la comunicación y avenencia para la solución de controversias entre las partes a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias, previstos en esta Ley y demás que resulten aplicables. (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2024)

El mecanismo, entonces, es el procedimiento usado por el facilitador, y este es, en última instancia, en quién descansa la responsabilidad de encontrar oportunidades para que las partes solucionen colaborativamente su conflicto. En este punto lo interesante resulta en que los intervinientes, al menos en la materia civil y familiar, acuden al facilitador, y este puede proponerles el método que estime más apropiado, sea conciliación o mediación. Dicho de otra forma, la elección primaria descansa en elegir la resolución «alternativa» de un conflicto en un centro de mediación o a través de un facilitador. Y una elección secundaria de los intervinientes resultaría ser el procedimiento por seguir: una mediación o una conciliación.

Es ya sabida que la diferencia entre mediación y conciliación radica en que en la mediación el tercero no propone soluciones, mientras que en el «acto de conciliación» “el conciliador actúa como *dealmaker*” (negociador) y tiene un papel activo, por lo que esta intervención “está más arraigada en conflictos laborales y familiares” (Ortuño Muñoz, 2018, pág. 325).

Ahora bien, la figura del facilitador cumple una función garantista, hasta tal grado, que la ley lo hace responsable por los defectos anulables que pueda contener el arreglo acordado por las partes. La LGMASC establece en el segundo párrafo del artículo 95 que “de las nulidades, negligencias, faltas o defectos de procedencia en torno a derechos y obligaciones acordadas por las partes en el Convenio respectivo, responderá la persona facilitadora.”

Al indicar la ley que el facilitador será responsable de las nulidades, negligencias, faltas o defectos de procedencia en el convenio, algunas posibles nulidades, de carácter general, de las que podría adolecer el convenio, serían las típicas de derecho común, verbigracia:

1. Los actos de administración ejecutados y los celebrados por los incapacitados y menores emancipados, conforme al artículos 635 del Código Civil Federal (Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, 2024).
2. Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor (artículo 2163 de Código Civil Federal).
3. La simulación absoluta de actos jurídicos (artículos 2182 y 2183 del Código Civil Federal).
4. Vicios del consentimiento (dolo, error o violencia): artículos 1812, 1813, 1816, 1818 del Código Civil Federal. En estos casos, evidentemente, el dolo, violencia o error deben acontecer durante la mediación, aunque se está aquí ante una posibilidad remota, en la que el facilitador tenga conocimiento de dichos vicios o se encuentre en colusión con quien los provoque. A contrario sensu, si el dolo, error o violencia se produce exteriormente, sin posibilidad de conocimiento del facilitador, no podría responsabilizarse a este de su ocurrencia.
5. Nulidad e inexistencia (artículo 2224 del Código Civil Federal).

Por esa misión garantista, y por todas las atribuciones y responsabilidades que a continuación se enumerarán, es posible afirmar que una mediación sin el facilitador no es mediación, por lo que su figura resulta trascendental para la validez del mecanismo de solución de conflictos. En un análogo comparativo con la justicia tribunalicia, esto equivale a la validez de la audiencia judicial oral en donde la investidura del juez debe garantizarse, lo que en teoría procesal se conoce como principio de inmediación, que implica que la ausencia del juez en el proceso judicial sea calificada como “inconcebible” (Quintero y Prieto, 2008, p. 177). La misma calificación es aplicable para una mediación sin el mediador o una conciliación sin el conciliador.

4. Etapa I: Funciones preliminares del facilitador

4.1 El examen de competencia material

Tal como ocurre con los funcionarios judiciales y la revisión que deben efectuar acerca de la competencia material para conocer el asunto sometido a su jurisdicción, la primera función que debe realizar el facilitador de la mediación es verificar que el asunto sometido a sus servicios sea materia mediable. El artículo 30 inciso I de la LGMASC indica al respecto:

Corresponde a las personas facilitadoras, los siguientes deberes y obligaciones: I. Determinar si el asunto que le corresponde conocer es susceptible de ser resuelto a través de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, de conformidad con esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables al conflicto.

La disposición de la norma anterior está recalcada en el primer párrafo del artículo 66 de la LGMASC, en cuyo párrafo segundo también deja establecido cuándo el facilitador debe informar a los intervinientes si el conflicto no es mediable “En el supuesto de no ser susceptible de admisión a trámite, la persona facilitadora se lo comunicará a la persona solicitante al día siguiente hábil”.

Gorjón Gómez y Steele Garza (2020, pág. 161) han apuntado que, en lo civil y comercial prácticamente todo asunto donde cabe una negociación, puede ser materia de mediación. La misma LGMASC en su artículo 79 expresa esta generalidad, al establecer que los mecanismos alternativos de solución de controversias procederán siempre, con tal de que se “trate de derechos disponibles, renunciables, que no contravengan alguna disposición de orden público, ni afecten derechos de terceros, niñas, niños y adolescentes, de conformidad con las Leyes aplicables.”

De tal manera, siempre procederán los MASC, salvo que exista una disposición legal prohibitiva o restrictiva, o sea, una norma que expresamente vede el uso de los MASC en un conflicto específico o lo restrinja o limite, tal como ocurre en la mediación familiar, donde siempre el eventual convenio debe ser sometido a una revisión de control de legalidad.

Una cuestión peculiar sobre la competencia material se origina precisamente del hecho de que en lo civil y comercial resulta mediable casi cualquier asunto, ramas del derecho que son notablemente bastas. Lisa Parkinson (2011) apunta acertadamente que es esencial que los mediadores intervengan solo en aquellos casos para los que están debidamente formados y poseen la competencia necesaria. Indica la autora que deben evaluar la complejidad de cada situación y determinar si se ajusta a su ámbito de habilidades y en las situaciones donde el mediador carezca de la preparación o el conocimiento requerido, se puede optar por la comediación junto a un colega más experimentado o especializado, siempre que sea posible, o bien, derivar el caso a otro mediador que cuente con las calificaciones pertinentes. Sobre la comediación, precisamente está contemplada como posibilidad en la parte infine del artículo 4 numeral III de la LGMASC, para “cuando participen dos o más personas facilitadoras.”

4.2 La revisión de causales de impedimento y excusas

Luego de verificar si el derecho sustancial del conflicto es mediable, está la responsabilidad determinada legalmente al facilitador de excusarse por alguna de las causales de impedimento o excusa enumeradas en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2023), en adelante CNPCF, en su artículo 104. Esta responsabilidad la impone el artículo 46 de la LGMASC que establece que “las personas facilitadoras deberán excusarse o podrán ser recusadas para conocer de los asuntos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y demás disposiciones aplicables.”

Con relación a los impedimentos y excusas Sánchez García (2019, pág. 48) las ha relacionado a la existencia de una relación entre el facilitador y alguna de las partes al decir que “Las distintas leyes sobre MASC contemplan como causales de excusa para participar en la mediación diversos elementos que implican una relación entre el facilitador y alguna de las partes”. Lo anterior está referido a las causales objetivas. En efecto, las causales objetivas de impedimento y excusa se encuentran presente en 14 de las 16 causales que enumera el artículo 104 del CNPCF. Sin embargo, la causales 1 y 16 son causales subjetivas: la 1 es referida a un interés que pueda tener el funcionario implicado en el conflicto y la 16 se refiere a una opinión expresada por él públicamente que adelante una decisión en el asunto.

En relación al interés, puede surgir por razones intelectuales, morales o materiales, que pueden afectar la imparcialidad de quien conoce el conflicto. Serrano Hoyo y Torres Peralta (2018, p. 63) expresa lo anterior indicando que el tener interés personal directo o indirecto “Ha de ser un interés personal, de condición económica, ética o afectiva, de utilidad o beneficio propio de alcance material o espiritual.” Lo anterior puede darse, verbigracia, cuando el funcionario en cuestión haya defendido públicamente alguna posición académica sobre el objeto del conflicto; en este supuesto no existe una relación objetiva entre el funcionario y las partes, pero sí un elemento subjetivo que afecta la imparcialidad, que se ve en el interés en crear precedentes hacia la postura adoptada públicamente por el implicado. Igual pasaría cuando el juez conozca de una demanda de suspensión de obra pública presentada por particulares en contra del Estado, en donde una propiedad del juez ubicada en la zona pueda ganar plusvalía si la obra no se suspende.

Con respecto a la causal 16 del artículo 104 del CNPCF, es apreciable en este supuesto que tampoco se está en la existencia de una relación del funcionario con las partes. La causal 16 proclamada por el artículo 104 del CNPCF establece que el funcionario incurre en causal de impedimento y excusa: “Siempre que haya externado su opinión públicamente, adelantando el sentido de su fallo.”

4.3 Elaboración y envío de la invitación

Verificado que el conflicto es mediable y que no hay causales de impedimento o excusa, el facilitador enviará la invitación a la otra parte, destacándose en la ley que deberá cumplir con esta responsabilidad en un plazo máximo de 5 días. El artículo 69 LGMASC indica:

La persona facilitadora a la que corresponda conocer del asunto en los Centros Públicos o Privados, invitará a las partes, dentro del plazo máximo de cinco días hábiles siguientes a la fecha de la apertura del expediente, a participar en el procedimiento de mecanismos alternativos de que se trate. La invitación podrá hacerse personalmente o por medios electrónicos. (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2024)

5. Etapa II: Actuaciones iniciales del facilitador

5.1 Verificar la identidad y personalidad de las partes

Esta será la primera responsabilidad del facilitador encomendada por la ley, cuando se encuentra en presencia de ambas partes. El artículo 30 inciso III de la LGMASC le prescribe esta responsabilidad, la cual debe efectuar inclusive si comparecieran terceros relacionados con el conflicto.

Esta verificación se tendrá que realizar conforme al derecho común, esto es, presentando las personas naturales los documentos de identificación oficiales determinados por la ley, debiendo distinguirse aquí entre personas naturales nacionales y extranjeras, pues a cada una corresponde un documento de identidad diferente: la credencial de elector INE es la identificación oficial más utilizada para nacionales en México. A las personas extranjeras se les suele identificar con su tarjeta de residente o pasaporte, puesto que ambos acreditan oficialmente la forma migratoria en la nación, sea regular o no.

Para el caso de las personas morales que actúan bajo representación, el artículo en referencia determina que deberá presentarse el documento que acredite la personalidad. Pero, además, el artículo 94 inciso IV habla de “la documentación que acredite su legal existencia y representación”, de tal manera que es preciso que el apoderado o representante acredite tal carácter, además de la existencia legal de la persona moral a quien dice representar.

5.2 Instrucción a las partes intervinientes

El inciso IX del artículo 30 de la LGMASC refiere que es responsabilidad del facilitador “Informar a las partes, desde el inicio, la naturaleza y objeto del trámite de los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como el alcance jurídico del convenio, explicando con claridad las consecuencias de su eventual incumplimiento.”

Esto es lo que se conoce como DAM o Discurso de Apertura de la Mediación. En efecto, cuando la ley indica que desde el inicio debe informarse a las partes intervinientes la naturaleza y objeto del trámite, esto consiste en explicar los roles que estas asumen dentro de la mediación o conciliación, así como las reglas y los principios rectores del procedimiento, y desde luego, las reglas de conducta que deberán asumir los participantes (Gorjón Gómez y Steel Garza, 2020).

5.3 Avisar a la autoridad judicial del inicio del procedimiento

Cuando el procedimiento de mediación derive de un asunto judicial en trámite, el facilitador tiene la responsabilidad de informar al juez de la causa el inicio del procedimiento de mediación en el plazo de 3 días hábiles y el dará aviso de su finalización a más tardar al día siguiente hábil. Sin embargo, no resulta bizantino preguntarse ¿cuándo inicia el procedimiento de mediación?

La respuesta a esta interrogante podría desprenderse del mismo término mediación. Siendo que la palabra mediación se deriva del latín *medius*, que significa en medio, esto hace pensar nuevamente en la persona de los mediadores como los encargados de ayudar a dos partes a explorar opciones de arreglo (Parkinson, 2011). De tal manera, podrá hablarse de una mediación cuando ambas partes están presentes ante un mediador, lo que implica que no hay trámite sin la presencia de los conflictuados, de tal suerte que el inicio del procedimiento se da cuando la parte invitada comparece a la sesión inicial de mediación.

Lo anterior va de la mano con el principio de voluntariedad, puesto que, evidentemente la parte citada tiene la libertad de participar o no en el procedimiento. Ello implica que no puede hablarse del inicio de un procedimiento voluntario si una de las partes intervinientes está ausente. Por lo cual, el inicio de la mediación se da al acudir ambas partes a la sesión informativa del trámite, de cuyo resultado podrá

informar el facilitador en el plazo de tres días a la autoridad judicial, conforme a lo establecido en el primer párrafo del artículo 67 de la LGMASC, siempre que el conflicto venga derivado de una instancia jurisdiccional, todo con el propósito de que el juez correspondiente suspenda la tramitación del proceso tribunalicio.

5.4 Proponer a consideración de las partes el llevar a cabo acciones preventivas

Las acciones preventivas que establece la LGMASC resulta un análogo procedimental de lo que en el derecho procesal se denominan medidas provisionales, con ciertas singularidades, claro está. La definición legal de las acciones preventivas está en el artículo 5 numeral I de la LGMASC: “Acciones preventivas. Son obligaciones de dar, hacer o no hacer, solicitadas por algunas de las partes y acordadas conjuntamente ante la persona facilitadora o persona abogada colaborativa, desde el inicio del procedimiento hasta la eventual celebración del convenio”. Massé Moreno (2019) refiere que “en toda secuencia procesal”, y más en materia familiar, las medidas provisionales tratan de asegurar o garantizar una situación económica y de bienestar a las partes y generalmente tienen una vigencia mientras dure el juicio principal y deben guardar congruencia con lo que se pide, o sea, con la pretensión principal.

A como se aprecia en la definición legal dada por el artículo 5 numeral I de la LGMASC, las acciones preventivas serán acordadas por las partes desde el inicio del procedimiento ante el facilitador, quien tiene la responsabilidad legal de poner en consideración el uso de esta figura por mandato del primer párrafo del artículo 70 de la LGMASC:

Al igual que como ocurre con la vigencia de las medidas cautelares adoptadas en el proceso tribunalicio, las que culminan con el dictado de la sentencia definitiva, las acciones preventivas acordadas en sede procedimental de una mediación tienen una vigencia hasta que se firme un convenio, pues la ley indica que dichas acciones de dar, hacer o no hacer se llevarán a cabo “hasta la eventual celebración de un convenio.”

Desde luego, surgen sobre esta figura algunas interrogantes. Por ejemplo: ¿tienen el carácter de convenio los acuerdos adoptados por las partes sobre acciones preventivas al inicio del procedimiento? ¿se pueden ejecutar los acuerdos por acciones preventivas que contienen obligaciones de dar, hacer o no hacer? ¿qué ocurre con esas obligaciones de dar, hacer o no hacer si en el procedimiento de mediación no concluye en un convenio?

6. Etapa III: Conducción de la negociación

6.1 Moderación de las intervenciones de las partes

El artículo 30 inciso II LGMASC establece que corresponde a las personas facilitadoras “conducir el mecanismo alternativo de solución de controversias”. Sin embargo, cabe recalcar que la ley no establece cómo se llevará a cabo esa conducción en la mediación y la conciliación, a tal punto que la ley no determina, por ejemplo, quién hablará primero y cuál será la frecuencia de las intervenciones de las partes, lo que evidencia que en la fase negociadora de la mediación hay un dominio del principio de flexibilidad más que en cualquier otra fase de este procedimiento de procuración de justicia.

Un principio que parece ser básico es el que apunta Lisa Parkinson (2011, pág. 122) al referir que “Hacer preguntas a cada socio en orden alternado es muy importante para mantener la imparcialidad y el control del proceso por parte del mediador.” La autora sugiere que la persona que debería tener la primera intervención es quien luce menos dominante o confiada, a quien se le puede preguntar sobre los

principales problemas que deben resolverse desde su punto de vista, lo que resulta útil, según la autora, con personas que se observen renuentes, indecisas o retraídas.

Lo anterior, sin embargo, dependerá del sistema legal que se trate y del tipo de conflicto. Hay, por ejemplo, en el artículo 576 del Código de Familia de Nicaragua (Asamblea Nacional, 2014) una serie de etapas expresamente definidas para la conciliación familiar -en Nicaragua la mediación no está legislada para asuntos familiares- donde se visualiza una etapa introductoria en la que se explica el método a las partes; luego una etapa de presentación de posiciones, donde se señala expresamente que quien interviene primero es la parte solicitante; luego una etapa de identificación de intereses y problemas; después una etapa de generación y evaluación de opciones (como ya se vio, la función conciliadora permite generar opciones) y finalmente una etapa de acuerdo, donde se procede con la redacción de los acuerdos.

En este mismo país, en cambio, en materia civil, se observa una similitud a la norma mexicana, por cuanto no se determina una manera de llevar a cabo la conducción de la negociación de mediación. En efecto, el segundo párrafo del artículo 11 de la Ley de Mediación y Arbitraje de Nicaragua determina que

El mediador podrá proponer a las partes el procedimiento que considere adecuado en procura de un acuerdo de las partes, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia. Así mismo, por acuerdo de partes, el mediador podrá dirigir el procedimiento que se haya determinado emplear. (Asamblea Nacional de Nicaragua, 2005)

Cuando la ley, entonces, no define exactamente cómo el facilitador debe conducir el proceso de negociación, esto abre las puertas para que el conflicto se defina con un grado de precisión mayor que un conflicto que se somete a reglas estandarizadas de actuación (tal como ocurre en el proceso judicial adversarial). Lenard Marlow (2019) explica lo anterior en un enunciado que reza:

Cuanto más se propone la ley proporcionar un resultado claro y previsible, tanto mayor es la posibilidad de que sea menos justa. Inversamente, cuanto mayor es su propósito de proporcionar un resultado justo, éste será, por la misma razón, menos claro y previsible. (pág. 153)

En efecto, la libertad y flexibilidad procedimental de la mediación persigue obtener un resultado lo más adecuado a las infinitas variables que pueden presentarse en los diversos conflictos que pueden tener las personas, brindando la posibilidad al mediador de proporcionar diagnósticos personalizados que distan de ser meras deducciones legales a los problemas individuales que presentan los mediados. En cambio, las leyes procesales adversariales describen fórmulas que agotar para llegar a una solución lo más cercana posible a lo justo y lo legal, lo que se conoce como silogismo judicial o subsunción de la premisa menor en la premisa mayor. Marlow introduce una analogía con el proceso matemático de solución de problemas lógicos: en ellos, el camino a seguir es el racionalmente trazado que conducirá a una única respuesta correcta, siguiendo los procedimientos de manera predeterminada, siendo ello lo que se realiza en el proceso judicial, al perseguirse a través de él soluciones racionalmente similares a casos análogos.

6.2 Propiciar la avenencia entre las partes

Si bien la ley no indica al facilitador cómo deberán conducirse las intervenciones de las partes en la mediación, sí enfatiza la ley que, en todo caso, en la conducción que realice el facilitador deberá

“propiciar la comunicación y avenencia para la solución de controversias entre las partes” (artículo 5 numeral XIV de la LGMASC). De esta norma se puede inferir que la mediación puede ser vista como un procedimiento de abordaje de las diferentes maneras de comunicación que tiene el individuo humano, con un propósito exclusivo que es el de arreglar el conflicto que ha hecho disfuncional la relación de las partes intervinientes.

Entra en juego aquí la Teoría de la Comunicación Humana (1991) propuesta por el psicólogo Paul Watzlawick en conjunto con Janet Beavin y Don Jackson. Estos percursoros del análisis comunicacional humano proponen cinco axiomas de la comunicación:

1. Axioma de la imposibilidad de no comunicar. Significa que todo comportamiento humano es comunicativo. Inclusive los silencios y las conductas omisivas comunican algo.
2. Axioma de la comunicación interpersonal y contenido. Significa que toda comunicación brinda información sobre contenido (mensaje explícito) y sobre el nivel de la relación entre el emisor y receptor (la comunicación interpersonal es un aspecto que puede revelar cómo se relacionan dos personas entre sí).
3. Axioma de la puntuación de la secuencia de eventos. Toda interacción comunicativa se da en una dinámica bidireccional, por tanto, las causas y efectos de un mensaje que ha surgido en esa dinámica puede no ser comprendido por quien no está inmerso en dicha dinámica.
4. Axioma de la comunicación digital y analógica. Este axioma se refiere a los canales de comunicación: la comunicación digital suele ser la verbal y la analógica la no verbal, basada en gestos, posturas, tono de voz y otros símbolos, siendo la comunicación analógica la que proporciona más información.
5. Axioma de la simetría y complementariedad: por el intercambio de comunicación entre individuos se puede revelar simetría entre ambos. La complementariedad se da cuando los actos comunicativos del intercambio revelan una posición de superioridad que puede afectar la funcionalidad de la comunicación.

Lo que plantean estos axiomas comunicacionales deben ser tenidos en cuenta por el facilitador en su medular función de “propiciar la comunicación” entre las partes. La literatura también es abundante cuando se trata de resaltar la identificación de cuestiones emocionales que pueden perjudicar la interacción comunicacional entre las partes, poniendo énfasis en la inteligencia emocional y la empatía que pueda tener el facilitador como virtudes para conseguir la comunicación y el consenso deseado.

Cobran importancia en este punto las principales escuelas o modelos de abordaje emocional de la mediación: el modelo transformativo y el modelo circular narrativo. El primero, impulsado por Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, propone no solamente la solución del conflicto sino también la mejora sustancial de las relaciones entre las partes a través del reconocimiento propio y del reconocimiento de los otros, poniendo énfasis en la revalorización de la autoestima y el recíproco reconocimiento de responsabilidades mutuas en una relación entre dos o más personas, adquiriendo relevancia el término empoderamiento, en un sentido recíproco, con respecto a la relación entre las partes (Rodríguez Rodríguez, 2018).

El segundo modelo, el circular narrativo propuesto por Sara Cobb, sostiene que el conflicto no debe asociarse necesariamente a un antagonismo, y basado en la premisa de que por el lenguaje se pueden construir, deconstruir y reconstruir realidades, este método persuade al mediador para que ayude a los protagonistas a elaborar una nueva historia en base a los elementos de causalidad compartidos en la relación, de tal manera que la narración del problema no es una narración concluida, pudiendo reorientarse a la modificación de las relaciones teniendo en cuenta el elemento circular que existe en todo proceso comunicacional (Pesqueira Leal & Ortiz Aub, 2010).

6.3 Cumplir con los principios de los MASC

Al igual que en el numeral anterior, la conducción que realice el facilitador debe ceñirse siguiendo los principios de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, por expresa obligación impuesta por el inciso IV del artículo 30 de la LGMASC. Los principios que establece la LGMASC se enumeran en el artículo 6 y son:

1. Acceso a la justicia alternativa
2. Autonomía de la voluntad
3. Buena fe
4. Confidencialidad
5. Equidad
6. Flexibilidad
7. Honestidad
8. Imparcialidad
9. Interés superior de los niñas, niños y adolescentes (solo para conflictos sobre corresponsabilidad parental)
10. Legalidad
11. Neutralidad
12. Voluntariedad

6.4 Llevar a cabo sesiones conjuntas o separadas

Las sesiones son el análogo procedimental de las audiencias que se llevan a cabo en el proceso, y en ellas, igualmente todo gira en torno a las funciones que debe realizar el facilitador. Así, el artículo 71 de la LGMASC determina que “Las personas facilitadoras podrán llevar a cabo reuniones con las partes, conjunta o separadamente, cuando las características del asunto así lo requieran.” Cabe destacar que este artículo declara que cuando la sesión es separada, la otra parte interviniente tendrá derecho a saber de su ocurrencia más no del contenido abordado en ella, en base al principio de confidencialidad, e igualmente, tendrá derecho también a las mismas oportunidades de reunirse separadamente.

6.5 Los recesos en las sesiones

En los casos de los recesos en las sesiones, estos podrán ser solicitados por los intervinientes o por el facilitador, para efectos de consulta o asesoría, según lo prescrito por el artículo 76 LGMASC. También esta norma establece que la persona facilitadora diferirá la sesión hasta por dos ocasiones en casos de fuerza mayor o por acuerdo entre partes.

6.6 Ajustar los procedimientos en función de personas en condición vulnerable

Otras atribuciones que tiene el facilitador en la conducción del procedimiento, es la de ajustar los procedimientos para que participen en ellos de manera adecuada, las personas en condición de vulnerabilidad, como los adultos mayores y personas con discapacidad, conforme al párrafo final del artículo 30 y artículo 31 de la LGMASC.

7. Etapa IV: Responsabilidades finales del facilitador

7.1 Conclusión anticipada del trámite de mediación

Tramitándose el procedimiento de mediación, conforme a lo indicado sobre la conducción de este que debe efectuar el facilitador, existirán dos maneras de terminarlo: por haber consensuado las partes un

acuerdo en el que dirimen sus diferencias o por una causal de conclusión anticipada. Cuando se trate de las causales de conclusión anticipada, habrá que atender a cualquiera de las 7 enumeradas en el artículo 78 de la LGMASC, que son:

1. cuando alguna de las partes viole el principio de confidencialidad;
2. cuando alguna de las partes deje de asistir a las sesiones;
3. cuando alguna de las partes lo manifieste expresamente;
4. cuando el facilitador detecte la imposibilidad de un acuerdo por la postura de alguna de las partes;
5. cuando el facilitador detecte agresividad, irrespeto o dilatorias de alguna de las partes.
6. Por muerte de alguna de las partes
7. Por los demás casos que procedan conforma a la ley.

7.2 Redactar y revisar la validez y requisitos del convenio

Cuando el trámite culmine por un arreglo entre las partes, el facilitador, por mandato de artículo 30 numeral X de la LGMASC tiene la obligación de redactar el convenio respectivo, y conforme al numeral V del mismo artículo, debe verificar que el convenio que redacte reúne los “requisitos de existencia y validez”, que son los enumerados en el artículo 94 de la LGMASC. Asimismo, conforme al numeral VII del consabido artículo 30 LGMASC, debe velar porque en todas las etapas del trámite, incluyendo el convenio mismo, no se den contravención a normas de derechos humanos o constitucionales, a normas de orden público, dimisión de derechos irrenunciables y afectación de derechos de terceros.

7.3 Guardar constancia del convenio en el expediente y extender certificaciones

El artículo 96 LGMASC establece que “Concluido el mecanismo alternativo de solución de controversias, la persona facilitadora deberá dejar constancia electrónica o escrita del Convenio en el expediente... y expedirá en copia certificada un tanto para cada una de las partes.” Por su parte el artículo 32 numeral II y III establece que el facilitador tiene fe pública para certificar las copias de los documentos que por disposición de la Ley deban agregarse a los convenios con la finalidad de acreditar que el documento es fiel reproducción de su original, que se tuvo a la vista con el único efecto de ser integrado como anexo al propio convenio, y, asimismo, fe pública para certificar el convenio y demás documentación que se encuentre resguardada en sus archivos.

7.4 Verificar bienes y derechos que hayan sido objeto del convenio

El artículo 30 numeral XI concede al facilitador la responsabilidad de verificar la disponibilidad de los bienes y derechos que sean objeto de la suscripción del convenio, de acuerdo con la legislación correspondiente.

La casuística de esta disposición legal estará especialmente dirigida a la comprobación que debe realizar el facilitador de que las partes tienen la documentación legal de los derechos sobre los que van a disponer, cuando se trate, sobre todo, de mediación sobre bienes inmuebles o derechos reales.

7.5 Informar de la comisión de delitos

El inciso XII del artículo 30 de la LGMASC impone la obligación de hacer del conocimiento de las autoridades competentes los hechos que las leyes señalen como delito. Esto supone la no celebración de la mediación o la interrupción de esta, si el delito se ha llevado a cabo durante el trámite.

7.6 Inscripción en el registro público de la propiedad

La persona facilitadora por sí misma, no podrá hacer, ni ordenar ningún tipo de anotación, salvo autorización expresa de las partes así señalada en el Convenio, conforme al párrafo primero del artículo 99 de la LGMASC. Esta atribución está enunciada así en la ley, cuando en el Convenio se acuerde un acto que deba constar inscrito en el registro público.

7.7 Cancelación de inscripciones registrales

Una vez que las partes se den por satisfechas de las obligaciones de dar, hacer o no hacer pactadas en el Convenio, solicitarán a la persona facilitadora, que informe al Registro Público de la Propiedad y de Comercio o su equivalente, en los términos previstos por las leyes que resulten aplicables, la cancelación de las anotaciones que en su caso se hayan realizado. Esta disposición está contenida en el artículo 100 de la LGMASC, y su casuística está referida, principalmente, a garantías prendarias, mobiliarias o hipotecarias y otras afectaciones análogas, pues son estas inscripciones las que son susceptibles de cancelación y caducidad a las que se refiere el mismo artículo.

7.8 Remisión del convenio al sistema de convenios

El artículo 105 de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (LGMASC) establece que los facilitadores públicos y privados deben remitir el convenio al Sistema de Convenios o Centro Público de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de los Poderes Judiciales Federales. Esto se hace para obtener la clave o número de registro de inscripción, permitiendo que el convenio alcance sus efectos jurídicos. Además, para los convenios relacionados con niños, niñas o adolescencia, esta remisión es obligatoria para que el convenio adquiera validez. El facilitador tiene diez días hábiles para cumplir con esta responsabilidad.

7.9 Subsanación de convenios

Cuando el Sistema de Convenios o Centro Público de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de los Poderes Judiciales Federales detecte el incumplimiento de algún requisito de forma o fondo en el convenio, hará saber esta circunstancia al facilitador, quien tendrá diez días hábiles para efectuar la subsanación correspondiente, conforme a lo dispone el artículo 103 LGMASC.

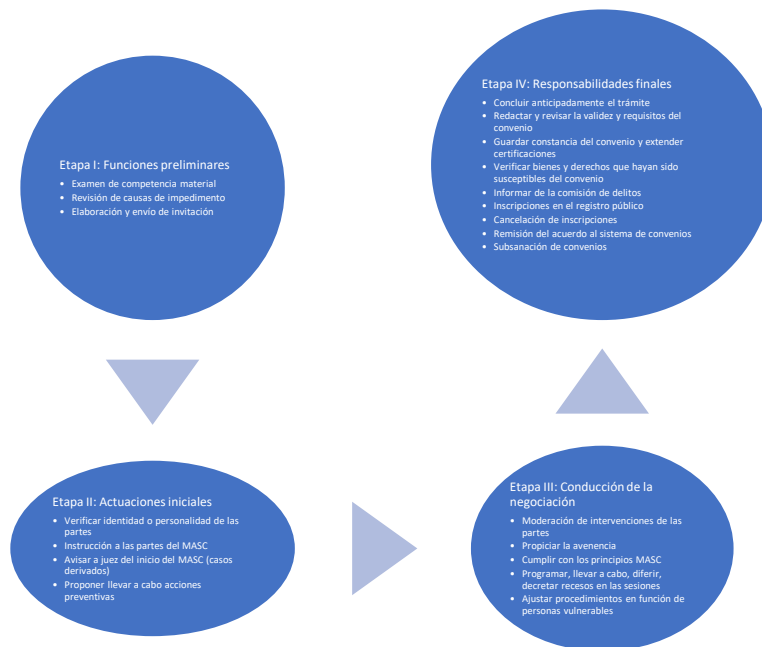


Ilustración 1: etapas del procedimiento de mediación propuestas tras análisis de la LGMASC. Fuente: elaboración propia.

8. La preclusión en el procedimiento de mediación

A como fue apreciado en las líneas anteriores, el procedimiento de mediación se construye por una serie de actuaciones que la ley encomienda cumplir al facilitador de la mediación. De tal manera, se puede elaborar una definición de la mediación sobre la base de dichas atribuciones, la que podría decir que: la mediación es el método que se compone por una serie de responsabilidades a cargo de la persona mediadora que intenta pacificar las posturas entre dos o más personas conflictuadas entre sí, con el fin de que ellas mismas encuentren y acuerden una solución a su conflicto.

Cuando se caracteriza a la mediación como una serie de responsabilidades dentro de un procedimiento de pacificación social, cabe la pregunta de que si, como en toda secuencia procedimental, dichas responsabilidades seriadas precluyen. Esta interrogante podría responderse con la misma sistematización que se ha hecho en este trabajo, donde se ha dividido las funciones del facilitador de la mediación en cuatro grandes etapas. Una etapa primera etapa de funciones preliminares, una segunda etapa de actuaciones iniciales, una tercera etapa referida a la conducción del procedimiento de negociación y una cuarta etapa de responsabilidades finales. A como se puede observar, cada una de las funciones del mediador en una etapa, suele excluir a las funciones verificadas en una etapa anterior, de ahí que también en el procedimiento de mediación pueda hablarse de etapas precluidas o actos consumados.

Entre los procesalistas, la preclusión es el principio por medio del cual el procedimiento se divide en etapas, en cada una de las cuales debe realizarse una actividad o actividades determinadas. Echandía (2013) expresa sobre la preclusión que

Tiende a buscar orden, claridad y rapidez en la marcha del proceso, es muy riguroso en los procedimientos escritos, y sólo muy parcialmente en los orales. Se entiende por tal la división del proceso en una serie de momentos o períodos fundamentales,

que algunos han calificado de compartimientos estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del juez. (pág.67)

Escobar Fornos (1998, pág. 102) por su parte refiere que “El proceso se desarrolla en etapas y el principio de preclusión viene cerrando y sellando cada etapa, impidiendo el retorno a ellas”. Ortiz Urbina (1996, pág. 40) refiere sobre la preclusión que “Este principio es el resultado de la división del proceso en etapas, fases, estadios, dentro de los cuales corresponde un determinado acto procesal o serie de actos procesales.”

De tal manera, es especialmente relevante la preclusión cuando se atañe al proceso adversarial, puesto que, por el principio de “igualdad de armas” o igualdad procesal, las partes tienen los mismos derechos procesales que el adversario, lo que implica que, ante una demanda existe el derecho a la contestación de demanda, ante un escrito de réplica existe entonces el derecho a un escrito de dúplica, ante el derecho a rendir prueba existe el derecho a impugnarla, y así, entre otras acutaciones establecidas para una y otra parte, las cuales deben realizarse en etapas procesales definidas.

De tal manera, por el principio de preclusión quedan consumadas las actuaciones verificadas en cada etapa y consolidadas en el respectivo expediente, siendo este el sentido positivo del principio, por el cual no resulta posible volver a efectuar lo ya está efectuado. El principio de preclusión también opera en sentido negativo ya que puede impicar que, si no se efectuó una actuación en el momento procesal definido para ello, no se puede efectuar en un momento posterior.

Lo anterior, aplicado a las etapas del procedimiento que se han expuesto en este trabajo, significa que el facilitador, pese a la flexibilidad procedimental de la mediación, debe seguir un orden lógico de actuaciones que van adquiriendo validez y conformando una serie de actos consumados dentro del procedimiento de mediación. En este respecto, resulta oportuno señalar una Tesis aislada del Primer Tribunal Colegiado en Materia del Cuarto Circuito publicada en el Semanario Judicial de la Federación (2004) sobre los actos consumados:

A diferencia de los actos de tracto sucesivo, los actos consumados son aquéllos que se realizan en una ocasión, es decir, que no requieren pluralidad de acciones con unidad de intención. Existen actos consumados de modo irreparable y actos consumados que son susceptible de reparación (Tesis: IV.1o.C.18 K, 2004).

Para ello un ejemplo: en la etapa dos se ha indicado que corresponden las responsabilidades iniciales del facilitador, siendo una de ellas la instrucción que debe dar a las partes sobre el procedimiento, que implica informar sobre la naturaleza del trámite, sus efectos, los derechos de las partes, etc. Entonces, en esta etapa, ya no resultan aplicables algunas funciones de la etapa uno (etapa preliminar), a como resulta el envío de la invitación a la otra parte, lo cual ha quedado consumado. Lo mismo pasa si se pretendiera verificar la identidad de las partes (un acto consumado en la etapa 2) cuando ya la negociación se encuentra en una etapa avanzada (un acto propio de la tercera etapa, según se ha expuesto). Igual pasaría cuando se ha concluido anticipadamente el proceso (una actuación de la etapa 4) no procediendo en este momento procedimental informar a la autoridad judicial del inicio de la mediación (actividad que la ley manda a realizar en el inicio del trámite).

Un ejemplo radical, sin embargo, podría ocurrir después de realizada una negociación ardua (actividad propia de la etapa 3 según el orden considerado en este estudio), tras la cual las partes consintieron en llegar a un acuerdo que el facilitador se dispuso a redactar, resultando que, al momento de la firma, una de las partes se arrepiente y decide no firmar el documento, mostrando su negativa expresa a ello, pese a haber consentido en un primer momento ¿Podría aquí retrotraerse el proceso de

mediación a una nueva etapa de negociación ya superada o cabe cerrar el trámite con un acta de no acuerdo?

Si la negativa se debe a una leve cuestión puntal que pudiera modificarse en el convenio, no se mira obstáculo en proceder con el ajuste de lo acordado, si ambas partes lo consienten. Pero, si la negativa se debe a un cambio sustancial en el acuerdo que implique deshacer el convenio redactado y volver a negociar, sería más factible pensar en una constancia de falta de acuerdo que en una actitud perseverante que retrotraiga el proceso de nuevo a la etapa de negociación. Esto supondría trastocar la agenda del centro de mediación o del facilitador y de la otra parte, al tener que programarse una sesión encaminada a realizar el nuevo intento de acuerdo. Inclusive, podría haber centros de mediación privados, que contengan en sus reglamentos que deshacer el convenio conseguido y reiniciar nuevamente la etapa negociadora represente un costo adicional al servicio contratado.

Con todo, esta posibilidad que se ha ejemplificado sería una situación extrema en la que, en teoría, no existiría impedimento para llevarla a cabo, siempre que sea manifiesta la voluntad de las partes, sobre todo porque se trata de la función más importante que tiene el facilitador de la mediación: la función de intentar avenir a las partes a un acuerdo negociado. Por ello, habrá algunas actuaciones puntuales dentro de la mediación que pueden gozar de una excepción al principio general de preclusión, que, a como es sabido, también tiene algunas sus excepciones dentro del proceso jurisdiccional, como pasa con la presentación de prueba sobrevenida fuera de la estancia probatoria, por ser la presentación de pruebas uno de los elementos torales del proceso adversarial.

Sin embargo, la materialización de una circunstancia como la ejemplificada resulta cuestionable. Una conducta semejante de una de las partes podría ser considerada, incluso, de mala fe, como un falso intento de querer convenir, provocando con ello la dilación del asunto. Sin embargo, esta suposición general puede ser evaluada, precisamente por la bondad del principio de flexibilidad, pues a diferencia con el proceso formal jurisdiccional, el mediador no aplica deducciones legales rígidas a casos análogos, sino que, tiene la oportunidad de personalizar la solución del conflicto que se le presente atendiendo a las necesidades individuales de las partes en cada caso particular.

9. Metodología

9.1 Tipo de investigación

El presente estudio examina un fenómeno social: la ley; siendo las fuentes de información utilizadas para el análisis de ella, el de tipo documental, prescindiendo de técnicas empíricas de recopilación de datos. Ergo, en el examen efectuado de la norma y la profundización de sus elementos conceptuales a través de la revisión bibliográfica de diversos autores de la doctrina, ha implicado reconocer que la presente investigación, por las fuentes de información consultadas, se constituye en un estudio de tipo teórico, indirecto o documental -no empírico, ni directo o de campo-, lo cual es común en la investigación jurídica.

9.2 Métodos

En función de lo anterior, se recalca la división de las metodologías en metodología general y específica, siendo la primera la común a todas las ciencias para adquirir y comunicar conocimientos. En cambio, cuando se habla de la metodología especial, como en el presente caso, se habla de la relativa a los métodos particulares de los diversos apartados del saber, habiendo tantas metodologías especiales como ramas del saber (Ponce de León, 2017).

Así, los métodos específicos usados para el presente estudio jurídico fueron el sistemático, que “se ocupa de ordenar los conocimientos agrupándolos en sistemas coherentes”, estudiando las formas en que se ordenan en un todo, en una serie de conocimientos, de manera que resulten claras las relaciones y dependencias recíprocas de las partes componentes del todo (Ponce de León, 2017, pág. 68). Esta función se ha realizado al ordenar las funciones del mediador en una estructura procedimental sincrónica, agrupando cada función en etapas que conforman el procedimiento de mediación.

También se ha efectuado en el presente trabajo un estudio bajo el método sintético, pues se han integrado componentes dispersos de una realidad, en este caso, de la realidad jurídica que es la ley examinada, para estudiarlos en su totalidad, relacionando hechos aislados en apariencia para formular una teoría que los ha unificado (Muñoz Rocha, 2016).

En el estudio se han analizado autores de la doctrina para ampliar algunos tópicos la ley, de donde se desprende el empleo de la hermenéutica-tópica, esto es, el método propio de la ciencia jurídica que realiza un análisis exegético de una norma, concretando un estudio técnico mediante el cual se aborda la norma como documento que establece definiciones, términos y conceptos que se tratan de objetivizar y valorar como actos lingüísticos de una realidad social sobre la que se pronuncian (Villabella Armengol, 2012).

9.3 Técnicas

La técnica de revisión documental, fue la técnica investigativa empleada para examinar documentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales referenciados en este estudio, mediante la cual se recopiló información que ha proporcionado la base teórica citada en los diversos tópicos desarrollados en este trabajo. Bajo esta técnica se examinaron las tendencias y puntos relevantes para el análisis en esta investigación (Baltodano-García y Leyva Cordero, 2024). En palabras de Villabella Armengol (2012, pág. 43), la revisión de fuentes documentales es imprescindible “para acceder al sistema de conocimientos existentes sobre el objeto de estudio.”

9.4 Alcance de la investigación

En cuanto tipo de estudio según el alcance de la investigación, cabe destacar que la profundidad de este estudio fue descriptiva, es decir, es del tipo de estudio que busca especificar las propiedades importantes del fenómeno sometido a análisis, pretendiendo obtener información sobre el estado actual del mismo (Vázquez-Gutiérrez, 2021), todo lo cual se ha efectuado por lo que hace a la investigación del procedimiento de mediación analizado estructuralmente desde cada una de las funciones del facilitador.

9.5 Delimitación

En cuanto a la delimitación temporal y espacial, cabe destacar que el análisis se efectúa bajo el marco regulatorio de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, aprobado por el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de enero del año 2024, por lo cual, la delimitación temporal es transversal, enfocada en el momento presente, a partir de la aprobación de dicha ley, y la delimitación espacial es la nación mexicana, territorio en el cual regirá la norma jurídica que se ha mencionado.

No resulta bizantino advertir sobre la ausencia de métodos cuantitativos en el presente trabajo. Sin embargo, esperando justificar este tipo de orientación investigativa, se usa como defensa la crítica apuntada por Giddens y Sutton (2016, pág. 59) contra la creencia de que el uso de métodos mixtos es la única forma de llegar a la verdad científica, lo que constituye un renaciente positivismo que, escondido bajo el “caballo de troya” de los métodos mixtos, se convierte en un post-positivismo en detrimento de

aquellas versiones alternativas de investigación que no cuentan con alguno de los métodos derivados de las ciencias naturales.

10. Conclusiones

De las líneas seguidas anteriormente, puede evidenciarse que las funciones del mediador son la esencia del trámite de mediación, hasta tal punto que su función pacificadora no decisoria determina el nombre del vocablo utilizado para denominar al conjunto de ritualidades que componen la mediación. Así es que la mediación es conceptualizada por la Ley General de Mecanismos Alternativos de la federación mexicana como un procedimiento y no como un proceso.

La presencia del facilitador de la mediación es hasta tal punto relevante, que no puede hablarse de la existencia de un trámite de mediación sin contar con su presencia en el procedimiento. De ahí que la ley lo responsabilice por los vicios anulables que pueda contener el convenio acordado, y que su ausencia en el procedimiento, comparada a la ausencia de los judiciales en las audiencias del proceso judicial, sea motivo para anular la eficacia de un convenio surgido en semejantes condiciones.

Las diferentes responsabilidades legales del facilitador de la mediación pueden sistematizarse en una serie ordenada y secuenciada de actuaciones que pueden dividirse en cuatro grandes categorías o etapas: las funciones o responsabilidades preliminares, que componen la primera etapa, donde el facilitador se ocupa de la recepción la solicitud de mediación, califica si es materia disponible y revisa si existen causales de excusa atendiendo al conocimiento de las partes intervinientes y al objeto del conflicto puesto a su conocimiento. La segunda etapa, donde se realizan las funciones iniciales con las partes, incluyendo la verificación de la identidad o personalidad de los intervinientes, según sea el caso, la instrucción a las partes intervinientes sobre el procedimiento y la proposición de llevar a cabo acciones preventivas. La tercera etapa, compuesta por la conducción del proceso de negociación, donde el facilitador desempeña su potencial pacificador procurando la avenencia de las partes, llevándolo a cabo en sesiones conjuntas o separadas y cumpliendo con los principios rectores de los métodos alternos. Y la etapa final o cuarta etapa, donde se encuentran las responsabilidades concluyentes del facilitador, como las de clausura anticipada cuando sea el caso, la redacción y revisión del convenio conseguido, la de remisión a inscripción ante el sistema de convenios y la función de subsanación cuando proceda.

La serie continua de atribuciones legales sistematizada por etapas provoca un orden lógico de actuaciones que, por regla general, causan la preclusión de la actividad que se va efectuando. Sin embargo, el principio de flexibilidad del trámite de mediación puede llegar a crear algunas excepciones casuísticas que deberán apreciarse en el caso concreto, pues, precisamente la flexibilidad procedimental que rige la mediación se dirige a dar soluciones personalizadas a circunstancias específicas por encima de los formalismos legales. Son únicamente observancias que nunca podrán dejarse de atender las cuestiones relativas a la afectación de derechos de terceros, dimisión de derechos irrenunciables, cuestiones de derechos humanos o constitucionales y las disposiciones de orden público, de gran presencia en conflictos como los que tratan sobre derechos de la infancia.

Referencias

Actos consumados. Supuestos en que procede su suspensión, Registro digital 180416 (Primer Tribunal Colegiado en Materia del Cuarto Circuito 20 de febrero de 2004). Recuperado el 29 de marzo de 2024, de https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/2PdvMHYBN_4klb4H4ebK/%22Periculum%20in%20mora%20

- Asamblea Nacional. (25 de mayo de 2005). Ley de Mediación y Arbitraje. Managua: La Gaceta, Diario Oficial.
- Asamblea Nacional. (8 de octubre de 2014). Código de Familia. *Ley No. 870*. Managua: La Gaceta, Diario Oficial, No. 190.
- Baltodano-García, G., & Leyva Cordero, O. (2024). Criterios de evaluación de la calidad en la educación superior en México. *Journal of the Academy*(10), 200-230. doi:DOI:10.47058/joa10.10
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. (2024 de enero de 2024). *Código Civil Federal de México*. Obtenido de Sitio web de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión: <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (7 de junio de 2023). *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*. Obtenido de Sitio web del Honorable Congreso de la Unión: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf>
- Directiva 2008/52/CE*. (21 de mayo de 2008). Recuperado el 27 de marzo de 2024, de European Union law: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32008L0052>
- Echandía, H. D. (2013). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Escobar Fornos, I. (1998). *Introducción al Proceso*. Managua: Hispamer.
- Giddens, A., & Sutton, P. (2016). *Conceptos esenciales de sociología*. Madrid: Alizana Editorial.
- Gorjón Gómez, F. J., & Steel Garza, J. G. (2020). *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos* (Tercera ed.). Ciudad de México: Oxford University Press México.
- Guerrero-Vega, R., & Flores-Montes, J. (2023). Relación de la Mediación como Método de Solución de Conflicto y la Responsabilidad Social de las Empresas: Un Aporte a la Construcción de Paz y el Desarrollo Sostenible. *Veritas Et Scientia*, 12(1), 60-72. doi:<https://doi.org/10.47796/ves.v12i01.779>
- Marlow, L. (2019). *Mediación Familiar*. Barcelona: Ediciones Granica.
- Massé Moreno, L. R. (2019). *Medidas Provisionales en los Juicios de Divorcio y Pensión Alimenticia*. Ciudad de México : Gallardo Ediciones.
- Muñoz Rocha, C. (2016). *Metodología de la Investigación*. Ciudad de México: Oxford.
- Ortiz Urbina, R. (1996). *Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Managua: BITECSA.
- Ortuño Muñoz, J. P. (2018). *Justicia sin jueces*. Barcelona: Editorial Planeta, S.A.
- Parkinson, L. (2011). *Family Mediation: Appropriate Dispute Resolution in a new family justice system*. Britsol.
- Pesqueira Leal, J., & Ortiz Aub, A. (2010). *Mediación Asociativa y Cambio Social: el arte de lo posible*. Hermosillo: Universidad de Sonora.
- Ponce de León, L. (29 de agosto de 2017). *Metodología de la Investigación Científica del Derecho*. Obtenido de Metabase de recursos educativos - UAEM:

<http://metabase.uaem.mx/handle/123456789/2790#:~:text=Metodolog%C3%ADa%20de%20la%20Investigaci%C3%B3n%20Cient%C3%ADfica%20del%20Derecho%20Ponce,importancia%20dentro%20de%20la%20investigaci%C3%B3n%20cient%C3%ADfica%20del%20derecho.>

- Quintero, B., & Prieto, E. (2008). *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogota: Editorial Temis, S.A.
- Rodríguez Rodríguez, M. E. (2018). Principales Modelos de Mediación y de los Métodos Alternos (MEdiación, Conciliación). En F. J. Gorjón Gómez, & R. Chávez de los Ríos, *Manual de Mediación Penal, Civil, Familiar y Justicia Restaurativa* (págs. 74-82). Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Sánchez García, A. (2019). *Esquemas de Mediación y Arbitraje*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Serrano Hoyo, G., & Tórrez Peralta, W. (2018). *Comentarios al Código Procesal Civil Nicaragüense*. Managua: Gutenberg Impresiones.
- Vázquez-Gutiérrez, R. (2021). *Manual en Esquemas de Metodología para Investigaciones Mixtas en Ciencias Sociales*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Villabella Armengol, C. M. (2012). *Investigacion y Comunicacion Cientifica en la Ciencia Juridica*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Watzlawick, P., Beavin Bavelas, J., y Jackson, D. (1991). *Teoría de la Comunicación Humana*. Barcelona: Herder.