

Mediación y arbitraje

Luis Figueroa Díaz*

Dentro de las sociedades un punto fundamental es lograr la convivencia a través de la auto constitución y la autorregulación, dejando como último recurso el sistema de justicia establecido. Es la sociedad civil la que debe crear y fomentar los espacios de civilidad. En este contexto la mediación resulta ser un elemento de gran importancia. En el presente artículo se hace un breve análisis del concepto de mediación comparándolo con una figura jurídica con ciertas similitudes como lo es el arbitraje; se realiza un recorrido por las características de cada uno de los términos, el origen de la intervención del sujeto externo en cada una de las dos figuras, las materias que se sujetan a la mediación y cuáles al arbitraje y finalmente las diferencias entre los fallos que se emite en cada caso. Destacando como conclusión la necesidad de la existencia de la mediación para resolver las conflictivas humanas aunque ésta no implique la formalidad que implica un marco normativo.

A main point inside societies is to achieve the interaction through out self-constitution and self regulation, leaving as a last resource the system of justice established. It is society the one to create and encourage the different civil spaces. In this context mediation turns out to be of great importance. This article makes a brief analysis of the concept of mediation comparing it with a legal figure with certain similarities such as the arbitration; we go over each term, the origin of the intervention of an external subject in each of the two figures, the matters that can subject to the mediation and which can be subjects to the arbitration and finally the differences between the verdicts resulted after each case. And as a conclusion stands out the necessity of the existence of mediation to solve human conflicts even if it does not involve the formality as much as a legal system.

Sumario: 1. Introducción. / 2. Arbitraje. / 3. Arbitraje y mediación. / a) vocablo. / b) características del nexo. / c) origen del rol. / d) materias sujetas al arbitraje y mediación. / e) el fallo. / 4. Conclusión.

1 Introducción

La democracia y los procesos de solución de conflictos en la sociedad, requieren de una legalidad y legitimidad; sin embargo la importancia de la socialización y del aprendizaje de la convivencia y civilidad es una razón intrínseca del modelo. "En efecto, vivir entre seres socialmente democráticos no es ningún problema. Lo que produce dificultades es convivir en una misma nación con quienes no lo son o no han podido llegar a serlo. Y abandonar a tales seres a la pura legalidad vigente es convertir la vida social en un centro del vigilar y **castigar**, como planteó Foucault".¹

Otro tanto puede afirmarse de la jurisdicción, pues a pesar de que el Estado tiene como potestad para la impartición de justicia a ésta, sólo se activa cuando los propios ciudadanos no pueden dirimir sus controversias y sus diferencias por vía de la civilidad humana o cuando se infringen las normas.

Una sociedad democrática entonces, cuyos ciudadanos recurren cada vez más al sistema de justicia formal es una sociedad incompleta pues no sólo la legalidad es condición de su quehacer sino también el alcanzar una convivencia de respeto.

En este argumento, el sistema de justicia se convierte en el último recurso para la acción, pues la capacidad de entendimiento y acuerdo humano es un **desiderátum**, cuya incidencia supera al Estado

*Profesor-investigador del Departamento de Derecho de la UAM-A.

1. Fernando Mires, *Civilidad. Teoría política de la posmodernidad*, Madrid, Trotta, 2001, p. 101.

como una forma de remediar una supuesta ley del más fuerte entre los seres humanos.

Así una sociedad civil democrática viva se mide también en función de sus posibilidades de autoconstitución y autoregulación, es decir, aquélla que, no obstante la existencia del Estado, es capaz de seguir funcionando.

Coincidimos en pensar así que, "toda democracia vive una paradoja que a su vez determina su doble carácter. Por un lado, es obra de sujetos. Por otro, espacio formativo de sujetos o, si se prefiere, espacio de civilidad".²

En función de esta idea general los espacios de civilidad deben ser creados y fomentados por la propia sociedad civil y el Estado democrático.

Por ello, hemos insistido en diversas colaboraciones para la revista *Alegatos* del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco, que hoy orgullosamente celebra su número cincuenta; en la postura de quienes impulsan y trabajan en la investigación con la finalidad de instituir en el derecho positivo mexicano medios alternos de solución de conflictos, especialmente esta forma reciente que ha dado en llamarse "mediación".

Esta labor de caracterización no sólo es estrictamente legal pues una crítica constante en nuestro medio, es acerca de que la Constitución y la mayoría de leyes locales aún no incluyen la mediación en determinados ámbitos y que es menester tomar en cuenta que en el derecho positivo existen figuras ya probadas que aparentemente le son semejantes, tal sería el caso de la conciliación o del arbitraje. Por cierto, cuando se adentra el investigador en los estudios acerca de la mediación puede percatarse que existe una escasa aproximación a las figuras legales citadas en los textos.

Por esta razón dedicaremos este espacio que nos ofrece el consejo editorial de la revista *Alegatos* para aspirar a una comparación, aunque de forma breve, entre las peculiaridades del arbitraje respecto de la mediación, tomando en cuenta que aquella es una institución de sobra conocida en nuestro derecho positivo y de una práctica constante.

Arbitraje

El arbitraje surge así de la necesidad de las comunidades e individuos de dar solución a los con

flictos de manera no necesariamente formal o judicial.

Se trata en el arbitraje de nombrar a un tercero ajeno a las partes en conflicto a fin de aceptar un fallo o juicio que resuelva la controversia. El arbitraje que podría llamarse legal (para distinguirlo del institucional o administrativo practicado por organismos nacionales o internacionales) encuentra su régimen en las leyes de procedimientos civiles, en la codificación civil y en la mercantil.³

Este método arbitral opta por acudir a un tercero para exponerle los intereses de las partes, en función de ser considerado por éstas como idóneo para dar una posible solución a una diferencia, probablemente porque se confía en su capacidad, en su respetabilidad, o porque la ley le otorga una función arbitral. De tal manera que por esto último, el arbitraje puede estar sujeto a un procedimiento, elemento que lo relaciona más con un medio de solución de conflictos formal, esto es, institucionalizado como parte del derecho positivo y vinculado a los procesos judiciales, especialmente en el derecho nacional.

Lo formal en este caso, identifica al arbitraje ante el ciudadano o su operador mediante una serie de etapas determinadas, una cierta manifestación oral o escrita pero que siempre requiere de una exposición cuidadosa, así como espacios definidos de actuación que le dan una ordenación preestablecida y reglas a las que han de sujetarse las partes, así como el árbitro.

El recurso arbitral, sin embargo, consideramos que no ha tenido los resultados totalmente deseados en nuestro medio, pues se afirma que el arbitraje no deja de ser un proceso rígido, sujeto a esas formalidades pero que además implica cargas para las partes pues éstas tienen que generar gastos de defensa, pues exige la presencia y cobro de honorarios por el especialista en derecho. *Verbigracia*, el arbitraje de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, puede realizarse en amigable composición en cuyo caso debe observar las formalidades esenciales del procedimiento o en estricto derecho, en cuyo caso estará sujeto a las reglas de procedimiento que fijen voluntariamente las partes y a las cuales deberá someterse la procuraduría.⁴

Además en los casos en que existen estos organismos o procuradurías de defensa institucionalizadas,

2. Ibidem, p. 107.

3. Humberto Briseño Sierra, *El arbitraje comercial*, México, LIMUSA, 1988, p. 21.

4. Eduardo Castillo Lara, *Juicios Mercantiles*, México, Haría, 1991, p.126.

es requisito acompañarse de un abogado o litigante en espacios de conciliación en los cuales puede ofrecerse al arbitraje. Por esto, expertos como Tissier, han escrito sin piedad, que el arbitraje es una forma primitiva de la justicia, una etapa inferior, que no se desenvuelve más que cuando la justicia del Estado funciona mal, es muy lenta y costosa.⁵

Esto ocurre en función de asociar en la construcción del derecho, a la figura de solución de conflictos con un juzgado donde las partes se sientan instruidas por el conciliador o árbitro pero también igualmente abrumadas por los tecnicismos propios de los juzgadores y del derecho. Tradicionalmente así se cita que a los árbitros se les ha llamado "jueces árbitros".⁶

Quienes así critican esta figura, arguyen que no es, por tanto, un sistema abierto, claramente entendible para las partes, ni siquiera gratuito ni ágil en su exposición y en el encauzamiento de la conflictiva.

Pero por otra parte, destacados investigadores defienden sus bondades y la utilidad. De entre ellos, cabe destacar la labor de Humberto Briseño Sierra, a quien tomaremos a partir de este punto como un marco de referencia destacado para comparar y esbozar las cualidades que nos permiten afirmar porqué la mediación debe tener un lugar propio en nuestro sistema de solución de conflictos.

3 Arbitraje y mediación

En consecuencia procedemos a puntualizar algunas características destacables para efectos de nuestro estudio, de lo que es el arbitraje.

a) vocablo

El arbitraje en sí, se asocia frecuentemente con el derecho mercantil, pues en sus orígenes fueron los propios mercaderes quienes establecieron paneles donde las partes podían directamente defender sus causas y proponer una solución a la confrontación de intereses comerciales o el cumplimiento de acuerdos.

El arbitraje mercantil se ha calificado así mediante un vocablo que tiene semejante con lo que ahora se llama mediación: esta acepción es "intermediación

arbitral". Abundando, la palabra intermediación según el diccionario es sinónima de "mediar".⁷

Sin embargo, la intermediación mercantil, a diferencia de la mediación, pasado de un ejercicio verbal entre comerciantes que son puestos en contacto por un tercero o de una idea de alguien que se coloca entre otros dos o más partes; a caracterizar formas escritas que denotan una intervención a distancia del intermediario.

Es el caso de dos empresas comerciales que deseen celebrar un negocio de crédito por medio de un intermediario. En el derecho bancario, el contrato de carta de crédito implica la intermediación bancaria que puede ser a distancia pues en realidad se trata de una carta de recomendación.⁸

En cambio los teóricos de la mediación sostienen que uno de sus propósitos es el que las partes en conflictos estén frente a frente a fin de que intercambien sus posiciones y diferencias sobre el asunto en particular. No habría mediación sin los sujetos estando presentes.

b) características del nexo

En tanto el arbitraje se asocia como nexo de derecho con la conciliación, o la amigable composición o el laudo; la mediación no es sustancialmente alguno de ellos.

Cuando se afirma que en la mediación la base de las conversaciones entre las partes es sin una intervención manifiesta del mediador porque esto equivale a inducir la solución o no se le da la facultad de emitir un fallo porque no tiene ni jurisdicción ni tal carácter, entonces se ubica en el campo de un nexo *in situ* pero además informal.

En este nexo para la solución de controversias, la base de la actuación es la buena fe e imparcialidad, que en el caso del arbitraje, cabe preguntar si en dichos procedimientos conciliatorios en los que interviene una autoridad por ministerio de ley, o un organismo que por sus funciones debe proteger el interés de una parte en manifiesta declaración de la desventaja que tiene frente a la otra; es posible hablar de una totalidad imparcialidad, que en todo caso afecta a la igualdad en el procedimiento.

Esto no puede ni debe ocurrir en la llamada mediación, pues esta obedece a la idea de que las partes

5. Rafael de Pina, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 1980, PP- 94-95).

6. *Ibidem*.

7. Diccionario Enciclopédico Larousse, México, 1996, p. 565.

8. L. Carlos Dávalos Mejía, *Títulos y contratos de crédito, quiebras*, México, Haría, p. 727.

actúan de igual a igual suponiendo que el sujeto mediador está presente de manera imparcial en su relación. El tercero imparcial actúa así como favorecedor y conductor de la comunicación.⁹

Por lo que hace a la comunicación en el encuentro, generalmente en los procedimientos arbitrales se apoya en las comunicaciones escritas, pues las partes como hemos dicho antes, frecuentemente actúan asistidas por un abogado o defensor. En contraste el nexo en la mediación es un asunto informal donde se pretende no dejar una constancia que pueda ser revisada por alguien ajeno a esa mediación. El propósito es que cualquier registro no sirva de base para futuras acciones legales; se trata de alcanzar una solución garantizada por un absoluto ambiente de buena fe, que alcanzado éste, entonces sí, pueda plasmarse en un acuerdo.

En este sentido, nuestra posición se coloca entre aquellos que sostienen un enfoque menos convencional, donde una de las interacciones básicas del ser humano consiste en negociar para sobrevivir.¹⁰

c) origen del rol

Otro aspecto importante en la comparación de ambas figuras, radica en el origen de la intervención del sujeto ajeno a las partes, pues en el arbitraje existe un momento en el que se compulsa y que es el resultado, por ejemplo en lo mercantil, de una cláusula compromisoria en los contratos o documentos de vinculación. El fundamento de esta cláusula en el terreno mercantil, es el artículo 1051 del Código de Comercio vigente que señala que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalen en el propio Código, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral.

Precisamente se observa esta peculiaridad en el arbitraje denominado académicamente como "institucional", donde la presencia de un organismo al que se ha dotado de la facultad de otorgar el servicio profesional de arbitraje es incluida en las cláusulas para dirimir el cumplimiento de un contrato comercial.

En contraste la mediación en su práctica actual en México, puede originarse o no a partir de un acuerdo contractual, pero es de dudarse que encuentre su obligatoriedad a partir de que en nuestro derecho aún se le considera como una técnica y no como un medio convencional para la solución de conflictos, como *verbigracia* la cataloga la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo en su artículo II.

d) materias sujetas al arbitraje y mediación

Las leyes mexicanas no excluyen de la posibilidad del arbitraje a determinadas personas, excepto a los incapaces, sino más bien determinan las materias que pueden ser sujetas a tal procedimiento. Así, existe el arbitraje en transferencia de tecnología y explotación de patentes y marcas, en inversiones extranjeras; en protección al consumidor; en seguros y derechos de autor; en comercio exterior, todo ellos derivados del más antiguo arbitraje mercantil que ya desde el Código de Comercio mexicano de 1890 lo consideraba.

Briseño Sierra afirma que es nulo el arbitraje que verse sobre delito, dolo y culpa futura; sobre la pretensión civil que nazca de un delito, sobre sucesión futura, sobre herencia, antes visto testamento, si lo hubiere, y sobre el derecho a recibir alimentos, con base en el artículo 2950 del Código Civil vigente.¹¹ En la mediación se aceptan esta distinción de materias, surgiendo así la mediación civil, mercantil, comunitaria y siendo altamente discutida en otros sectores, como la mediación penal. Pero en tanto en el arbitraje se funda en las leyes particulares, a la mediación no se le vincula como una ley particular, sino más bien como una técnica alterna para la justicia, como un auxiliar para que las partes no lleguen a los tribunales. Por ello se le ha criticado en el sentido de que puede hacer nugatorios derechos irrenunciables o derechos sociales básicos.

De aquí su dificultad para incluirla con un procedimiento específico en las leyes. Queda aquí pendiente profundizar sobre la desnaturalización de la figura al comprenderla detalladamente en una legislación en particular. Lo que puede afirmarse es que en el caso del derecho nacional tampoco está prohibida su utilización y ello porque no puede prohibirse

9. Juan Tapia Mejía, "Mecanismos alternos de solución de conflictos". Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Familia celebrado del día 3 al 7 de septiembre del año 2000 en Bogotá, Colombia y aún no publicada.

10. Luis Miguel Díaz, "Negociar o mediar en vez de litigar para la solución de conflictos", revista *Este País*, México, enero 2001, pp. 23-28.

11. Humberto Briseño Sierra, *Op.cit.*, p. 31.



Mientras el arbitraje se funda en leyes particulares, al mediador no se le vincula con la misma ley, ya que es un auxiliar para que las partes no lleguen a los tribunales.

lo que es inherente al ser humano: su capacidad de autorreflexión y negociación.

e) el fallo

Los laudos arbitrales constituyen sentencia ya sea sobre cuestiones incidentales o sobre el fondo del asunto, decidiendo según las reglas del derecho y aceptándose la amigable composición o el fallo en conciencia (*ex aequo et bono*), según establece el artículo 628 del Código de Procedimientos Civiles vigente. La intervención arbitral se consuma pues con un fallo obligatorio para las partes.

A diferencia de ello, en la mediación el tercero no tiene poder para obligar a las partes a cumplir sus apreciaciones sobre la situación y por tanto las partes no tienen que acatar lo que el mediador proponga. El mediador se erige como un sujeto que colabora en la definición y concreción del problema, la toma de los acuerdos y la manera en cómo han de cumplirse.

Es por tanto, un facilitador de la comunicación, pero no decide sobre el problema, sino que son las partes las que activamente contribuyan a su encauza-

miento negociador. Su papel activo, sin embargo, radica en que no sólo es un observador sino que prepara a las partes para el encuentro, introduce elementos de reflexión que flexibilicen las posiciones de las partes y puedan ver al otro en forma más humana.¹²

En la mediación no existe un fallo ni la obligatoriedad de aceptar una negociación específica; por ello se afirma que es un proceso de "transferencia de aprendizaje" donde las partes adquieren un conocimiento tácito de su problemática que después puede ser utilizado en situaciones semejantes, como en el caso de la mediación escolar.

4 Conclusión

De estas breves reflexiones en torno del arbitraje y de la mediación podemos inferir que el tratamiento en los

12. Ponencia "La mediación, una alternativa para los menores que delinquen y las víctimas de sus delitos", presentada por María del Rosario Soler Roque, en el primer coloquio internacional sobre mediación en menores celebrado el día 20 de abril del año 2001 por auspicio de la Asociación Civil "Reincorporación Social".

textos acerca de esta técnica alterna de solución de conflictos, ha obviado las comparaciones con figuras jurídicas formales, lo que en sí nos parece limitativo para caracterizar suficientemente a la mediación.

Contrastando las cualidades de ambas propuestas puede apreciarse que en el fondo existe una apreciación sobre los alcances del derecho y de las normas, puesto que no todas las manifestaciones de la realidad social o de los valores y propósitos de una sociedad es conveniente o necesario enmarcarlos en normas jurídicas.

Es claro que el derecho comprende también libertades y actos humanos que sólo pueden ser protegidos para su ejercicio facultativo, esto es, la libertad

de creencias, de pensamiento, de manifestación de las ideas, etcétera.

En ese sentido la posibilidad de negociar y convivir en civilidad por el ser humano está dentro de estas esferas donde no aparece como conveniente una regulación expresa. Esta es una de las consecuencias de la democracia y de su ejercicio.

En función de ello, cuando se desarrollan técnicas sociales para encauzar la conflictiva humana se está en presencia de formas más civilizadas de reorganizar los intereses aun cuando ello no implique la formalidad o incluso la solemnidad del marco normativo. En este último sentido es donde se expresa la mediación y de aquí la dificultad para caracterizarla desde la óptica del derecho.