



Mecanismos Alternos de Solución de conflictos en clave de Derecho Humanos

Ricardo Tapia Vega • Eduardo Pérez Olvera • Ramsés López Santamaría

Coordinadores

Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos en Clave de Derecho Humanos

Ricardo Tapia Vega, Eduardo Pérez Olvera, Ramsés López Santamaría (Coordinadores).

Mecanismos Alternos de Solución de conflictos en clave de Derecho Humanos. Primera edición, enero de 2024, Cuernavaca Morelos, México.

ISBN 978-628-7691-16-2 Corporación Universitaria Autónoma del Cauca.

1. Derecho 2. Sociología 4. México 5. Derechos humanos 6. Justicia

Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos en Clave de Derecho Humanos

Obra arbitrada bajo el sistema de pares ciegos

ISBN 978-628-7691-16-2

Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

D.R. © 2024, de todos los autores y coautores

D.R. © 2024, Ricardo Tapia Vega, Eduardo Pérez Olvera y Ramsés López Santamaría (Coordinadores)

D.R. © 2024, Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

Calle 5 No. 3-85,

Popayán, Departamento del Cauca, Colombia,

PBX: 8213000

CONTENIDO

LA APLICACIÓN DE LOS MASC EN EL SISTEMA MEXICANO, EN PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Ricardo Tapia Vega

p. 10

1.El derecho fundamental a la paz	10
2. Las formas jurídicas de resolver el conflicto	15
3. Derechos disponibles y no disponibles para la operación de los MASC	20
4. Normas adjetivas para la instrumentación de los MASC	22
5. Reflexiones finales: omisiones y prohibiciones de las normas adjetivas respecto de la instrumentación de MASC vis a vis a los mandatos constitucionales de “privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales” y de que “las leyes preverán mecanismos alternativos desolución de controversias	26

LA IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU ESTRECHA RELACIÓN CON EL DERECHO HUMANO A LA PAZ

Eduardo Pérez Olvera

p. 34

1. Las familias. Su constante evolución y dinamismo	35
2. El conflicto en relación a la familia	36
3. Las formas de terminar los conflictos	38
4. La mediación familiar y sus antecedentes en México	39
5. El proceso de mediación y sus características	42
6. La mediación como garante del derecho humano a la paz	45
7. Conclusiones	48

DERECHO INTERNACIONAL SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: MEDIACIÓN

Oscar Samario Hernández

p. 51

1. Introducción	51
2. La mediación	55
3. Cooperación Jurídica Internacional	56
4. Los buenos oficios de la Diplomática	58
5. La representación Consular	59
6. Autoridades Centrales Estatales y su carácter en el sistema de solución de controversias	60
7. Intermediación Judicial en los convenios de procedimiento civil	61
8. Actuación Convencional de las Autoridades Centrales	61
9. Convenios Internacionales Multilaterales	63

10. Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Niños y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños	64
11. Proceso de Malta marzo 2004	66
12. Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción	68
13. Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción	71
14. Conclusiones	74

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU UTILIZACIÓN EN LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Obed Alue Ramírez, Perla Esmeralda García Ruiz

p. 77

1. Introducción	78
2. La tutela judicial efectiva y la incorporación de la inteligencia artificial	78
3. La inteligencia artificial y su utilización en el derecho	82
3.1 Principales programas de Inteligencia artificial utilizados en Argentina y EUA	83
4. La aplicación de la inteligencia artificial en los MAS.....	87
4.1 Diferencia entre Online Dispute Resolution (ODR) e inteligencia artificial	88
4.2 Inteligencia artificial y mecanismos alternativos de solución de controversias	89
5. Reflexiones finales	92

LA MEDIACIÓN, FAMILIA Y LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Wendy Zavala Lara

p. 95

1. Introducción	96
2. Mediación	96
3. Mediación familiar	98
4. Cultura del acuerdo	100
5. Ámbito de actuación de la mediación	101
6. ¿Quién es el mediador y a qué está obligado?	102
7. Principios, ventajas y desventajas de la mediación en relación con su operatividad	104
8. El enfoque de derechos centrado en las niñas, niños y adolescentes	108
9. La mediación y su relación con la custodia compartida	109
10. Conclusiones	112
11. Fuentes de Investigación	113

LA CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN PREJUDICIAL EN MATERIA FAMILIAR COMO UNA FORMA OBLIGATORIA PARA ACCEDER A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Graciela Reyes Millán

p. 115

1. Introducción	116
2. La tutela judicial efectiva frente a los formalismos procesales	116
3. Los alcances de la mediación y conciliación en los procesos de carácter familiar	123
4. Reflexiones finales	129

MEDIACIÓN PENITENCIARIA PARA UNA CULTURA DE LA PAZ

Andrea Gómez Beltrán

p. 132

1. Introducción	132
2. Desarrollo	134
3. Conclusiones	144

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: ANÁLISIS EN CLAVE DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Lizeth Juliana García Atra

p. 148

1. Medios alternativos de solución de conflictos y derecho indígena: consideraciones preliminares	149
2. Mediación comunitaria	151
3. Contexto internacional	152
4. Regulación normativa y jurisprudencial en Colombia	159
5. Medios alternativos de solución de conflictos, caso concreto: indígenas Wayuú	162
6. Conclusiones	164

LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SU APLICACIÓN EN LA REPARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS EJECUTADAS EXTRAJUDICIALMENTE EN COLOMBIA

Mariana Gómez Cabanillas, Santiago Felipe Rendón Hurtado, Ramsés López Santamaría

p. 167

1. Introducción	168
-----------------------	-----

2. Conceptualización sobre víctimas del conflicto armado dentro del marco de la ejecución extrajudicial en Colombia	168
2.1 De las definiciones jurisprudenciales	169
2.2 De las definiciones doctrinales	173
3. Análisis documental y casos sobre la efectividad de la conciliación en temas de reparación a las víctimas ejecutadas extrajudicialmente	177
3.1 Análisis documental sobre la relación que pueda existir entre la conciliación y reparación a las víctimas ejecutadas extrajudicialmente	177
3.2 Determinar la aplicación de la conciliación en temas de reparación	180
4. Conclusiones	182

REFLEXIONES ENTORNO A LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Ramsés López Santamaría, Sara Luz García Biojo

p. 185

1. Introducción	186
Glosario	187
2. Positivación de los derechos humanos y cómo se ha aplicado en las constituciones de Colombia	188
2.1 Introducción: la positivación de los derechos humanos en Colombia	188
2.2 La inclusión de los derechos humanos en la Constitución Política de 1991: un avance significativo	192
3. Los Derechos Humanos entorno a la Constitución Política de 1991	195
3.1 El papel de la Constitución en la protección de los Derechos Humanos	195

3.2 Reflexiones sobre la efectividad de la positivación de los derechos humanos en Colombia	197
4. Conclusiones	199

LA CONCILIACIÓN, UN MECANISMO PREVENTIVO DE LOS PROCESOS JUDICIALES EN COLOMBIA Y SU CONTRIBUCIÓN EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

Ramsés López Santamaría, Sara Valentina Valencia Quesada

p. 204

1. Introducción	205
2. La Conciliación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos	208
2.1 La conciliación a través de los medios digitales	212
3. La Conciliación en el Derecho Penal y Administrativo en Colombia	213
3.1 La Conciliación en el Derecho Penal Colombiano	214
3.2 La Conciliación en el Derecho Administrativo Colombiano	216
4. Conclusiones	220

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO HERRAMIENTAS CONTRA EL MALTRATO ANIMAL: UNA APLICACIÓN NECESARIA EN COLOMBIA

Guillermo Andrés Coral, Nayda Ordoñez Torres, Julián David Guachetá Torres

p. 224

1. Introducción	225
2. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y la protección animal	227

3. ¿Cuándo sería viable la aplicación de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, en casos de maltrato animal?	229
4. ¿Por qué no se pueden aplicar todos los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en casos de maltrato animal?	232
5. La prioridad de los MASC: Proteger al animal no al humano	234
6. Disminución de la impunidad con la aplicación de estas herramientas	235
7. Conclusiones	236
8. Fuentes de Investigación	237

LA APLICACIÓN DE LOS MASC EN EL SISTEMA MEXICANO, EN PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Ricardo Tapia Vega¹

RESUMEN

El presente trabajo expone una visión de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) como medios de tuición de la paz considerando a esta como derecho fundamental, ponderando la importancia de ubicar que derechos son disponibles para poder operar los MASC, y cuales no lo son, proponiendo al efecto la aplicación de un test de disponibilidad, para finalizar presentando reflexiones sobre el efecto de los mandatos constitucionales de “privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales” y de que “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”.

Palabras claves: MASC, sistema mexicano, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The present work presents a vision of the Alternative Dispute Resolution Mechanisms (ADR) as means of guardianship of peace considering it as a fundamental right, pondering the importance of locating which rights are available to be able to operate the ADR, and which are not. are, proposing the application of an availability test, to conclude by presenting reflections on the effect of the constitutional mandates to "privilege conflict resolution over procedural formalities" and that "the laws will provide for alternative dispute resolution mechanisms" .

Key words: ADR, mexican system, fundamental rights.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PAZ

¹ Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Profesor Investigador de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad. Investigador Nivel I, en el Sistema Nacional de Investigadores de CONAHCYT. Autor en diversos artículos, revistas y libros. Abogado litigante. Correo electrónico: ricardo.tapia@uaem.mx

Se tiene la idea generalizada de que los derechos humanos son las prerrogativas de que debe gozar todo ser humano. Trovel y Serra² los define como “los privilegios fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Son derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concepción de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados por ésta”.

Cuando esas prerrogativas se positivizan en textos normativos se denominan derechos fundamentales³. Pérez Luño⁴ distingue así a los “derechos humanos” y a los “derechos fundamentales” al señalar que:

[E]stas dos nociones de derecho no significan lo mismo, por más que exista una profunda interrelación entre ambas. Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de derecho. Por tanto, los derechos fundamentales constituyen un sector, sin duda el más importante, de los ordenamientos jurídicos positivos democráticos.

No obstante, en la práctica lingüística, se aprecia el uso de una semántica similar para “derechos humanos” y “derechos fundamentales”⁵.

Expuesto lo anterior, el término “paz” se define como “relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos”⁶, además se considera que “la paz duradera es premisa y requisito para el ejercicio de todos los derechos y deberes humanos”⁷.

En el derecho internacional vinculante o *hard law*, sobresale la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, tratado internacional que indica, en su numeral 1.1, que “la paz internacional es el primero y fundamental objetivo de las Naciones Uni-

2 Trovel y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, Ed. Tecnos, España, 1968, p. 11.

3 Cfr. Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías*, en Oliva Gómez, Eduardo y Tapia Vega, Ricardo, *Contextos jurídicos en clave de derechos humanos*, Ed. Eternos Malabares, México, 2017, p. 41.

4 Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, España, 2005, p. 46

5 Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre derechos...*, *ob. cit.*, p. 43

6 Diccionario de la Real Academia Española, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.rae.es/> (consultado hasta el 27 de junio de 2023)

7 Unesco, *El Derecho Humano a la Paz*, Declaración del Director General, p. 5, visible en el siguiente sitio de internet: http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2_S.PDF (consultado el 23 de marzo de 2023).

das”. Ahora, siguiendo el contenido del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸, que prevé como fuente normativa internacional al *ius cogens*, que es definido como:

una norma imperativa de derecho internacional general [que] es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Tenemos que el derecho a la paz, ha sido considerado como norma de *ius cogens*. En esa línea, Gros Espiell⁹ refiere que:

El derecho a la paz es un derecho que reviste este carácter de *jus cogens* por un doble motivo.

Por constituir la necesaria proyección de las consecuencias de la interdicción del uso de la fuerza en los términos fijados en el párrafo 4 del artículo 2¹⁰ de la Carta de Naciones Unidas, caso reconocido unánimemente como una de las situaciones a la que es aplicable el concepto de *jus cogens*.

Y además porque el derecho humano a la paz, una (sic) de las expresiones del derecho a la vida, en cuanto derecho humano, es por ello, asimismo, uno de los casos de *jus cogens*, concepto que incluye actualmente y de manera necesaria todo lo referente al reconocimiento, la protección y garantía del núcleo esencial de los derechos humanos.

En el *soft law* internacional, la resolución 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (“Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz”), asevera que el vivir en paz es un derecho de todas las naciones y de todos los individuos, y la resolución 39/11, de esa misma Asamblea (“Declaración sobre el Derecho

8 Así como los artículos 64 y 71 de dicha Convención.

9 Gros Espiell, Héctor, *El derecho humano a la paz*, pp. 533-534, visible en el siguiente sitio de internet: <https://cor-teidh.or.cr/tablas/r21744.pdf> (consultado el 2 de junio de 2023)

10 Artículo 2. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

...

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

de los Pueblos a la Paz”), en sus artículos 1 y 2¹¹, hace explícito el derecho a la paz¹²; destacando también, que en cuanto al contenido de este derecho, la UNESCO ha manifestado que¹³:

La paz no es solamente un valor que deba regir las relaciones internacionales. La paz es también un derecho humano del que todas las personas, los grupos y los pueblos somos titulares: todas y todos tenemos derecho a vivir en paz; todas y todos tenemos derecho a una paz justa, sostenible y duradera. La paz no es sólo ausencia de conflictos armados, internos o internacionales. La paz es un concepto mucho más amplio y positivo que engloba el derecho a ser educado en y para la paz; el derecho a la seguridad humana y a vivir en un entorno seguro y sano; el derecho al desarrollo y a un medio ambiente sostenible; el derecho a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia frente a actividades que supongan amenazas contra la paz; el derecho a la resistencia contra la opresión de los regímenes que violan los derechos humanos; el derecho a exigir a todos los Estados un desarme general y completo; las libertades de pensamiento, opinión, expresión, conciencia y religión; el derecho al refugio; el derecho a emigrar y participar en los asuntos públicos del Estado en que el se resida; y el derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación efectiva que asiste a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

En el derecho comparado, destaca el artículo 22 de la Constitución Política de la República de Colombia que establece que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”¹⁴.

11 “1. Proclama solemnemente que los pueblos de la tierra tienen un derecho sagrado a la paz.

2. Declara solemnemente que preservar el derecho de los pueblos a la paz y promover la realización de ese derecho constituyen una obligación fundamental para cada Estado;

Subraya que, para asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz, es indispensable que la política de los Estados tienda a la eliminación de las amenazas de guerra, sobre todo de guerra nuclear, del abandono del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales y a la solución pacífica de los diferendos internacionales sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas”.

12 Cfr. Tapia Vega, Ricardo, Reflexiones sobre el derecho fundamental a la paz, en Tapia Vega, Ricardo, et al, *La construcción de la paz*, Ed. Universidad Autónoma del Estado de Morelos-Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, México, 2020, pp. 24-27.

13 Véase *La paz es un derecho humano*, s./a., visible en el siguiente sitio de internet: http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=films_details&id=2800 (consultado el 23 de marzo de 2023).

14 La Corte Constitucional de Colombia ha dicho que este derecho “por su propia naturaleza pertenece a los derechos de tercera generación, y requiere el concurso para su logro de los más variados factores sociales, políticos, económicos e ideológicos que, recíprocamente se le puede exigir sin que se haga realidad por su naturaleza concursal o solidaria”, concluyendo que “se ha sostenido que este tipo de derechos (el derecho humano a la paz) tiene un carácter proclamatorio en razón de las dificultades para que de ellos se predique la eficacia jurídica. De todos modos y es lo que interesa ahora, no se trata de un ‘Derecho Natural’ cuyo cumplimiento inmediato pueda demandarse de las autoridades públicas o de los particulares a través de la acción de tutela”. Véase Derecho a

En relación al sistema mexicano, me parece que a pesar de que la Constitución federal no explicita que la paz sea un derecho fundamental, de manera implícita su texto nos lleva a considerarla como tal, al establecer que la cultura de la paz debe fomentarse en la educación, que la seguridad pública debe de preservar la paz social, y que la paz constituye un principio de la dirección de la política exterior mexicana¹⁵ y ¹⁶. Además, si apreciamos el efecto vinculante para el Estado mexicano de las normas de *hard law* internacional referidas supralíneas, y el carácter orientador que dan a estas las normas de *soft law* internacional referidas también con antelación, y consideramos que la zona dogmática de la Constitución mexicana se estructura a manera de bloque, integrando en un solo módulo a los derechos fundamentales reconocidos en su texto y los reconocidos en los Tratados Internacionales de los México es parte¹⁷, podemos considerar a la paz como un derecho fundamental.

la Paz/Derecho Colectivo/Acción Popular/Acción de Tutela – Improcedencia”, Acción de Tutela, Sentencia No. T-08, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá, 1992, citada por Vidal León Christian Manelic, en El derecho humano a la paz y su aplicación en los sistemas jurídicos nacionales y en el derecho internacional, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/derechoalapaz/articulos/chistianvidal.pdf> (consultado el 2 de junio de 2023).

15 La Constitución mexicana, en su artículo 3, párrafo cuarto indica que “la educación...tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia...”, en su artículo 21, párrafo noveno, que “la seguridad pública es una función del Estado...cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social...”, y, en la parte in fine de la fracción X de su artículo 89 que “las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:...X...el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales...”.

16 Cfr. Tapia Vega, Ricardo, Reflexiones sobre el derecho..., *ob. cit.*, p. 27.

17 El párrafo primero del artículo 1 de la Constitución prescribe que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...”. En esa tesitura el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado que “El primer párrafo del artículo 10. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte”, agregando que “los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”. Véase la tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), registro 2006224, emitida en la décima época por el Pleno de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”.

2. LAS FORMAS JURÍDICAS DE RESOLVER EL CONFLICTO¹⁸

El término “conflicto” quiere decir “combate, lucha pelea...problema, cuestión, materia de discusión”¹⁹. Ezequiel Ander-Egg²⁰ “sostiene que el conflicto es un proceso social en el cual dos o más personas o grupos contienden, unos contra otros, en razón de tener intereses, objetos y modalidades diferentes, con lo que se procura excluir al contrincante considerado como adversario”. El término controversia se refiere a un estadio anterior al conflicto, que implica la posibilidad de convertir algo en discutible, de modo que dos posiciones opuestas se confrontan. Si una controversia no es gestionada pasa al estadio del conflicto²¹.

Por su parte, como ya se ha visto, el término “paz” alude a la relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos. Así, considero, atento a lo expuesto en el ítem inmediato anterior, que el derecho fundamental que inicialmente se afecta con el conflicto es el inherente a la paz²².

A lo largo de la historia, se ha visto que el ser humano ha utilizado diversos mecanismos para zanjar sus conflictos o controversias, siendo éstos básicamente tres: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición²³; confrontando las ideas de los autores referidos al pie, explicaremos a continuación cada uno de estos mecanismos.

La autotutela importa la imposición coactiva de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sin la intervención de terceros. Fue en un principio el medio más utilizado para resolver conflictos. Actualmente, en lo general, la autotutela está prohibida y es punida²⁴ ; no obstante, aún subsisten lícitamente algunas de sus for-

18 Cfr. Tapia Vega, Ricardo, Reflexiones sobre justicia alternativa, proceso y derechos humanos, en Rojas Castro, Ma. Ovidia y Vizcaino López, María Teresa (coordinadoras), *Mediación, Educación Jurídica y Formación de Facilitadores*, Ed. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2018, pp. 108-111, y Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, Ed. Diké-Universidad Santiago de Cali, Colombia, 2021, pp. 17-23.

19 Diccionario de la Real Academia Española, *ob. cit.*

20 Citado en Fuquen Alvarado, María Elina, Los conflictos y las formas alternativas de resolución, en *Tabula Rasa. Revista de Humanidades de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca*, Colombia, num. 1, enero-diciembre de 2003, p. 267, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.redalyc.org/pdf/396/39600114.pdf> (consultado el 22 de junio de 2023).

21 Cfr. Vilalta Nicuesa, Aura Esther, *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Ed. Aranzadi, España, 2013, p. 50.

22 Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo...*, *ob. cit.*, p. 128.

23 Véase Robles Garzón, Juan Antonio (director-coordinador), *Conceptos básicos del derecho procesal civil*, Ed. Tecnos, ed., 5ª, Madrid (España), 2016, pp. 43-47; Moreno Catena, Víctor, y Cortés Domínguez, Víctor, *Introducción al derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 7ª, Valencia (España), 2013, pp. 36-40; y Ovalle Favela José, *Teoría General del Proceso*, Ed. Oxford University Press, ed. 7ª, México, 2016, pp. 4-33.

24 El artículo 17 de la Constitución Federal, dispone en su primer párrafo que “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”, y el Código Penal Federal (artículo 226) tipifica como delito de ejercicio indebido del propio derecho, a la conducta consistente en “que para hacer efec-

mas, por ejemplo, en el corte de las ramas de predio vecino extendidas en el propio²⁵, o en la destrucción de animales que no siendo de nuestra propiedad causen daños en el fundo propio²⁶.

La autocomposición consiste en un arreglo alcanzado de forma voluntaria por los propios contendientes para lograr la pacificación. Se concreta a la renuncia parcial a las posiciones defendidas inicialmente, lo que al mismo tiempo puede implicar el reconocimiento de los derechos de la parte contraria; por tanto uno o ambos contendientes ceden voluntariamente en sus iniciales pretensiones, y de ese modo queda pacificado el litigio. Ahora, en este mecanismo son los propios contendientes los que solucionan el conflicto, aunque, eventualmente puede participar una tercera persona²⁷ que actuará inter partes²⁸.

Los mecanismos autocompositivos pueden clasificarse en unilaterales y bilaterales, e implican de algún modo actos de disposición de la pretensión o del derecho para poner fin a un conflicto, en los primeros la solución se alcanza por la concesión de alguna de las partes, y en los segundos por el acuerdo de éstas. Así, dentro de los aparatos autocompositivos unilaterales se encuentran:

tivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia”, encontrando uno de sus tipos correlativos en el fuero común, en el numeral 303 del Código Penal de Morelos, que castiga “Al que para hacer efectivo su derecho empleare violencia”.

25 Ver, por ejemplo, los artículos 848 del Código Civil Federal y 1015 del Código Civil de Morelos.

26 Ver, por ejemplo, los artículos 865 y 866 del Código Civil Federal y 1024, fracciones VII y VIII, del Código Civil de Morelos.

27 Como en la Mediación (que algunos autores ubican en la heterocomposición), donde la función del tercero se limita a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. Normalmente se lleva a cabo de manera informal, aunque actualmente existen en varios sistemas jurídicos centros de justicia alternativa encargados de la mediación en conflictos (ver, por ejemplo, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal). O como en la Conciliación (que algunos autores ubican también en la heterocomposición), donde el tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel más activo, consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. La conciliación puede ser extrajurisdiccional o jurisdiccional, y ésta última puede ser preprocesal, manifestada en una etapa previa a la iniciación del proceso, o intraprocesal, dentro del desarrollo del proceso y antes de su conclusión. Entre la conciliación extrajurisdiccional se encuentra la que realiza, por ejemplo, la Procuraduría Federal del Consumidor (en adelante PROFECO), derivada de las facultades que le otorga el artículo 24 fracción XVI de la Ley Federal de Protección al Consumidor, o la que efectúa la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros (en adelante CONDUSEF), derivada de las facultades que le otorgan los artículos 11 fracción III, 60 y 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Entre la conciliación jurisdiccional se encuentra la prevista, en prácticamente todos los códigos adjetivos civiles del país, posterior a la fijación de la litis y antes de apertura del juicio a prueba, como audiencia de conciliación y depuración.

28 Ovalle Favela, *ob. cit.*, considera que la mediación y la conciliación son formas intermedias entre los mecanismos autocompositivos y los heterocompositivos, pues en ambas se da la intervención de un tercero que aviene a las partes, pero son finalmente estas últimas las que deciden la suerte del litigio.

1. La renuncia a la acción, que es la dejación definitiva del derecho tal y como se había configurado inicialmente, solucionando así el conflicto de fondo (respecto de derechos renunciables o disponibles).
2. El Desistimiento, que es la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante²⁹. En materia penal se habla del perdón del ofendido, que es una forma de extinción de la pretensión punitiva³⁰ y en ocasiones también de la potestad ejecutiva³¹ en los delitos perseguibles por querrela (en ambos casos obviamente respecto de derechos renunciables o disponibles)³².
3. El Allanamiento, que es la aceptación o sometimiento del demandado a la pretensión de la parte actora (respecto de derechos renunciables o disponibles).

Algunos autores³³ incluyen también a la negociación, como medio autocompositivo (unilateral) donde “las partes se reúnen, solas o con la asistencia de sus abogados, pero sin la participación de un tercero y buscan resolver por sí mismas el o los asuntos que suscitaron el conflicto, dialogando e intentando convencer y persuadir a la otra parte para llegar a algún acuerdo”.

Y dentro de los aparatos autocompositivos bilaterales se encuentra:

La Transacción, que es un acuerdo de voluntades (contrato) por medio del cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones (respecto de derechos renunciables o disponibles), terminan una controversia (salvo cuando ya está fallada judicialmente) presente o previenen una futura³⁴.

29 Ver, por ejemplo, los artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y 251 del Código Procesal Civil de Morelos. Dichos dispositivos se refieren a desistimiento de la demanda y de la acción; éste último implica la renuncia a los actos procesales llevados a cabo, sin tener posibilidad de volver a promover una nueva demanda, en tanto que el primero implica renunciar a los actos procesales llevados a cabo, pudiendo de nuevo volver a presentar la demanda en diverso juicio ulterior. El desistimiento de la acción no requiere el consentimiento del demandado, pero obliga al actor a pagar los gastos y costas y los daños perjuicio originados por la apertura de la instancia. El desistimiento de la demanda requiere el consentimiento del demandado sólo cuando se plantea posteriormente al emplazamiento.

30 Por ejemplo, ver artículo 93 del Código Penal de Morelos.

31 Por ejemplo, ver artículos 81 fracción VII, 93 y 94 del Código Penal de Morelos.

32 Por ejemplo ver el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como los numerales 198 y 510 fracción II del Código Procesal Civil de Morelos.

33 Véase por ejemplo Cornelio Landero, Eglá, Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano, en *Barataria. Revista Castellano-Manchega en Ciencias Sociales*, num. 17, junio 2014, p.88, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf> (el 10 de julio de 2023).

34 Ver, por ejemplo, los artículo 2944 a 2963 del Código Civil Federal; y 2427 a 2444 del Código Civil de Morelos.

La heterocomposición, por su parte, supone el último escalón en la evolución de los sistemas de resolución de conflictos. En estos interviene un tercero imparcial que, actuando *supra* parte, les impone su decisión. Tradicionalmente se han reconocido dos sistemas heterocompositivos: el arbitraje y el proceso.

El Arbitraje se identifica como un tercero ajeno llamado árbitro (privado) que no se limita a proponer la solución del conflicto a las partes, sino que va a disponer dicha solución (previo sometimiento de éstas³⁵ a ése medio de solución) a través de una resolución obligatoria para las partes, a la que se le conoce como laudo. Pero ese laudo, por provenir de un árbitro privado carente de imperio, debe ser homologado a sentencia ante un juzgador del estado para tener eficacia ejecutivo coactiva³⁶.

El Proceso es característico, ya que el tercero ajeno que decide la controversia es un órgano jurisdiccional del Estado, un juzgador con potestad o imperio no sólo para emitir una resolución obligatoria para las partes, sino también para imponerla por sí mismo en forma coactiva (previo planteamiento de la controversia por una de las partes, pero sin necesidad de la existencia de un acuerdo previo entre ellas para someter el litigio al juzgador)³⁷.

35 Ya sea mediante compromiso arbitral (convenio principal que suscriben las partes para solucionar un conflicto presente) o mediante cláusula compromisoria (cláusula contenida en un contrato principal referente al sometimiento arbitral si llegase a presentarse algún conflicto derivado de dicho contrato principal).

36 Ver, por ejemplo, los artículos 609 al 635 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y los artículos 560 al 589 del Código Procesal Civil de Morelos. Conviene aclarar que existen órganos estatales que a pesar de tener denominaciones alusivas al arbitraje (como las Juntas –federales o locales- de Conciliación y Arbitraje o los Tribunales –federales o locales- de Conciliación y Arbitraje), no son propiamente árbitros (más bien desahogan procesos), pues sus facultades para conocer y resolver conflictos no derivan del acuerdo previo de las partes, sino de la fuerza de la ley y del imperio del Estado, y sus resoluciones son obligatorias y poseen fuerza ejecutiva. Existen también otros organismos estatales que sí tienen funciones de arbitraje si las partes someten sus diferencias a ellos, como son la PROFECO y la CONDUSEF (Ver artículos 121 y 128 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, así como los artículos 80 a 84 de la Ley de protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

37 El artículo 14 de la Constitución Federal establece en sus párrafos segundo al cuarto que:

“...

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

En tanto que el artículo 17 de la misma Ley Fundamental, en su segundo párrafo indica que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Algunos autores como el ya citado Ovalle Favela³⁸ consideran que el Ombudsman es también un sistema heterocompositivo y argumentan que este es un organismo tercero ajeno que asume la protección de los derechos del pueblo contra actos de funcionarios públicos. Como ejemplos en México de este tipo de organismos cita, entre otros organismos, a la Procuraduría Federal del Consumidor, a la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y a las Comisiones Nacional y Estatales de Derechos Humanos. Aunque estos organismos no emiten resoluciones obligatorias sino recomendaciones cuya eficacia depende de la respetabilidad del organismo que las formula, de la fundamentación de sus propuestas y de la disposición de las autoridades para acatarlas.

Otros autores como Vilalta Nicuesa³⁹, consideran que más bien el ombudsman aprovecha las bondades de los métodos autocompositivos y heterocompositivos, creando una nueva modalidad híbrida entre dichos métodos, pues en ella un tercero, que suele ser una persona de reconocido prestigio, pero vinculada a una institución, tiene encomendada la tarea de facilitar, sugerir o proponer una solución a los problemas que se le planteen entre dicha institución y terceros; sugerencia que resulta vinculante para la institución, pero no así para el particular, que puede rechazarla y acudir a otros medios.

Ahora, los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (en adelante MASC),

son aquellos procedimientos establecidos en la ley que se presentan como opciones que permiten a las personas gestionar los conflictos de manera voluntaria, negociada y satisfactoria para todas partes, cada uno a través de diversas estrategias, y procedimientos, con la finalidad de lograr acuerdos con plena validez legal, fuera de procesos judiciales tradicionales⁴⁰.

Acorde a lo antes expuesto, los MASC estarían ubicados dentro de los mecanismos autocompositivos bilaterales de solución del conflicto.

Finalmente, considero oportuno referir que a mi parecer los medios de solución del conflicto tienen una dimensión subjetiva, que parte de la observación de los intervinientes en cada medio, criterio taxonómico dominante hasta ahora, pero también aprecio una dimensión objetiva, que parte de la observación de la manera en que el conflicto es resuelto, y, en esta última aprecio tres categorías: autotutela (solución del conflicto “por propia mano”), combate reglado (proceso y arbitraje), y concertación (medios alternos al proceso y al arbitraje).

38 Ovalle Favela José, *Ob. cit.*, pp. 25-26.

39 Vilalta Nicuesa, *Ob. cit.*, p. 65.

40 Véase el siguiente sitio de internet: <https://www.camasc.org.mx/masc/> (consultado el 22 de junio de 2023).

3. DERECHOS DISPONIBLES Y NO DISPONIBLES PARA LA OPERACIÓN DE LOS MASC ⁴¹

Como presupuesto a la solución del conflicto, mediante los mecanismos alternos al proceso o al arbitraje, es indispensable tener en claro si el derecho en juego en el conflicto es disponible o no lo es, pues sólo en caso de que lo sea las partes podrán justamente disponer de él.

Así, si el derecho puede ser transable o renunciable es posible negociar, mediar o conciliar respecto a éste, en una escala que puede ir, según el caso, desde su renuncia hasta su concertación.

En cambio si el derecho en juego no es susceptible de transacción o de renuncia, no podrá negociarse, mediar o conciliarse respecto a éste.

Pero, hay que estar atento a las distintas profundidades o matices de los derechos, pues algunos de ellos permiten ciertas zonas de transacción o renuncia que posibilitan los medios alternos, aunque presenten algunas otras zonas que no den esa posibilidad.

Por ejemplo, en materia de alimentos la obligación de dar alimentos entre deudor y acreedor no es transable o renunciable⁴², pero sí lo es el monto de dichos alimentos⁴³ o el acuerdo entre deudores comunes para cubrir los alimentos a un acreedor común⁴⁴.

En ese sentido, me parece que una herramienta útil para poder ubicar si el derecho en juego en el conflicto es disponible o no lo es, es aplicar el siguiente test de disponibilidad que hemos venido proponiendo⁴⁵:

A) Ubicar con precisión el derecho que se pretende sea objeto de acto dispositivo,

B) Determinar si existe alguna restricción normativa para la disposición de ese derecho,

41 Véase Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre justicia alternativa....*, ob. cit., pp. 114-115.

42 Véase por ejemplo la tesis aislada XXXI.8 C, registro 166516, pronunciada en la 9ª época por el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, bajo la ponencia de la magistrada Mayra González Solís, de rubro “ALIMENTOS. AL SURGIR DE UN IMPERATIVO LEGAL, REVESTIDO DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS GENERAL, SU ALCANCE Y EFECTIVIDAD NO PUEDEN DEPENDER DE UN CONVENIO EXTRAJUDICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE)”.

43 Véase por ejemplo la tesis aislada, registro 241318, pronunciada en la 7ª época por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro David Franco Rodríguez, de rubro “ALIMENTOS. CONVENIOS”.

44 Véase por ejemplo la tesis aislada XXII.2 C, registro 204398, pronunciada en la 9ª época por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, bajo la ponencia del magistrado Julio César Vázquez-Mellado García, de rubro “ALIMENTOS. CONVENIO CELEBRADO ENTRE DEUDORES ALIMENTARIOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE HIDALGO)”

45 Pérez Olvera, Eduardo, tesis de maestría intitulada Los MASC en materia familiar. Hacia un test de disponibilidad den derechos, bajo la dirección de Ricardo Tapia Vega, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2023, p.166.

C) En caso de existir restricción normativa, determinar si esta es total o parcial, y si es parcial determinar si el derecho que se pretende que sea objeto de acto dispositivo se encuentra o no dentro de la restricción y,

D) En caso de que el derecho que se pretende que sea objeto de acto dispositivo se encuentre dentro de la restricción, determinar si esa restricción es o no proporcional en relación a la disposición del derecho que se pretende, aplicando en ese caso test de proporcionalidad.

Respecto de los dos últimos pasos de este test, si las limitaciones que en su caso existieren para la disposición de derechos, donde prima facie la operación de los MASC estaría restringida o incluso prohibida, es preciso observar si la norma que restringe o prohíbe afecta o no los derechos fundamentales que integran la zona dogmática de la constitución (el llamado bloque de constitucionalidad). Si dicha norma efectivamente limita algún derecho fundamental, habrá que observar si incide en el ámbito de protección del derecho limitado, para a partir de ahí, si la conclusión es negativa, terminar el examen concluyendo que no hay lesión a derechos fundamentales; pero, y si la conclusión es afirmativa, ha de pasarse al siguiente nivel de análisis, que es ahora la aplicación del test de proporcionalidad⁴⁶. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación presenta dicho test en cuatro etapas⁴⁷:

1. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida.

46 Cfr. con la tesis aislada, 1a. CCLXIII/2016 (10a.), registro 2013156, emitida en la décima época, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”.

47 Véanse las tesis aisladas: 1a. CCLXIII/2016 (10a.), registro 2013156, emitida en la décima época, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”; 1a. CCLXIII/2016 (10a.), registro 2013156, de rubro TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL; 1a. CCLXV/2016 (10a.), registro 2013143, de rubro “PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA”; 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), registro 2013152, de rubro “SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”; 1a. CCLXX/2016 (10a.), registro 2013154, de rubro “TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”; y 1a. CCLXXII/2016 (10a.), registro 2013136, de rubro “CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”; emitidas todas en la décima época, y bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

En sentido similar la Segunda Sala de dicha Corte ha determinado, en la tesis jurisprudencial, 2a./J. 10/2019 (10a.), registro 2019276, emitida en la décima época, bajo las ponencias de los ministros Javier Laynez Potisek y José Fernando Franco González Salas de rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL”,

2. Examen de la idoneidad de la medida legislativa (debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador).
3. Examen de la necesidad de la medida legislativa (debe analizarse si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental), y
4. Examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa (consiste en realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental).

4. NORMAS ADJETIVAS PARA LA INSTRUMENTACIÓN DE LOS MASC

Los ordenamientos adjetivos que prevén MASC suelen explicitar normas para su operación e incluso etapas del procedimiento para su aplicación.

que: “Para verificar si algún derecho humano reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte se ha transgredido, el juzgador puede emplear diversos métodos o herramientas argumentativas que lo ayuden a constatar si existe o no la violación alegada, estando facultado para decidir cuál es, en su opinión, el más adecuado para resolver el asunto sometido a su conocimiento a partir de la valoración de los siguientes factores, entre otros: a) el derecho o principio constitucional que se alegue violado; b) si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho, o si es una verdadera restricción o impedimento en su disfrute; c) el tipo de intereses que se encuentran en juego; d) la intensidad de la violación alegada; y e) la naturaleza jurídica y regulatoria de la norma jurídica impugnada. Entre los métodos más comunes para solucionar esas problemáticas se encuentra el test de proporcionalidad que, junto con la interpretación conforme, el escrutinio judicial y otros métodos interpretativos, constituyen herramientas igualmente útiles para dirimir la violación a derechos. En este sentido, esos métodos no constituyen, por sí mismos, un derecho fundamental, sino la vía para que los Jueces cumplan la obligación que tienen a su cargo, que se constriñe a decidir, en cada caso particular, si ha existido o no la violación alegada. Sobre esas bases, los Jueces no están obligados a verificar la violación a un derecho humano a la luz de un método en particular, ni siquiera porque así se lo hubieran propuesto en la demanda o en el recurso, máxime que no existe exigencia constitucional, ni siquiera jurisprudencial, para emprender el test de proporcionalidad o alguno de los otros métodos cuando se alegue violación a un derecho humano”.

De igual modo, y en esa misma tesitura, véase la tesis jurisprudencial, 2a./J. 11/2018 (10a.), registro 2016133, emitida en la décima época, por la misma Segunda Sala, y también bajo las ponencias de los ministros Javier Laynez Potisek y José Fernando Franco González Salas de rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN”

Así, en México, entre otros ejemplos, se observa que en materia civil, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, prevé para el juicio ordinario oral civil, una etapa específica para la operación de los MASC, al indicar en su artículo 457, fracción II:

Artículo 457. Atendiendo a lo establecido en el artículo 251, se desarrollará la audiencia preliminar con las siguientes etapas:

- I. Depuración del procedimiento;
- II. Conciliación de las partes y en su caso, invitación a la mediación ante los Centros Alternativos de Justicia del Poder Judicial respectivo;
- III. Depuración del debate;
- IV. Calificación sobre admisibilidad o desechamiento de pruebas, y
- V. Citación para audiencia de juicio.

Las partes podrán solicitar a la autoridad jurisdiccional, de manera verbal, en las audiencias, que se subsanen las omisiones o irregularidades de debido proceso, que se llegasen a presentar en la substanciación del procedimiento oral, para el solo efecto de regularizar el mismo.

Permaneciendo en todo momento la posibilidad para concertar la solución del litigio acudiendo incluso a las instituciones de justicia alternativa, en términos del numeral 461 del citado código, que dispone que

cuando en la audiencia no se logre conciliación, lo planteado por las partes no se registrará por ningún medio, ni producirá efecto alguno dentro del procedimiento o fuera de él. Asimismo, se les hará saber a las partes, la posibilidad que tienen en todo momento para llegar a un acuerdo, e incluso, acudir al centro de justicia alternativa o institución análoga que corresponda.

Observándose también en el juicio oral familiar, etapas específicas para la operación de los MASC, al indicarse en los sus artículos 672, fracción II y 673, fracción III, del ordenamiento antes citado, que:

Artículo 672. La primera fase de la audiencia preliminar consistente en la junta anticipada tiene por objeto:

- I. El intercambio de información y de pruebas entre las partes;
- II. Formular propuestas de convenio;
- III. Establecer acuerdos sobre hechos no controvertidos, y
- IV. Proponer acuerdos probatorios, dentro de los cuales se puede incluir la exclusión parcial o total de pruebas o la incorporación de otras.

La persona secretaria judicial dará cuenta inmediata a la autoridad jurisdiccional con el resultado de la junta anticipada.

Artículo 673. La segunda fase de la audiencia preliminar iniciará inmediatamente después de concluida la primera, y en ella se desarrollarán las siguientes etapas:

I. La enunciación de la Litis, que es el momento procesal en que se precisarán las prestaciones admitidas y sus contestaciones;

II. La depuración del procedimiento, momento en que se estudiará y resolverá lo atinente a los presupuestos y excepciones procesales, salvo las cuestiones competenciales las cuales se tramitarán de conformidad con las reglas previstas en el presente Código Nacional;

III. La revisión y aprobación del convenio que hayan celebrado las partes. En caso de no existir convenio en la primera fase, en esta segunda se procurará la conciliación o mediación entre las partes ante la autoridad jurisdiccional;

IV. La revisión de acuerdos de hechos o probatorios y en su caso, nueva discusión, proposición y fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos y exclusión total o parcial de medios de prueba o incorporación de nuevos factores probatorios, independientemente de los acordados en la fase anterior;

V. La admisión y preparación de las pruebas;

VI. La revisión oficiosa de las medidas provisionales y órdenes de protección decretadas, y

VII. Citación para la audiencia de juicio.

Permaneciendo también en todo momento la posibilidad para concertar la solución del litigio acudiendo incluso a las instituciones de justicia alternativa, en términos del numeral 667 del citado código, que dispone que:

Artículo 667. En cualquier etapa del procedimiento, la autoridad jurisdiccional exhortará a los interesados a lograr un avenimiento con el que pueda darse por terminado el asunto, ello siempre y cuando no existan conductas de violencia acreditadas en juicio.

Para este fin, se les hará saber a las partes los beneficios de llegar a un convenio proponiéndoles soluciones.

Si en audiencia los interesados llegan a un convenio, la autoridad jurisdiccional lo sancionará y aprobará de plano si procede legalmente, y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada.

Las declaraciones, propuestas o aceptaciones de las partes, no surtirán efecto legal alguno en juicio ni podrán ser utilizadas por la parte contraria. Las propuestas

y pronunciamientos de la autoridad no implican ningún tipo de prejuicio sobre el fondo del asunto.

La autoridad jurisdiccional les hará saber a las partes la posibilidad de acudir al centro de justicia alternativa o institución análoga en las Entidades Federativas para formar parte de un proceso de mediación o conciliación.

En materia penal, el artículo 6 de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos indica que

los Mecanismos Alternativos podrán ser aplicados desde el inicio del procedimiento penal y hasta antes de dictado el auto de apertura a juicio o antes de que se formulen las conclusiones, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en la legislación procedimental penal aplicable.

En esa línea, el artículo 184 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que “son formas de solución alterna del procedimiento: I. El acuerdo reparatorio, y II. La suspensión condicional del proceso”, precisando en sus artículos 188 y 193 que:

Artículo 188. Procedencia Los acuerdos reparatorios procederán desde la presentación de la denuncia o querrela hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio. En el caso de que se haya dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes de que se haya dictado el auto de apertura a juicio, el Juez de control, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por treinta días para que las partes puedan concretar el acuerdo con el apoyo de la autoridad competente especializada en la materia. En caso de que la concertación se interrumpa, cualquiera de las partes podrá solicitar la continuación del proceso.

Artículo 193. Oportunidad Una vez dictado el auto de vinculación a proceso, la suspensión condicional del proceso podrá solicitarse en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura de juicio, y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos.

De donde se aprecia que una vez acordada la apertura al juicio es improcedente la solución de la controversia por medio de los MASC.

Por otra parte, hay materias en las que no se prevén los MASC. Por ejemplo, en materia de amparo⁴⁸, o en la mayoría de los procesos contenciosos administrativos⁴⁹.

48 Salvo en el cumplimiento sustituto de la ejecutoria de amparo, donde el artículo 205, último párrafo, dispone que “el quejoso y la autoridad responsable pueden celebrar convenio a través del cual se tenga por cumplida la ejecutoria. Del convenio se dará aviso al órgano judicial de amparo; éste, una vez que se le compruebe que los términos del convenio fueron cumplidos, mandará archivar el expediente”.

49 Aunque en las legislaciones locales ya se encuentran algunos ordenamientos que prevén la aplicación de MASC en la justicia contenciosa administrativa, entre otros, la Ley de Procedimiento y Justicia Administrativa

5. REFLEXIONES FINALES: OMISIONES Y PROHIBICIONES DE LAS NORMAS ADJETIVAS RESPECTO DE LA INSTRUMENTACIÓN DE MASC VIS A VIS A LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES DE “PRIVILEGIAR LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO SOBRE LOS FORMALISMOS PROCEDIMENTALES” Y DE QUE “LAS LEYES PREVERÁN MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”

Los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos disponen que:

Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

...

para el Estado de Oaxaca, que en su artículo 40, fracción VI, indica que “Ponen fin al procedimiento administrativo: ...VI. El convenio de las partes, siempre y cuando no sea contrario al ordenamiento jurídico ni verse sobre materias que no sean susceptibles de transacción, y tengan por objeto satisfacer el interés público, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regula...”; la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Chihuahua, que en su artículo 25 indica que “En el auto en que se admita la demanda, en caso de que la parte demandante así lo haya manifestado en su demanda, la o el magistrado instructor indicará si la controversia es factible de solucionarse a través de conciliación, en cuyo caso, impulsará a las partes para que sigan dicho procedimiento, en cualquier momento del juicio hasta antes de dictar sentencia”; la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa de Baja California, que en su artículo 70 indica que “En cualquier etapa del juicio, hasta antes de la citación para sentencia, las partes podrán celebrar convenios para conciliar sus intereses. En tal caso, los convenios se presentarán para su ratificación y aprobación ante el órgano de primera instancia del conocimiento para que, en su caso, sea elevado a la categoría de cosa juzgada”, o el Código de Procedimientos Administrativos que en su artículo 265 indica que “En cualquier momento de la tramitación del proceso administrativo, o en la etapa de cumplimiento de sentencia y, ante la Dirección de Mediación y Conciliación, las partes podrán llegar a arreglos conciliatorios que pongan fin al asunto, siempre que no sean contrarios a las disposiciones legales aplicables. Los acuerdos o convenios respectivos aprobados por el magistrado de la sala del conocimiento producirán todos los efectos jurídicos inherentes a una sentencia ejecutoria”, entre otros ordenamientos.

Del texto constitucional trasunto se desprende la indicación de aplicar las interpretaciones conforme y pro persona en las normas relativas a los derechos humanos (2o párrafo), así como la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de realizar un control ex officio de los derechos humanos (3er párrafo), tomando para ello como parámetro de control al bloque de constitucional integrado por los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte (1er párrafo).

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, ha dispuesto que⁵⁰:

...la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución. En otras palabras, esa supremacía intrínseca no sólo opera en el momento de la creación de las normas, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prolonga, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas. A su eficacia normativa directa se añade su eficacia como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas. Este principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento con la Constitución, reiteradamente utilizado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse. Así el juez ha de procurar, siempre que sea posible, huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma y, en el caso concreto, de

50 Tesis jurisprudencial, 1a./J. 37/2017 (10a.), registro 2014332, emitida en la décima época, bajo las ponencias de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, de rubro "INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA".

ser posibles varias interpretaciones, debe preferirse aquella que salve la aparente contradicción. Ahora bien la interpretación de las normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de conservación de ley, que se asienta a su vez en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador. En el caso de la ley, fruto de la voluntad de los representantes democráticamente elegidos, el principio general de conservación de las normas se ve reforzado por una más intensa presunción de validez. Los tribunales, en el marco de sus competencias, sólo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución. En cualquier caso, las normas son válidas mientras un tribunal no diga lo contrario. Asimismo, hoy en día, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio pro persona, contenido en el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Y el Pleno de dicha Corte de Justicia de la Nación ha establecido que⁵¹:

De conformidad con lo previsto en el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 10. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133⁵² en relación con el artículo 10. consti-

51 Tesis aislada, P. LXVII/2011(9a.), registro 160589, emitida en la novena época, bajo la ponencia de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, encargándose del engrose el ministro José Ramón Cossío Díaz, de rubro “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”.

52 El artículo 133 de la Constitución federal mexicana, al igual que el segundo párrafo del artículo Seis de la Constitución de los Estados Unidos de América, dispone: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Pre-

tucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

En esa tesitura, los derechos fundamentales de la parte dogmática de la Constitución penetran en todas las normas e instituciones del sistema, por lo que actualmente se habla de una constitucionalización de todo derecho, a la que Riccardo Guastini⁵³ se refiere como el “proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado de las normas constitucionales”⁵⁴, siendo esto también conocido como dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

sidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

- 53 Citado por Ortega García, Ramón, La constitucionalización del derecho mexicano, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, nueva serie, año XLVI, num. 137, mayo-agosto de 2013, p. 605. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-pdf-S004186331371144X> (consultado el 18 de abril de 2023).
- 54 Ortega García, Íbidem pp. 606-067, también refiere que Guastini establece diversas características que según se cumplan, marcará el grado de constitucionalización de un ordenamiento, precisando que esas características son:
1. La existencia de una Constitución rígida, esto es, una Constitución escrita que tiene protección frente a la legislación secundaria en tanto que no puede ser derogada, modificada o abrogada a través del procedimiento legislativo ordinario, sino mediante uno de tipo especial, más complejo;
 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, que se refiere al control constitucional de las leyes, el cual puede adoptar distintas modalidades (a posteriori/a priori, in concreto/in abstracto, etcétera), pero siempre ejercido por un órgano judicial;
 3. La fuerza vinculante de la Constitución, que significa que todas sus normas son obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos;
 4. La “sobreinterpretación” de la Constitución, que hace referencia a la necesidad de que el texto constitucional sea interpretado extensivamente para obtener de él las innumerables normas implícitas, reguladoras de cualquier aspecto de la vida social y política;
 5. La aplicación directa de las normas constitucionales, que alude al hecho de que la Constitución debe ser aplicada directamente por todas las autoridades normativas y en ocasión de cualquier controversia, incluso las de carácter privado;
 6. La interpretación conforme de las leyes, que se refiere al deber del juez de interpretar la ley de acuerdo con el texto de la Constitución, buscando armonizar la primera con la segunda y evitar así un conflicto entre ambas; y
 7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en el hecho de que esta nor-

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dispuesto que⁵⁵:

Los derechos fundamentales gozan de una doble cualidad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, ya que comparten una función subjetiva y una objetiva. Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, los derechos fundamentales tienen una función objetiva, en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo.

Tomando como marco lo anteriormente expuesto, se destaca que el tercer párrafo del numeral 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica que “siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”, y el párrafo quinto de dicho arábigo establece que “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”

De donde se aprecia que el texto constitucional ordena a las autoridades “privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales” siempre y cuando “no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio”, y envía un mensaje imperativo al legislador prescribiendo que “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”.

ma confiere a un tribunal constitucional la facultad de resolver los conflictos competenciales de los poderes públicos, entendidos como desacuerdos políticos en torno a las relaciones de poder entre los órganos del Estado; así como en el control que ejerce el propio tribunal sobre la discrecionalidad política del legislador, a través de distintos mecanismos”.

55 Tesis jurisprudencial, 1a./J. 43/2016 (10a.), registro 2012505, emitida en la décima época, por la Primera Sala de la SCJN, bajo las ponencias de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz, de rubro “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA”.

En mi opinión, los anteriores enunciados constitucionales establecen instrumentos de tuición respecto al derecho fundamental a la paz o a vivir en paz, pues los imperativos ahí establecidos tienden a gestionar la solución de conflictos y controversias, lo cual procura la restauración de la relación de armonía entre las personas.

Estos instrumentos consisten en la previsión legal de los MASC, lo que implica una reserva de ley para su configuración, y en el privilegio de la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, cuyo único límite es que no se afecten en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos.

Así las cosas, considero que el hecho de que existan ordenamientos procedimentales que no contemplen explícitamente a los MASC (omisiones) o que no los permitan (prohibiciones), no impide el tránsito de los mismos.

En el primer caso, si el ordenamiento que rige la gestión del conflicto es omiso en contemplar MASC, la falta de previsión adjetiva explícita pueden verse como formalismo procedimental superable, y aplicarse directamente el mandato constitucional, por lo que, el único límite para la procedencia de dichos MASC sería, como se ha dicho, que no se afecten en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos.

En el caso de las prohibiciones, habrá que estudiar en cada caso si esas proscripciones afectan o no los derechos fundamentales del bloque de constitucionalidad; y si efectivamente limitan algún derecho fundamental, habrá que observarse si hay incidencia en el ámbito de protección del derecho limitado, para a partir de ahí, si la conclusión es afirmativa, pasarse a la aplicación del test de proporcionalidad referido en el ítem 3, supra, que pudiere parar incluso en la inaplicación de la norma prohibitiva.

6. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

Moreno Catena, Víctor, y Cortés Domínguez, Víctor, *Introducción al derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 7ª, Valencia (España), 2013

Ovalle Favela José, *Teoría General del Proceso*, Ed. Oxford University Press, ed. 7ª, México, 2016

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, España, 2005

- Pérez Olvera, Eduardo, tesis de maestría intitulada Los MASC en materia familiar. Hacia un test de disponibilidad den derechos, bajo la dirección de Ricardo Tapia Vega, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2023
- Robles Garzón, Juan Antonio (director-coordinador), *Conceptos básicos del derechos procesal civil*, Ed. Tecnos, ed., 5ª, Madrid (España), 2016
- Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, Ed. Diké-Universidad Santiago de Cali, Colombia, 2021
- _____, Reflexiones sobre justicia alternativa, proceso y derechos humanos, en Rojas Castro, Ma. Ovidia y Vizcaíno López, María Teresa (coordinadoras), *Mediación, Educación Jurídica y Formación de Facilitadores*, Ed. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2018
- _____, Reflexiones sobre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías, en Oliva Gómez, Eduardo y Tapia Vega, Ricardo, *Contextos jurídicos en clave de derechos humanos*, Ed. Eternos Malabares, México, 2017
- _____, Reflexiones sobre el derecho fundamental a la paz, en Tapia Vega, Ricardo, et al, *La construcción de la paz*, Ed. Universidad Autónoma del Estado de Morelos-Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, México, 2020
- Trovel y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, Ed. Tecnos, España, 1968
- Vilalta Nicuesa, Aura Esther, *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Ed. Aranzadi, España, 2013

NORMATIVAS

- Carta de la Organización de las Naciones Unidas
- Código Civil Federal
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos
- Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
- Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares
- Código Nacional de Procedimientos Penales
- Código Penal Federal
- Código Penal para el Estado de Morelos
- Código Procesal Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos de Morelos
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Constitución Política de la República de Colombia
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- Ley de Justicia Administrativa del Estado de Chihuahua
- Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal

Ley de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado de Oaxaca

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros

Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa de Baja California

Ley Federal de Protección al Consumidor

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos

Resolución 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (“Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz Resolución 39/11, de esa misma Asamblea (“Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz”)

ELECTRÓNICAS

Cornelio Landero, Eglá, Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano, en *Barataria, Revista Castellano-Manchega en Ciencias Sociales*, num. 17, junio 2014, p.88. Visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.redalyc.org/pdf/3221/32213252006.pdf> (el 10 de julio de 2023).

Buscador de Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, visible en el siguiente sitio de internet: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (consultado hasta el 27 de junio de 2023)

Diccionario de la Real Academia Española, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.rae.es/> (consultado hasta el 27 de junio de 2023)

Fuquen Alvarado, María Elina, Los conflictos y las formas alternativas de resolución, en *Tabula Rasa. Revista de Humanidades de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca*, Colombia, num. 1, enero-diciembre de 2003, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.redalyc.org/pdf/396/39600114.pdf> (consultado el 22 de junio de 2023)

Gros Espiell, Héctor, *El derecho humano a la paz*, visible en el siguiente sitio de internet: <https://corteidh.or.cr/tablas/r21744.pdf> (consultado el 2 de junio de 2023)

Ortega García, Ramón, La constitucionalización del derecho mexicano, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, nueva serie, año XLVI, num. 137, mayo-agosto de 2013. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-de-derecho-comparado-77-pdf-S004186331371144X> (consultado el 18 de abril de 2023).

Sitio de internet: <https://www.camasc.org.mx/masc/> (consultado el 22 de junio de 2023)

UNESCO, *El Derecho Humano a la Paz*, Declaración del Director General, visible en el siguiente sitio de internet: http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2_S.PDF (consultado el 23 de marzo de 2023)

UNESCO, *La paz es un derecho humano*, s./a., visible en el siguiente sitio de internet: http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=films_details&id=2800 (consultado el 23 de marzo de 2023)

Vidal León Christian Manelic, en *El derecho humano a la paz y su aplicación en los sistemas jurídicos nacionales y en el derecho internacional*, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/derechoalapaz/articulos/chistianvidal.pdf> (consultado el 2 de junio de 2023)

LA IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU ESTRECHA RELACIÓN CON EL DERECHO HUMANO A LA PAZ

Eduardo Pérez Olvera¹

RESUMEN

La importancia de la mediación familiar en México como garante del derecho humano a la paz, ha venido a ser un instrumento alternativo de resolución de conflictos, y tiene su implementación en la reforma del año 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 17, la cual tiene como finalidad, evitar un proceso judicial ordinario y adaptarse a las nuevas formas de la familia, por ello, estimula la solución de manera amistosa así como comunicativa de las controversias dentro del ámbito de las familias, por lo que se requiere de acciones específicas para promover y fomentar la aplicación de la mediación familiar en la práctica jurídica, porque favorece la convivencia y fortalece la cultura de la paz.

Palabras claves: Mediación, familias, derechos humanos, la paz, conflictos.

ABSTRACT

The importance of family mediation in Mexico guarantees the protection of human rights and contributes to social peace. So that mediation as alternative dispute resolution has the purpose of avoiding an ordinary judicial process, for this reason it stimulates the solution in a friendly and communicative way of controversies within the scope of families, for which specific actions are required. to promote and foster the application of family mediation in legal practice.

Key words: Mediation, families, human rights, peace, conflicts.

¹ Licenciado en Derecho, Maestro en Derecho Familiar por la Escuela de Derecho, Posgrado y Práctica Jurídica, y Maestrando en Derecho por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, ponente nacional e internacional, autor de diversos artículos, docente y abogado litigante, e-mail: olvera.perez.eduardo@outlook.com

1. LAS FAMILIAS. SU CONSTANTE EVOLUCIÓN Y DINAMISMO

De acuerdo con la constante evolución de la familia existen diversas formas de conceptualizar al derecho que regula su comportamiento externo ante la sociedad, tanto es así que Oliva Gómez considera que es “necesario definir lo que debe entenderse por derecho de familia, derecho de familias o, derecho de las familias”². De lo anterior se infiere que, el sistema jurídico mexicano regula a las familias, y que esta se encuentra bajo la observancia de las instituciones del Estado, sin embargo la misma concepción del derecho familiar se ha transformado debido a que se encuentra en constante evolución multidisciplinaria.

Tanto es así que, Beck-Gernsheim considera que “es difícil hablar simplemente sobre el concepto de familia, pues muchos de los conceptos habituales ya no concuerdan con la realidad, suenan anticuados y puede que incluso sospechosos, al ser incapaces de reproducir el sentimiento y la realidad vital de las nuevas generaciones”³. Lo que conlleva, a que en esta época contemporánea es difícil poder definir con un solo concepto a la familia o las familias y su forma de conformarse, debido a que por su constante dinamismo, en la actualidad existen diversas formas de integrar a la familia, lo que conlleva diversas formas de conceptualarla.

De lo anterior mencionado, la forma de conformar a las familias se ha transformado considerablemente en las últimas décadas, es por ello, que menciona Morcan citado por Friedrich Engels “la familia es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto”⁴. Morgan siglos atrás refería a la familia como un elemento activo, por lo tanto ese dinamismo se ubica perfectamente en nuestra época, toda vez que, en la actualidad se cuenta con más de once tipos de ellas, porque así como evoluciona y cambia la sociedad, las familias siempre están en un constante dinamismo.

Ahora bien, actualmente se cuenta con más de once tipos de formas de integrar las familias, de ello se puede contemplar las siguientes: la tradicional, la monoparental, la generacional, de acogida, la adoptiva, la de iguales, la de migrantes, la global, la post matrimonial, la reconstituida y la concubinaria entre otras. Entonces así, en esta época contemporánea es difícil dar un solo concepto de lo que es el derecho de familia o derecho de las familias, debido a que se encuentra en constante evolución, y que según el enfoque disciplinario que se le dé, el derecho familiar tendrá un significado diferente.

2 Gómez Oliva, Eduardo, *Derecho de Familias*, Mexico, Tirant lo blanch, 2022, p. 128.

3 Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinvencción de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, España, Paidós, 2003, p. 46.

4 Engels, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Moscú, Progreso, 2017, p. 47.

2. EL CONFLICTO EN RELACIÓN A LA FAMILIA

El conflicto se encuentra en la naturaleza misma del ser humano desde su existencia, y no se ha podido conocer su origen. Por ello, “el conflicto, además, puede aparecer como resultado de la incompatibilidad entre conductas, objetivos, percepciones y/o afectos entre individuos y grupos que plantean metas disímiles”⁵. El conflicto está inmerso en todos los ámbitos, se pueden considerar algunos conflictos de manera enunciativa: laborales, personales, familiares, sociales, colectivos, emocionales, político, jurídicos y religiosos entre otros. El conflicto recae en la incompatibilidad de caracteres, teniendo como base la pretensión de una de las partes y la oposición de la otra parte.

Algunos factores por las que puede surgir el conflicto son:

1. La manera subjetiva de percepción de las cosas, esto es, que las partes perciben las cosas de manera diferente, cada uno con un punto de vista diverso y opuesto.
2. La fallas en la comunicación, esto es, que no existe entre las partes buena comunicación o una de las partes se opone a recibir el dialogo y,
3. El deseo de una pretensión y la oposición a esa pretensión, esto es, que una de las partes solicita una pretensión y la otra parte pone una resistencia a la pretensión solicitada de la parte contraria, lo que da como finalidad una colisión de interés o pretensiones.

Los conflictos se pueden dar solamente por la falta de compatibilidad de caracteres, asimismo siempre va incluir a las partes principales, los intereses opuestos y al problema que origino el conflicto. Después de un análisis exhaustivo se llegó a la conclusión que la tipología del conflicto se puede integrar por los siguientes conflictos:

- I. Conflicto intrapersonal, el cual se da de manera interna, ya sea emocional, o psicológica, en el cual existe una negación o impedimento para poderlo comunicar, transmitir o hacérselo saber a otra persona,
- II. El conflicto interpersonal, es la confrontación y la tensión derivada de los padres en cuestiones meramente vinculadas con la ideología, así como la cultura en relación con la educación, orientación, apoyo, impulso, organización, moralidad y el cómo dirigir a sus hijos e hijas dentro del núcleo familiar,
- III. El conflicto intragrupal, relaciones antagónicas entre los individuos de un grupo sociales, culturales, deportivos, políticos, religiosos o los conflictos que se suscitan entre la madre y el padre como un grupo, y su vez los hijos e hijas, haciendo las veces de otro grupo y,

5 Fuquen Alvarado, María Elina, “Los conflictos y las formas alternativas de resolución”, Colombia, *Tabula Rasa*, 2003, p. 266.

IV. El conflicto intergrupalo, el cual se suscita entre dos o más grupos, el cual puede ser el conflicto de interés entre dos grupos políticos o religiosos o de cual índole, pero que entre ellos se encuentran pretensiones distintas.

El conflicto en relación directa con los integrantes de las familias, se suscitan según Marines Suares en tres etapas⁶: a) El nacimiento del conflicto, b) El estallido del conflicto y, c) El desarrollo de la guerra. Entonces así, el nacimiento del conflicto; surge cuando las partes en no han logrado generar la paz o armonizar la situación, por ello las partes empiezan a desarrollar tensión entre ellas, la comunicación empieza a ser nula y predomina la competencia o rivalidad entre las partes, asimismo se generan pretensiones diversas, y ninguna de las partes tiene la intención de extinguir sus intereses, por ende surge la rivalidad, pero también es el momento de prevenir el conflicto o de armonizar la situación, con la finalidad de que no estalle el conflicto, porque en esta etapa la contienda aumenta y las posibilidades de una solución disminuye.

Por otro lado, el estallido del conflicto; es la etapa intermedia donde las partes fijan una postura cerrada, dejando sin efectos la comunicación, la empatía y la comprensión, teniendo como base el cumplimiento unilateral de una pretensión o interés, sin embargo en esta etapa las partes no logran un arreglo al conflicto. Por ello, las partes se adentran a la última etapa, el desarrollo de la guerra o conflicto; en esta etapa prevalece la contienda, hasta llegar a las agresiones mediante los gestos, posturas, lenguaje y movimientos, por ende las partes intentan dañar o perjudicar a la otra parte, con la intención de lograr su objetivo y satisfacer sus intereses.

Las familias por su constante dinamismo no están exentas de conflictos entre sus integrantes, es por ello, que a nivel nacional en el año 2020 el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal del INEGI⁷, mediante su informe anual registró el ingreso en los juzgados de primera instancia de los tribunales de todo el país 1, 577, 327 (un millón quinientos setenta y siete mil trescientos veintisiete) de demandas en las materias familiar, civil, mercantil, causas penales y justicia para adolescentes, del cual casi el 40% (por ciento) corresponde únicamente a la materia familiar, lo que refleja que los conflictos entre los integrantes de las familias están aumentando y por ende se encuentran por encima de otras materias.

En el orden de las familias, surgen una serie de conflictos que día a día se gestionan en los órganos jurisdiccionales como lo son: el pago de los alimentos, la guarda, la custodia, las convivencias, la patria potestad y las sucesiones entre otras. Por ello

6 Suares, Marines, *Mediando en sistemas familiares*, Argentina, Paidós, 2015, p. 21.

7 Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal del INEGI, Asuntos ingresados y concluidos a en primera instancia anualmente en México año 2021, recuperado de <https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2021/> visitado 01 diciembre 2022

es necesario dar solución a los conflictos en materia familiar y con ello la importancia del Estado para observar y proteger a los integrantes de la familia, porque los derechos que allí se consagran son del orden público e interés social. En consecuencia, predomina la necesidad de generar formas de solucionar los conflictos de manera pacífica, y a su vez generar políticas públicas para garantizar a la paz como un derecho y no solo contemplar a la paz como la ausencia de la guerra.

3. LAS FORMAS DE TERMINAR LOS CONFLICTOS

Después de haber contemplado que los conflictos se encuentran en la naturaleza misma del ser humano y que siempre estarán allí, surge la necesidad de dar por terminado el conflicto, es por ello que se contempla como formas de solución de conflictos como lo son:

1. La autotutela o auto defensa,
2. La autocomposición y,
3. La heterocomposición.

En cuanto a la autotutela, se resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, unilateral y a propia mano, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso⁸. Así, puede ser conceptualizada como el medio de solución de conflictos unilateral y directo, con el objeto de obtener su interés propio mediante el uso efectivo de la fuerza, entonces así se puede definir como el medio de solución más antiguo y primitivo, que cuenta con la ausencia de la tutela judicial del Estado, es por ello que es punible y prohibida en la mayoría de los sistemas jurídicos, sin embargo existen algunas excepciones.

Por otro lado, encontramos a la autocomposición, la cual no consiste en la imposición unilateral de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sino, por el contrario, en la renuncia unilateral o bilateral a la propia pretensión o en la aceptación a la de la contraparte⁹. En esta forma de solucionar los conflictos, se contempla la forma más evolucionada de la sociedad, porque implica como base la comunicación y la forma pacífica de solucionar la controversia, y en la cual encontramos a la renuncia, el allanamiento, el desistimiento, la conciliación, la mediación y la negociación, que de manera unilateral o de manera bilateral construyen la solución al conflicto.

Por último, se encuentra a la heterocomposición, Ovalle Favela refiere que es la solución al conflicto es calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al proceso, un tercero sin interés propio en la contro-

8 Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2018, p. 55.

9 Cfr. Ovalle Favela, Jose, *Teoría general del proceso*, México, Oxford, 2016, p. 67.

versia¹⁰. En esta forma de solución de conflicto se ubica al proceso y al arbitraje, en estos procesos las partes otorgan su voluntad a un tercero, para que este tercero imparcial resuelva el conflicto mediante una resolución judicial o mediante un laudo, derivado que las partes no pudieron llegar o construir una solución, en consecuencia se someten a un tercero para que decida la solución, en esta forma de solucionar los conflictos predomina la rivalidad y es opuesta a la autocomposición.

4. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y SUS ANTECEDENTES EN MÉXICO

Desde las antiguas civilizaciones, las partes que estaban inmersas en un conflicto, buscaban al ser más instruido y longevo, para que por medio de su experiencia, su visión, su calidad humana, su objetividad y su imparcialidad mediara a las partes y se diera por terminado el conflicto, mediante una solución pacífica con la cual ambas partes quedaban satisfechas. Asimismo en la antigua China se buscaba la solución de la controversia mediante la mediación, el acuerdo y la persuasión moral.

Uno de los primeros antecedentes de la mediación en México es en la Constitución Promulgada en Cádiz de 1812, donde los alcaldes hacían las veces de conciliadores, con la finalidad de que las partes solventarían su conflicto previo a un procedimiento judicial. Posteriormente, en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal del año 1986 contemplaba, que el conciliador preparará y orientará a las partes para una solución y así dar por terminado el proceso judicial. La mediación en el año 1997, se regula en el Estado de Quintana Roo que expidió una ley estatal, y en su propia Constitución estableció a los mecanismos alternos

Ahora bien, en el 2003 crea el Centro de Justicia Alternativa dependiente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal por su acrónimo CJADF, en el cual contempla a la mediación como mecanismo alternativo. Para el año 2004 el CJADF se empiezan a resolver los primeros conflictos en sede alternativa en la materia de las familias, en controversias como: divorcio, guarda y custodia de menores, régimen de visitas, pago de pensión alimenticia, disolución de la sociedad conyugal, sucesiones y sesiones informativas, lo que daba la pauta para que la mediación familiar tuviera un impacto importante en la sociedad fuera de la sede judicial.

De ello, en el año 2007 en el Distrito Federal se emitieron las primeras leyes que regularon los mecanismos alternos, pero es hasta la reforma del año 2008 que se elevan a nivel constitucional los mecanismos alternos en su artículo 17, párrafo cuarto que establece lo siguiente “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”¹¹. La mediación se encuentra en el sistema jurídico mexi-

10 Cfr. Ovalle Favela, Jose, op. cit., p. 78

11 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 2008, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08, consultado 01 diciembre 2022.

cano desde hace ya varios siglos, y se puede establecer que tuvo su aparición desde que surge la autocomposición bilateral, esto es cuando las partes dejan atrás la violencia y la solución por medio de la autotutela. Es por ello, que surge en el momento en que la comunicación se establece por ambas partes con la ayuda de un tercero, y que pacíficamente construyen una solución.

Actualmente en la propuesta del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, menciona que los mecanismos alternos de solución de conflictos entre ellos a la mediación, deben ser potencializados, a lo que refiere que, deben ser considerados como mecanismos de primera generación y no como mecanismos alternativos o de segunda generación. Por lo cual se deben de generar las políticas públicas para garantizar la utilización de la mediación como una herramienta ordinaria y pacífica con la misma eficacia que la justicia ordinaria.

Por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹² en México considera respecto a los mecanismos alternos que

el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que es encomendada a tribunales que están expeditos para impartir justicia; y como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también puedan resolverse mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Es por ello que, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen a un mismo nivel constitucional y con la misma dignidad y tienen finalidad, que es, resolver los conflictos de cualquier índole disponible entre los sujetos que se encuentren bajo la tutela del Estado.

La Mediación familiar se ha configurado tradicionalmente con la finalidad de poder ofrecer un espacio neutral e imparcial en el marco de los conflictos en las relaciones familiares, basado en la voluntariedad y la cooperatividad, y en la escucha mutua entre los miembros de la familia, sobre la base del respeto, que es la clave para que una familia funcione. Igualmente es extensivo a intervenir en las controversias que puedan surgir en la convivencia familiar, entre padres e hijos, los esposos, los concubinos, entre hermanos o con los abuelos, identificando los intereses reales de los mediados, con vistas a lograr un acuerdo pacífico y que pueda abarcar los intereses de todos los miembros de la familia¹³.

Entonces así, la mediación familiar considera que “los seres humanos son capaces de resolver por sí mismos sus conflictos y/o disputas en forma efectiva así como

12 Tesis III.20.C.6 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo III, octubre de 2013, página 1723, registro digital 2004630.

13 Cfr. Román, Casado, “La Mediación Familiar en el Derecho Español”, España, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, p. 145.

pacífica”¹⁴. Por otro lado, la mediación es considerada como una herramienta complementaria de resolución de controversias, que permite dar por terminado el conflicto de manera rápida, pacífica, imparcial, económica, eficaz y sencilla; es un proceso en el que las partes involucradas, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial ayuda a generar la comunicación y que intervenga con un rol pasivo, lleguen a un acuerdo que beneficie a ambas partes, y en la cual se sienten ganadores.

Por lo que, la mediación familiar se extiende a aquellas materias de derecho disponible, en el ámbito de las relaciones familiares, respecto de las cuales las partes tengan interés en negociar, dentro del marco normativo, moral, interés social y del orden público. Así, alimentos, guarda y custodia, visitas y convivencias, liquidación de la sociedad conyugal, emancipación, capitulaciones matrimoniales, algunos efectos personales del matrimonio, como la elección del domicilio, el convenio regulador en crisis matrimoniales o de pareja con hijos, el derecho de visita con abuelos y otros parientes del hijo menor y ciertas cuestiones relativas a instituciones tutelares, sucesiones, acogimiento y a adopción, entre otras, pueden ser susceptibles del proceso de mediación¹⁵.

Entonces así, podemos considerar a la mediación familiar como el proceso de construcción y reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, calificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar. Por ello, la mediación como solución de alterna de conflictos familiares, tiene la finalidad de que las partes de manera pacífica así como voluntaria construyan su propia solución siempre y cuando el derecho en cuestión sea disponible y susceptible de negociación, el cual no debe ir en contra del orden público e interés social¹⁶.

La mediación goza de muchas ventajas, permitiendo a los mediados, que estén en un proceso flexible, y que la solución sea la más conveniente, sin la tensión que pueden producir los plazos del derecho, y sin ningún tipo de contaminación, que en ocasiones se generan por la intervención de letrados, que en su exceso de celo, por satisfacer a sus clientes, pueden perjudicar el diálogo y empeorar¹⁷.

La mediación tiene un impacto relevante en la actualidad, tanto es así que en el año 2020 se ingresaron 54,586 (cincuenta y cuatro mil quinientos ochenta y seis) asuntos a mediación familiar, los cuales tienen una efectividad de cumplimiento del

14 Suares, Marines, *op. cit.*, p. 37

15 *Ídem*

16 Cfr. Gomez Cabello, Maria del Carmen, “Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia. Particularidades”, Bolivia, *Noticias jurídicas, Artículos Doctrinales*, 2007, p. 2-44

17 Cfr. Cobas Cobiella, María Elena, “Mediación familiar. algunas reflexiones sobre el tema”, Bolivia, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2014, p. 32-51.

90% (por ciento) esto según el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal¹⁸, los asuntos que pasan por centros de mediación y los que mayor impacto tienen son lo de la materia familiar sobre materias como civil, mercantil y pena.

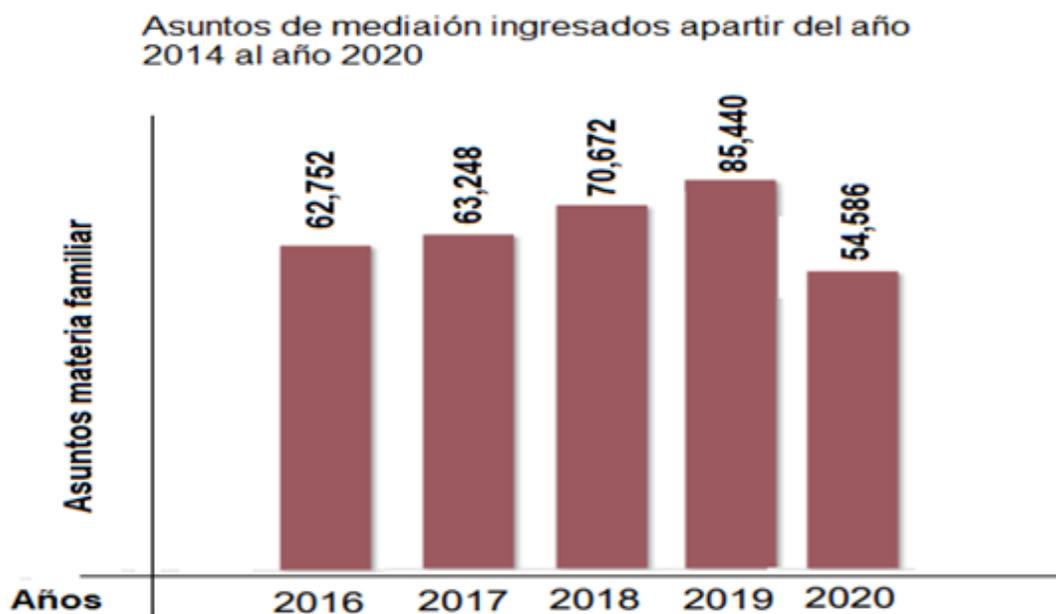


Tabla 1.1. Fuente: basada en el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal del INEGI, Justicia Alternativa año 2021.

Como se puede observar, la mediación familiar y utilización como forma pacífica va aumentando año con año, en el año 2020 disminuyo un poco debido a la pandemia Cov-19, sin embargo, la sociedad cada vez está más inmersa en la utilización de la mediación familiar, para solucionar conflictos como; alimentos, guarda y custodia, visitas y convivencia, sucesorios, liquidación de la sociedad conyugal y sesiones informativas, sin embargo en el Estado de Morelos aún se cuenta con un desfase y atraso considerable de aproximadamente 20 años en comparación a Quintana Roo, la Ciudad de México y Nuevo León.

5. EL PROCESO DE MEDIACIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS

El proceso de mediación, durante sus inicios, se llevaba a cabo de manera psico-jurídica por medio de psicólogos, con el objetivo de contener las fuertes tensiones emocionales que toda ruptura genera y un abogado que, a su vez, pudiera negociar ésta desde la perspectiva jurídica sin vulnerar derechos de terceros o del orden público.

¹⁸ Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal del INEGI, Asuntos ingresado y concluidos a en primera instancia anualmente en México año 2021, recuperado de <https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2021/> visitado 01 diciembre 2022

La mediación como proceso alternativo de resolución de conflictos, no sustituye al proceso judicial, toda vez, que no está por debajo del proceso judicial ni es superior al proceso judicial, más bien, la mediación se encuentra a la par del proceso judicial, y nunca se debe de ver como un medio alternativo¹⁹.

Ahora bien, el proceso de cuenta con una meticulosa serie de pasos que se deben seguir para poder llegar a un acuerdo favorable:

I. Etapa 1. Pre mediación; la cual se integra de: a). Sesión informativa, que consiste en una reunión en la cual se les informa a los participantes el proceso, costos, plazos, formalidades y las características, b). Invitación, se genera una estrategia para invitar a la parte contraria a la mediación, en casos de divorcio no se recomienda que lo haga la persona que inicia la mediación, c). ¿Cuál es el problema?, se comunica cual es el problema que se abordara en la reunión.

II. Etapa 2. La mediación, se integra de la siguiente manera: a). Ubicación de la sala de mediación, b). La presentación, c). Discurso de apertura, d). Apertura de la comunicación, e). Se compartes las reglas de la sesión, f). Se explora el conflicto, g). Sugerencias a las posibles soluciones dadas por las partes, h). Elaboración, redacción así como firma del acuerdo.

III. Etapa 3. Pos mediación, se realiza un seguimiento respecto a: 1). El cumplimiento del acuerdo y, b). Por qué no se ha cumplido el acuerdo²⁰.

La mediación es un proceso muy sencillo y flexible, en el cual el mediador solo puede apoyar en la comunicación, debido que en materia de las familias, la mayoría de los conflictos son emocionales y no jurídicos, sin embargo el mediador no puede sugerir soluciones. En este proceso el mediador asume un rol pasivo, debido que el rol activa es hacia los participantes, porque en ello recae la capacidad de construir su propia solución, en la cual queden satisfechos.

Entonces así, para que la mediación como forma pacífica de solución de conflictos sea diferente al proceso judicial, debe de contar con características que lo distingan y diferencien del proceso judicial, como características de la mediación se consideran de manera enunciativa y no limitativa los siguientes: 1). La voluntariedad, 2). La confidencialidad, 3). La ideología, 4). La no formalidad, 5). La imparcialidad, 6). La neutralidad y, 7). La equidad.

Estos características hacen que la mediación sea distinta a la proceso, tiene como objetivo que las partes se sientan en un ámbito distinto al de un órgano jurisdiccional, porque las partes son iguales y la oportunidad de construir su propia solución,

19 Cfr. Pastor Seller, Enrique, “La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar”, Colombia, *Entramado*, volumen 7, núm. 1, enero-junio, 2011, pp. 72-87.

20 Suares, Marines, *op. cit.*, pp. 243 - 276.

y no como en el proceso judicial donde el que emite la solución es un juez. Existen notables diferencias en las características que regulan los mecanismos alternos de solución de controversias en materia familiar y el proceso judicial, el principal es, que las soluciones alternativas como la mediación como garante del derecho humano a la paz, fomenta generar y desarrollar tanto en la sociedad, como en la educación y en la práctica jurídica, un entorno de armonía entre los seres humanos que conviven en un mismo núcleo familiar, sin embargo el proceso judicial fomenta la cultura del conflicto.

A continuación se podrá observar las diferencias más destacadas entre la operatividad de la mediación familiar y el proceso judicial en la práctica jurídica.

Mediación	Proceso judicial
• El proceso es voluntario •	El proceso es obligatorio, la incomparecencia conlleva consecuencias jurídicas
Es dirigido por un mediador, imparcial y neutral así como calificado	• Es dirigido por un juez
•El mediador asume un rol pasivo	•El juez asume un rol más activo
• El mediador facilita y orienta a las partes para que construyan una solución	• El juez resuelve por medio de los hechos y pruebas que aportan las pruebas
• La resolución final la construyen las partes	• La resolución final es otorgada por el juez
• Contribuyen a la paz	• Genera y desarrolla el conflicto
• Las partes no generan rivalidad	• Las partes en todo momentos son contrincantes
• Ambas partes son ganadoras	• Una de las partes será ganadora y otra perdedora
• Los acuerdos como los documentos que se presenten son confidenciales	• Las actuaciones y resoluciones son de índole público
• La mediación es gratuita	• Acceder al proceso judicial es gratuita pero la asesoría de un abogado devenga honorario
• Los plazos son cortos	• Los plazos son inmutables y largos
• Se rige bajo la no formalidad	• Se rige bajo la formalidad y el estricto derecho
• Reduce el estrés	• Aumenta el estrés

1.2. Tabla: de elaboración propia

De lo anterior, se destaca que la mediación es un proceso pacífico, con destacadas diferencias entre la mediación y el proceso judicial, lo que con lleva a la utilización de la mediación contribuye a la paz social y garantiza el derecho humano a vivir en paz.

6. LA MEDIACIÓN COMO GARANTE DEL DERECHO HUMANO A LA PAZ

Los derechos humanos se conceptúan como la idea de dignidad humana o prerrogativas basadas en la dignidad humana y son inherentes a los seres humanos sin distinción alguna. Después de la segunda guerra mundial y a los horrores que dejó el holocausto Nazi, con el genocidio de más de seis millones de personas, entre ellos: judíos, gitanos, homosexuales y personas discapacitadas, en consecuencia de la violación de los derechos de los hombres, dan surgimiento a los derechos humanos que obtuvieron su reconocimiento con la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se proclamó el 10 de diciembre de 1948.

Ahora bien, los derechos humanos como exigencias éticas basadas en la dignidad humana cuentan con características peculiares, con el objetivo de que todas las personas gocen de estos derechos sin distinción alguna, por eso son: universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. Los derechos humanos son para todos los seres humanos, estos derechos son indisponibles, y en consecuencia no se pueden dividir, porque se encuentran conectados entre sí, una de las características más peculiares, es que los derechos humanos tienen como prohibición el retroceso. De ello los derechos humanos se clasifican en:

- Derechos de primera generación: denominados como derechos civiles y políticos, y que tienen como objetivos garantizar el derecho a una nacionalidad, a la libertad de expresión, a ejercer los derechos políticos sociales, a un proceso judicial justo, a un recurso judicial efectivo, derecho a la vida y a transitar libremente,
- Derechos de segunda generación: denominados como derechos económicos, sociales y culturales, con el objetivo de garantizar los derechos a una vivienda digna y decorosa, a la educación, a la salud, a la seguridad social, derecho a vivir libre de hambre y por último,
- Derechos de tercera generación: que surgen con el objetivo de garantizar la sustentabilidad del planeta, así como el derecho a la paz y a un ambiente sano.

Entonces así, la paz es un derecho humano que los Estados deben garantizar, la misma declaración en su preámbulo refiere que “la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”²¹. A su vez, La Declaración Sobre la

21 Declaración Universal de los Derechos Humanos, consultada en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, visitado 06 diciembre 2022.

Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz aprobada en la resolución 33/73, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre del año 1978, en su artículo primero menciona “que toda nación y todo ser humano, tiene el derecho inmanente a vivir en paz”²² por lo cual, se establece por vez primera el respecto del derecho a la paz.

En la norma internacional, la Constitución Política de la República de Colombia en su artículo 22 contempla respecto al tema lo siguiente “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”²³. Entonces así la mediación familiar en la práctica jurídica se presenta como garantía del derecho humano a paz. En el verano del año 2011 en México se llevó la reforma más destaca en tema de derechos humanos, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la cual se hizo una transición de garantías individuales a derechos humanos.

Actualmente, ubicamos a las en relación al derecho humanos en la Constitución Federal Mexicana en el párrafo cuarto del artículo tercero párrafo que a la letra refiere “Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional”. Es por ello, que refiere la Constitución que la educación que depende directamente del Estado propiciará, desarrollará y fomentará la cultura de la paz en la sociedad desde el enfoque educativo, con tendencia a garantizar los derechos humanos que allí se consagran.

Asimismo, la carta magna considera en el párrafo noveno del artículo 21 párrafo noveno que “La seguridad pública es una función del Estado..., cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social” por ello, una de las funciones del Estado es garantizar los derechos humanos y que estos se cumplan para garantizar una mejor calidad de vida, porque la paz no solo es la ausencia de la guerra.

Por otro lado, la misma constitución nacional confiere en su artículo 89 fracción decima que el titular del poder ejecutivo observará

la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional

22 Organización de las Naciones Unidas, Resoluciones aprobadas por la asamblea general durante el 33 período de sesiones, consultada en <https://www.un.org/es/documents/ag/res/33/ares33.htm>, visitado 06 diciembre 2022.

23 Constitución Política de la República de Colombia, consultada en <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica> visitado 06 de diciembre 2022

para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz

refiere a la solución pacífica de controversias, en este caso la mediación familiar para garantizar la paz entre sus integrantes.

Por lo que refiere Tapia Vega

la paz es un derecho humano y los medios de solución de conflictos (autocomposición, heterocomposición) son instrumentos de garantía de ese derecho, y si dentro de esos instrumentos coinciden la ponderación de los llamados medios alternos de justicia como la mediación, como herramienta más eficaz para la consecución de la paz²⁴.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁵ por su acrónimo SCJN en México considera que

además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la Ley

entonces así la mediación como MASC así como derecho humano goza de la misma dignidad que el acceso a la tutela judicial del Estado.

Asimismo, la SCJN infiere que elevar a rango constitucional el derecho humano de acceso a los medios alternativos de justicia de naturaleza civil y familiar, para que los conflictos se resuelvan de una manera rápida, ágil, pacífica y eficaz, con el objeto de garantizar el derecho humano a la paz, consagrado en los derechos de tercera generación o conocidos como nuevos derecho, con esto se podrá concebir a la mediación familiar como garante del derecho humano a la paz y a su vez, potencializar los mecanismos de justicia alternativa²⁶.

Entonces así, la mediación familiar en operatividad de derechos como: pago de alimentos, guardia y custodia, guardia y custodia compartía, visitas y convivencias, liquidación de la sociedad conyugal, convenio de divorcio y sucesiones entre otras pueden ser materia de mediación familiar. Por ello, al utilizar la mediación

24 Tapia Vega, Ricardo, "Reflexiones sobre justicia alternativa, proceso y derechos humanos", En Rojas Castro, Ma. Ovidia y Vizcaino López, María Teresa, *Mediación, educación jurídica y formación de facilitadores*, México, Morevalladolid, 2018, p. 120.

25 Tesis III.20.C.6 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 3, septiembre de 2011, p. 1964, Folio electrónico 2004630.

26 Tesis I.30.C.3 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Tomo IV, Octubre de 2019, p. 3517, registro digital 2020851.

en la materia de las familias, se contribuye a la paz social y se garantiza el derecho humano a la paz, asimismo se desjudicializan los juzgados y reduce el estrés en la sociedad. Es importante mencionar, que no todos los derechos que se consagran pueden ser materia de negociación, porque algunos derechos gozan de indisponibilidad e irrenunciabilidad, porque se pueden trasgredir derechos de terceros o del orden público²⁷.

7. CONCLUSIONES

1. Los conflictos han existido apartir de la existencia misma del ser humano, y siempre existiran de formas distinta como: familiares, sociales, politicas, laborales, ideologicas, educativas y culturales. Por ello se obtuvo la visión de que los conflictos en el núcleo de las familias gran parte no corresponden al ámbito jurídico, sino más bien del ámbito emocional, social, moral y afectiva. Entonces así, los conflictos familiares no terminan con la resolución que emitan las instituciones de justicia, porque los órganos jurisdiccionales emiten una resolución y no siempre las partes quedan satisfechas, por lo cual, una resolución judicial no soluciona el conflicto familiar, porque estos conflictos son más del ámbito emocional.

2. En los conflictos familiares, la mayoría se basa en conflictos de índole emocional y afectiva, lo que conlleva que al acudir ante un órgano jurisdiccional a que lo resuelva, solo está deteriorando más los vínculos familiares. Es por ello, que se deben de utilizar mecanismos pacíficos para solucionar los conflictos, como es la mediación, en la cual las partes son los protagonistas de proceso, y las mismas partes construyen su solución apoyados de un facilitador que solo apoya a la comunicación.

3. Cabe destacar, que los derechos humanos son prerrogativas basas en la dignidad humana y que toda persona humana goza de estos derechos, entonces así todas las personas deben gozar del derecho a la paz. En las últimas décadas las familias han tenido una evolución considerable, es por ello, que para garantizar el derecho humano a la paz, se debe fomentar y desarrollar la cultura de la paz, y a su vez fomentar la utilización de la mediación familiar como garante de derechos humanos.

4. La importancia de la mediación en la materia de las familias como instrumento garante al derecho humano a la paz, contempla la operatividad de la mediación en asuntos de carácter disponible, con la finalidad de garantizar el

27 Pérez Olvera, Eduardo, “Los medios alternos de solución de conflictos familiares en el Estado de Morelos. Análisis de los derechos disponibles con enfoque al derecho fundamental a la paz social”, *Ciencia y Derecho Revista Juridica*, Ecuador, 2022, p. 43-52.

derecho al acceso a la justicia y el derecho a la paz, sin embargo, la paz no solo es la ausencia de la guerra, sino conlleva otorgar los mecanismos necesarios para que las personas tengan una mejor calidad de vida.

8. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- Alcala-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. Mexico, Instituto de investigaciones juridicas, 2018.
- Beck-Gersheim, Elisabeth, *La reinencion de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*. España, Paidos, 2003.
- Engels, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Moscu, Progreso, 2017.
- Gomez Oliva, Eduardo, *Derecho de Familias*, Mexico, Tirant lo blanch, 2022.
- Ovalle Favela, Jose, *Teoria general del proceso*, Mexico, Oxford, 2016.
- Suares, Marines, *Mediando en sistemas familiares*, Argentina, Paidos, 2015.
- Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre justicia alternativa, proceso y derechos humanos*, En Rojas Castro, Ma. Ovidia y Vizcaíno López, María Teresa, *Mediación, educación jurídica y formación de facilitadores*, México, Morevalladolid, 2018.

NORMA NACIONAL

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 2008, recuperado de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM>, consultado 01 diciembre 2022.

NORMA EXTRANJERA

- Constitución Política de la República de Colombia, consultada en <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica> visitado 06 de diciembre 2022
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, consultada en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, visitado 06 diciembre 2022.
- Organización de las Naciones Unidas, Resoluciones aprobadas por la asamblea general durante el 33 período de sesiones, consultada en <https://www.un.org/es/documents/ag/res/33/ares33.htm>, visitado 06 diciembre 2022.

JURISPRUDENCIA

- Tesis III.20.C.6 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 3, septiembre de 2011, p. 1964, Folio electrónico 2004630.
- Tesis I.30.C.3 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Tomo IV, Octubre de 2019, p. 3517, registro digital 2020851.

REVISTAS CIENTIFICAS

- Cobas Cobiella, María Elena, Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, Bolivia, 2014.
- Fuquen Alvarado, María Elina, Los conflictos y las formas alternativas de resolución, *Tabula Rasa*, Colombia, 2003.
- Gomez Cabello, Maria del Carmen, Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia. *Particularidades, Noticias jurídicas, Artículos Doctrinales*, Bolivia, 2007.
- Pastor Seller, Enrique, La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar, *Entramado*, volumen 7, núm. 1, enero-junio, Colombia, 2011.
- Pérez Olvera, Eduardo, Los medios alternos de solución de conflictos familiares en el Estado de Morelos. Análisis de los derechos disponibles con enfoque al derecho fundamental a la paz social, *Ciencia y Derecho Revista Juridica*, Ecuador, 2022.
- Román, Casado, La Mediación Familiar en el Derecho Español, *Revista Aranzadi Doctrinal*, España, 2010.

INFORMES

- Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal del INEGI, Asuntos ingresado y concluidos a en primera instancia anualmente en México año 2021, recuperado de <https://www.inegi.org.mx/programas/cniije/2021/>

DERECHO INTERNACIONAL SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: MEDIACIÓN

Oscar Samario Hernández

“5 Porque hay un solo Dios, y un solo
mediador entre Dios y los hombres,
Jesucristo hombre ...”
1 Timoteo 2:5, Reina-Valera 1960.¹

1. INTRODUCCIÓN

La integración del cuerpo normativo de Derecho Internacional Privado (DPIr) contiene los acuerdos internacionales que contribuyen al establecimiento del Orden jurídico en el plano nacional en armonía legal frente al Orden Jurídico Internacional, en un primer acercamiento estas normas permiten la elección de la ley aplicable al caso concreto, su correcta aplicación permiten resolver el hecho transnacional (hecho mixto en que se presentan como sujetos un ciudadano no – nacional o extranjero frente a la aplicación de una norma en conflicto aplicable por el Estado).

El Orden Jurídico Internacional establece la jurisdicción encargada para resolver las controversias, las fórmulas procesales corresponden a la cooperación jurídica internacional entre Estados, Naciones o bien Países vinculados a los Organismos Internacionales.

En el Orden Jurídico Internacional es claro el establecimiento de un esquema de Internacionalización comprendido como el conjunto de tratados internacionales del que se resalta la Universalidad de Derechos Humanos, pero no dejamos de lado el concepto de la Globalización que a su vez abandono la idea del término Mundialización².

1 <https://www.biblegateway.com/passage/?search=1%20Timoteo%202%3A5&version=RVR1960>

2 Morin, Edgar. *La vía: Para el futuro de la humanidad*. Barcelona. Paidós 1er. edición, junio 2011., pp. 20 y ss.

“La globalización es el estadio actual de la mundialización. Empieza en el año 1989, tras el hundimiento de las llamadas “economías socialistas”. Es fruto de la conjunción entre un bucle retroactivo 2 del auge desenfrena-

La Globalización es un término económico-cultural, representa una nube de fenómenos y procesos sociales³ bajo la expansión económica. La Globalización se integra tanto por la multiplicidad y diversidad de Estados⁴ de las que se establecen las Organizaciones Internacionales⁵, como también por los Organismos Internacionales⁶, que surgen de la sociedad civil y del conglomerado de las empresas multinacionales, todas con capacidad de decisión y de gestión.

Ante esos sujetos de Derecho y su actuar e influencia sobre los diversos planos internacionales, es entendible el hecho de que solo mediante acuerdos internacionales, convenciones, tratados internacionales, permiten aplicar las disposiciones en equidad e igualdad de los sujetos frente al Estado, mejoran la relación de las personas que interactúan socialmente en los diversos Estados, bajo los principios normativos como los establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 89 fracción X⁷:

... la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;

Al principio de subordinación de los nacionales a los órganos del Estado que les reconoce y otorga Derechos, de los que las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad⁸. Podemos resaltar que la sociedad jurídica internacional por el contrario si bien también se establece entre otros principios en el de igualdad, pero este principio es

do del capitalismo (que, bajo la égida del neoliberalismo, invade los cinco continentes) y el auge de una red de telecomunicaciones instantáneas (fax, teléfono móvil, internet). Esta conjunción hace posible la unificación tecno económica del planeta". https://www.uv.mx/veracruz/cosustentaver/files/2015/09/20.la_via_para_el_futuro_de_la_humanidad.pdf

3 Bovero, Michelangelo Globalización, Democracia, Derechos ¿Siete Globalizaciones? En Revista Justicia Electoral (TEPJF) AÑO 2002/NÚMERO 17, México, disponible: <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-2002-02-017-058.pdf>

4 Concepto jurídico sustantivado en uso bajo la Organización de Estados Americanos. El uso en el texto corresponde a dos de los elementos del Estado; la población entendida como Nación y territorio entendido como distribución Geográfica, País.

5 https://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/intl_orgs_s.pdf

6 https://www.oas.org/es/sre/dai/org_int/organizaciones.asp

7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Fracción reformada DOF 11-05-1988, 12-02-2007, 10-06-2011. Disponible: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

8 Ídem.

en cuanto a entidades independientes y de naturaleza autónoma de sus normas. En el Derecho Internacional este principio establece la igualdad entre Estados, ningún Estado puede arrogarse la soberanía para juzgar a otro Estado (*par in parem non habet imperium*).

El Orden Jurídico Internacional permite arribar a esta complejidad de la esfera pública de la que transmite a la privada, en casi la totalidad de los supuestos jurídicos, en las que se entrelazan y armonizan el Orden Jurídico Nacional con el Internacional. Esta complejidad, es atendida por la participación de los Estados, que acuerdan y se vinculan a las instituciones internacionales que son las encargadas de dirimir las controversias entre iguales.

Es pues en el Orden Jurídico Nacional que faculta a la autoridad jurisdiccional para en el ámbito de su competencia aplique la función relacionada con la tarea de dar solución a los conflictos intersubjetivos. Esta función es en ambas vías, exclusiva y excluyente por parte del Poder Judicial, quien en virtud del ejercicio de la acción se auxilia de los órganos del Estado para operar y realizar su mandato constitucional de potestad jurisdiccional.

Es el Estado y sus órganos jurisdiccionales el facultado para dictar y ejecutar decisiones judiciales. Este actuar esta fundado con apego al procedimiento, desarrollado en un proceso que es el instrumento en el que una pretensión jurídicamente tutelable satisfaga en la medida de la impartición de Derecho.

En un primer acercamiento de carácter general se establece que las normas jurídicas, contemplan bajo su contenido un sinnúmero de supuestos, hechos u actos, que orientan al grupo social a conservar y promover el establecimiento del Estado de Derecho. La justicia, eficacia y validez del precepto normativo⁹, a la par de su cumplimiento son suficientes para garantizar la buena correspondencia de respeto entre unas personas respecto de otras. Ante su incumplimiento o conflicto con la ley, genera un juicio jurídico que se dirime ante un órgano jurisdiccional, ante quien se debe garantizar la satisfacción de una determinada pretensión con arreglo a la ley aplicable, esto establece un conflicto intersubjetivo.

Los sujetos en conflicto interactúan al plano jurídico-material, de conformidad al conjunto de normas jurídicas que regulan esa interacción ante el órgano jurisdiccional quien es el facultado para verificar la contravención normativa. La contravención permite en consideración y percepción de los afectados, acudir ante un órgano jurisdiccional quien dictara la decisión de proteger los derechos o intereses, con fundamento y alcance del ordenamiento jurídico.

9 Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis. 2007, p. 20.

De manera general el Estado cuanta con la función de solucionar controversias, pero existen supuestos jurídicos en los que los órganos jurisdiccionales exigen a los justiciables, del conflicto se aboquen a la realización de un acto de autocomposición como presupuesto para la admisibilidad de la pretensión, o también, como requisito para la continuación del procedimiento. La versatilidad de los mecanismos no jurisdiccionales, permiten prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto mediante un serio acuerdo de voluntades.

La regulación sobre el acuerdo de voluntades y el establecimiento de cooperación jurídica internacional hoy día no es producto del azar sino consecuencia de diversas condiciones que inciden en la realidad. El desarrollo de los medios de comunicación internacional, contribuyen a intercambios tanto de bienes y servicios, regulados por contratos a distancia, como de personas en los flujos de personas, por la permisibilidad de acuerdos transfronterizos en la flexibilidad de las fronteras, que conforman y establecen los procesos de integración e interrelación entre los Estados, en territorios regionales y de estos a nivel de la Globalización económica.

En lo social las relaciones internacionales de la vida humana, se encuentran en un claro incremento tanto en la contratación mercantil, como en las relaciones familiares e individuales. En estas relaciones privadas internacionales, se presentan casos que son atendidos por autoridades centrales, bajo los fundamentos jurídicos mediante procesos en los que las pruebas recorren el tramo jurídico internacional. La Cooperación Jurídica Internacional requiere atender con prontitud por los tribunales las diligencias y de parte de la consulta profesional jurídica su actualización de los tratados internacionales.

De las autoridades encargadas de resolver los conflictos internacionales, parten del análisis de la información para atender las pruebas, para transmitir y dar el correcto desahogo de los aspectos probatorios sujetos a los ordenamientos jurídicos de la *lex fori* y a la *lex causae*, con esta práctica de lo interno se debe resolver, si existe, los problemas procedimentales de los casos de litigios de un Estado a otro, mediante las disposiciones de Derecho Internacional Privado en lo relativo a la jurisdicción, medidas de cooperación y asistencia jurídica internacional, determinadas en leyes generales y especiales del Orden Jurídico Internacional.

La consolidación del principio de Cooperación Jurídica Internacional depende de la fuerza de ley, que es la base que otorga validez internacional, de aquí que la los cuerpos legislativos deben contribuir en el establecimiento de la seguridad jurídica, en la que los justiciables puedan disponer de leyes aplicables y mandatos expresos para dar certeza jurídica a los acuerdos y atender las eventualidades que puedan presentarse en las negociaciones, para dar soluciones eficaces y justas para las partes nacionales y/o extranjeras.

2. LA MEDIACIÓN

Es un mecanismo de resolución de conflictos¹⁰, los propios sujetos frente a un tercero (mediador), acuerdan cómo ponerle fin al conflicto. El mediador no establece la decisión, participa facilitando la negociación, se busca la satisfacción recíproca del acuerdo, resolver el conflicto mediante acuerdos entre partes y no de un tercero. El arbitraje¹¹, es un mecanismo en donde el árbitro sí dicta una decisión o laudo arbitral, que le pone fin al conflicto. La importancia en la función arbitral es solucionar el conflicto, lo que en ocasiones genera inconformidad y por tanto resulta complicado alcanzar el ideal de satisfacción y conformidad entre las partes. Se propone en casos en donde exista la posibilidad de resolver el conflicto, iniciar con la mediación y a falta de acuerdo solucionar el conflicto con la intervención arbitral. Esto último ocurre ante la presencia de las partes frente a la autoridad jurisdiccional.

Se debe aclarar que tanto el ejercicio de la función arbitral como la función jurisdiccional son tareas que no deben confundirse, si bien parten del Derecho Procesar; la función arbitral tiene su origen contractual, en tanto la función jurisdiccional está comprendida en la norma constitucional. Con el arbitraje se evita la disputa jurisdiccional, la mediación también es una alternativa como mecanismo de heterocomposición promueve un acuerdo previo al proceso, son alternativas al proceso.

En cuanto al ámbito de la mediación en Derecho de Familia se debe considerar la evolución de la institución social, en donde el contexto familia se contempla desde la perspectiva de las personas que integran a la célula de la sociedad, en la que la independencia de las personas en el matrimonio, las figuras del divorcio, la unión entre dos personas, son entre otras características las orientaciones sobre los factores evolutivos de la sociedad y el Derecho aplicable al marco conceptual de la familia.

En toda relación familiar la mediación adquiere un reconocimiento de respeto entre las partes, que aceptan una vía adecuada para solucionar conflictos en principio entre las partes para después realizarlas frente a un tercero, atendiendo las definiciones del término Mediación, dadas por la doctrina, legislaciones, de jueces, magistrados y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se refieren a los elementos, características y puntos de conexión en cuanto a las soluciones alternas, para darle una correcta interpretación que resulta del proceso de Mediación.

La mediación es un proceso que devuelve a las partes la responsabilidad de enfrentar la toma de decisiones, la mediación familiar, no es sustituir sujetos, actitudes o comportamientos, no es supervisión para contrastar al mejor sujeto frente a otra

10 Mediación (Dispute resolution mechanism) que incluyen negociación, mediación, arbitraje no vinculante y vinculante, y litigio.

11 Dispute settlement mechanism.

mejor persona, no es control para sancionar comportamientos; es en todo momento un impulso para mejorar y moderar acuerdos familiares entre dos partes en conflicto, es generar autoorganización familiar, en dejar diferencias personales para respaldar a los hijos en su formación, educación, salud, medio ambiente y logros sociales; es el proceso de construcción y reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas.

La mediación familiar desde el ámbito jurídico, refiere a un conflicto, que responde a un proceso, de separación, divorcio, ruptura familiar, bajo la intervención de un tercero, imparcial, aceptable por las partes que mejora la comunicación y entendimiento, neutral, independiente, cualificado jurídicamente, psicológicamente y sin poder de decisión, el mediador familiar que les ayuda a que las partes desarrollen un acuerdo, viable satisfactorio y capaz de responder a las necesidades de los integrantes de una familia.

La mediación familiar es el proceso que favorece la obtención de soluciones pacíficas, mediante la comunicación y el dialogo, con la ayuda del mediador, asegura la continuidad de las relaciones de los interesados que al acudir a la mediación se reduce el tiempo de solución preventivo como de conflictos. Bajo este medio de solución de conflicto son las personas las que hacen las decisiones que les competen, demostrando interés en la solución de sus problemas, por su propia voluntad.

La naturaleza misma de la mediación es involucrar a las partes al principio de la libre voluntad, al proceso para llegar a una solución. La “voluntariedad” es un principio básico e incuestionable de la mediación, está en toda definición al termino Mediación, no contradictorio respecto de las reuniones previas y obligatorias al intento de mediación.

3. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

La tradición jurídica internacional establecida en la Internacionalización esto es el intercambio de acuerdos, pactos, convenciones, tratados¹² y los documentos que tienen trascendencia y aplicación en diversos Estados miembros de la Comunidad Internacional, permite entre otros principios la reciprocidad sobre la cooperación internacional entre autoridades, establecido en el Derecho Procesal Civil Internacional, vinculado tradicionalmente al fenómeno de la cooperación o asistencia

12 De la interpretación sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, artículo 2, inciso a) la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece para todo instrumento internacional en el que México forma parte “...acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...”. <https://tesauro.scjn.gob.mx/vocab/index.php?tema=824&/tratados-internacionales>

jurídica internacional, cuya eficacia extraterritorial de las decisiones, requiere del cumplimiento de las obligaciones de conformidad al principio *pacta sunt servanda* que se impone en las convenciones jurídicas.

Termino histórico generado mediante la interpretación del Derecho Romano¹³ y del Nuevo Testamento¹⁴. Los pactos son para cumplirse, la finalidad obliga a las partes a honrar su palabra y en la actualidad al formalismo establecido en el tratado internacional. La cooperación internacional entre autoridades se incorpora a la regulación de ámbitos materiales específicos a la aplicación del Derecho Civil de Familia, tradicionalmente regulados por el Derecho Internacional Privado (DIPr) sectores relativos a protección internacional de menores, pensiones alimenticias, sustracción de menores, adopción y protección de adultos, en los que la cooperación mantiene resultados significativos y una constante actualización jurídica internacional.

La Internacionalización del Derecho Procesal Civil permite reflexionar sobre los contenidos y alcances del DIPr, en esta Época de Globalización que lo coloca como un amplio sector en constante construcción de lasos entre la Comunidad Internacional para la solución de controversias pero que en el alcance de la cooperación jurídica solucionan de conformidad al arreglo internacional tratadista establecido en el Orden Jurídico Internacional. A partir de la Internacionalización de los compromisos entre Estados se crean los mecanismos de solución de controversias mediante el otorgamiento de facultades a las Autoridades Centrales, de acuerdo con el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 Sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial¹⁵, de este ordenamiento se respeta la soberanía de los Estados y se ha cumplido con los objetivos y alcances convencionales.

Las relaciones internacionales están establecidas por el Derecho Internacional por las vías diplomáticas, si bien fue el inicio para establecer vías de solución mediante convenios sobre procedimiento civil, los Estados hacen usos de las vías tradicio-

13 “D.2.14.7.7: Dice el Pretor: Mantendré los pactos convenidos que no se hubieren hecho ni con dolo malo, no contra las Leyes, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Príncipes y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos”. <https://vlex.es/vid/articulo-6-apartado-2-229636>

14 Mateo 5:33-37 Reina-Valera 1960. 33 Además habéis oído que fue dicho a los antiguos: No perjurarás, sino cumplirás al Señor tus juramentos. 34 Pero yo os digo: No juréis en ninguna manera; ni por el cielo, porque es el trono de Dios; 35 ni por la tierra, porque es el estrado de sus pies; ni por Jerusalén, porque es la ciudad del gran Rey. 36 Ni por tu cabeza jurarás, porque no puedes hacer blanco o negro un solo cabello. 37 Pero sea vuestro hablar: Sí, sí; no, no; porque lo que es más de esto, de mal procede. <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Mateo%205%3A33-37&version=RVR1960>

15 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el texto del Convenio puede ser consultado en: <https://www.hcch.net/es/home/>

nales de comunicación interestatal (valijas diplomáticas, telefax, telefonía, y en la actualidad los medios electrónicos) todo lo que facilite el cumplimiento de los objetivos convencionales (notificaciones y Cartas Rogatorias).

En suma, el DIPr, la Cooperación Internacional y las Autoridades Centrales representan al proceso de solución de controversias y benefician a los sujetos implicados. De ahí que la cooperación es el resultado del proceso evolutivo de las relaciones internacionales, que ha dado origen a la institución pionera y responsable del Orden Jurídico Internacional como resulta ser la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

4. LOS BUENOS OFICIOS DE LA DIPLOMÁTICA

La ventana de comunicación principal que utilizan los Estados se basa en el Convenio de La Haya de 1896 sobre Procedimiento Civil, como sistema principal de comunicación entre los Estados parte por el primero de los convenios multilaterales concluidos en el ámbito del proceso civil, esto es, el Convenio de La Haya de 1896 sobre procedimiento civil. La diplomacia es la ciencia en la que se fundan las relaciones exteriores entre los diversos Estados, representa el arte de negociar, respecto de las relaciones internacionales, es la política exterior que caracteriza al Estado frente a la Comunidad Internacional. La diplomacia orienta los intereses de sus gobiernos para participar en el plano de igualdad frente a otros Estados.

La actitud del cuerpo diplomático es el de hermanar pueblos y después gobiernos, atenuando los conflictos y resolver diferencias, el desenvolvimiento en la diplomacia del Servicio Exterior debe ser del todo constructiva, solidaria, de común acuerdo a los principios de la política exterior y los pactados por la comunidad de Estados. La diplomacia parte de elementos de política internos que están relacionados a los programas de gobierno, los que dan impulso y apoyo a la política internacional que el Cuerpo Diplomático presenta ante los intercambios comerciales, económicos, políticos y sociales establecidos en el Orden Mundial.

En el devenir de la humanidad la diplomacia ha marcado momentos trascendentales y se han hecho presentes los acuerdos que han solucionado conflictos bélicos, por lo que el fin de la diplomacia es establecer la solución pacífica de controversias, buscar ante todo la paz. La diplomacia es la representación de un Estado ante otro, el servicio de sus intereses, la negociación, que al realizarlos deben ser con alcance de miras a ese gran objetivo, donde se funden en uno sólo todos los esfuerzos de la diplomacia mundial.

Así el puente de comunicación por vía diplomática permite el flujo de documentos, peticiones, notificaciones en el extranjero o de autoridades que requieren comisio-

nes rogatorias, a efecto de ser ejecutadas por una autoridad del Estado requerido. La vía diplomática en principio fue un trámite realizado por los embajadores, era un sistema complejo, lento por los medios de comunicación empleados en su contexto histórico, que en la mayoría de las ocasiones las notificaciones eran entregadas tiempo después de haber expirado el plazo para ejercitarla.

La necesidad de modernizar el sistema permitió los acuerdos respecto de los Convenios de La Haya de los años de 1905 y 1954 sobre procedimiento civil, se crearon las vías consulares que fungían como mecanismo subsidiario, ya bajo el Convenio de la Haya de 1965, la vía diplomática es una técnica de carácter exclusivamente excepcional.

No obstante, el avance de las nuevas técnicas y tecnologías de la comunicación algunos convenios continúan frente a ciertos países siendo aplicados, como el Convenio de 5 de octubre de 1961 por el que se Suprime la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (Convenio HCCH sobre la Apostilla de 1961) que permite la utilización de los documentos públicos en el extranjero. El Convenio suprime la tradicional exigencia de legalización y sustituye el proceso (largo y costoso) por la emisión de un único certificado de Apostilla por parte de una Autoridad Competente en el lugar en el cual se otorgó el documento.

En la creciente era de tecnologías de la comunicación y la informática la Convención de la Haya a establecido el Programa de Apostillas Electrónicas (e-APP) iniciado en 2006 para apoyar la emisión y verificación electrónicas de las Apostillas en todo el mundo. Este programa continúa sobre las experiencias de la emisión de certificaciones digitales la desarrollada el 4 de octubre de 2021, celebró la 12.^a reunión del Foro Internacional sobre el Programa de la Apostilla Electrónica (e-APP). El Foro se realizó por videoconferencia, dividido en cuatro sesiones en franjas horarias accesibles a todos los miembros de la HCCH. Se inscribieron más de 300 personas, y cada sesión contó con más de 100 participantes¹⁶.

5. LA REPRESENTACIÓN CONSULAR

La Misión diplomática al estar en contacto permanente con su Secretario o Ministerio de Relaciones Exteriores, realiza una de sus principales funciones, por lo que cuenta con los medios a su alcance necesarios, la Convención de Viena establece tal función en cuanto a que los Estados deben "permitir y proteger la libre comunicación de la Misión para todos los fines oficiales", garantizándole el uso, para este fin de "todos los medios de comunicación adecuados"¹⁷. Esta disposición en cuanto a la vía consular indirecta fue adoptada como sistema de comunicación, data de los Convenios de La Haya de los años 1905 y de 1954. Mediante esta técnica de comuni-

¹⁶ <https://www.hcch.net/es/instruments/specialised-sections/apostille/international-forum-eapp/>

¹⁷ Artículo 27.

cación, el cónsul del Estado requirente no transmite directamente la petición de notificación o de comisión rogatoria al interesado, sino a la autoridad designada para ello por el Estado requerido, y una vez ejecutada la actuación, se transmite el resultado en sentido inverso por la misma vía.

Al momento de la actualización del Convenio de La Haya de 1965 relativo a las notificaciones, surgieron nuevas alternativas en el mecanismo del convenio que dieron la oportunidad al sistema consular indirecto, para instituir a las Autoridades Centrales, que funcionan como gestoras del mecanismo intermedio.

En relación al marco interamericano se establece el carácter alternativo en la Convención de Panamá de 30 de enero de 1975¹⁸; en el seno del Consejo de Europa, donde se admite con un estatuto de subsidiaridad en el artículo 12 del Convenio Europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977¹⁹.

6. AUTORIDADES CENTRALES ESTATALES Y SU CARÁCTER EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La Autoridad Central instaurada por el Estado construye una vía para recibir las distintas solicitudes de notificación o traslado provenientes del extranjero. El sistema establece la competencia y facultad del Estado para designar su autoridad central, y notificar dicha designación al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, al momento del depósito de instrumento internacional en cuanto a su ratificación o adhesión, o posteriormente.

El convenio no impone al Estado la obligación de crear la autoridad para los fines del tratado, sino que le requiere que otorgue facultades a las autoridades jurisdiccionales, de manera general al menos en cuanto a la solución de controversias la autoridad central radica en el Ministerio de Justicia, Ministerio (Secretario) de Gobernación, Secretario de Estado, Ministerio de Asuntos Exteriores, o en un órgano determinado de la Administración de Justicia. El Convenio del año 1965 contempla a otras autoridades (subsidiarias o adicionales), considerando la posibilidad de las organizaciones jurídicas complejas en Estados en el que exista la posibilidad de designar a varias Autoridades Centrales.

18 <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

19 Artículo 12 Otras vías de Transmisión. 1. Cada uno de los Estados contratantes tendrá libertad de utilizar la Vía diplomática o Consular para requerir la notificación de documentos. 2. El Presente Convenio no excluirá que dos o más Estados contratantes se pongan de acuerdo para admitir, a los efectos de notificación de documentos, otras vías de transmisión además de las previstas En los artículos precedentes y, en particular, la comunicación directa entre sus autoridades respectivas.

La disposición de Autoridades Centrales y subsidiarias (auxiliares o adicionales) inicio a partir del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero²⁰, que refiere a la “Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias”²¹, usando Autoridad en lugar de otro diverso eufemismo jurídico. A partir de esas consideraciones en las técnicas de cooperación internacional entre autoridades, los sucesivos convenios sobre cooperación procesal internacional, adoptados por la Comunidad Internacional en los diferentes foros de unificación existentes, como en la materia de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, regulan materias específicas diversas mediante la cooperación internacional entre autoridades (protección internacional, sustracción internacional, adopción o protección de adultos).

7. INTERMEDIACIÓN JUDICIAL EN LOS CONVENIOS DE PROCEDIMIENTO CIVIL

La intermediación estructural en los procesos internacionales integraba funciones de carácter unilateral, la intervención era exclusivamente cubrir la intermediación entre un Estado y otro mediante los órganos jurisdiccionales del requirente y los órganos jurisdiccionales del Estado requerido. La autoridad central interviene recibiendo del Estado extranjero las peticiones de notificación, o respectivamente, las comisiones rogatorias, y darles el curso que corresponda en su Estado. Será entonces facultad de la Autoridad Central de Estado según corresponda, transmitir la respuesta por la respectiva autoridad central requerida, lo que es facultad de intervención receptora.

8. ACTUACIÓN CONVENCIONAL DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

El procedimiento civil convencional en inicio fue de carácter informativo, del Derecho Extranjero, la Autoridad Central y su carácter de actuación unilateral, las posteriores Autoridades son receptoras y efectúan también funciones de transmisión hacia otras autoridades competentes, las convenciones señalan a las autoridades equivalentes, atribuciones de mediación entre autoridades judiciales del Estado requirente y autoridades judiciales del Estado requerido, que tienen asignadas en los convenios de procedimiento civil.

20 <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=4162&dtid=45>

21 Artículo 1. Alcance de la Convención. 1. La finalidad de la presente Convención es facilitar a una persona, llamada en lo sucesivo demandante, que se encuentra en el territorio de una de las Partes Contratantes, la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona, llamada en lo sucesivo demandado, que está sujeta a la jurisdicción de otra Parte Contratante. Esta finalidad se perseguirá mediante los servicios de Organismos llamados en lo sucesivo Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias.

En el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero y el Convenio de La Haya de 1980 relativo a la asistencia jurídica gratuita, y en el Convenio de Londres de 1968, se establece para cada Estado la Autoridad Receptora de las solicitudes que provienen del extranjero; en el Convenio de las Naciones Unidas de 1956, esta estructura es la “Institución intermediaria”; en el Convenio de Londres de 1968 es el denominado “órgano de recepción”; y en el Convenio de La Haya de 1980, se denomina “autoridad central”. Todas las autoridades como ya ha sido anotada en cuanto a sus funciones son receptoras y a su vez solo les dan curso a lo que corresponda en el texto del documento. Esta centralización por facultad del Estado, sobre la Autoridad que puede ser de carácter administrativa. El Convenio de Nueva York de 1956 esta función recae en la “autoridad remitente”; en el Convenio de Londres es el “órgano de transmisión” y en el Convenio de La Haya de 1980 es la “autoridad expedidora”²². Esta autoridad colabora la comunicación entre autoridades de los Estados lo que promueve la simplificación administrativa del proceso civil.

De nueva cuenta es el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, que establece las funciones particulares sobre la Autoridad Intermediaria como representante del interesado en su Estado, obligando a establecer las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, incluso por transacción, pudiendo en caso necesario iniciar y proseguir una nueva acción de alimentos o hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión o acto judicial.

Artículo 6 Funciones de la Institución Intermediaria 1.- La Institución Intermediaria, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante, tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción, y podrá, en caso necesario, iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial. 2.- La Institución Intermediaria tendrá convenientemente informada a la Autoridad Remitente. Si no pudiere actuar, le hará saber los motivos de ello y le devolverá la documentación. 3.- No obstante cualquier disposición de esta Convención, la ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de las mismas será la ley del Estado del demandado, inclusive el derecho internacional privado de ese Estado.

La institución intermediaria asume el carácter de parte actora representando al solicitante en el Estado requerido, esto es en defensa de intereses particulares. El Convenio de La Haya de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia,

22 Artículo 5 Cuando el solicitante de la asistencia judicial no esté presente en el Estado al que se hace la solicitud, podrá presentar su petición a una autoridad expedidora del Estado contratante donde tenga su residencia habitual, sin perjuicio de cualquier otra vía que pudiera utilizar para presentar su solicitud a la autoridad competente de aquél Estado.

la autoridad expedidora no actúa simplemente como autoridad transmisora e intermediaria de la solicitud que recibe del interesado, sino que se le ha atribuido funciones tutelares, en el momento de la presentación de la solicitud desde su traducción, formulación y recaba la información que le sea requerida por la autoridad²³.

Artículo 6 La autoridad encargada de la transmisión prestará asistencia al solicitante para que acompañe su petición de todos los datos y documentos que, a juicio de dicha autoridad, sean necesarios para tomarla en consideración. Dicha autoridad verificará si se han cumplido los requisitos formales. Esta podrá negarse a transmitir la solicitud si la estima manifiestamente infundada. En su caso, prestará asistencia al solicitante para la traducción gratuita de los documentos. Dicha autoridad responderá a las peticiones de información complementaria que provengan de la Autoridad Central del Estado requerido.

Artículo 8 La Autoridad Central receptora resolverá acerca de la solicitud de asistencia judicial o tomará las medidas necesarias para que resuelva sobre la misma la autoridad competente del Estado requerido. La Autoridad Central receptora transmitirá las peticiones de información complementaria a la autoridad encargada de la transmisión e informará de cualquier dificultad que presente el examen de la solicitud, así como de la decisión que se adopte.

Asiste al solicitante de forma gratuita respecto de las traducciones de documentos, expedientes y debe de encontrarse en comunicación continua con su representado ante la autoridad correspondiente.

9. CONVENIOS INTERNACIONALES MULTILATERALES

En la actualidad toda persona la cual sea considerada como menor de edad en los ordenamientos como el Convenio de Luxemburgo de 1980 y Convenio de La Haya de 1980, el Estado interviene mediante un sistema de comunicación bilateral, basado en la función tutelar y su Autoridad Central, con adecuaciones y actualizaciones que regulan al Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional, al Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores, al Convenio de La Haya de 2000 en materia de protección internacional de adultos, o en la actualidad en la Conferencia de La Haya en materia de alimentos, todos los trabajos están dirigidos a la elaboración de un instrumento internacional que permita una correcta representación tutelar y permita la solución de las controversias.

Las autoridades Centrales y sus funciones se encuentran ligadas en principio a las convenciones internacionales y las responsabilidades directas le son atribuidas por

23 <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=91>

las leyes emitidas por los Estados, de las que existe una doble función la de recepción de documentales internacionales y la de emisión de resultados. En un primer momento las solicitudes provenientes del exterior territorial, son consideradas solicitudes de retorno o solicitud de reconocimiento de una resolución, a las que se regresan a las autoridades centrales solicitándoles su intervención, ejemplo se esto es; el juez a sus superior el Tribunal respectivo de este a la Autoridad Central Secretaria de Relaciones Exteriores, se emite la solicitud basada en la convención a la Autoridad Extranjera Central para que realice lo aplicable en sus territorio.

Esto es cooperación bilateral entendida bajo las normas internacionales la colaboración directa de los Estados, vinculados al Orden Jurídico Internacional y a las partes Estatales involucradas en las consideraciones que se hagan sobre el caso que les atañe y que les compromete a brindar la seguridad jurídica a los gobernados. Estas normas aplicables son producto de la armonía legislativa que se aplica al Orden Interno de los que los Estados, quienes previamente se han vinculado para promover la cooperación jurídica internacional en la solución pacífica de controversias internacionales.

10. CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE SUSTRACCIÓN DE NIÑOS Y DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 SOBRE PROTECCIÓN DE NIÑOS

Entre el 10 y el 17 de octubre de 2017, se desarrolló la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980 sobre Sustracción de Niños y del Convenio de la Haya de 1996 sobre Protección de Niños²⁴, emitió las Conclusiones y Recomendaciones, en inicio la participación de 292 participantes, que representaron a 62 Estados miembros y una Organización Regional de Integración Económica (UNIÓN EUROPEA o ORIE), 6 Estados contratantes no miembros, 4 Estados no contratantes no miembros y observadores de 14 organizaciones intergubernamentales u Organización No Gubernamental.

Los temas y avances presentados fueron la Cooperación entre las Autoridades Centrales y que se designaron en virtud del Convenio de 1980, las Solicitudes de restitución y visita – Formulario revisado de solicitudes de restitución y visita. Los anteriores documentos han actualizado y modernizado el formulario recomendado de solicitud de restitución. La Comisión elaboro un modelo de formulario no obligatorio de solicitud de derechos de visita/contacto de conformidad con el Convenio de 1980. De manera similar debido a la comunicación constante con los representantes de los Estados, les han solicitado permanecer en el interés de enviar comentarios al Documento Preliminar N° 12 a la Oficina Permanente lo más pronto posible.

24 <https://www.hcch.net/> Sección Sustracción de Niños. Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention

Se revisaron la tramitación de solicitudes en atención al Convenio de 1980 Mediación y se dio mención a la utilización generalizada de la Guía de Buenas Prácticas de Mediación y el aumento del recurso a la mediación en los casos de sustracción internacional de niños.

En el presente artículo se debe resaltar que la Comisión Especial designo los Puntos Centrales de Contacto a los efectos de la Mediación Familiar Internacional, según lo establecido en el Proceso de Malta, en los que se requiere a los Estados que no lo han hecho aún, a considerar establecer Puntos Centrales de Contacto y a designar a su Autoridad Central para realizarlos. Estas Autoridades representan las estructuras de mediación familiar transfronteriza, de particular importancia en la solución a controversias familiares internacionales comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio de 1980 y del Convenio de 1996.

La Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Parte I – Práctica de las Autoridades Centrales contiene principios y prácticas aplicables a partir del Convenio de 1996. En particular, los “principios clave de funcionamiento” serán también aplicables a las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de 1996.

Las Autoridades Centrales tienen obligaciones que no puede cumplirse a través de otros organismos: cooperar entre ellas y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para alcanzar los objetivos del Convenio; y en el marco de la aplicación del Convenio, tomar medidas apropiadas para proporcionar informaciones sobre su legislación, así como sobre los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño.

Las Autoridades Centrales tomarán, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas para: facilitar las comunicaciones y ofrecer la asistencia previstas en los artículos 8 y 9 del Convenio (disposiciones en materia de transferencia de competencia) y en el Capítulo V (disposiciones en materia de cooperación); facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio; ayudar, a petición de una autoridad competente de otro Estado contratante, a localizar al niño cuando parezca que éste se encuentra en el territorio del Estado requerido y necesita protección.

En el presente artículo se reproduce un ejemplo en las Autoridades Centrales realizan sus respectivas funciones de apoyo y colaboración, la Mediación que aquí se presenta sirve de modelo para establecer que todo acuerdo internacional que parta

de los principios de cooperación internacional puede también centrarse en la solución pacífica de controversias y su apoyo en los Medios Alternos de Solución como resulta ser la Mediación²⁵.

Los niños viven en el Estado contratante A con su madre. Su padre, que reside en el Estado contratante B, desea tener contacto con los niños. La madre no permite que el contacto tenga lugar porque le preocupa la posibilidad de que si los niños tienen contacto con su padre, éste no adhiera a ningún acuerdo y pueda no restituirselos una vez finalizado el contacto. Si bien no coincide con que los temores de la madre tengan un fundamento racional, al padre le gustaría llegar a un acuerdo amistoso. Por lo tanto, se comunica con la Autoridad Central del Estado contratante B³⁶⁹ a fin de obtener información acerca de la ley en materia de contacto del Estado contratante A y, en particular, las medidas que pueden ponerse en práctica en cualquiera de los Estados contratantes para aliviar los temores de la madre. La Autoridad Central del Estado contratante B se comunica con la Autoridad Central del Estado contratante A a efectos de determinar información relativa a la ley de dicho Estado. Cada una de las Autoridades Centrales brinda información general de utilidad con respecto a estas cuestiones que la Autoridad Central del Estado contratante B comunica al padre³⁷⁰. Asimismo, la Autoridad Central del Estado contratante A sugiere la mediación como posible camino a seguir por la familia y manifiesta que ellos pueden facilitarla en el Estado contratante A.

La mediación familiar representa la comunicación entre las partes en conflicto, que tiene capacidad para establecer consenso, es un método de resolución amistoso y neutral, que complementa el proceso legal o judicial, permite celebrar acuerdos, concilia las diferencias legales y que pueden ser vinculantes. Se considera desde todo momento en el actuar de la mediación al Interés Superior del Niño, el tratamiento al niño se da a la mediación en los Convenios de La Haya de 1980 (art. 7(c) y art. 31(b) de la Convención de La Haya de 1996.

11. PROCESO DE MALTA MARZO 2004

La particularidad del Proceso de Malta representa un avance de diálogo entre Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) y Estados de derecho islámico no partes de las Convenciones de La Haya, en el que la mediación es esencial para lograr una cooperación viable en cuestiones de custodia, contacto y

²⁵ Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, p.119: <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaa17efb050.pdf>

sustracción. Es a partir de este proceso cuando se establecieron los Puntos de Contacto Centrales para Mediación²⁶. El Proceso de Malta es el diálogo entre representantes de los Estados contratantes de los Convenios de 1980 y 1996 y los Estados no contratantes cuyos sistemas jurídicos se basan en la Sharia (ley islámica) o están influenciados por esta, este diálogo se centra en acuerdos de garantizar una mejor protección de los derechos de visita/contactos transfronterizos para los progenitores y sus hijos y cómo combatir y dar solución a problemas por la sustracción internacional de niños. El Proceso comenzó en la Conferencia Judicial sobre cuestiones transfronterizas del Derecho de Familia, que tuvo lugar en San Julián, Malta, los días 14-17 de marzo de 2004.

El Proceso Colaborativo en conjunto escribió en el año de 2016, el Código deontológico relativo a los procesos de mediación familiar internacional, un documento de referencia internacional para la mediación familiar transfronteriza²⁷. El Grupo de trabajo lo elaboro a partir de los consensos de los principios fundamentales a emplear en procesos de mediación familiar internacional. Sobre la Mediación el Código establece:

La mediación está reconocida mundialmente como un método efectivo de gestión y resolución de conflictos. Al tiempo que preserva los derechos de todas las personas involucradas, la mediación familiar internacional faculta a los participantes para hacerse responsables de sus propios actos y asumir el control de su conflicto, para discutir sobre la custodia y la educación de los hijos, y para formular acuerdos que puedan hacerse jurídicamente vinculantes y exigibles. La eficacia de este proceso depende de un lugar seguro y neutro para discusiones en el que los participantes puedan «contar su historia» y compartir sus experiencias así como reconocer los esfuerzos de la otra persona en el cumplimiento de su rol parental. El diálogo abierto y la libertad de expresión son las fuerzas motrices de todo el proceso.

El documento contiene diez principios sobre los valores fundamentales promovidos y defendidos por los profesionales de la mediación en todo el mundo. Los principios son: 1. Participación voluntaria 2. Pertinencia de la mediación 3. Toma de decisiones por los participantes 4. Acceso a asesoramiento jurídico independiente para cada participante 5. Confidencialidad 6. Independencia 7. Imparcialidad 8. Consideración de los derechos e intereses de los niños 9. Cualificaciones de los mediadores familiares internacionales 10. Conciencia y sensibilidad cultural de los mediadores.

26 <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-bo41-faaa17efbo50.pdf>

27 https://www.ifm-mfi.org/sites/default/files/CHARTER/SPANISH/Charter_IFM_ES.pdf

Estos principios se encuentran vinculados a los instrumentos regionales e internacionales: Consejo de Europa: Recomendación n° R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar; Recomendación Rec (2002) 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación en materia civil Unión Europea: Guía para una mejor implementación de las recomendaciones concernientes a la mediación en materia penal; La Conferencia de La Haya: Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del Proceso de Malta.

Es de resaltar que mediante la mediación también se les ofrecen a las partes una vía de solución para evitar los procesos legales costosos, pero de igual manera para los Estados. Si bien los costes varían de una jurisdicción a otra, por la asistencia judicial gratuita, pero no aplican para el proceso de mediación, sin embargo, si existe mediación solo dependiendo del caso en particular se puede establecer un considerable ahorro de recursos económicos, pero sin duda se evitara mayor desgaste entre las partes y se puede conciliar más rápidamente.

12. CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE SUSTRACCIÓN

La sustracción internacional de menores de edad es un problema que plantea diversos grados de vulneración de derechos de guarda y custodia, la Conferencia de la Haya y la comunidad internacional resuelven desde los convenios internacionales pero sobre todo como se trata en este apartado, mediante la aplicación de los Convenios internacionales en la materia, especialmente del Convenio de la Haya de 1980 que se ha actualizado en diversas regiones ya que los casos comprendidos en este Convenio en cuanto a la tipología hoy día ya se encuentran rezagados.

La Mediación como se ha comentado en el presente artículo, es una forma de solución sobre economías procesales y recursos económicos usados, ofrecen solución a plazos más cortos. Las controversias familiares son tratadas en el Derecho de Familia, bajo el principio de Interés Superior del Niño, que debe apartar a autoridades, personas o grupos ajenos a la controversia y a la solución del problema. La mediación aminora los daños psicológicos del niño, así lo considera la Resolución del Parlamento Europeo de octubre 2011 sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia. Por garantizar la confidencialidad del asunto. La mediación actúa bajo el principio de autonomía de la voluntad, por lo que es más posible que las partes queden satisfechas y cumplan voluntariamente. Con un mediador en materia internacional familiar, como abogado que conozca a fondo la materia, se ahorran las partes el riesgo de acudir a unas autoridades que, muy probablemente, desconozcan la correcta aplicación de los Convenios. La mediación, permite aproximar a las partes, acordar aun cuando el traslado o la retención ilícita ya

se ha producido, también puede lograr un acercamiento previo y evitar que la realización de la sustracción. El éxito de la Mediación es dar una solución al supuesto y todas las partes respetan el acuerdo de forma voluntaria.

Para la solución mediante la Mediación, devienen tres hipótesis que puedan ser obstáculos de restitución: el Derecho aplicable al caso: se desconoce el paradero del niño: exista negativa del Estado a la restitución. Estos son los extremos en los que la mediación no puede resultar con éxito.

En un primer acercamiento a la actualización del Convenio de 1980, lo es el Consejo de Europa, el 21 de enero de 1998 en el que el Comité de Ministros, aprueba la Recomendación N° R 1 (98) sobre la mediación familiar²⁸, los Estados deben instituir y promover la mediación familiar o consolidar la existente. Reforzar bajo nuevos principios a la mediación civil se incluyen en la Recomendación N° (2002) 10. La Unión Europea establece en 2008 un programa de mediación transfronteriza y una red de mediadores familiares internacionales, en lo interno y respecto de la Unión Europea. de resolución de conflictos ha de acudir a un mediador de su país que pertenezca a esta red internacional de mediadores.

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI))²⁹, emite las siguientes consideraciones: la importancia a la creación y el procedimiento de mediación en la Unión Europea, resalta el caso de Italia que recurre a la mediación en un número mayor que el resto de la Unión. La adopción de la mediación debe de ser prioridad y permear en las diversos ordenamientos jurídicos de los Estados, cuyas legislaturas deben corresponder a los alcances y ventajas de la mediación, considerarlo como procedimiento extrajudicial alternativo, voluntario y confidencial, aliviar los sobrecargados sistemas judiciales, garantizar acceso a la justicia contribuyendo al crecimiento económico.

En lo relativo en el documento a las conclusiones se encuentran las actualizaciones de las legislaciones de los Estados, reconociendo un rezago en tres Estados respecto de las normas transfronterizas aplicables, debidas a los sistemas tradicionales, lo que ha evitado la aplicación de los mecanismos de mediación. El resto de los Estados contemplan que sea a partir de los tribunales quienes insten a las partes en litigio a recurrir a la mediación, a acudir a sesiones informativas, o bien sean los aboga-

28 <https://e-justice.europa.eu/386/ES/legislation> El recurso disponible refiere que las disposiciones generales sobre la mediación son, por lo general, aplicables a los litigios familiares.

29 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0321_ES.html

dos de las partes que orienten y generen convenios de mediación, manteniendo sus derechos a salvo sin la mediación no se cumple para que las partes puedan recurrir a los tribunales.

En la Unión Europea algunos Estados ofrecen incentivos económicos a fin de evitar gastos, asistencia jurídica o sanciones en caso de negativa injustificada a considerar la mediación, que proporciona una resolución extrajudicial rápida de los litigios.

Considera en una conclusión importante que el Código de conducta europeo para los mediadores es utilizado por las partes el cual constituye ya un ejemplo que es seguido para códigos nacionales, de manera similar los Estados disponen de procedimientos de acreditación para los mediadores y/o lleva registros de mediadores. Aun para la Unión Europea resulta difícil obtener datos estadísticos, sobre casos, procedimientos, tasas de éxito, por lo que se hace necesaria una actualización en ese rubro para acreditar a la Mediación, fomentar su utilización y su eficacia. En esta rema la importancia de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil por lo que respecta a la mejora de la recopilación de datos nacionales sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación, sobre todos por los avances en el ámbito familiar, en lo relativo a las modalidades de custodia de los hijos, el derecho de visita y la sustracción parental de menores.

En la mediación se genera un ambiente constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres; las soluciones resultan ser a largo plazo cumplidas en relación con los niños, respecto de las modalidades de visita o los acuerdos relativos a la pensión alimenticia.

El Portal Europeo de Justicia debe contar con una sección dedicada a la mediación transfronteriza en asuntos familiares, elabore recomendaciones para la utilización de la mediación familiar en casos de sustracción de menores. Existe financiación a proyectos a la promoción de la mediación, formación de jueces y profesionales de la justicia. Se deben adoptar medidas para garantizar los acuerdos de mediación en respeto de los derechos fundamentales, nacionales y transfronterizos.

En el rubro de recomendaciones el documento solicita que se continúe con la promoción y respaldo a la mediación, mejorar las prácticas jurisdiccionales y otorgar mejorías bajo normas de calidad en los servicios, que contribuyan a la cultura de la mediación, se mantengan registros sobre los procedimientos, respetando plenamente el Reglamento general de protección de datos (Reglamento (UE) 2016/679); resolver los obstáculos respecto de los acuerdos de mediación extranjeros para efecto de dar respuesta de manera eficiente a los litigios internos y transfronteri-

zos en la Unión, lo anterior debe realizarse salvaguardando los procedimientos de mediación para las partes más débiles y del respeto de los criterios de equidad en los colectivos desfavorecidos³⁰.

En los casos de sustracción internacional de niños, el uso de la mediación no debería postergar los procesos de restitución inmediata, el proceso de restitución de La Haya cuando el progenitor sustractor ha procedido de manera unilateral, transgrediendo a la Convención en cuanto a sustracción internacional. Los Estados deben considerar la aplicación del Orden Jurídico Interno frente al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores en lo que respecta a la mediación. La mediación es sólo una opción, que existe además del recurso al proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya. La voluntad o la falta de voluntad de los progenitores de someter la controversia a un proceso de mediación o continuarla una vez iniciado no debería influir en la decisión del tribunal.

Como el resultado de la mediación en los conflictos a la custodia y al contacto con los padres, se deben considerar el interés y el bienestar del niño, durante el proceso se debe apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos, por lo que se debe proporcionar asistencia jurídica debido a la importancia a los derechos del niño, en la decisión de otorgarle efecto jurídico al acuerdo de mediación. Los tribunales deben aprobar los acuerdos relacionados con la responsabilidad parental que deben ser compatible con el interés superior del niño.

13. CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE SUSTRACCIÓN

En los avances de protección de los derechos e intereses de los niños en los procedimientos judiciales, al igual que en los procedimientos de resolución de controversias debe existir un respeto de los derechos e intereses de los niños, en este apartado se menciona a los comprendidos a respetar y tomar en cuenta sus opiniones, en armonía con artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité sobre los Derechos del Niño estableció en su Comentario General de 2009 que derecho “a ser escuchado en cualquier procedimiento judicial y administrativo que afecte al niño”, al igual que en los procedimientos que “involucren mecanismos alternativos de solución de controversias tales como la mediación y el arbitraje”.

Las opiniones del niño, en la mediación dependerá en cierto grado del acuerdo entre los progenitores, que han establecido el procedimiento, si es mediante la mediación, a diferencia de los jueces, los mediadores no tienen facultades sobre los niños, solo puede hacer notar la importancia de solucionar el conflicto por los hijos, escuchar la voz del niño y señalar, ante el tribunal que le otorgue efecto vinculante al

30 El estudio completo puede ser consultado en su versión en idioma inglés; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

acuerdo. El mediador puede recomendar un procedimiento a fin de introducir la voz del niño en la mediación ante otra posible sustracción, violencia doméstica, entre otras posibles causas graves.

La posibilidad de que pueda presentarse al proceso de mediación una tercera persona, que pueda ser útil a la solución de la controversia, depende si el proceso lo permite, el mediador decidirá sobre la factibilidad, asegurando el tema sobre la confidencialidad. Un ejemplo ilustrará algunas de las ventajas que puede tener la mediación en un caso de sustracción internacional de niños³¹:

En 2005, P y M, no casados y ambos nacionales del Estado A, se mudan del Estado A al distante Estado Z junto a su hija de 2 años de edad, de quien tienen la custodia conjunta de acuerdo con la legislación tanto del Estado A como del Estado Z. El motivo de su reubicación es el empleo del padre (P) por parte de una compañía en el Estado Z. En los años siguientes, la familia se establece en el Estado Z, aunque a la madre (M) le resulta difícil adaptarse al nuevo ámbito debido a las diferencias idiomáticas y culturales. Puesto que el Estado A se encuentra a varios miles de kilómetros de distancia, las visitas familiares son poco comunes; los abuelos maternos, por lo tanto, ejercen presión sobre M para que regrese al Estado A. Como consecuencia de problemas en la relación, M finalmente decide regresar al Estado A en el año 2010. Hace los preparativos en forma secreta y después del feriado de Navidad de 2010 que ella pasa en la casa de sus progenitores en el Estado A junto a la niña, informa a su marido que ella y la niña no regresarán al Estado Z. A P esto lo toma por sorpresa y, al tomar conocimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores que está en vigor entre el Estado A y el Estado Z, presenta una solicitud de restitución y se inician los procesos de restitución en el Estado A. Al mismo tiempo, P se presenta ante los tribunales en el Estado Z para la custodia exclusiva provisoria de su hija.

Todo acuerdo internacional representa un modelo de Cooperación Jurídica Internacional, al que los Estados parte, cumplen para dar armonía y seguridad a los integrantes de esta Gran Canica Azul³². En cuanto a los procedimientos el presente trabajo permite un acercamiento a los por menores producidos por la evolución del

31 <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-bo41-faaa17efb050.pdf> página 119.

32 Big Blue Marble fue un programa de TV. La siguiente es una traducción libre del tema musical en inglés. “La Tierra es una Gran Canica Azul cuando la ves desde afuera. El sol y la luna declaran que nuestra belleza es muy rara. Las personas son personas y los niños son niños, compartimos un nombre común. Hablamos un nombre diferente, pero trabajamos y jugamos igual. Cantamos bastante parecidos, disfrutamos de la primavera bastante parecidos; Paz y amor que todos entendemos y risas, usamos la misma marca. Nuestras diferencias, nuestros problemas de ahí fuera no queda mucho rastro. Nuestras amistades pueden ubicarse mientras miran la cara de la Gran Canica Azul en el espacio”. <https://www.youtube.com/watch?v=2hzMlfZofnA>

Orden Jurídico, lo importante es la cooperación entre Estados, que en ocasiones interviene directamente como en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya de 1980) y en otro diverso en el que no lo hace sino actúa a través de las autoridades responsables de cumplir las solicitudes de extranjeros, como en el Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio HCCH sobre Adopción de 1993), este acuerdo permite la decisión de otorgar la adopción, considerando el Derecho del niño a ser adoptado en correspondencia al Interés Superior, que debe cumplirse tanto del Estado otorgante como las del Estado receptor.

Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, requiere del Estado la determinación de autoridades competentes con facultades expresas en la ley aplicable, que ejercerán la protección de personas y bienes, ejercitar lo aplicable sobre la responsabilidad parental, estas medidas deben contribuir a la cooperación internacional y al cumplimiento del convenio.

Bajo el numeral 2 se define el término "responsabilidad parental", como la ejercida en derechos, poderes y obligaciones en la relación de autoridad directa o análoga respecto a la persona o los bienes del niño. El texto del Convenio en el Capítulo V titulado Cooperación bajo los numerales del 29 al 39, las obligaciones para los Estados sobre la designación de las Autoridades Centrales (numerales 29, 30 y 31), Competentes (Artículo 32), Artículo 33 faculta a la Autoridad Competente la colocación del niño a una familia de acogida, a un establecimiento o su protección legal por *kafala*³³ o por una institución análoga, de manera similar la comunicación entre autoridades centrales y competentes, debiendo informar sobre las medidas y determinaciones sobre el Principio del Interés Superior del Niño.

Convenio de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, aporta considerables respecto de las autoridades competentes, de inicio los Estados, consideran sobre la conveniencia de asegurar la protección en situaciones internacionales de los adultos, que no pueden valerse por sí mismos, por lo que acuerdan que el Convenio no genere conflictos entre sus sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas para la protección de los adultos. Reafirma la importancia de la cooperación internacional aplicable a la protección de los adultos, establece el Interés del Adulto, que se basa en el respeto a su dignidad y a su voluntad, considerándolas primordiales.

33 Se trata de una medida de protección de niños, típica de los países de sistema jurídico islámico, y puede ser de carácter formal (con la intervención de un organismo competente) o informal. <https://assets.hcch.net/docs/61152806-888c-4b17-aca1-aedb83bcaaba.pdf>

El Capítulo I titulado *Ámbito de Aplicación del Convenio* en su Artículo 1, establece la aplicación en situaciones internacionales dirigidas a la protección de adultos que no están en condiciones de velar por sus intereses. El objeto es determinar las autoridades competentes, las leyes aplicables a las facultades de competencia y representación de los adultos. Las autoridades deben mantener la cooperación internacional para conseguir los objetivos del Convenio.

Se ha descrito en el presente estudio a los convenios utilitaristas centrados en objetivos para resolver problemas concretos (*Interés Superior del Niño*), convenios generales sobre protección de grupos vulnerables, pero todos requieren de Autoridades Centrales y Competentes, que deben cooperar internacionalmente en la comunicación trasfronteriza y en la solución de controversias mediante la Mediación como medio de Cooperación Internacional.

El extenso y fecundo panorama del Derecho Internacional permite un acercamiento respecto a su carácter evolutivo en el que en este artículo se ha acotado el estudio y análisis de la Mediación y su importancia en la solución de controversias, las conclusiones a las que se arriba deben contribuir a continuar en el estudio para proponer una regulación acorde a los temas actuales, como son los mecanismos actuales de comunicación, que inciden en las actualizaciones de Convenciones que en origen representaron simplificaciones administrativas como, el Convenio de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (Convenio HCCH sobre la Apostilla de 1961) que continúa facilitando la utilización de los documentos públicos en el extranjero emitidos por Autoridades Competentes.

El convenio ha permanecido vigente y en uso, pero a partir del año 2006 el Programa de Apostillas Electrónicas (e-APP) refuerza la certificación internacional de documentos mediante la verificación electrónica de las Apostillas.

14. CONCLUSIONES

Las vías de comunicación tradicionales presentes en la Cooperación Internacional como la diplomática y consular, mediante sus buenos oficios de respeto a la soberanía de los Estados y de apego a los principios del Derecho Internacional han permitido hasta cierto grado un avance en la comunicación de Convenios Generales, esta primer conclusión no pretende eliminar su uso tradicional, pero si se debe considerar otorgar respuesta de los Estados miembros lo más rápidamente posible en casos en los que revista especial importancia a casos concretos, si para el caso de la Convención sobre Apostille cada Estado ha designado una autoridad competente, con

los resultados desde el año 1961 y con el Programa electrónico de 2006 el avance es aun mayor en respuesta a las comunicaciones y cooperación, debido a la confianza entre las autoridades de aquí su eficacia.

La designación de autoridades centrales y de competencia en su actuación, desarrollo y eficacia en prueba de que los Estados mantienen vigente el principio de Cooperación Jurídica Internacional, los mecanismos han actualizado legislativamente las facultades y los ámbitos de aplicación a la solución de controversias, los mecanismos de comunicación directa representan una vía correcta de aplicación del Derecho Internacional a conflictos de leyes y en el ejercicio de casos transnacionales.

Aplicar el Derecho Internacional de conformidad a la competencia judicial internacional, a bien como ley aplicable o a las decisiones extranjeras, desde y acorde a las leyes vigentes permea en una armonía jurídica a supuestos jurídicos internacionales integrados a los textos Constitucionales y en los acuerdos internacionales, sobre protección a los DD HH, en el caso de la Mediación en la que predomina la autonomía de la voluntad la protección a personas vulnerables, la Cooperación Internacional asegura la protección integral, jurídica, social y económica por parte del Estado.

La Cooperación Jurídica Internacional es un instituto de Derecho Internacional Privado en general y en específico al Derecho Procesal Transnacional, comprendido en el Proceso Civil /Familiar Internacional, por lo que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado dirige sus esfuerzos de creación, adecuación y creación de los Tratados internacionales con los que la Comunidad Internacional se vincula para cumplir con los objetivos de dar solución a problemas procedimentales. El instituto es un mecanismo de asistencia de solicitud de rogatoria jurídica, entre los Estados que decide sobre jurisdicciones, leyes aplicables, competencia, obtención de pruebas, medidas cautelares, ejecución de sentencias, pero sobre todo en el ejercicio de protección y seguridad de las personas.

La Cooperación es el nexo permanente de aplicación normativa en el caso concreto y particular. Este nexo se encuentra influido desde organización del Estado de Derecho que reconoce las garantías del justiciable, en el respeto de su dignidad humana y la garantía del Orden Jurídico.

15. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Biblia versión Reina-Valera 1960.

Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Editorial Temis. 2007.

Bovero, Michelangelo. Globalización, Democracia, Derechos ¿Siete Globalizaciones? En Revista Justicia Electoral (TEPJF) AÑO 2002/NÚMERO 17, México.

Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996.
Morin, Edgar. La vía: Para el futuro de la humanidad. Barcelona. Paidós 1er. edición, junio 2011.

SITIOS OFICIALES

Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Bible website, Bible Gateway

Cámara de Diputados LXV Legislatura, México

Canal Youtube

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los
International Family Mediation

Organización de Estados Americanos

Parlamento Europeo

Portal Europeo de e-Justicia

Tesouro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Universidad Veracruzana, México

vLex proveedor de información jurídica

World Trade Organization (WTO)

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU UTILIZACIÓN EN LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Obed Alue Ramírez¹

Perla Esmeralda García Ruiz²

RESUMEN

El uso de la Inteligencia Artificial (IA) en los mecanismos alternativos de solución de controversias, plantea retos importantes en torno a su implementación en la justicia, garantizando el cumplimiento a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el acceso a una justicia rápida y expedita, para lo cual, se ha propuesto analizar a la tutela judicial efectiva con respecto a la IA, la utilización de la IA en el derecho, realizando un análisis de los principales sistemas de IA en Latinoamérica y Estados Unidos, para finalizar con el estudio de la posible aplicación de un sistema de IA en utilización de mecanismos alternos de solución de controversias.

Palabras clave: Inteligencia artificial, Online Dispute Resolution (ODR), Mecanismos Alternos de Solución de Controversias (MASC), tutela judicial efectiva, mediación, conciliación.

ABSTRACT

The use of artificial intelligence (AI) in alternative dispute resolution mechanisms poses important challenges regarding its implementation in justice, ensuring compliance with effective judicial protection, legal certainty and access to prompt and expeditious justice for the parties, for which, it has been proposed to analyze the

1 Maestro en derecho y doctorando en derecho y globalización por la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, perteneciente al Programa Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; obed.alue@outlook.com.

2 Maestrante en derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, perteneciente al Programa Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; perla040596@gmail.com

effective judicial protection with respect to AI, the use of AI in law, an analysis of the main AI systems in Latin America and the United States, to conclude with the application of an AI system in alternative dispute resolution mechanisms.

Key words: Artificial intelligence, Online Dispute Resolution (ODR), Alternative Dispute Resolution (ADR), effective judicial protection, legal certainty, speed, mediation, conciliation, culture of peace, justice.

1. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial ha sido uno de los temas de mayor auge en los tiempos modernos. Los fenómenos ocasionados por la globalización han provocado que la forma de vida de las personas cambie de acuerdo a las nuevas formas de vivir. El uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como su evolución, han permitido que algunas personas las utilicen en beneficio propio para automatizar actividades rutinarias, lo cual conlleva beneficios como la disposición de tiempo para realizar otras actividades y la facilitación de procesamiento de información.

El Derecho, al ser de igual forma una cognición evolutiva de acuerdo con las necesidades de la propia sociedad, debe encontrarse a la vanguardia de los cambios tecnológicos y utilizarlos en favor de las personas que lo requieran. En ese sentido, en diversas partes del mundo se han utilizado sistemas de inteligencia artificial para que coadyuven a la solución de controversias en la vía judicial, sin embargo, sus bondades también pueden ser utilizadas dentro de los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando se garanticen los derechos de las personas involucradas.

En el presente artículo se tratará el tema de la aplicación de la inteligencia artificial dentro de los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como la forma en que se podría realizar, garantizando el cumplimiento de los derechos fundamentales de las partes, para lo cual, se ha propuesto realizar un recorrido desde la tutela judicial efectiva, la utilización de la IA en el derecho, haciendo un análisis de los principales sistemas de IA en Latinoamérica y Estados Unidos, para finalizar con la aplicación de un sistema de IA en los propios mecanismos alternativos.

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA INCORPORACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La tutela judicial efectiva o tutela jurisdiccional tiene su origen en Alemania, cuando el país se encontraba en una etapa de consolidación del Estado de derecho. El término se tradujo como un impedimento a las arbitrariedades procesales de la autoridad jurisdiccional. Este concepto debe verse por los jueces como una herra-

mienta que permite elevar la calidad de la justicia, al mantener sus decisiones ape-
gadas a un garantismo procesal. Capellati menciona que la tutela judicial efectiva
es “hacer efectivos los derechos de las personas”³.

Carlos Cochaldo menciona que la tutela judicial efectiva se necesita aplicar cuando
los derechos e intereses pueden estar siendo amenazados o lesionados, o bien, están
inmersos en alguna controversia ante los jueces del poder judicial y los árbitros.
Así, el derecho a la tutela judicial efectiva es un atributo subjetivo que comprende
una serie de derechos en los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho
de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se
lo destruya, impida o disuada irracionalmente, así como el derecho a la efectividad
de las resoluciones judiciales⁴.

Por su parte Giovanni Posada refiere que la tutela judicial efectiva o tutela jurisdic-
cional debe ser eficaz, es decir, que la protección jurisdiccional debe tener vigencia
en el ámbito de la realidad, debe estar en condiciones de incidir sobre las situacio-
nes jurídicas de aquellos que están en el específico conflicto de intereses que se pro-
duce en la sociedad. De este modo, se trata de generar mecanismos con la finalidad
de hacer que la resolución judicial que se pronuncia sobre la pretensión planteada
por el demandante en torno la necesidad de protección tenga una incidencia real,
de modo que el derecho obtenga en el ámbito de la realidad aquella satisfacción que
el sistema jurídico le prometió⁵.

Es preciso señalar que la tutela jurisdiccional y la tutela judicial efectiva son sinóni-
mos puesto que diversos autores se refieren a lo mismo al dar su conceptualización,
por lo que para efectos de este artículo debe entenderse lo mismo una por otra; en
ese sentido, en el concepto de Giovanni Posada se comprende que la tutela judicial
efectiva debe de contener una aplicación real al generar mecanismos de protección
en torno a la necesidad de los justiciables. Por su parte Araujo Oñate menciona que
la tutela judicial efectiva es “derecho fundamental de carácter individual que pro-
cura la protección de todos los derechos públicos subjetivos”⁶.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia a la
sentencia de fecha 31 de agosto de 2010, emitida por el Tribunal de Justicia Admi-
nistrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, México, en el recurso de reconside-

3 Cappelletti, M., et al., El acceso a la justicia: tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los dere-
chos, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p.41.

4 Cfr. Cochaldo, Carlos, Derechos de Justicia, Perú, Fondo editorial PUCP, 2021, pp. 37-38

5 Posada, Giovanni, El Proceso y la Tutela de los Derechos, Perú, Fondo editorial PUCP, 2019, p. 94.

6 Araujo-Onate, R. M. (2011), Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia
administrativa. Visión de derecho comparado. Estud. Socio-Juríd, vol.13, n.1.

ración tramitado en el expediente ja-r-0058/2010-i, para la fundamentación de la tutela judicial efectiva en ámbito internacional como en el nacional mexicano; del cual se expresa de la forma siguiente:

Robustece la posición adoptada el contenido del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho fundamental de un recurso judicial efectivo, breve y sencillo que a criterio de este órgano jurisdiccional no es otra cosa que el conocido derecho a la tutela judicial efectiva dentro del ámbito del sistema jurídico mexicano, que lo podemos ubicar dentro de un ámbito constitucional en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷.

Por lo anterior, la tutela judicial efectiva es una figura jurídica subespecie del principio pro persona y garante de los derechos humanos, por ello, el Estado debe garantizar la mayor protección, estableciendo a su vez que exista también eficacia y eficiencia en la implementación de mecanismos alternativos de solución de controversias para que las personas puedan acceder a la tutela de sus derechos de forma efectiva, optimizando al mayor grado la efectividad de los derechos humanos, aun en la utilización de esos mecanismos, responsabilidad del Estado establecida en el artículo 17 constitucional, cuarto párrafo, y que en esa parte conducente establece a la letra lo siguiente:

Artículo 17.

...

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.

...

De acuerdo a lo anterior, el derecho de acceso a la justicia va más allá de los simples trámites procesales de entrada, sino también el derecho de acceder a otras formas de solución de conflictos sin llegar a juicios exhaustivos y tardados. Como tal, el acceso a la justicia también se comprende con los mecanismos alternos de solución de controversias, tales como la conciliación y mediación.

Asimismo, la tutela judicial efectiva, es una concepción garantista de los derechos fundamentales en las personas, puesto que va encaminada al derecho positivo que deben de tener los órganos jurisdiccionales frente al derecho de acción de poder y el deber ser con aplicación al activismo judicial, pero que desde una visión proteccionista otorgada por el artículo 1 constitucional, no se constriñen únicamente a los órganos juris-

7 CorteIDH, sentencia del Recurso de Reconsideración JA-R-0058/2010-I; Caso García Morelos, “La Tutela Judicial Efectiva implica que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente Rigurosa”, México, 31 de agosto 2010, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28604.pdf>

diccionales, sino en realidad a toda aquella institución u órgano público que permita a los gobernados obtener una resolución, ya sea judicial o bien, mediante convenio transitando uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

En ese sentido, también tiene que ver con que, independientemente del tipo de pretensión del ciudadano para pedir justicia, éste pueda acceder a medios alternos de solución de controversias como una opción para evitar procedimientos jurídicos dilatorios, lo cual se encuentra constitucionalmente garantizado.

En definitiva, la incorporación de la inteligencia artificial dentro de los mecanismos alternativos de solución de controversias, deben de ir de la mano de la protección estatal de la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual garantiza una mejor y mayor protección de la tutela de los derechos, para que puedan ser más eficientes y de una mejor calidad.

En México, a raíz de la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, se estableció un cambio de paradigma con una visión protectora en todos los sentidos de los derechos fundamentales, es decir, cambió la forma en que los operadores jurídicos debemos entender la protección de los derechos humanos. El artículo primero constitucional, estableció entre otras cosas, una extensión del catálogo de derechos y garantías constitucionales, a efecto de incluir también aquellos que se establecen en el sistema interamericano y el sistema universal de protección de derechos, según los tratados internacionales en la materia firmados y ratificados por el Estado mexicano, por lo que han llegado a formar parte de manera armónica de nuestro orden jurídico nacional, potenciando los derechos fundamentales y su protección.

En relación con la tutela judicial efectiva en el sistema interamericano, se puede encontrar su protección en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, mismo que dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso⁸.

Por lo anterior, podemos observar la protección respecto al derecho humano de tutela judicial efectiva, así como las atribuciones y competencia del Estado para garantizar dicho derecho fundamental en los justiciables.

En conclusión, podemos entender que la tutela judicial efectiva en el derecho internacional esta reconocida como un derecho humano por lo que corresponde al Estado garantizarlo y protegerlo. Por lo anterior, se puede dilucidar que al establecer que el Estado es quien tiene la obligación establecer recursos sencillos para administrar justicia, se instaure la viabilidad de aplicar mecanismos alternos de solución de controversias.

Asimismo, es necesario explicar en el siguiente subtema la relación entre la inteligencia artificial y su utilización en el derecho como medida de impartición de justicia de acuerdo con la tutela judicial efectiva, para posteriormente establecer su relación con su aplicación en los mecanismos alternativos de solución de controversias.

3.LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU UTILIZACIÓN EN EL DERECHO

La inteligencia artificial ha venido trastocando puntos específicos en el ámbito privado y público de las personas. En ese sentido, derivado de la congestión jurisdiccional y la garantía de los derechos humanos, nace la necesidad de implementar procesos de solución de conflictos que sean mayormente eficaces, rápidos y sencillos. En el caso concreto y en lo que refiere al presente artículo, el uso de la inteligencia artificial en los mecanismos alternativos de solución de controversias, plantea retos importantes en torno a como se llevan a cabo, además de no dejar de lado los principios en los que se encuentran basados.

Roco, M.C. y Bainbridge, W.S se refieren a la inteligencia artificial diciendo que

este nuevo paradigma de inteligencia artificial se concibe explícitamente como una “tecnología con rostro humano”, centrada en las necesidades de los individuos y en las posibilidades crecientes de la tecnología aplicadas a fines económicos, sociales, médicos y terapéuticos⁹.

8 Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

9 Cfr. Roco, M.C. y Bainbridge, W.S. *Converging technologies for Improving Human Performance*. Nanotechnology, Biotechnology, Information technology and Cognitive Science. Arlington (Virginia): USA National Science Foundation/DOC-sponsored report, 2002; Aguiló, J. (Coord.). *Tecnologías Convergentes NBIC. Situación y Perspectiva 2005*. CSIC, Barcelona, 2005.

Por su parte Fabra Zamora y Núñez Vaquero mencionan que:

Desde el principio, la IA & D nació con el objetivo de solucionar un conjunto de problemas específicos que se plantean en el ámbito jurídico. Algunos de estos problemas son conocidos y persisten hasta hoy: la organización de las grandes bases de datos, la clasificación y ordenación de textos jurídicos que varían con el tiempo (leyes, reglamentos, sentencias...), el interfaz con los distintos tipos de usuarios, el modelado de las operaciones realizadas por los agentes políticos (legística) y jurídicos (razonamiento judicial, razonamiento por casos, resolución de problemas), el modelado de determinados ámbitos del conocimiento jurídico (especialmente en derecho financiero y en cálculo de tasas e impuestos), el modelado de la argumentación razonable en función de normas o de precedentes¹⁰.

Por ello la inteligencia artificial es una herramienta sumamente coadyuvante en mejorar la impartición de justicia en México, así como en el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Si bien es algo innovador, pudiéndose emitir diversas opiniones respecto al modo de aplicación, lo cierto es que puede, en la praxis jurídica, hacer eficientes los procesos de solución de controversias, ya sea mediante la justicia tradicional o bien en los mecanismos alternativos, con base en el análisis de datos realizada por algoritmos y un sistema de precedentes, para así poder llegar a un acuerdo más rápido y con mayores opciones de resolución a problemas casuísticos.

Resulta necesario que el Estado mexicano, en concordancia con el derecho a una tutela judicial efectiva, active procesos de inteligencia artificial que coadyuve a solucionar los problemas a los que se enfrentan los operadores jurídicos, como la acumulación y congestión jurisdiccional, que podría verse mejorada con el uso de las nuevas tecnologías al servicio de los terceros imparciales, entre ellas de un sistema inteligente que colaboraría con los mediadores y conciliadores en la proyección de un abanico de alternativas y soluciones, enfocándose en los intereses de las partes involucradas, ayudándoles a ponerse de acuerdo y a llegar a buen puerto el proceso.

3.1 PRINCIPALES PROGRAMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL UTILIZADOS EN ARGENTINA Y EUA

Ahora bien, es preciso analizar dos de los principales sistemas de inteligencia artificial que han sido implementados como auxiliares de la justicia tanto en el caso de Latinoamérica, tomando como ejemplo a Argentina, como en el caso estadouni-

10 Fabra Zamora, Jorge Luis y Nuñez Vaquero, Alvaro, Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, volumen uno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 828.

dense, para verificar la forma en como estas actúan y en su caso, la forma en que alguna inteligencia artificial similar podría utilizarse dentro de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

3.1.1 El Sistema de Inteligencia Artificial Prometea en Argentina

La república de Argentina sufre una situación económica crítica en torno a las divisas, sin embargo, es uno de los países latinoamericanos que más le apuesta a la tecnología, incrementando su presupuesto a los 500 mil millones de pesos para el año 2023 con un PIB de 0.34%, lo cual resalta contrastándolo con México, en donde, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en 2019 el presupuesto ejecutado en investigación y desarrollo de los tres niveles de gobierno (GBARD por sus siglas en inglés) ascendió al 0.22% del PIB y el presupuesto para el programa de ciencia, tecnología e innovación apenas alcanza 113 mil 277.40 millones de pesos de acuerdo con el PPEF (Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación) del 2022, categorías en las que se incluyen asignaciones que no necesariamente contribuyen al desarrollo científico y tecnológico del país¹¹.

En ese orden de ideas, el sistema de inteligencia artificial PROMETEA, es un software predictivo que trabaja con un asistente de voz, tal como lo hace Apple o Alexa, lo cual permite realizar un dictamen jurídico íntegro, además de que permite realizar especificaciones de casos jurídicos concretos, por lo cual, facilita las tareas de los operadores jurídicos y coadyuva a que el trabajo sea más ágil y rápido, sin embargo, eso no significa que el dictamen que emite la IA sea el que quedará firme, sino que pasa por un operador jurídico para que le haga las modificaciones pertinentes.

En ese sentido, el autor Juan Gustavo Corválan menciona en su artículo titulado “La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la justicia: PROMETEA”, ha establecido lo siguiente:

El procedimiento es conducido íntegramente por la IA, de la siguiente manera: llega un expediente a dictaminar, que no ha sido analizado por ninguna persona. Se carga entonces el número de expediente a la inteligencia artificial Prometea, y en pocos segundos después pasa todo lo que se detalla a continuación. El sistema de IA busca la carátula en la página del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad

¹¹ Cfr. Fundar, “Todavía no es suficiente el presupuesto a ciencia y tecnología en el proyecto de presupuesto de egresos 2022”, Centro de Análisis e Investigación FUNDAR, México, 2022, consultado el 2 de marzo de 2023 en <https://fundar.org.mx/pef2022/todavia-no-es-suficiente-presupuesto-a-ciencia-y-tecnologia-en-el-proyecto-de-presupuesto-de-egresos-2022/#:~:text=En%20este%20documento%20se%20examina,presentes%20dentro%20del%20PPEF%202022.>

de Buenos Aires, lo asocia con otro número (vinculado a las actuaciones principales) y luego va a la página del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Juscaba). Busca y lee las sentencias de primera y segunda instancia, luego analiza más de 1400 dictámenes (emitidos durante 2016 y 2017), para finalmente emitir la predicción. En concreto nos dice que detecta un modelo determinado para resolver el expediente y nos ofrece la posibilidad de completar algunos datos para imprimir o enviar a revisar el dictamen con base en ese modelo (esto mismo podría hacer, si se tratara de dictar una sentencia)¹².

Por lo anterior, se destaca que el sistema PROMETEA, ayuda al operador jurídico, realizando una actividad de sistematización, pues vemos que busca la carátula en la página del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, lo asocia con otro número de expediente similar y busca en la página del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Juscaba), así también Busca y analiza las sentencias de primera y segunda instancia, por lo que es capaz de analizar más de 1400 dictámenes. En ese sentido, ayuda a convertir el trabajo del operador jurídico en una cuestión más automatizable, pero lo que mayormente llama la atención, es precisamente el hecho de la predicción final que realiza al estudiar dictámenes previos.

El carácter automático que conlleva analizar más de 1400 dictámenes y establecer conexiones o similitudes entre las diferentes resoluciones emitidas en el Tribunal, para una persona o un equipo de profesionales, podría llevarles mucho más tiempo que el que ocupa y realiza la inteligencia artificial, por lo que una herramienta como esta, sin duda alguna favorece la celeridad de los procesos que se llevan a cabo en la impartición de justicia. Asimismo, se desprende del párrafo citado que esto mismo se pueden hacer si se tratara de una sentencia, por lo que de igual forma es de gran ayuda para el operador jurídico puesto que al tener más alternativas de solución y precedentes similares hace que el trabajo se facilite un poco más para emitir una sentencia en tiempo y razonamientos basados en precedentes plenamente validados.

Cabe precisar, que el uso de la inteligencia artificial en los mecanismos alternativos de solución de controversias sería de gran ayuda para llegar a soluciones que pongan fin a la controversia de una forma más rápida y evitar la judicialización de asuntos que se podrían resolver y transitar por una línea más simple y rápida como lo es el uso de la inteligencia artificial, para ese efecto se podría utilizar en modo comparativo con el software “Prometea” actualmente vigente en Argentina, de modo que sea la IA quien posibilite el análisis de datos coadyuvando con el mediador, conciliador o cualquier otro tercero imparcial.

12 Corvalán, Juan Gustavo, La primera inteligencia predictiva al servicio de la Justicia: Prometea, en *Revista Pensamiento Penal*, octubre 2017, p.4

En ese sentido, por ejemplo, un software de IA conciliador podría analizar una base de datos derivadas de una big data, estableciendo posibles soluciones al caso concreto, por lo que favorecería a las partes a buscar de una manera más fácil una solución y llegar a un común acuerdo. Así también, en el caso del software de IA mediador, las partes podrían estar desde la comodidad de sus hogares y proponer desde ahí posibles soluciones al caso en cuestión, por lo que el uso del software mediador sería de gran ayuda para identificar los intereses de cada una de las partes, más allá de sus posiciones, para que se pueda ayudar a las partes a proponer un convenio de forma más rápida y eficiente; en ambos casos, tendría como efecto la no judicialización de la controversia en los órganos jurisdiccionales y despresurizar el trabajo en los mismos.

3.1.2 El sistema de inteligencia artificial COMPAS en Estados Unidos de América.

En Estados Unidos se implementó el sistema de inteligencia artificial denominado COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), el cual fue utilizado por cortes de justicia en Nueva York, Wisconsin, California y Florida en el condado de Broward. Dicho sistema fue utilizado para calcular el riesgo de reincidencia criminal, utilizando patrones de comportamientos y psicológicos, en donde los clasificaba con personalidades de bajo, medio y alto riesgo¹³.

En principio pudiera parecer prometedora la idea de utilizar sistemas de inteligencia artificial a efecto de poder determinar, en el caso de COMPAS, si hay posibilidades de reincidencia y con base en ello poder dictar una resolución que permita prevenir dichos actos criminales, sin embargo, es preciso tener cuidado con su uso, pues ello conlleva todavía riesgos que no han sido salvados todavía.

Por ejemplo, en el año 2013, el estado de Wisconsin, acusó a Eric Loomis de cinco cargos criminales relacionados con un tiroteo desde un automóvil en La Crosse. Loomis negó haber participado en el tiroteo, pero admitió que había conducido el mismo automóvil involucrado más tarde esa noche, declarándose culpable de dos de los cargos menos graves: intentar escapar de un oficial de tráfico y operar un vehículo motorizado sin el consentimiento del propietario. Un oficial del Departamento de Correcciones de Wisconsin produjo un informe que incluía una evaluación de riesgo COMPAS, la cual se basaba tanto en una entrevista con el delincuente como en información de su historial criminal. Como la metodología detrás de COMPAS es un secreto comercial, solo se informan al tribunal las estimaciones de riesgo

13 Leheza, Yevhen, et. al., “Foreign experience and international legal standards for the application of artificial intelligence in criminal proceedings”, en *Revista de la Universidad de Zulia*, 3ra época, año 13, número 36, 2022, p. 280.

de reincidencia, por lo que el tribunal de primera instancia, en parte basándose en esta evaluación, sentenció a Loomis a seis años de prisión y cinco años de supervisión extendida¹⁴.

A pesar de que dicha resolución fue debidamente impugnada por el acusado, sosteniendo que existían violaciones al debido proceso, en virtud de que la metodología utilizada para crear el informe era un secreto comercial, se infringía a su vez, su derecho a ser sentenciado con información precisa¹⁵. Finalmente la resolución fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Wisconsin, sin embargo, la Jueza Bradley, refirió que se debe proceder con precaución al utilizar dichas evaluaciones de riesgo, por lo que, las puntuaciones de riesgo no se pueden usar "para determinar si un delincuente es encarcelado" o "para determinar la gravedad de la sentencia"¹⁶.

En esas condiciones, a pesar de que COMPAS ha sido también acusada de sobreestimar las condiciones de reincidencia según la raza de una persona, es decir, entre los acusados afroamericanos en comparación con los estadounidenses caucásicos¹⁷, ciertamente se puede afirmar que al ser una herramienta en desarrollo, es necesaria la participación del operador jurídico que pueda estimar su valor dentro de un juicio, a efecto de no vulnerar la seguridad jurídica o el debido proceso de los imputados.

Autores como Zichun Xu, afirman que el uso de la inteligencia artificial, como COMPAS, no solo mejora la eficiencia y la equidad judicial, sino que también facilita la supervisión pública y la difusión de la justicia, además de que la presentación digitalizada de la operación judicial la hace cada vez más codificable, cuantificable, analizable y predecible, y se puede auditar para lograr la visibilidad de los datos de todos los elementos y entrar en la era de la justicia visual¹⁸.

Ciertamente, el uso de la inteligencia artificial en el campo del derecho, es una concepción actual que debe ser valorada en conjunto con los conocimientos teórico-empíricos de los operadores del derecho, sobre todo jueces y abogados que influyen en el resultado de las resoluciones, por lo tanto, a efecto de facilitar la tarea jurisdiccional, es precisa su utilización, pero siempre y cuando se cuiden las formalidades y los derechos humanos de aquellas personas que intervengan como partes.

4. LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS MASC

14 Ver caso Wisconsin State vs Loomis, 881 N.W.2d 749 (2016)

15 Criminal Law, Sentencing Guidelines, Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use Of Algorithmic Risk Assessments In Sentencing. State V. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), en Harvard Law Review, p. 1532.

16 *Ídem*

17 Reiling, Dory, "Courts and Artificial Intelligence", en International Journal for Court, volumen 11, número 2, 2020, p. 5

18 XU, Zichun, "Human judges in the era of artificial intelligence: challenges and oportunities", en revista Applied Artificial Intelligence, volumen 36, número 1, 2021, p. 1031.

En el presente apartado, se analizará la forma en que puede ser utilizada la inteligencia artificial dentro del campo de los llamados mecanismos alternativos de solución de controversias, cuestión distinta de lo que conocemos como ODR, que si bien, guardan algunas similitudes, también existen diferencias que permiten identificar ciertas bondades para las partes intervinientes.

4.1 DIFERENCIA ENTRE ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Actualmente, con el impulso tecnológico resultado del fenómeno de la enfermedad SARS-COV-2, ocasionada por la enfermedad del COVID-19 y que ocasionó una pandemia principalmente durante los años de 2020 y 2021, se han venido dando nuevas situaciones que han permitido el tránsito de diversos procesos que antes eran presenciales, hacia la modernidad de la digitalización. En ese sentido, se abordan ahora, por ejemplo, juicios en línea con comparecencias vía remota, e incluso sesiones de plenos de Tribunales Colegiado de Circuito sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional físico, y que son transmitidas en tiempo real por plataformas autorizadas, para que el público interesado pueda tener acceso a ellas.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias no han sido la excepción. Incluso, la doctrina ha comenzado a establecer el nombre de Solución de Controversias en Línea (SCL) para referirse a ellas, estableciendo que las mismas implican

la utilización de cualquier mecanismo de servicios en línea para la resolución de un conflicto, a elección de las partes. Posición que reconoce la posibilidad de que los instrumentos SCL sean tanto de naturaleza pública como privada (al no proponer distinción) e incluye variedad de escenarios, desde plataformas virtuales que incorporen o no inteligencia artificial, correos electrónicos, redes sociales o sistemas electrónicos de apoyo a la gestión jurisdiccional¹⁹.

Además, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), ha considerado que las SCL son un

mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnologías de la información y las comunicaciones²⁰

19 Bustamente Rúa, Mónica María, et. al., “Mecanismos alternativos de solución de controversias en línea (SCL): Una apuesta por la descongestión en la administración de justicia”, en *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, volumen 12, número 1, 2020, p. 81.

20 Notas Técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, 2017.

Por lo tanto, los mecanismos alternativos de solución de controversias, pueden utilizar herramientas tecnológicas para lograr su cometido, que las partes en conflicto lleguen a un convenio, ya sea que el servicio sea proporcionado por entes gubernamentales como los centros de mecanismos alternativos de solución de controversias o de mediación de cada estado, o bien, de manera privada, mediante aquellas personas preparadas y certificadas en la materia para poder llevar a cabo el proceso que corresponda.

4.2 INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Ahora bien, una vez dado el acercamiento tanto a las soluciones de conflictos en línea, es preciso realizar la diferenciación entre los *Online Dispute Resolution* (ODR) y la utilización de la inteligencia artificial. Dado que los primeros únicamente se apoyan en medios electrónicos para lograr su fin, no existe todavía un procesamiento de información similar a la que realizaría un ser humano, pues la actividad es todavía llevada a cabo completamente por las partes que intervienen.

Asimismo, la inteligencia artificial puede considerarse como “un conjunto de algoritmos organizados e interconectados entre sí que le permiten a un sistema determinado manifestar, con cierta autonomía, un comportamiento similar al de los seres humanos en las funciones cognitivas del procesamiento del lenguaje, la creatividad y la capacidad de razonamiento sintético”²¹, es decir, es una herramienta que simula procesos de decisión u organización similares a los que realiza un ser humano.

Entonces, cuando hay intervención en el análisis de los datos, propuestas, situaciones o diversidad de información que aportan las partes, para efecto de coadyuvar de alguna forma a la solución del conflicto, con poca o nula injerencia o manipulación del ser humano, entonces podemos hablar de la aplicación de inteligencia artificial.

De acuerdo con lo anterior, la mediación en sentido estricto, según Helena Sotelo Muñoz y Milagros Otero Parga²², puede considerarse de la siguiente forma:

es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizado por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que aceptan que las auxilie en la

21 Bustamente Rúa, Mónica María, et. al., “Mecanismos alternativos de solución de controversias en línea (SCL): Una apuesta por la descongestión en la administración de justicia”, *Óp.Cit.*, p.96.

22 Sotelo Muñoz, Helena y Parga Otero, Milagros (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, España, Editorial Tecnos, 2007, p. 24. Consultado en el sitio web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=274263> (05 de junio de 2020).

búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley.

Entendemos que el mediador tiene que ser una persona que cuenta con habilidades suficientes para poder llevar a cabo la facilitación de la comunicación es asertiva entre las partes involucradas, quien en todo caso, puede apoyarse en medios electrónicos o en diversas tecnologías de la información y la comunicación, pero sin que esto conlleve la utilización de inteligencia artificial, sino que dicha mediación, hasta este punto, sería considerada únicamente como parte de las ODR, en donde parte o la integralidad del proceso, podría llevarse a cabo de manera virtual y no necesariamente presencial

De ese modo, este tipo de mediación, en donde se utilizan diversos instrumentos tecnológicos, es entendida como “el proceso de mediación llevado a cabo a distancia, en forma virtual, en que el mediador y las partes utilizan medios electrónicos para comunicarse, es decir, que se desarrolla vía Internet en lugar del tradicional ambiente físico en el cual el procedimiento se lleva ‘cara a cara’”²³.

Jorge Luis Ordellin, refiere que:

El sistema de inteligencia artificial puede ser utilizado sustituyendo a la figura del mediador o como un auxiliar de éste. En el primer supuesto por las limitaciones de la tecnología nos encontramos en un procedimiento que tiene mayores similitudes con la negociación asistida que con la mediación. Asimismo, su uso solo será posible en casos simples y comunes en los que existen datos previos. Aún no encontramos las condiciones necesarias para hablar de una total sustitución de la figura del mediador en el procedimiento sin que ello signifique la pérdida de las características de este procedimiento²⁴.

De acuerdo con ello, el uso de la inteligencia artificial en los mecanismos alternativos de solución de controversias se referiría a que se utilicen dichos sistemas para efecto de facilitar el análisis de los datos que arrojen las partes para proveer de mejores formas de solución, analizando la situación y ponderando la forma en que se puede dar respuesta a problemáticas casuísticas.

Las bondades de los mecanismos alternativos de solución de controversias, es que además de ser auxiliares en el descongestionamiento del sistema de administración de justicia, también lo son en fomentar una forma participativa y democrática, como a su mejor interpretación y funcionamiento en un mismo plano consti-

23 Talavera Hernández, José Antonio, “La figura del Mediador en la Mediación online”, Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, No. 38, 2015, p. 311.

24 Ordellín Font, Jorge Luis, “El uso de la inteligencia artificial en la mediación: ¿quimera o realidad?”, en Revista Ius, volumen 15, número 48, julio-diciembre 2021, p. 379

tucional, en conjunto con el apoyo de otros derechos fundamentales²⁵, creándose de esa forma, una esfera de cultura de paz, ya que se establecen canales comunicativos adecuados para evitar la confrontación, el desgarramiento del vínculo social y mucho más el personal entre las partes, actuando de forma racional y ética.

En ese mismo orden de ideas, si bien, no es posible reemplazar al sujeto que funge como tercero en los procesos alternativos, tales como el mediador o el conciliador, lo cierto es que sí pueden apoyarse en este tipo de sistemas, tales como PROMETEA o COMPAS, o algún otro que permita el análisis de datos para poder identificar los intereses y no solo las posiciones de las partes, para brindarles, de acuerdo a la ponderación que realice el mediador o conciliador, la mejor propuesta para resolver su conflicto.

Sin embargo, aun cuando los mecanismos alternativos cuentan con principios base, tales como la confidencialidad, honestidad, neutralidad, voluntariedad, información, imparcialidad y flexibilidad, lo cierto es que en el caso de la utilización de la inteligencia artificial, se deberían de añadir, por lo menos dos más: el análisis de la información y el pleno acceso a la información del funcionamiento del algoritmo.

Respecto al análisis de la información, el mediador, conciliador o cualquier tercero imparcial, tiene la obligación de verificar que la información arrojada por los sistemas de inteligencia artificial no sea parcializada, que beneficie a alguna de las partes más que a otra, o bien, que aporte resultados que no sean acordes a la realidad. Para ello, de acuerdo con su experticia, podría discriminar información y análisis de datos que no sean relevantes para solución del conflicto, sin menoscabar tampoco el principio de acceso a la información, la cual debe ser confidencial entre las partes.

Por otro lado, el pleno acceso al funcionamiento del algoritmo del sistema de la inteligencia artificial, permite que no se menoscabe el derecho de las personas a estar plenamente informadas de cómo es tratada la información que ellos mismos proporcionan a dicho sistema, el cual actúa como un auxiliar en la labor del tercero imparcial en el mecanismo alternativo, proporcionándoles entonces las herramientas necesarias para saber y decidir si están dispuestos a recibir los beneficios que conlleva también la aplicación de la inteligencia artificial en el caso específico.

Bajo ese esquema, si bien todavía no hay en México una implementación de sistemas que puedan denominarse como inteligencia artificial, sí podemos hablar de la implementación de soluciones de conflictos en línea, es decir, los conocidos como ODR, los cuales deben ser la parte medular que permitirá una aproximación a la

25 Hernández Aguirre, Christian Norberto, et. al., "Importancia de los métodos alternativos de solución de controversias en el sistema penal acusatorio mexicano", *Ciencia Jurídica*, Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, Año 4, Número 7, 2015, p. 73. Consultado en el sitio web; <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/126> (09 de junio de 2020).

conciliación o mediación inteligente, llevando a cabo una transmutación jurídica de las figuras de los mecanismos alternativos²⁶, a efecto de darle mayor celeridad y eficiencia a los procesos que implican dichos mecanismos.

5. REFLEXIONES FINALES

La inteligencia artificial es una herramienta que puede ser facilitadora de las tareas humanas cotidianas y su aplicación en los mecanismos alternos de solución no es la excepción. La conciliación y la mediación inteligente en específico, son dos de las principales procesos en donde es preferible implementación, ya que, de esa manera se evitaría judicializar los casos en los que sea posible llegar a un acuerdo entre las partes, pues tiene un efecto natural de despresurización de los asuntos que se encuentran radicados ante los órganos jurisdiccionales, y con el uso de la inteligencia artificial, ello significaría una transformación jurídica importante al establecer una mejor calidad en alternativas de solución, en menor tiempo, dando protección a la tutela judicial efectiva, seguridad, celeridad y certeza jurídica.

Ahora bien, es claro que el uso de los sistemas de IA deben ser auxiliares en el proceso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, puesto que tecnológicamente no se puede reemplazar al tercero imparcial, por lo tanto, debe usarse solamente para automatizar los procesos de análisis de datos, identifique los verdaderos intereses de las partes e incluso proporcione soluciones creativas acordes a lo que las partes necesitan.

En ese sentido, es el tercero imparcial, llámese mediador o conciliador o cualquier otro, que van a llevar a cabo el análisis de los datos que arroje la inteligencia artificial, a efecto de que no se transgredan los derechos fundamentales de las partes, garantizando de esa manera el pleno acceso a los datos del funcionamiento del algoritmo y la plena información de lo que esta arroje, siempre en cumplimiento de los demás principios generales que sostienen a los mecanismos alternativos de solución de controversias.

6. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

Capelleti, M., et al., El acceso a la justicia: tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos, México, Fondo de Cultura Económica, 1996

Cochaldo, Carlos, Derechos de Justicia, Perú, Fondo editorial PUCP, 2021

²⁶ ANDRADE CAPURRO, Aldahir, “Inteligencia artificial: herramienta idónea para la conciliación inteligente, un asunto de celeridad procesal”, en Revista Nueva Época, número 54, enero-junio 2020, p. 64.

- Posada, Giovanni, *El Proceso y la Tutela de los Derechos*, Perú, Fondo editorial PUCP, 2019
- ROCO, M.C. y Bainbridge, W.S. *Converging technologies for Improving Human Performance. Nanotechnology, Biotechnology, Information technology and Cognitive Science*. Arlington (Virginia): USA National Science Foundation/DOC-sponsored report, 2002; Aguiló, J. (Coord.). *Tecnologías Convergentes NBIC. Situación y Perspectiva 2005*. CSIC, Barcelona, 2005
- Sotelo Muñoz, Helena y Parga Otero, Milagros (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, España, Editorial Tecnos, 2007.

HEMEROGRÁFICAS

- Andrade Capurro, Aldahir, “Inteligencia artificial: herramienta idónea para la conciliación inteligente, un asunto de celeridad procesal”, en *Revista Nueva Época*, número 54, enero-junio 2020
- Araujo-Onate, R. M. (2011), *Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado*. *Estud. Socio-Juríd*, vol.13, n.1.
- Bustamente Rúa, Mónica María, et. al., “Mecanismos alternativos de solución de controversias en línea (SCL): Una apuesta por la descongestión en la administración de justicia”, en *Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes*, volumen 12, número 1, 2020
- Corvalán, Juan Gustavo, *La primera inteligencia predictiva al servicio de la Justicia: Prometea*, en *Revista Pensamiento Penal*, pp.4 -5, octubre 2017.
- Fabra Zamora, Jorge Luis y Nuñez Vaquero, Alvaro, *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015
- Hernández Aguirre, Christian Norberto, et. al., “Importancia de los métodos alternativos de solución de controversias en el sistema penal acusatorio mexicano”, *Ciencia Jurídica*, Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, Año 4, Número 7, 2015
- Leheza, Yevhen, et. al., “Foreign experience and international legal standards for the application of artificial intelligence in criminal proceedings”, en *Revista de la Universidad de Zulia*, 3ra época, año 13, número 36, 2022
- Ordellín Font, Jorge Luis, “El uso de la inteligencia artificial en la mediación: ¿quimera o realidad?”, en *Revista Ius*, volumen 15, número 48, julio-diciembre 2021
- Reiling, Dory, “Courts and Artificial Intelligence”, en *International Journal for Court*, volumen 11, número 2, 2020
- Talavera Hernández, José Antonio, “La figura del Mediador en la Mediación online”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, No. 38, 2015,
- Xu, Zichun, “Human judges in the era of artificial intelligence: challenges and opportunities”, en *revista Applied Artificial Intelligence*, volumen 36, número 1, 2021.

ELECTRÓNICAS

- Corte IDH, sentencia del Recurso de Reconsideración JA-R-0058/2010-I; Caso García Morelos, “La Tutela Judicial Efectiva implica que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente Rigurosa”, México, 31 de agosto 2010, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28604.pdf> (02 de abril de 2023)
- Caso Wisconsin State vs Loomis, 881 N.W.2d 749 (2016), consultado en el sitio web <https://harvardlawreview.org/print/vol-130/state-v-loomis/> (01 de abril de 2023)
- Consultado en el sitio web; <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/126> (09 de junio de 2020)
- Criminal Law, Sentencing Guidelines, Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use Of Algo- Rhythmic Risk Assessments In Sentencing. State V. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), en Harvard Law Review, p. 1532, consultado en el sitio web <https://harvardlawreview.org/print/vol-130/state-v-loomis/> (01 de abril de 2023)
- Notas Técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, 2017, consultado en el sitio web https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf (05 de abril de 2023)

NORMATIVOS

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LA MEDIACIÓN, FAMILIA Y LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Wendy Zavala Lara¹

RESUMEN

La familia, hoy en día atraviesa por cambios profundos en los que encontramos en una serie de de modificaciones que afectan la estructura fundamental de toda sociedad que es la familia para evolucionar y convertirse en familias en plural como una diversidad modelos como expresión, las cuales van adquiriendo reconocimiento en la sociedad. Es por ello que el presente artículo, tiene como finalidad visualizar a la mediación como una herramienta factible para realizar los convenios de guarda y custodia compartida en los casos de divorcio o separación.

De manera que haremos un breve recorrido sobre el origen de la mediación y como este mecanismo alternativo de solución de conflictos puede convertirse en una solución para un problema de la vida real, y con ello, llevar a buen término la guarda y custodia compartida de las y los hijos en atención al interés superior, debido a que la mayoría de los conflictos familiares en México y en el mundo derivan del ámbito de pareja. Se podría decir que la mediación es como un psiquiatra que los escucha sin que exista una contienda.

Palabras clave: Mediación, Mediación familiar, Cultura del acuerdo, Mediador, Guarda y Custodia Compartida.

ABSTRACT

The family today is going through profound changes in which we find a series of modifications that affect the fundamental structure of all society, which is the family, to evolve and become families in the plural as a diversity of models as an

¹ Licenciada en Derecho, y Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, autora, servidora pública estatal y federal, México, e-mail: wendyzala@hotmail.com

expression, which are acquiring recognition in society. That is why this article aims to visualize mediation as a feasible tool to carry out shared guardianship and custody agreements in cases of divorce or separation.

So we will take a brief tour of the origin of mediation and how this alternative mechanism for conflict resolution can become a solution to a real-life problem, and with it, bring to fruition the shared custody and custody of the and children in attention to the best interests, since most of the family conflicts in Mexico and in the world derive from the sphere of the couple. You could say that mediation is like a psychiatrist who listens to them without there being a fight.

Keywords: Mediation, Family Mediation, Culture of Agreement, Mediator, Guard and Shared Custody.

1. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos alternativos como la conciliación y la mediación surgieron como consecuencia de la separación del antiguo sistema adversarial, donde un tercero estaba facultado para decidir sobre un conflicto en donde se acercaban a las partes para despejar posibles dudas o aclarar aspectos controvertidos y así llegar a una solución entre las partes y no por la decisión de un tercero.

México optó por incorporar la teoría eclética como una alternativa jurídica estatal y privada a través de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias por su acrónimo MASC, tanto a nivel federal como local en diversas áreas de la impartición de justicia, haciendo factible que las personas puedan recurrir a la negociación, medición, conciliación y al arbitraje, aun en el proceso judicial.

Históricamente los seres humanos solemos resolver nuestras controversias utilizando tres instrumentos: la autotutela (hacer justicia por su propia mano); la auto-composición (desistimiento, allanamiento y transacción), y la heterocomposición (el proceso y el arbitraje). Sin embargo, muchos nos encontramos decepcionados por los resultados de los procesos judiciales, es por ello que en la actualidad se pugna por la mediación como una figura autocompositiva que facilita a las partes a encontrar de manera voluntaria una solución mutua.

2. MEDIACIÓN

La mediación en México surge con la regulación constitucional en junio de 2008, donde la justicia alternativa se vuelve un derecho para todo ciudadano por virtud del nuevo texto del artículo 17, párrafo cuarto de la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)², que establece que las leyes deben proveer de mecanismos alternativos de solución de controversias, así como del artículo 18 del mismo ordenamiento, que señala que las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema (el de justicia para adolescentes), siempre que resulte procedente en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas.

Ahora bien, para poder definir a la mediación como un medio alternativo en la solución de conflictos, Díaz López de Falcó³ nos da los siguientes conceptos:

Medio es un recurso que las personas utilizan para lograr alcanzar un objetivo que se sustenta en una necesidad que se desea satisfacer.

Alternativa es la circunstancia por la cual una persona o grupo, tienen dos o más posibilidades de actuar para lograr un objetivo.

Solución es el desenlace que encontramos para un problema, como una dificultad o una disyuntiva.

Conflicto es el proceso que se inicia cuando una parte percibe que la otra la ha afectado de manera negativa o que está a punto de afectar de manera negativa, alguno de sus intereses.

Y en un sentido amplio señala que los MASC son el conjunto de métodos, procedimientos o técnicas, que tienen por objeto solucionar las desavenencias o dificultades entre personas u organizaciones, no recurriendo a los tribunales, ni a la decisión impuesta por un juez, porque no pretende mirar exhaustivamente las normas existentes, costumbres y jurisprudencia, sino que más bien se dirige al conflicto en sí y sus posteriores consecuencias hacia el futuro, viendo las reacciones que tiene en las mismas partes.

En este sentido podemos definir a la mediación como un procedimiento no adversarial, que resuelve conflictos entre las personas, con la ayuda de un tercero imparcial llamado mediador, el cual ayuda a las partes a conseguir una resolución de forma pacífica.

El objeto de la mediación es el papel de un tercero que mejora la comunicación entre las partes de manera que se pueda precisar el conflicto, se establezcan los intereses y se obtengan las opciones para llegar a un acuerdo satisfactorio.

2 Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, www.diputados.gob.mx

3 Díaz López de Falcó, Rosa María, *El ombudsman de la salud en México/México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 2014, p. 79.

Una vez comprendido el concepto de mediación, su finalidad y aplicación, entraremos al tema que nos ocupa. La mediación aplicada al ámbito familiar requiere de una cultura del acuerdo, del consenso entre las partes en conflicto, para poder llegar a una solución pacífica y adecuada principalmente para los hijos.

3. MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación familiar se inicio en la segunda mitad de los años 70 en los Estados Unidos de América, como respuesta al aumento de procesos judiciales y la ineficacia del sistema legal para resolverlos. En Europa la recomendación número 98 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, recomienda a los Estados instituir y promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente. En Europa la mediación es considerada como un trabajo de regulación constante de las relaciones de las partes en conflicto⁴.

La mediación familiar de acuerdo con Romero Navarro⁵ es

un método que construye puentes entre partes en conflicto, generando capacidad de consenso. Proporciona a la familia un espacio en el que puedan tener cabida todos aquellos temas sobre los que sus miembros deben tomar decisiones, tengan o no tengan relevancia legal (custodia, visitas, régimen económico...), integrando de forma armoniosa tales decisiones y las emociones asociadas a éstas.

Por otra parte, Presas García⁶, señala que el acento principal que se le debe dar a la mediación familiar debe ser a partir de una forma diferente a la hora de afrontar un problema propio de la familia; la familia no es sustitución, no es supervisión, no es control, es un impulso y moderación de la negociación entre las partes en conflicto, es una voz en el concierto de la nueva auto-organización familiar, efecto del conflicto.

La mediación familiar es considerada como un recurso en las nuevas agendas políticas de muchos países como un mecanismo que permite a las partes afrontar los conflictos familiares como la separación, los hijos y la continuidad de las funciones parentales. La mediación es mas una opción de vida, una forma de relacionarse que parte de la renuncia de la violencia a la búsqueda pacífica de alternativas para solucionar los conflictos.

4 Romero Navarro, Fermín, “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, año 2002, p. 33.

5 Ibidem, p. 32.

6 García Presas, Inmaculada, La mediación familiar desde el ámbito jurídico, Jurúa, Brasil, 2010, p. 44.

En la mediación familiar de acuerdo con Almada Mireles⁷, lo que se busca es la cooperación, más que la competencia o el enfrentamiento, y tiene como objetivo que las partes puedan comunicarse de manera efectiva, a través de dialogo respetuoso desde el que puedan exponer sus necesidades, intereses y sentimientos.

En este contexto, definir a la familia en la actualidad es dejar el concepto basado en un método heteronormativo constituido por el padre, madre e hijos, para reconocer la diversidad de grupos familiares existentes, de manera que resulta más adecuado utilizar el término de familias, que representan diversas formas de crecer, convivir y relacionarse.

Por su parte la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en aras de promover la protección jurídica de las familias y difundir sus derechos, obligaciones y deberes, reconoce los siguientes tipos de familia⁸: Nuclear sin hijos (Dos personas); Nuclear monoparental con hijos (Un solo progenitor con hijos); Nuclear biparental (Dos personas con hijos); Ampliada o extensa (Progenitores con o sin hijos y otros parientes); Compuesta (Una persona o pareja con o sin hijos, con o sin otros parientes); Ensamblada (Persona con hijos que vive con otra persona con o sin hijos); Homoparental (Progenitoras o progenitores del mismo sexo con hijos); Heteroparental (Mujer y hombre con hijas); Sin núcleo (No existe una relación de pareja o sentimental pero existen otras relaciones de parentesco); De acogida (Aquella con certificación de la autoridad para cuidar y proteger a niñas, niños y adolescentes, privados de cuidados parentales); De origen (Progenitores o progenitoras o tutores o quien detente la guarda y custodia con parentesco ascendente hasta segundo grado); De acogimiento preadoptivo (Aquella que acoge provisionalmente con el fin de adopción); y por ultimo Sociedades de convivencia (Dos personas de igual o distinto sexo que establecen un hogar común con voluntad de permanencia y ayuda mutua).

En este sentido la familia se puede definir como un grupo de personas ligadas directamente por consanguinidad o por la existencia de un vínculo ya sea legal o sentimental, es decir, más que un concepto jurídico es sociológico. La mediación puede desarrollarse en el ámbito familiar con el objeto de generar acuerdos sobre aspectos que necesitan convenir, y que son íntimamente privados, pero que necesitan ayuda de un profesional para guiarlos en el proceso, que pueden ser aplicados en los procesos de separación, divorcio o en la guarda y custodia de los hijos.

7 Almada Mireles, Ma. De Lourdes, “La mediación familiar y el Derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados”. UACJ. Revista Especializada en Investigación Jurídica, año 4, núm. 8 (enero-junio), año 2021, pp. 78-114, p. 93. doi: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.1.3>

8 Cfr. Almada Mireles, Ma. De Lourdes, op. cit. p. 94.

4. CULTURA DEL ACUERDO

A lo largo de la historia los grupos humanos han dominado el paradigma del ganador y del perdedor, de tal forma que en el inconsciente colectivo e individual ha permanecido las actitudes de confronta mas que de solidaridad. La cultura de favorecer y desarrollar una idea de cooperación o de resolución de conflictos de manera pacífica sin contienda, no resulta nada fácil; sin embargo, es importante señalar que la vía contenciosa como un medio de solución de conflictos hoy en día es poco funcional debido al incremento de asuntos que cada día se acumulan en los juzgados y tribunales del país, sobre todo cuando se trata de conflictos familiares.

En muchas ocasiones la falta de información sobre los medios alternativos de solución de conflictos ocasiona que la mayoría de los procedimientos como el divorcio, la separación y la guarda y custodia se resuelvan en una vía judicial con el apoyo de profesionales del derecho, en lugar de optar por un medio alternativo como la mediación familiar. Quien acude a la vía contenciosa se somete a la decisión de un tercero, en ese caso el juez con la finalidad de que le de la razón a uno de ellos, pero en el fondo la problemática familiar no queda resuelta porque siguen los resentimientos y las diferencias que en el fondo originaron la contienda.

El hecho de elegir la vía contenciosa en un proceso de divorcio refiere Romero Navarro⁹, que la expectativa trae consigo tres fenómenos interdependientes: la radicalización de las posiciones de ambos miembros de la pareja y la crispación de la relación interpersonal, y el tercero tiene que ver con el efecto del aprendizaje de las armas legales que tienen lugar durante el largo recorrido por el que pasa la pareja, así como una interminable dependencia judicial.

Debido a que las formas tradicionales de resolución de conflictos esta en crisis, surge como opción los procedimientos no contenciosos como es la mediación, y con ello la cultura del acuerdo, que proporciona una visión bidireccional, puntos de acuerdo, conversación, empatía, intereses en común, la confianza, pero sobre todo las relaciones personales que se encontraban fracturadas encuentran confort al poder expresar los sentimientos que los separaron.

La protección al valor de privacidad sobre todo en temas familiares, y la cultura del acuerdo demandan nuevas formas de solución de los conflictos en las que les permitan regular sus efectos para proteger los intereses de todos los miembros de la familia, sobre todo de los hijos que son parte importante y que pocas veces suelen participar en los procesos. Esto aunado al hecho de que, con la evolución de las familias, y al rompimiento cultural, las normas van cambiando para adaptarse a las nuevas realidades sociales, convirtiéndose en objeto de estudio.

9 Cfr. Romero Navarro, Fermín, op. cit. p. 38.

En este sentido se puede decir que la mediación es prácticamente cultura del acuerdo en la que se desarrolla y promueve la confianza mutua, mediante la promoción de acuerdos favorables para las partes. La mediación ofrece generar las condiciones para ese cambio cultural en el que las partes afectadas encuentran a una solución pacífica para resolver sus conflictos a través de la colaboración para la celebración de acuerdos.

5. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA MEDIACIÓN

Autores como Folberg y Taylor¹⁰, refieren que la práctica de la mediación comprende áreas tan diversas, siendo considerada como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.

Por su parte Díaz López de Falcó¹¹, nos dice que la mediación en la Ciudad de México procederá en:

- a) Materia civil, respecto de las controversias que deriven de relaciones entre particulares, sean personas físicas o morales, en tanto no involucren cuestiones de derecho familiar:
- b) Materia mercantil, las que deriven de relaciones entre comerciantes, en razón de su participación en actos de comercio, considerados así por las leyes correspondientes.
- c) Materia familiar, las controversias que deriven de las relaciones entre las personas que se encuentran unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia o, aun cuando no se encuentren en dichos supuestos, tengan hijos en común, entre personas unidas por algún lazo de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil; así como los que surjan de esas relaciones con terceros, así como por sucesiones testamentarias e intestamentarias.
- d) Materia penal, las controversias entre particulares originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño; en materia de justicia para adolescentes, las controversias originadas por las conductas tipificadas como delitos en las leyes penales del Distrito Federal ejecutadas por las personas mayores de doce años y menores de dieciocho años de edad, en los términos y bajo las condiciones que señala la ley de la materia.

10 Cfr. Folberg, J, y Taylor, A, *Mediación: Resolución de Conflictos sin Litigio*, Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1997.

11 Díaz López de Falcó, Rosa María, *El ombudsman de la salud en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 65.

La evolución de la mediación se ha venido extendiendo progresivamente y en los últimos años de la década de los sesenta se establece en los Estados Unidos como método rápido para agilizar el trámite del divorcio. Es importante destacar que, según los doctrinarios, la mediación no es exclusivamente jurídica. Su contexto tiene su origen en las ciencias sociales y de la comunicación.

En este sentido la mediación familiar tiene como ámbito de actuación principalmente a los divorcios y a la separación, así como conflictos entre los miembros de la familia; sin embargo, no todos los conflictos pueden ser mediados. La mediación presume la decisión firme en el caso de divorcio de querer separarse o al menos una de las dos partes, para que pueda proceder, y sobre todo que de manera voluntaria busquen el apoyo de un mediador para resolver el conflicto.

En la mediación familiar las partes optan por resolver su conflicto asumiéndola como impartición de justicia con el interés de solucionarlo antes de someterlo a un procedimiento contencioso; se basa en la cooperación y en la confianza, su ámbito de aplicación abarca diversas áreas como la civil, familiar, penal, mercantil, laboral, escolar, etc. Debido a sus bondades que permiten el uso de técnicas para crear el ambiente propicio para la construcción de acuerdos.

En la mediación familiar, el mediador debe ser experto en la materia, deberá desarrollar las actividades con la finalidad de propiciar un ambiente de confianza para que las partes puedan externar su sentir, debido a que en estos conflictos los sentimientos y las emociones están a flor de piel, y el recurrir a un procedimiento contencioso implica ventilar los conflictos familiares a extraños sin que sea fácil expresarse ante la autoridad, y que dialogo no fluya de manera sencilla.

6. ¿QUIÉN ES EL MEDIADOR Y A QUÉ ESTÁ OBLIGADO?

Los conflictos se pueden entender como parte de ella hoy en día, no hay ni habrá conflictos iguales, tampoco dos perspectivas idénticas. Resolver esas diferencias no es tarea fácil, sobre todo cuando las partes no quieren ceder; sin embargo, al acudir a la mediación, el mediador es la persona con habilidades específicas de acuerdo con el problema, quien llevara de la mano a las partes para poder resolver de manera cordial la resolución de un conflicto mediante puntos de acuerdo.

El mediador es quien ayuda a las partes a identificar los temas en conflicto, sobre los que versará la mediación, una de sus funciones es promover las conductas de participación y facilitar la comunicación entre las partes. De igual forma establece los lineamientos sobre los que versará la mediación que van desde el respeto mutuo hasta la empatía. A través de herramientas contribuye al desbloqueo del proceso encausando el diálogo cuando la conversación de sale el objetivo.

Permite que las partes expongan su punto de vista sin atacarse ente sí, para no generar nuevos problemas. Anima a las partes a generar acuerdos, sin que intervenga de manera directa para proponer la solución, sino que las propias partes las propongan con base en los puntos de acuerdo.

De acuerdo con el artículo 21 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal por sus siglas TSJDF, establece las obligaciones del mediador público, luego de la pre-mediación:

- I. Efectuar en forma clara, ordenada y transparente las actuaciones que les impone la mediación, a partir de sus principios rectores;
- II. Tratar con respeto y diligencia a los mediados, conduciéndose ante ellos sin posturas ni actitudes discriminatorias;
- III. Abstenerse de divulgar y utilizar la información que obtengan en el ejercicio de su función y cumplir con el deber del secreto profesional;
- IV. Conducir la mediación con flexibilidad, respondiendo a las necesidades de los mediados, de manera que, al propiciar una buena comunicación y comprensión entre ellos, se facilite la negociación;
- V. Cuidar que los mediados participen de manera libre y voluntaria, exentos de coacciones o de influencia alguna;
- VI. Conducir la mediación estimulando la creatividad de los mediados durante la negociación;
- VII. Asegurarse de que los acuerdos a los que lleguen los mediados, estén apegados a la legalidad y sobre la base de la buena fe;
- VIII. Evitar influir en los mediados para acudir, permanecer o retirarse de la mediación,
- IX. Suscribir el escrito de autonomía;
- X. Celebrar el convenio de confidencialidad con los mediados;
- XI. Solicitar el consentimiento de los mediados para la participación de co – mediadores, peritos u otros especialistas externos a la mediación, cuando resulte evidente que, por las características del conflicto, se requiere su intervención;
- XII. Dar por concluida la mediación en cualquiera de los siguientes supuestos:
 - A. Cuando exista falta de respeto a las reglas para conducirse en la mediación, por parte de uno o ambos mediados;
 - B. Cuando exista falta de colaboración en uno o ambos mediados;
 - C. Cuando uno o ambos mediados falten a dos sesiones consecutivas sin jus-

tificación o, uno de ellos a tres sesiones sucesivas sin causa justificada;

D. Cuando la mediación se vuelva inútil o infructuosa para la finalidad perseguida; y

E. Cuando alguno de los mediados o ambos lo soliciten.

F. El éxito de la mediación depende mucho de las habilidades del mediador, así como de la mente abierta y la colaboración de las partes para la solución del conflicto.

7. PRINCIPIOS, VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN RELACIÓN CON SU OPERATIVIDAD

En el contexto mexicano la mediación en materia penal contempla en su artículo 4° los 7 principios rectores de los mecanismos alternativos, los cuales se detallan vinculados con un análisis personalizado, de la siguiente manera:

Voluntariedad. En relación con este principio, la ley detalla una participación de propia y libre decisión, evitándose cualquier expresión de coacción u obligación. Este principio rector limita criterios de aceptación ante formas y medios no lícitos; sin embargo, las partes implicadas en el proceso pueden optar a dicho criterio para decidir concluir con el mismo hasta la resolución del conflicto. Al respecto el Dr. Cabrera Dircio¹² y Aguilera Duran, lo consideran como un principio sine qua non para que se inicie el proceso dentro de la justicia alternativa. Dicho de otra manera “sin la autonomía de la voluntad no hay opción real de acceso hacia los métodos alternos”.

Al mismo tiempo, considero que el artículo 24 de la Ley en mención, refiere el principio de voluntariedad desde la pluralidad de sesiones, donde apela a la conservación de la voluntad de las partes, para sesiones subsecuentes que les permitan continuar con las mediaciones, siempre que esto sea razonable y no repercuta negativamente a las partes involucradas en el proceso alternativo.

Información. Con relación a este principio rector, la legislación refiere que los intervinientes deberán informarse de modo claro y completo acerca de mecanismos alternativos, consecuencias y alcances. El principio rector se relaciona con el principio de voluntariedad, puesto que la autonomía de voluntad se deriva de la toma de decisiones conscientes desde los alcances, procedimientos, contenidos y efectos sabidos y considerados durante todo el proceso.

12 Cfr. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

La comunidad tiene un primer acercamiento a los métodos alternativos desde este principio de información, puesto que representa el ante sala de generalidades sobre los medios de justicia alternativa. Adicional a ello, en dependencia de la calidad de lo que se informe podrá tener mayor relevancia y eficacia el principio de confidencialidad.

Confidencialidad. Se establece la no divulgación de la información y se prohíbe su uso para perjuicios de las partes en un proceso penal. Con salvedades sobre tipos de delitos donde peligre integridad física o vida de alguna persona. En este principio rector el facilitador del proceso deberá asumir un rol de comunicar al Ministerio Público ante la posibilidad de un peligro inminente derivado de ocultar u omitir información en el proceso. Cabrera Dircio¹³ y Aguilera Duran, destacan que la importancia del principio de confidencialidad implica resguardar las necesidades y pretensiones de las partes que participan en el proceso alternativo.

Flexibilidad y simplicidad. Deberán los mecanismos alternativos propiciar un entorno idóneo para manifestar propuestas de intervinientes para resolver el consenso y controversia, limitándose los formalismos estrictos e innecesarios y empleando un lenguaje sencillo. En dependencia de este principio y su debido cumplimiento, se deriva un proceso más agilizado en materia de resolución de conflictos, todo esto guiado por una actitud asertiva y empática que aspire a conseguir resultados positivos para ambas partes.

Imparcialidad. La objetividad deberá moderar los mecanismos alternativos, evitándose juicios, opiniones, prejuicios e inclinaciones que brinden ventajas e inequidad entre intervinientes. Nuevamente el rol de quienes facilitan el proceso alternativo debe permanecer neutral y objetivo.

La imparcialidad como principio rector, precisa que el facilitador sea acreditado con un código ético y de conducta que le brinde idoneidad en los procesos alternativos, libre de prejuicios que puedan ralentizar o entorpecer el debido proceso en materia de resolución de conflictos. Desde mi apreciación estimo que la imparcialidad tiene mucho que ver con el reconocimiento a la dignidad humana, puesto que en esta condición intrínseca a nuestra naturaleza está la clave para no traer a un proceso alternativo, cualquier acción desventajosa para las partes.

Equidad. Serán propiciados desde los mecanismos alternativos, condiciones que aporte a un equilibrio entre los intervinientes, tomándose en consideración las partes que intervienen en dichos mecanismos, siendo posible aplicar principios de proporcionalidad al proceso. Percibiéndose así, efectos de resolución de forma

¹³ *Ibidem*, p. 14.

justa y duradera. Desde la apreciación de Cabrera Dircio¹⁴ dentro de este principio pueden ser incorporadas medidas específicas para compensar ciertas desventajas que cualquiera de las partes pudiera enfrentar algún procedimiento alternativo.

Honestidad. Intervinientes y el Facilitador deberán conducir su participación durante el mecanismo alternativo con apego a la verdad y transparencia. La honestidad adquiere una connotación tanto de valor como de principio, tornándole más esencial en los procesos alternativos, puesto que refiere que las partes involucradas se remiten a accionar de buena fe y sin viciar las alternativas de resolución de conflictos.

Como puede apreciarse, cada uno de los principios rectores promueven la creación de rutas alternativas y ventajosas para garantizar procedimientos objetivos y motivados por una perspectiva de derechos humanos de las partes que intervengan en su calidad de víctimas y partes imputadas.

En el marco de los nuevos procedimientos judiciales, bien pudiera hacerse alusión a un principio de oralidad, el cual se detalla en el art. 23 de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, reflejando que todas las sesiones de mediación serán orales y solo se registrara el acuerdo alcanzado en su caso.

Los principios rectores previamente referenciados, materializan un proceso de buena fe y confianza encaminado a la resolución de conflictos, creando condiciones garantes para el debido proceso y vinculando aspectos de lealtad, igualdad, legalidad, entre otros. Un análisis interesante, lo plantean Dircio y el Aguilera¹⁵, quienes refieren que, a un nivel más ampliado sobre las leyes de los Estados Mexicanos, existe una uniformidad del principio rector de la voluntariedad y confidencialidad. Mientras que casi todas consideran (pero no de manera uniforme) principios de flexibilidad, neutralidad, legalidad y equidad.

A partir de un análisis hacia la presencia de dichos principios rectores en las leyes de los estados en México, refieren los autores que no hay forma general de establecer criterios para emplear dichos principios rectores de la justicia alternativa. Con lo anterior, existe limitantes hacia el principio rector de información, puesto que no toda la población mexicana está consciente de lo que implica en la práctica cada principio para la resolución alterna del conflicto.

No se omite manifestar que una aplicación adecuada de los principios rectores impulsa un alcance o fin último de la justicia y la resolución de controversias, todo ello adaptado a circunstancias y necesidades específicas de las partes implicadas, volviendo más humanizado el proceso para las partes.

14 Cabrera Dircio, Julio, *Mediación penal y derechos humanos*, México, Ediciones Coyoacán, 2014, pp. 179-180.

15 *Ibidem*, p. 14.

Las fortalezas de la mediación de acuerdo con Hernández Sartí¹⁶, citando a Mari-
nés Suares es

producir un sensible alivio a los Tribunales donde se le ve como uno de los mejores auxiliares que se tienen para reducir los asuntos que están pendientes, así como evitar que lleguen nuevos, ya que el solo hecho de iniciar un expediente pone en funcionamiento a todo el sistema, cuando existen situaciones que no necesitan la intervención de un juez.

Derivado de la lenta impartición de justicia, y al rezago de asuntos, cada día se complica que las instituciones puedan acabar con la acumulación de expedientes, es por ello la necesidad de que los medios alternativos de solución a conflictos como la mediación hagan la diferencia en la solución de los mismos, ya que solo basta la voluntad de las partes para que con apoyo de un profesional es este caso el mediador pueda ayudarlos en la resolución del problema.

Otra de las ventajas es el principio de economía, debido a que la mediación es considerada como barata y practica en relación con un proceso en el juzgado que podría durar años; en este sentido, la mediación pública es gratuita para las partes, y en la privada los honorarios son por sesión. Cabe aclarar que en cualquier momento se puede dejar el procedimiento de mediación e iniciar el que satisfaga las necesidades de las partes en conflicto.

El principio de flexibilidad es una de las fortalezas, ya que utiliza recursos que no están dentro del propio juzgado, poniendo la creatividad y la experiencia de los mediadores para llevar a las partes a buenos acuerdos. La privacidad y la confidencialidad es una ventaja a diferencia de los procesos judiciales, ya que solo las partes conocen de los problemas que se plantean, y es mejor que los conflictos familiares se manejen en privado, es decir, con la mayor discreción posible.

Una de las mayores ventajas de la mediación es que de llegar a un buen acuerdo, esa experiencia la puede aplicar a futuros conflictos de la misma área, dando no solo una solución sino un aprendizaje.

Por otra parte, y debido al poco conocimiento de las partes en la solución de conflictos de manera pacífica, también se presentan inconvenientes. Sí la mediación no se lleva a cabo por una persona experta en el tema las partes pueden no aceptar la mediación y por lo tanto no llegar a un acuerdo, esto conlleva a que la persona que la solicitó se sienta decepcionada y hasta pueda pensar que fue una pérdida de tiempo. Otro de las debilidades de acuerdo con pensamientos feministas es que las

16 Hernández Sartí, Mauricio José, Tesis de investigación “La mediación familiar en la resolución de conflictos en materia de guarda y custodia ante el Centro de Justicia para la Ciudad de México”, Universidad Autónoma del Estado de México, Unidad Académica Profesional Cuautitlán Izcalli, México, 2018, pp. 35 y 36.

mujeres logran los peores acuerdos cuando acuden a la mediación que a los procedimientos judiciales, ya que si los mediadores son hombres se puede seguir la misma postura que se tenía antes de llegar a la mediación en el caso de divorcio, y la mujer puede presentar temor en ese sentido.

El principio de neutralidad por parte del mediador se puede considerar como una debilidad, ya que si no se trabaja de manera adecuada este principio los mediados pueden sentir que el procedimiento está viciado y pierdan el interés en continuar.

8. EL ENFOQUE DE DERECHOS CENTRADO EN LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

El enfoque de derechos humanos se incorpora en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes por su acrónimo LGDNNA en la que se reconoce que son sujetos de derechos con capacidad de exigir y defender sus derechos reconocidos, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Aunado a esto se debe contar con un conjunto de medidas que permitan medir los avances y progresos, involucrado a diversos sectores de la población, identificados y reconocidos como protagonistas en la implementación. Para el desarrollo, las normas y acciones deben estar basadas en los principios de derechos humanos reconocidos universalmente, así como los contemplados en la Convención de los Derechos de Niños de 1989 y la LGDNNA.

Ahora bien, se habla de una protección integral la cual promueve una concepción holística del desarrollo de niñas, niños y adolescentes, que abarca aspectos como el físico, mental, material, espiritual, moral, cultural y social, lo cual se expresa en el carácter multidimensional e interdependiente de sus derechos¹⁷.

Para poder consolidar esta idea, las instituciones deben orientar sus acciones a las niñas, niños y adolescentes, para que el trabajo de las distintas áreas y del Estado emprendan políticas y programas públicos que puedan ser adaptados a los contextos locales. La implementación de estas políticas implica ir más allá de la protección de los derechos humanos, sino de analizar y garantizar las condiciones en los contextos sociales en los que se desarrollan promoviendo la participación de los sectores públicos, privados y sociales.

En este sentido, traigo a colación la siguiente frase

Todos los derechos son indivisibles y están vinculados entre sí, ya que todos y cada uno son intrínsecos a la dignidad humana de las niñas, niños y adolescentes.
La puesta en práctica de cada uno de los derechos, establecida en la Convención,

17 Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Orientaciones para las áreas especializadas en los derechos de niñas, niños y adolescentes de los Organismos Públicos de Derechos Humanos, México, p. 20.

debería por tanto tomar en consideración aquella y el respeto de muchos otros derechos de la infancia¹⁸.

El carácter vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño está al mismo nivel de la Constitución, de manera que los Estados Partes se obligan a tomar las medidas necesarias para su aplicación en las normas en materia de niñas, niños y adolescentes para garantizar su cumplimiento. De igual forma tanto la Convención como la LGDNNA reconocen que las niñas, niños y adolescentes son capaces de emitir opiniones propias y en consecuencia ejercer el derecho de la libre expresión.

En este sentido según Almada Mireles citando a Adorna la participación es tanto un principio rector como un derecho y radica en diversas cuestiones como son¹⁹: primero, hay una relación directa y de reciprocidad entre democracia y derechos de niñas, niños y adolescentes, pues los últimos se realizan en ambientes democráticos, deben de estar basadas en el respeto mutuo; segundo, la participación se ejerce de manera distinta en las diferentes edades (primera infancia, infancia y adolescencia) y de ellos depende en buena medida el ámbito en el que se desarrolla la familia, escuela, comunidad, sociedad, Estado, etc. Tercero, la disposición de las personas adultas y su capacidad de escuchar realmente a los niños es un elemento fundamental en la realización de sus derechos.

En la actualidad la representación de las niñas, niños y adolescentes se les ubica como objeto más que como sujeto, y esta forma de concepción se replica en la familia la cual asume las decisiones como adultos en su posición, pensando que es lo correcto para ellos. Cambiar la forma de ver a las niñas, niños y adolescentes como poseedores de derechos, es un cambio cultural en la que se les reconoce como sujetos sociales y con igualdad de derechos, considerando su desarrollo y grado de madurez. La participación es por tanto un derecho mas que una responsabilidad que implica ser responsable de esas decisiones; sin embargo, no se puede esperar que las niñas, niños y adolescentes se conviertan en adultos responsables si no pueden participar en los asuntos que les afectan.

9. LA MEDIACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA CUSTODIA COMPARTIDA

Tanto en la mediación como en la custodia compartida la finalidad es llegar a un acuerdo alcanzado por las partes; en la custodia compartida se establecen los tiempos de estancia con sus padres, pero ambos tienen la guarda y custodia física y legal de las y los hijos con la finalidad de velar por el bienestar de la familia después de una separación o divorcio.

¹⁸ *Idem*

¹⁹ Cfr. Almada Mireles, Ma. De Lourdes, Op. cit. p. 81.

La guarda y custodia compartida se debe entender como dinámica, debido a la serie de factores que intervienen para poder llevarla a cabo, como son la educación, las actividades que realizan dentro y fuera de casa, las tareas domésticas, la salud y el cuidado personal, etc. La madurez y el entendimiento común de los padres hará que puedan adaptarse de la mejor manera a la nueva situación, sin que tengan que realizar mayores ajustes de los que ya se venían haciendo cuando estaba juntos.

En este sentido Medina Suarez²⁰ define a la mediación familiar como

un proceso no adversarial y extrajudicial de resolución de conflictos, donde las partes alcanzan un acuerdo satisfactorio a través de la ayuda de una persona mediadora que será la encargada de conducir el proceso de comunicación entre las partes.

De igual forma señala que a mediación es proceso flexible, estructurado en diversas fases durante las cuales la persona mediadora utiliza una serie de técnicas y herramientas de mediación encaminadas a la identificación de intereses y consecución de acuerdos.

La naturaleza de la mediación es fomentar a través del dialogo tolerancia basada en principios como confianza, prontitud, economía y satisfacción de las partes. También en los principios de la mediación como son: voluntad, equidad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y economía. Para lograr que la mediación sea eficaz, los mediados deben encontrar verdaderos puntos de acuerdo para que no solo logren acuerdos sobre el problema que los afecta, sino que se pueda llegar al problema de fondo que puede ser de tipo emocional, ya que en la mediación una de las ventajas es que las partes se pueden expresar de manera libre, pero respetuosa para no generar más problemas.

Por lo regular en toda controversia hay una lucha de poderes, pero en la mediación se debe colocar a las partes en un nivel de igualdad, crearles conciencia de sus acciones y que ellos mismo evalúen su conducta, para generar puntos de acuerdo, y con ellos estructurar el conflicto y las posibles soluciones.

La mediación no solo sirve para resolver conflictos entre los padres sino también de los padres para con los hijos, ya que en la relación familiar se pueden percibir necesidades o intereses incompatibles, y es importante que los padres conozcan las necesidades y sentimientos de sus hijos, para poder identificar el problema y atenderlo de manera eficaz. Los adultos deben reconocer a sus hijos como poseedores de derechos y por ende dejarlos expresar de manera libre, que es más un proceso cultural que de conflicto, la relación debe estar basada en el respeto y la confianza de ambos.

20 Medina Suarez Isabel, "Mediación familiar, garantía para custodia compartidas satisfactorias", Apuntes de Psicología, Sevilla (España), 2016, vol. 34, número 2-3, pp. 277-280, p. 278.

La custodia compartida al igual que la mediación nace de los acuerdos y con base en ello Medina Suárez²¹ destaca las siguientes ventajas:

- A. La buena relación entre los progenitores permite reorganizar la familia tras la ruptura, transformándose a un nuevo modelo de familia de ahí la importancia de hablar de familias.
- B. La corresponsabilidad, permite compartir un estilo educativo en común y preocuparse por el desarrollo integral físico y psicológico de los hijos.
- C. Evitar el sentimiento de pérdida, supone seguir manteniendo contacto con ambos progenitores, tal como ocurría en la convivencia diaria, esto permite no desarrollar un sentimiento de pérdida, al tiempo que les ahorra desarrollar conflicto de lealtades presentes en el supuesto de la mala relación entre los padres durante y tras la separación.
- D. Facilita la conciliación laboral, familiar y laboral de los progenitores tras el divorcio, debido a que la custodia compartida supone un reparto en los tiempos y cuidado de los hijos, de manera que no solo uno de ellos se hace cargo.

Derivado de la separación o divorcio y en el entendido de que fue solicitada la guarda y custodia compartida, ambos progenitores hicieron un avance significativo para llegar a ese acuerdo, en este sentido la mediación juega un papel sumamente importante, debido a que con la guía y apoyo adecuado ambos padres necesitan platicar y resolver la diferencias que puedan existir con la finalidad de que ellas no impidan organizar de manera conjunta la atención y el cuidado de los hijos.

Al acudir con el mediador para resolver los conflictos que pueda haber en el convenio de guarda y custodia compartida, así como los derivados de la separación, uno de los objetivos del mediador es enseñar a las partes a comunicarse y de esta manera generar puntos de acuerdo, basados en la confianza y el respeto mutuo.

Por su parte Gómez Fröde citando a Herrera Trejo²², señala que la mediación es el mejor camino para la solucionar los conflictos familiares, ya que los cambios experimentados en la vida social han influido enormemente a la familia: la tendencia hacia la equiparación de los géneros en los ámbitos laborales e intelectuales; el rechazo de las antiguas pautas de autoridad y de obediencia entre padres e hijos; el rápido decrecimiento de la presión social para mantener unidos los matrimonios con el consiguientes aumento de separaciones y divorcios; la prolongación de la

21 Ibidem, p. 280

22 Cfr. Gómez Fröde Carina X, La mediación en materia familiar, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pp. 224 y 225.

adolescencia y la incorporación de los adolescentes como un estamento social con simbología propia, y la crisis de las certezas religiosas y morales que permitían el funcionamiento del grupo.

Para concluir con este tema, la mediación debe ser la primera opción para resolver un conflicto familiar como lo es la guarda y custodia compartida, debido a los múltiples beneficios, no solo para resolver el conflicto sino para generar una cultura del acuerdo en la que no es necesario acudir de primera instancia a los procedimientos judiciales a exponer los problemas que suceden al interior de la familia, sobre todo si ya existe acuerdo previo de solicitar la custodia compartida, la mediación permitiría resolver los detalles derivados del convenio para determinar las obligaciones y responsabilidades para con los hijos, resolver las discrepancias que existan entre los miembros de la familia, así como la interacción y presencia constante de los progenitores.

10.CONCLUSIONES

Los mecanismos alternativos de solución a conflictos como la mediación surgen como una necesidad frente al exceso de asuntos que se tramitan en los tribunales. Es por ello que la mediación familiar surge en la mitad de los años 70 para reforzar al sistema legal.

La mediación es considerada en las nuevas agendas políticas como un mecanismo que permite a las partes afrontar los conflictos familiares como la separación, el divorcio, así como la guarda y custodia compartida, entre otros, debido a que no existe contienda sino una solución de manera pacífica a través del acuerdo. A lo largo de la historia el hombre ha dominado el paradigma del ganador y del perdedor, de tal forma que en el inconsciente colectivo e individual ha permanecido las actitudes de confronta más que de solidaridad.

La falta de información sobre los medios alternativos de solución de conflictos ocasiona que la mayoría de los procedimientos se resuelvan en vía judicial con el apoyo de profesionales del derecho, en lugar de optar por un mecanismo alternativo como la mediación familiar.

Para concluir, la mediación debe ser la primera opción para resolver un conflicto familiar como lo es la guarda y custodia compartida, debido a los múltiples beneficios, no solo para resolver el conflicto sino para generar una cultura del acuerdo en la que no es necesario acudir de primera instancia a los procedimientos judiciales a exponer los problemas que suceden al interior de la familia.

11. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

- Cabrera Dircio, Julio, Mediación penal y derechos humanos, México, Ediciones Coyoacán, 2014.
- Cabrera Dircio, Julio; Aguilera Durán, Jesús, La justicia alternativa, el derecho colaborativo y sus perspectivas en México. Cuestiones Constitucionales, México, 2019.
- Díaz López de Falcó, Rosa María, El ombudsman de la salud en México, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- Folberg, J, y Taylor, A, Mediación: Resolución de Conflictos sin Litigio, Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1997.
- García Presas, Inmaculada, La mediación familiar desde el ámbito jurídico, Jurúa, Brasil, 2010.
- Gómez Fröde Carina X, La mediación en materia familiar, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012.

NORMATIVAS

- Convención de los Derechos de Niños de 1989.
- Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal.

ELECTRÓNICAS

- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Orientaciones para las áreas especializadas en los derechos de niñas, niños y adolescentes de los Organismos Públicos de Derechos Humanos, México, consultada en www.cndh.org.mx
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consultada en www.diputados.gob.mx

OTRAS

- Almada Mireles, Ma. De Lourdes, “La mediación familiar y el Derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados”. UACJ. Revista Especializada en Investigación Jurídica, año 4, núm. 8 (enero-junio), año 2021.
- Hernández Sartí, Mauricio José, Tesis de investigación “La mediación familiar en la resolución de conflictos en materia de guarda y custodia ante el Centro de Justicia para la Ciudad de México”, Universidad Autónoma del Estado de México, Unidad Académica Profesional Cuautitlán Izcalli, México, 2018.

Medina Suarez Isabel, “Mediación familiar, garantía para custodia compartidas satisfactorias”, *Apuntes de Psicología*, Sevilla (España), 2016, vol. 34, número 2-3.

Romero Navarro, Fermín, “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, España, año 2002.

LA CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN PREJUDICIAL EN MATERIA FAMILIAR COMO UNA FORMA OBLIGATORIA PARA ACCEDER A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Graciela Reyes Millán¹

RESUMEN

De manera tradicional todo proceso que se sigue en forma de juicio debe satisfacer ciertas etapas que resultan fundamentales para el dictado de una sentencia, esto es: etapa expositiva, conciliatoria, probatoria, conclusiva y en algunos casos, impugnativa. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que lo más importante dentro de un proceso de carácter civil, familiar, mercantil o penal no es obtener un resolutive por parte del órgano jurisdiccional que absuelva o condene a la parte demandada, sino lograr la pretensión de la parte actora de tal manera que dicha solución sea rápida, eficaz y equilibrada para los sujetos procesales que conforman la litis, de tal suerte, en el presente curso el lector podrá darse cuenta que los juzgadores en la mayoría de casos sustituyen su función de hacer valer los principios y normas constitucionales para hacer prevalecer los formalismos procesales en perjuicio de los justiciables.

ABSTRACT

Traditionally, any process that is followed in the form of a trial must satisfy certain stages that are fundamental for the issuance of a sentence, that is, the expository, conciliatory, evidentiary, conclusive and in some cases, challenging stage. However, it must be taken into account that the most important thing in a civil, family, commercial or criminal process is not to obtain a resolution from the court that acquits or sentences the defendant, but to achieve the party's claim plaintiff in such a way that said solution is fast, effective and balanced for the procedural subjects that make up the litigation, in such a way that in this case the reader will

¹ Estudiante de la Maestría en Derecho del Programa Nacional de Posgrados de Calidad Conacyt por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; abogada litigante en materia familiar y administrativo. Correo electrónico: mungraciela@gmail.com

be able to realize that the judges in most cases replace their function of enforcing the norms and constitutional principles to prevail procedural formalisms to the detriment of the litigants.

1. INTRODUCCIÓN

En fecha 18 de junio de 2008 se modificó a nivel constitucional el artículo 17 párrafo tercero y quinto de la Constitución Federal mediante el cual se privilegiaron los mecanismos alternativos de solución a controversias frente a los exacerbados formalismos procesales que imperaban en los juicios de carácter civil, penal y familiar.

Dicha reforma permitió por un lado que los sujetos procesales llegarán a una negociación amistosa para arreglar de manera anticipada su conflicto y por otra, que los órganos jurisdiccionales descongestionaran su elevada carga de trabajo en procesos que quizá, podrían solucionarse de manera más rápida y eficaz sin necesidad de un juicio que en su mayoría, se llevaría años en solucionarse de fondo.

La mediación, conciliación y justicia restaurativa desde entonces se transformaron en un beneficio procesal a favor de los justiciables; en el primero de los casos se permitió que las partes voluntariamente propusieran una solución al conflicto, en la conciliación se buscó dar solución al conflicto mediante propuestas de un tercero ajeno e imparcial a la controversia y en el caso de la justicia restaurativa, que la colectividad en su conjunto y mediante la participación de un facilitador, encontrarán una forma de resarcir el daño sin necesidad de agotar un juicio.

Empero, si bien los mecanismos alternativos de solución a controversias se encuentran inmersos de manera obligatoria en los procesos jurisdiccionales del país, también es cierto que, en la praxis, dicho aspecto se convierte en un mero formalismo procesal; pues basta con que el secretario de acuerdos pregunte a la parte actora o demandada si han tenido pláticas previas para solucionar el conflicto y en caso negativo, cerrar la etapa conciliatoria y dar pauta al inicio de la etapa probatoria, lo que se traduce en que los formalismos procesales ocupan un mayor rango frente al derecho a la tutela judicial efectiva.

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE A LOS FORMALISMOS PROCESALES

En fecha 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma la reforma denomina *De seguridad y justicia* que si bien, se ha erigido como una de las más importantes en el sistema jurídico mexicano por ser de contenido penal, no

menos cierto es que, en lo medular materializa los esfuerzos del constituye federal para que los sujetos procesales puedan solucionar su conflicto de manera anticipada a través de los mecanismos alternativos de solución a controversias.

Al respecto, Víctor Hugo Hiram Magallanes Martínez² señala que:

Desde la perspectiva de la titularidad de los derechos, la ejecución de los MASC en materia penal no significa el debilitamiento de las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia, pues precisamente estos medios alternativos vienen a dotar, a la sociedad en general, de una cultura diferente a la de la justicia del sistema tradicional, es decir, viene a complementar a éste con uno en el que los integrantes de la población, con base en su autonomía de voluntad, son capaces de adquirir, gozar, extinguir y acordar lo que concierne a sus derechos, lo que consecuentemente trae de manera paralela la obtención de diversos beneficios a fin de que se logre un acceso pleno a la administración de justicia sin dilación alguna.

Para María Clementina Perea Valadez³

En México se les han denominado medios alternativos de solución a controversias o de conflictos han surgido como una nueva formula en contraposición al letargo de los juicios, el alto costo de un litigio, el abuso que se le ha dado a los recursos de los procesos judiciales, la ineficacia de la vía conciliatoria que en la mayoría de los casos se convierte en un trámite más, la sobrecarga de trabajo que torna lenta la aplicación de la ley y la insatisfacción social frente a las resoluciones judiciales.

Ahora bien, los Tribunales Colegiados de Circuito rescatan la idea de que al ser las partes los dueños de su problema, también denominado litigio; son ellas mismas quienes deben de decidir la forma de solucionarlo, de ahí la importancia que revisiten los mismos, así lo señalan en la tesis que a la postre se cita:

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO.

Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada

2 Magallanes Martínez, Víctor Hugo, Mecanismos alternativos de controversias en materia penal y acceso a la justicia en México, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2015, 36

3 Perea Valadez, María Clementina, Matrimonio, divorcio y medios alternativos de solución de conflictos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p. 224

a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias "son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo"; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano⁴.

Los Mecanismos Alternativos de Solución a Controversias depuran la concepción tradicional del término justicia en donde el gobernado se ciñe exclusivamente a buscar una sanción a través de una sentencia de condena para dar pauta a una cultura de legalidad moderna; esto es así porque no se pondera la decisión de un juez como una mera imposición sino por el contrario, se privilegia la voluntad de las partes como protagonistas del conflicto sobre la palabra del juzgador.

Además, los mecanismos alternativos de solución a controversias no buscan beneficiar solo a una de las partes, pues su esencia estriba precisamente en una forma amistosa de solución equilibrada en donde todos los sujetos inmersos en la contro-

4 Tesis: III.20.C.6 K (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, octubre de 2013, t.III, p. 1723

versia obtienen beneficios en mayor o menor medida; aportando celeridad, eficacia y una disminución de costos laborales en los órganos de procuración e impartición de justicia, lo que se traduce en una ganancia dual.

No debe perderse de vista que los Mecanismos Alternativos de Solución a Controversias fueron incorporados al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en razón de que este artículo garantiza al gobernado el acceso a una tutela judicial efectiva.

Adán Maldonado Sánchez⁵ sobre este último tópico refiere que

el derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho fundamental con doble funcionalidad: a) como un derecho humano sustantivo; y b) como derecho humano procesal. En ambos perfiles, se le podría denominar como un derecho llave, debido a que el acceso a la justicia (derecho a la jurisdicción) como componente de aquel, permite la defensa de otros bienes constitucionales.

Rene Ramírez Benítez explica el origen y alcance de la tutela judicial efectiva al decir:

El concepto de tutela judicial o jurisdiccional efectiva tiene su origen en Alemania, cuando el país se encontraba en una etapa de consolidación del Estado de Derecho. El término se tradujo como un obstáculo a las arbitrariedades procesales de la autoridad judicial. Este concepto debe verse por los jueces como. Una herramienta que permite elevar la calidad de la justicia, al mantener sus decisiones apegadas a un garantismo procesal. Se trata de un derecho fundamental de carácter individual que procura la protección de todos los derechos públicos subjetivos. La tutela judicial efectiva comprende diversos derechos implica una conjugación de diversos derechos que permiten su misma efectividad. Como mencioné anteriormente, si no se cumple o configura alguno de estos, no se puede afirmar que haya una plena tutela jurisdiccional⁶.

El máximo tribunal del país a través de la Primera Sala emitió en el año dos mil diecisiete la jurisprudencia por reiteración que se muestra infralíneas, delimitando el concepto de tutela judicial efectiva del modo siguiente:

DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN.

5 Maldonado Sánchez, Adán, La tutela judicial efectiva: Las formalidades esenciales del procedimiento y los formalismos, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2018, p. 70

6 Ramírez Benítez, Rene, La tutela judicial efectiva y el lenguaje de las sentencias, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p. 83

De los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. Ahora bien, en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, de rubro: "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.", la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Ahora, los derechos mencionados alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante Jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales⁷.

Ante tal panorama se pueden realizar las siguientes afirmaciones:

- a) La tutela judicial efectiva implica el derecho de toda persona a que se le administre justicia de forma pronta completa e imparcial.
- b) Los mecanismos de tutela no jurisdiccional también forman parte del derecho a una tutela judicial efectiva.
- c) La tutela jurisdiccional efectiva alberga tres momentos; el primero previo al juicio, el segundo en el momento mismo del juicio y el último que constriñe la etapa de ejecución de las resoluciones dictadas en juicio.

⁷ Tesis: 1a./J. 103/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, noviembre de 2017.

La Constitución Federal además de prever el derecho a una tutela judicial efectiva en el artículo diecisiete⁸, contempla en el mismo precepto legal la obligación a cargo de los órganos jurisdiccionales de ponderar las salidas alternas del proceso por encima de los formalismos procesales, esto significa que ante el trámite de un proceso seguido en forma de juicio, el titular del órgano jurisdiccional debe preferir aquellas opciones que garanticen el mismo resultado en el menor tiempo y con la mayor eficacia posible.

Argumento que se fortalece además con el siguiente criterio emitido por los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación:

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU RELACIÓN CON LOS FORMALISMOS PROCESALES.

El artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece para los órganos jurisdiccionales la obligación de "privilegiar la solución del conflicto" por sobre los "formalismos procesales", con miras a lograr la tutela judicial efectiva. Este deber impuesto a los tribunales tiene como límite los derechos de las partes durante el proceso. El primero de ellos es el de igualdad procesal; esto es, las mismas oportunidades para exponer sus pretensiones y excepciones, para probar los hechos en que las fundamenten y para expresar sus alegatos. El segundo, es el de debido proceso; es decir, el respeto a las "formalidades esenciales del procedimiento" (que consisten en la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; la posibilidad de formular alegatos, y la certeza de que el litigio será decidido con una resolución que dirima las cuestiones debatidas), así como otros derechos procesales que derivan de principios aceptados constitucionalmente, como los de presunción de inocencia, non bis in idem, contradicción, de preclusión, de eventualidad, de inmediatez, de concentración, de publicidad, etcétera. Atento a lo anterior, debe considerarse que los formalismos tienen como razón de ser garantizar tres cosas: 1) la buena fe de las partes durante el proceso; 2) la no arbitrariedad de los Jueces; y, 3) la seguridad jurídica (en el sentido de predictibilidad). En este sentido, no se trata de obviar indiscriminada o irreflexi-

8 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 17...

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

...

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

vamente las formas que previene el orden jurídico, por considerarlas obstáculos a la justicia, sino de comprender cuál es su función y si ella puede ser cumplida sin menoscabo de la sustancia del litigio. Así, el artículo 17 aludido, es sólo una de las normas –directrices, principios y reglas– a las que deben apegarse los tribunales, y éstos tienen que ajustar su actuación a todas⁹

Se hace bastante hincapié en los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito en razón de que, por jerarquía normativa los tribunales de primera instancia encargados de resolver los conflictos de indole civil, familiar, mercantil o penal deben acatar dichas interpretaciones convencionales y constitucionales.

Aunque dicha afirmación resulta ser cierta, la cuestión práctica dista mucho en ocasiones de los aspectos teóricos. Dicha premisa se formula en razón de que los procesos familiares, se caracterizan por contar con cinco etapas:

- 1) Etapa expositiva
- 2) Etapa de conciliación y depuración
- 3) Etapa probatoria
- 4) Etapa conclusiva y
- 5) Etapa impugnativa

La etapa expositiva comienza con la presentación de un escrito inicial de demanda y culmina con el emplazamiento que se hace a la parte demanda, acto seguido el secretario de acuerdos está obligado a cuestionar a las partes sobre una posible conciliación en la que se derivan dos supuestos: a) Que las partes estén de acuerdo en culminar el proceso a través de la propuesta de un tercero imparcial llamada conciliación o b) Que las partes manifiesten su deseo de no conciliar en este momento procesal y se siga la secuela ordinaria del juicio; supuesto que resulta ser el más común.

En el caso del supuesto b), se advierte que el secretario de acuerdos se limita, principalmente en los divorcios, a dar continuidad a un mero formalismo procesal, pues este último no puede aperturar la etapa probatoria sin que los sujetos intervinientes manifiesten su deseo por no conciliar lo cual va en perjuicio del derecho a una tutela judicial efectiva.

Alfredo Sánchez Castañeda explica al tomar de referencia la jurisprudencia 103/2017 de la cual ya se hizo referencia lo que se sigue:

9 Tesis: I.140.T. J/3 (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, febrero de 2019, t. II, 2478

tres etapas que se deben cubrir no sólo en los procedimientos ventilados ante juzgados y tribunales del Poder Judicial, sino también en todos aquellos realizados ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales. En ese sentido, los MAS constituyen una herramienta adicional para la impartición de justicia¹⁰.

Por tanto, si realmente un mecanismo alternativo de solución a controversias constituye una herramienta adicional para la impartición de justicia y por esta razón forma parte de un derecho a la tutela judicial efectiva, vale la pena preguntarse ¿Por qué los mecanismos alternativos de solución a controversias no son aplicados de manera previa a que de inicio la etapa expositiva del proceso?

En casos análogos como la materia laboral, dicha modificación en el momento de aplicar un mecanismo alternativo de solución a controversias ha generado mayores beneficios en comparación con el momento tradicional en que se aplicaban, como sucede todavía en asuntos civiles, mercantiles y familiares. Comúnmente se dice que el orden de los factores no altera el producto, sin embargo, en asuntos jurisdiccionales la alteración del orden si altera el producto final en un aspecto positivo, pues si optáramos por elegir una cultura de legalidad amistosa, las partes canjearían el desgaste ordinario procesal por un mismo resultado en un periodo corto de tiempo.

3. LOS ALCANCES DE LA MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN LOS PROCESOS DE CARÁCTER FAMILIAR

En fecha 29 de diciembre del año 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Mecanismos Alternativos de Controversias en Materia Penal, misma que materializaría el espíritu de la reforma al artículo diecisiete constitucional con la reforma de *De seguridad y justicia* de fecha 18 de junio de 2008.

Esta ley regula por una parte los mecanismos alternativos de solución a controversias en materia penal, como lo son por ejemplo la mediación, conciliación y justicia restaurativa y por otro, las salidas alternas en el proceso acusatorio y oral a través del acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso.

María Guadalupe Márquez Algara¹¹ refiere lo que se sigue:

En México, desde hace mucho tiempo en diversos procesos judiciales se encuentra regulada la audiencia de conciliación como una etapa dentro de un juicio, en la cual se busca que las partes lleguen a una solución conjunta que ponga fin al mis-

10 Sánchez Castañeda, Alfredo, Desafíos de los medios alternativos de solución de controversias en el derecho mexicano contemporáneo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020, p. 11

11 Márquez Algara, María Guadalupe, Medios alternos de solución de conflictos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, p. 1589

mo. Aunque algunos asuntos se llegan a solucionar por esa vía, la conciliación, en esos casos, forma parte del juicio, no es un procedimiento independiente, por lo que muchas veces la audiencia de conciliación es vista sólo como un trámite por el que hay que transitar para poder seguir con el juicio.

En consecuencia, aunque la mediación y conciliación siempre han existido en los procesos jurisdiccionales, la realidad es que más que una salida alterna de solución al conflicto se les ha dado el tratamiento de un mero formalismo procesal.

Es importante resaltar lo que enseña el jurista Antonio Isaac Gómez Alcántara¹² en relación a estos mecanismos alternativos de solución a controversias, pues a su criterio cita:

La razón de ser de la conciliación y de la mediación está sin lugar a dudas, en la preocupación del mundo del derecho y la ciencia jurídica, de tratar de resolver los conflictos entre las parte de un litigio de la mejor, más rápida y sencilla de las formas, sin que tengan que someterse a un siempre tortuoso, costoso y farragoso juicio ante las autoridades jurisdiccionales. Ese fue sin temor a equivocarnos, el origen de ambos tipos de solución, que es válido decir, se han utilizado como sinónimas desde entonces, habiendo justificado plenamente su existencia, al haber coadyuvado a la solución de muchos conflicto, incluso ya convertidos, en juicios o procedimientos jurisdiccionales.

Y ahora, en nuestro tiempo, la mediación y conciliación, resurgen nuevamente como instrumentos esperanzadores de solución de conflictos, pero ahora como formas de atenuar la abrumadora y angustiosa cantidad de conflictos y diferencias entre los particulares; que han hecho ya imposible, la eficiente y pronta administración de justicia, a la que están constitucionalmente obligados los órganos jurisdiccionales en todas la materias de la ciencia jurídica. Por esta razón, vuelven a resurgir estas instituciones jurídicas, con la ilusión de abatir los grandes rezagos de la impartición de justicia. En otras palabras, se ponen de moda estos métodos de solución de conflictos, en suplencia de la deficiente administración de justicia, que ha sido tremendamente rebasada en sus estructuras, por la presencia de una enorme cantidad de procedimientos y juicios.

Héctor Hernández Tirado¹³ define a la mediación como

el procedimiento voluntario, informal, confidencial e integrador a través del cual, un tercero imparcial y neutral, interviene para ayudar a las partes en con-

12 Hernández Tirado, Héctor, Naturaleza, efectos jurídicos y éticos del convenio de mediación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 15

13 Hernández Tirado, Héctor, Naturaleza, efectos jurídicos y éticos del convenio de mediación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 15,

flicto a trabajar cooperativamente, intentando lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio o al menos aceptable para ellos...

Los Tribunales Colegiados de Circuito en el mes de octubre del año dos mil diecinueve delimitaron los alcances del concepto mediación al referir lo que sigue:

MEDIACIÓN COMO MEDIO DE JUSTICIA ALTERNATIVO. SUS CARACTERÍSTICAS Y FINALIDAD (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO).

El artículo 2, fracción X, de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, establece que la mediación es un procedimiento voluntario mediante el cual las personas físicas o jurídicas, con el apoyo de un mediador, pueden comunicarse y negociar, para encontrar de manera amigable y satisfactoria la solución legal a sus problemas de carácter civil-mercantil, familiar, penal y justicia para adolescentes (en los casos señalados en la ley). Entre sus características están que es un método alternativo para resolver controversias, mediante el cual dos partes en conflicto logran conciliar sus intereses; flexible; no controversial, pues su finalidad no es someter a la contraparte a un juicio, sino armonizar una solución satisfactoria para ambas partes; interviene un tercero ajeno al problema, denominado mediador, quien entre otros atributos es ser neutral, imparcial y deberá guardar el principio de confidencialidad; es menos costoso que el procedimiento judicial y la solución puede ser más rápida; ofrece un entorno amigable para el tratamiento de los intereses y conflictos a exponer; y las partes son quienes proponen la solución del conflicto, pues el mediador actúa como facilitador de la comunicación entre ellas, sin proponer soluciones, pero buscando la equidad entre aquéllas. Tiene como objetivo fomentar una convivencia social armónica, a través del diálogo y la tolerancia, mediante procedimientos basados en la prontitud, la economía y la satisfacción de las partes. Así, como método de solución de conflictos, pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso y/o poner fin a los ya iniciados¹⁴.

Por su parte la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución a Controversias en materia penal en su artículo veintiuno define a la mediación como un mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de esta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes.

14 Tesis: I.30.C.387 C (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, octubre de 2019, t. IV, p. 3525

La característica propia de la mediación se traduce en el hecho de que al ser las partes dueñas del problema, son ellas mismas quienes proponen alternativas de solución al conflicto y un tercero imparcial llamado facilitador se limita única y exclusivamente a dirigir el dialogo sin que pueda realizar algún tipo de propuesta que los ayude a dirimir el conflicto.

En cambio, la conciliación se distingue primordialmente porque es el facilitador quien realiza propuestas de solución al conflicto en caso de que los intervinientes a través de la mediación no hayan llegado a un común acuerdo.

María Carmen Macias Vasquez¹⁵ define a la conciliación del modo siguiente:

El acuerdo al que llegan las partes en un proceso cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos que permite resulte innecesario dicho proceso. En esa lalidad, igualmente, se puede entender como el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas.

La ley nacional de mecanismos alternativos de controversias en materia penal entiende en su artículo veinticinco a la conciliación como el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados. Además de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, el facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas.

En el presente caso, se conculca con la idea de impulsar cada vez más los mecanismos alternativos de solución a controversias como lo son la mediación y conciliación, sin embargo, con lo que no se está de acuerdo es con el hecho de que dichos mecanismos alternativos de solución únicamente sean aplicables en el momento en que ya ha sido iniciado un proceso seguido forma de juicio, pues al ser un derecho positivizado en la constitución a partir del año dos mil ocho se erigen como una especie de derechos fundamentales a favor del gobernado.

Lo que se propone entonces es, agotar previo a iniciar un juicio y de manera obligatoria el uso de mecanismos alternativos de solución a controversias; esto no quiere decir que las partes no puedan iniciar un procedimiento judicial, sin embargo, mediante estos mecanismos de alternativos se pondere agotar mediante una conciliación o mediación, con instituciones plenamente capacitadas en la materia.

15 Macías Vásquez, María Carmen, La conciliación y los conciliadores en la administración de justicia en materia agraria, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, p. 373

Refuerza tal argumento lo dicho por los Tribunales Colegiados de Circuito en el año dos mil ocho al destacar el principio de voluntariedad de las partes en el siguiente criterio:

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL. CONFORME AL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD QUE LOS RIGE, ES ILEGAL QUE AL CONVOCAR A LAS PARTES PARA SU APERTURA, SE LES APERCIBA CON LA IMPOSICIÓN DE ALGUNA MEDIDA DE APREMIO, DE NO ATENDER LA CONVOCATORIA RELATIVA.

El artículo 17, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé los mecanismos alternativos de solución de controversias, cuya regulación en materia penal los establece la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, donde en su artículo 4 se enuncian los principios que rigen el sistema de justicia alternativa y, específicamente, en su fracción I, enuncia el de "voluntariedad", el cual se sustenta en el hecho de que la participación de los intervinientes deberá ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación. Ahora bien, la condición para la apertura del procedimiento de justicia alterna tiene como presupuesto necesario que se haya iniciado un procedimiento penal ordinario, cuyo hecho considerado como delito debe ser susceptible para desahogarse por esta vía, pues tiene como objeto y finalidad que éste encuentre una solución no contenciosa y conciliatoria entre las partes involucradas que, incluso, a partir del resarcimiento del daño ocasionado, en ciertos casos, prescinde de la imposición de una pena. En este sentido, cuando la autoridad convoca a las partes para activar ese mecanismo alternativo de solución de controversias, es ilegal apercibir las partes con imponer alguna medida de apremio en caso de no atender la convocatoria relativa, en aplicación de las reglas establecidas para el trámite ordinario y conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales pues, de hacerlo, soslaya atender que la justicia alternativa se rige por sus propios principios, entre ellos, el destacado, lo que implica que la intervención de las partes debe ser por decisión propia y libre de toda coacción¹⁶.

En otras materias como la civil, familiar o mercantil no se busca que el juzgador imponga una medida de apremio para obligar a las partes a acudir a una audiencia fuera de juicio que persiga la solución de la controversia, pues ello atentaría directamente contra el principio de voluntariedad. Empero, sin necesidad de mediar una sanción anticipada por desacato judicial, exhortar a las partes a que antes de iniciar un proceso, decidan por sí solas, si es su deseo someterse o no a un mecanismo alternativo de solución a controversias.

16 Tesis: II.40.P.5 P (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, julio de 2018, t. II, p. 1511

De manera análoga dicha propuesta ha comenzado a operar de manera satisfactoria en asuntos de índole laboral, en la que si bien, desde hace muchos años había existido una conciliación intrajudicial, con el nuevo sistema de justicia se ha preponderado a la conciliación prejudicial como un aspecto novedoso y benéfico para quienes reclaman el justo derecho que les corresponde; de hecho, en tal sistema de justicia resulta obligatorio hoy en día exhibir una constancia de no conciliación antes de que las partes acudan a demandar sus pretensiones ante un juzgador especializado en materia laboral.

Léase el siguiente criterio para dar sustento a lo lo propuesto supra líneas:

CONCILIACIÓN PREJUDICIAL. ES OBLIGATORIA LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA PARA LAS PARTES DE MANERA PREVIA AL INICIO DEL JUICIO LABORAL, CON LAS EXCEPCIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY, Y ESTA ETAPA ES DIVERSA A LA CONCILIACIÓN EN JUICIO -INTRAJUDICIAL- (REFORMA LABORAL DE 1 DE MAYO DE 2019).

Hechos: El quejoso reclamó la omisión del Centro de Conciliación de fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación. El Juez de Distrito desechó la demanda, al considerar que no había transcurrido el plazo de 45 días jurisprudencialmente establecido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que se fijara fecha para la referida audiencia.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que la celebración de la etapa conciliatoria prejudicial es obligatoria, con las excepciones establecidas en la ley, toda vez que esa etapa de conciliación debe desahogarse antes de acudir a los tribunales laborales, como un mecanismo de justicia alternativa a cargo de un conciliador profesional, para que las partes arriben a una solución autocompositiva del conflicto laboral, por lo que no debe confundirse con la conciliación en juicio que está en todo tiempo disponible y a cargo del Juez laboral.

Justificación: El artículo 123, apartado A, fracción XX, párrafos segundo y tercero, de la Constitución General de la República, establece que antes de acudir a los tribunales laborales los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente, así como que la etapa de conciliación consistirá en una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera expedita. Lo anterior, pues el objetivo de la etapa inicial de conciliación prejudicial es que se ejerza una función conciliatoria real, a cargo de un conciliador profesional para lograr solucionar a través de la justicia alternativa el conflicto laboral, por lo que es evidente la trascendencia de agotar la conciliación prejudicial que por mandato constitucional es obligatoria; incluso, en la normativa secundaria se establecen las sanciones tanto para el trabajador como para el patrón en caso de no acudir a dicha audiencia conciliatoria. Así, en los artículos 684-A a 684-E de la Ley

Federal del Trabajo, se dispone la instancia conciliatoria obligatoria antes de acudir a los Tribunales Laborales, a la cual deben asistir los trabajadores y patrones y está a cargo de los Centros de Conciliación, esto es, se trata de una conciliación prejudicial que es diferente de la conciliación intrajudicial, la cual es optativa en cualquier etapa del juicio y a cargo del Juez laboral que conoce del procedimiento, ya que conforme al último párrafo del artículo 873-K de la citada legislación, en todo momento se fomentará la conciliación como la vía privilegiada para la solución del conflicto¹⁷.

En suma, el uso de la mediación y conciliación como mecanismos alternativos de solución a controversias en asuntos de naturaleza diversa a la penal, impactaría en mayor medida si su uso se reglamentara como aconteció en materia laboral a partir de la reforma del 01 de mayo de 2019, pues la aplicación de un derecho fundamental debe predominar sobre la mera exigencia de un formalismo procesal como acontece de manera tradicional. Incluso como beneficio si de por medio se encuentran en juego derechos de menores, exhortando en todo momento que las decisiones que se tomen deben ser con fundamento en el interés superior del menor.

Pues resulta importante que se exhorte a los divorciantes a que previamente a iniciar un juicio, busquen por otro medio llegar a acuerdos que beneficien primordialmente a la niñez y no únicamente a las pretensiones de éstos, pues en justamente en este punto que, la tutela judicial efectiva debe amparar no únicamente a quien, por ley tiene la capacidad de iniciar un juicio, sino a aquellos menores que muchas veces no se toman en cuenta sus opiniones y sus necesidades.

4. REFLEXIONES FINALES

a) Los mecanismos alternativos de solución a controversias se erigen como un derecho fundamental a partir de la reforma de seguridad y justicia del año dos mil ocho.

b) El derecho a una tutela judicial efectiva comprende el hecho de que los titulares de los órganos jurisdiccionales den prioridad a las salidas alternas de solución al conflicto frente a formalismos puramente procedimentales.

c) Se propone hacer uso de los mecanismos alternativos de solución a controversias en materia familiar de manera previa a iniciar un juicio, con el objetivo, de que las partes de manera voluntaria decidan arreglar su controversia de manera amistosa, sin necesidad de agotar un largo, oneroso y desgastante proceso seguido en forma de juicio.

17 Tesis: II.20.T.5 L (11a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, marzo de 2022, t. IV, p. 3304

5. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- Gómez Alcántara, Antonio Isaac, Conciliación y mediación en el derecho del trabajo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014.
- Hernández Tirado, Héctor, Naturaleza, efectos jurídicos y éticos del convenio de mediación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.
- Macías Vásquez, María Carmen, La conciliación y los conciliadores en la administración de justicia en materia agraria, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.
- Magallanes Martínez, Víctor Hugo, Mecanismos alternativos de controversias en materia penal y acceso a la justicia en México, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2015.
- Maldonado Sánchez, Adán, La tutela judicial efectiva: Las formalidades esenciales del procedimiento y los formalismos, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2018.
- Márquez Algara, María Guadalupe, Medios alternos de solución de conflictos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.
- Perea Valadez, María Clementina, Matrimonio, divorcio y medios alternativos de solución de conflictos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.
- Ramírez Benítez, Rene, La tutela judicial efectiva y el lenguaje de las sentencias, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.
- Sánchez Castañeda, Alfredo, Desafíos de los medios alternativos de solución de controversias en el derecho mexicano contemporáneo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2021.

JURISPRUDENCIA

- Tesis: 1a./J. 103/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, noviembre de 2017.
- Tesis: I.140.T. J/3 (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, febrero de 2019, t. II, 2478
- Tesis: I.30.C.387 C (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, octubre de 2019, t. IV, p. 3525
- Tesis: II.20.T.5 L (11a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, marzo de 2022, t. IV, p. 3304
- Tesis: II.40.P.5 P (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, julio de 2018, t. II, p. 1511
- Tesis: III.20.C.6 K (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, octubre de 2013, t.III, p. 1723

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal
Convención Americana de los Derechos Humanos.

MEDIACIÓN PENITENCIARIA PARA UNA CULTURA DE LA PAZ

Andrea Gómez Beltrán¹

RESUMEN

Al ser la cultura de la paz uno de los objetivos de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas, México debe de tomar acciones para darle cumplimiento. Dicha encomienda requiere incluir a las personas privadas de la libertad puesto que continúan siendo parte de la sociedad. Además, el derecho humano a la reinserción social implica brindarles las herramientas necesarias que les enseñen a vivir pacíficamente con el resto de los ciudadanos, siendo una de ellas la mediación penitenciaria.

Palabras clave: Mediación penitenciaria; personas privadas de la libertad; reinserción social; derechos humanos; cultura de la paz.

ABSTRACT

Since the culture of peace is one of the objectives of the 2030 Agenda of United Nations, Mexico must take actions to accomplish it. The task includes imprisoned people since they continue to be part of society. In addition, the human right to social reintegration implies providing them necessary tools that teach them to live peacefully with the rest of the citizens, one of which is penitentiary mediation.

Key words: Penitentiary mediation; imprisoned people; social reintegration; human rights; culture of peace.

1. INTRODUCCIÓN

Hablar de mediación penitenciaria como vía de la reinserción social significa abordar temas sensibles para la sociedad mexicana, la cual ha sido lastimada por el crimen y la alta incidencia de delitos que roban la tranquilidad, la estabilidad y la paz

¹ Maestrante en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México), perteneciente al Programa Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; con amplia experiencia en el servicio público, procesos judiciales en materia penal e investigación de grupos vulnerables. Correo electrónico: gomezbeltran.andrea@gmail.com

social. No obstante, desde el plano internacional, existen diversos instrumentos jurídicos vinculantes para el Estado mexicano que le obligan a cumplir con lo pactado en materia del derecho humano a la reinserción social de personas privadas de la libertad; ello sin dejar de lado que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) también lo prevé.

Luego bien, el sistema penitenciario mexicano atraviesa por una crisis en donde las problemáticas que imperan son “el autogobierno, hacinamiento, comercialización de drogas, venta de privilegios”², o bien, la violencia que se genera dentro de los centros penitenciarios, ya sea entre los propios internos, o entre los internos y los custodios, que son las autoridades que están a cargo de su seguridad e integridad. Si bien es cierto que para lograr transformaciones radicales en el sistema penitenciario mexicano se requieren medidas radicales, también es cierto que se pueden empezar por cambios que impacten en el día a día de la persona privada de la libertad.

En este orden de ideas, se considera que la mediación penitenciaria es una herramienta de gran utilidad para los propios internos al igual que las autoridades que están a cargo de ellos, pero también para la sociedad, pues eventualmente recuperarán su libertad y serán reincorporados a la vida en comunidad. Por tanto, es preferible que el tiempo que las mujeres y hombres que han recibido como condena privativa de la libertad sea provechoso y se les brinden todos aquellos mecanismos que les permitan crecer como individuo.

Derivado de lo anterior, el presente texto tiene como objetivo socializar la mediación penitenciaria con la finalidad de que su implementación sea una realidad en todos los centros penitenciarios en México y no se quede sólo como una aspiración normativa. Además, se pretende que estas líneas contribuyan a generar un cambio de consciencia en la sociedad, pues cierto es que los centros penitenciarios son el reflejo de la vida fuera de ella; por tanto, mientras no se tomen acciones en pro de las personas privadas de la libertad, las consecuencias recaerán inevitablemente en la propia sociedad.

Es necesario tener en cuenta que las personas privadas de la libertad únicamente están excluidas del resto de la población, sin embargo, ello no significa que no forman parte de la sociedad, o peor aún, que son ciudadanos de segunda clase. Por consiguiente, garantizar y velar por sus derechos humanos es una obligación convencional y constitucional de todas las autoridades que inciden en el sistema penitenciario del Estado mexicano.

Por último, se considera que materializar la mediación penitenciaria en todos y cada uno de los centros penitenciarios del país está directamente relacionado a la construcción de una cultura de la paz; pues en ésta todos los miembros de la socie-

2 Montero, Daniel, Derecho Penitenciario y Ejecución Penal, Colombia, 2020, p. 41.

dad son tomados en cuenta, así como sus necesidades, dejando de lado particularidades que pudieran generar violencia como lo es la raza, sexo, orientación sexual, religión, país de procedencia, situación migratoria, entre otras.

2.DESARROLLO

Para abordar el tema de la mediación penitenciaria en la construcción de la cultura de la paz, en primer término, se requiere hacer un análisis integral respecto a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, tanto en el plano internacional como en el nacional. No obstante, para efectos del presente documento se delimitará a lo relativo al derecho humano a la reinserción social debido a que es una prerrogativa tan amplia que se requeriría de un trabajo de mayor amplitud para hacer referencia en todos los derechos humanos que les arropan.

Derivado de lo anterior, se tiene que el derecho humano a la reinserción social está previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), instrumento jurídico vinculante para el Estado mexicano, el cual en su artículo 10 establece que:

Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano... El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...³

De acuerdo al numeral citado, la dignidad de las personas privadas de la libertad debe continuar intacta, es decir, el hecho de estar encarcelados no significa que su dignidad esté disminuida o que las autoridades puedan atentar contra ella. Además, se enfatiza que el máximo objetivo de la prisión es que la persona en cuestión logre un cambio integral que eventualmente le permita vivir en sociedad. Por tanto, se puede advertir que el tiempo en prisión tiene que ser tan provechoso que le brindará las herramientas necesarias y suficientes que le permitan incorporarse a su comunidad.

Otro instrumento jurídico que de igual forma es vinculante para México es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que en su Artículo 5.6 dispone que: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados⁴” Como es posible observar,

3 Cfr., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

4 Cfr., Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

la CADH encuentra armonía con lo ya expuesto sobre el PIDCyP, situación que se repite en el ámbito nacional específicamente en lo previsto por la CPEUM, como a continuación se menciona.

El Artículo 18 de la CPEUM establece que:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir...⁵

Una vez se percibe que para el Estado mexicano la reinserción social es el objetivo que busca la pena privativa de la libertad, y además pretende que cuando las personas encarceladas recobren su libertad no vuelvan a cometer un delito.

Derivado de lo anterior, se colige que la reinserción social es un derecho humano, previsto tanto en instrumentos internacionales como en la CPEUM, al cual toda persona privada de la libertad debería de gozar genuinamente. Además, se advierte que el tiempo que una persona transcurra en prisión debe ser un periodo de utilidad, en donde aprenda algún deporte, continúe con su educación, se le capacite para desarrollar habilidades laborales y se le ofrezca servicios médicos que le permitan gozar de salud.

Aunado a lo anterior, se tiene que, si el sistema penitenciario mexicano está basado en seis grandes ejes (derechos humanos, trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte) y que su última finalidad es la reincorporación de la persona a la sociedad, entonces es posible concluir que para lograr dicho cometido el Estado mexicano tiene la obligación de brindarle todas las herramientas posibles para materializar tal aspiración.

Vale la pena recordar que la vida de las personas privadas de la libertad al estar bajo tutela absoluta del Estado depende totalmente del hacer o no hacer de las autoridades correspondientes; por tanto, entre más acciones se tomen a favor de las y los internos su destino inminentemente mejorará, ya sea a nivel laboral brindándoles mejor y mayor capacitación en oficios de alta demanda; o bien, ofreciéndoles concluir sus estudios para que obtengan los grados educativos; entre otros aspectos.

En este sentido, la mediación penitenciaria se convierte en una herramienta de gran trascendencia para la vida de las personas privadas de la libertad, durante la encarcelación y posterior a ésta; pues es posible referir que la mediación peniten-

5 Cfr., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

ciaria abona al tratamiento de reinserción social que reciben en el tiempo de reclusión, ya que les enseña una nueva manera de conocerse a sí mismos y a relacionarse entre sí, aprendizaje que pueden seguir aplicando al recuperar su libertad.

Así pues, para abordar el tema de la mediación penitenciaria, en primer término, se necesita hablar del marco jurídico que la contempla. Por cuanto hace al plano internacional, la ONU emitió los Objetivos de Desarrollo Sostenible correspondiente a la Agenda 2030, siendo de gran interés el objetivo número 16: Paz, justicia e instituciones sólidas. Algunas de las metas de tal objetivo se enuncian a continuación:

16.5 Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas

16.7 Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades

16.a Fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia ⁶

Como es posible advertir, la ONU insta a los países a adoptar medidas para contrarrestar la violencia y la corrupción. Ahora bien, como se mencionó en líneas previas, las personas privadas de la libertad continúan siendo parte de la sociedad y que el Estado tiene la obligación de garantizar sus derechos humanos, por tanto, las metas del objetivo antes referido también son de aplicación en el ámbito penitenciario.

De tal modo, la búsqueda e implementación de mecanismos que permitan alcanzar una sociedad libre de violencia, tanto para hombres como para mujeres, en la que además se tomen en cuenta las necesidades de éstos, debe permear también en la toma de decisiones de las autoridades penitenciarias. Es en este punto en donde la mediación penitenciaria se configura como un canal de pacificación en la vida de las y los internos.

Luego, se tiene que la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en su artículo 26 establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la educación...
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las

⁶ Organización de las Naciones Unidas, Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas, consultado el 10 de noviembre de 2022, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz⁷.

De la cita anterior, se enfatiza la relación que la DUDH establece entre la educación y la cultura de la paz; pues tal y como se puede percibir, la educación es un derecho humano que toda persona debería poder gozar; pero, además tal educación debe cumplir con ciertos requerimientos como es el impulso de la paz, así como también la protección de los derechos humanos y la tolerancia, pilares para fortalecer la cultura de la paz.

Vale la pena señalar que, en el plano nacional, la CPEUM armoniza tal disposición relativa a la educación en su artículo 3° párrafo tercero al establecer que:

La educación se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva. Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia...⁸

Una vez más se observa que la educación en México también debe de cumplir con una serie de requisitos como lo es contribuir a la cultura de la paz. Ahora bien, al ser vinculado este artículo con el ya referido Artículo 18 de la CPEUM, que mandata que uno de los ejes del sistema penitenciario es la educación, permite afirmar que la educación que las personas privadas de la libertad en México reciben debe seguir la línea de la cultura de la paz.

Una vez que se ha evidenciado como es que la cultura de la paz forma parte de la educación dentro y fuera de la prisión, es trascendental explorar el concepto para lograr un mayor entendimiento. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) socializa que la cultura de paz es:

El conjunto de valores, actitudes y conductas del ser humano en la sociedad, que crean y ocasionan simultáneamente interrelaciones e interacciones sociales con base en los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia y solidaridad; que rechazan toda acción violenta y previene los conflictos, en busca de prevenir igualmente sus causas; solucionando sus problemas mediante el diálogo y la negociación; garantizando al mismo tiempo a todas las personas el ejercicio de

7 Cfr., Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

8 Op. Cit., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...

todos los derechos, proporcionando la posibilidad de participar plenamente en el desarrollo endógeno de sus sociedades⁹.

De acuerdo a lo estipulado por la UNESCO, uno de los fundamentos de la cultura de la paz es la prevención de conflictos y el uso del diálogo. Pareciera que ambas acciones son tareas sencillas de efectuar, sin embargo, es relevante considerar que la consolidación de la cultura de la paz se enfrenta a diversos obstáculos propios del ser humano, o bien, institucionales o estructurales. Sin embargo, todos éstos pueden descartarse mediante voluntad personal o política.

Algunos de dichos obstáculos son la violencia de género, la desestructuración de las familias, pensar que la paz empieza en los demás y no en uno mismo, la falta de valores en la sociedad, el fanatismo, los prejuicios, entre otros¹⁰. No obstante que tales inconvenientes afectan tanto a hombres como a mujeres, es preciso enfatizar que tal situación se acentúa cuando la persona se encuentra privada de la libertad, esto por diversos motivos como a continuación se explican.

Es menester considerar que las personas encarceladas se enfrentan a escenarios que por su misma naturaleza trastornan el curso de la cotidianidad a la que estaban acostumbrados a vivir. Además, hay que tener presente que

la falta de espacio propio para la intimidad, la tensión propia de estar recluso, la pérdida de libertad y de decisión sobre su propia vida y la de los suyos, provoca altos niveles de tensión, que en muchas ocasiones mueven a resolver los conflictos de forma violenta con el único objetivo de imponerse y ganar al otro.¹¹

Como es posible comprender, las personas privadas de la libertad experimentan momentos de alta presión que fácilmente pueden quebrar la armonía de la comunidad y desembocar en conflictos que, en el caso de las prisiones mexicanas, incluso han terminado en riñas que han cobrado vidas tanto de internos como de autoridades; como sucedió en Octubre 2019 en el Centro de Reinserción Social Morelos, ubicado en el poblado de Atlacholoaya, en el estado de Morelos, que una riña terminó con la vida de seis personas, además de que los custodios fueron tomados como rehenes por los presos¹².

9 González, Paulino et al., Mecanismos alternativos en la solución de conflictos para la construcción de una cultura de paz, Revista ciencias de la documentación, 2020, p. 15-23, disponible en: <https://cienciasdeladocumentacion.cl/pdf02/2%20V7N1%202021%20CSDOCum.pdf>

10 Escuela Cultura de Paz, organización no gubernamental, disponible en: http://escuelaculturadepaz.org/wp-content/uploads/013_Obstaculos_para_la_paz_recopilacion_de_obstaculos_importantes_para_la_paz.pdf

11 Fernández-Caballero, Marina et al., Mediación penitenciaria. Una nueva propuesta para mediar en una cárcel de mujeres, Revista de Mediación, Núm. 11, 2013, España, disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion-penitenciaria-una-nueva-propuesta-para-medar-en-una-carcel-de-mujeres/>

12 Nieto, Antonio, Riña en penal de Morelos deja al menos seis muertos, 30 de octubre de 2019, disponible en:

Asimismo, se tiene la información relativa a las incidencias que reporta el gobierno federal a través del Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria; mismo que en la edición del mes de agosto 2022, plasma que en el país se registraron 179 incidencias en las cuales estuvieron involucradas 250 personas privadas de la libertad, las cuales se manifestaron en agresiones a terceros, riñas, homicidios, suicidios, autoagresiones, entre otras¹³.

A través de las cifras expuestas, es viable concebir el entorno de violencia que impera en los centros penitenciarios de México, que no sólo pone en riesgo la integridad y la vida de las y los internos, sino también de las personas que están a cargo de ellos. Lo anterior, sin dejar de lado el riesgo de fuga de las personas privadas de la libertad que implicaría graves consecuencias para la comunidad; he ahí la importancia de generar acciones que contribuyan a alcanzar la paz dentro de los centros penitenciarios.

En este orden de ideas, es necesario mencionar que la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP), que es la legislación que establece las normas que deben de observarse durante el tiempo que las personas están privadas de la libertad, refiere en su Artículo 15, fracción XV, que una de las funciones de la autoridad penitenciaria es la de:

Brindar servicios de mediación para la solución de conflictos interpersonales derivados de las condiciones de convivencia interna del Centro, y de justicia restaurativa en términos de esta Ley¹⁴...

Por con siguiente, queda claro que las autoridades responsables de las personas privadas de la libertad tienen la obligación de generar mecanismos que permitan la utilización de la mediación como solución de conflictos. Más adelante, la misma legislación dispone en su Artículo 206 que:

En todos los conflictos inter-personales entre personas privadas de la libertad o entre ellas y el personal penitenciario derivado del régimen de convivencia, procederá la Mediación Penitenciaria entendida como el proceso de diálogo, auto-responsabilización, reconciliación y acuerdo que promueve el entendimiento y encuentro entre las personas involucradas en un conflicto generando la pacificación de las relaciones y la reducción de la tensión derivada de los conflictos cotidianos

<https://lasillarota.com/estados/2019/10/30/rina-en-penal-de-morelos-deja-al-menos-seis-muertos-204463.html>

13 Gobierno de México, Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria, agosto 2022, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/762382/CE_2022_o8.pdf

14 Cfr., Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016, consultada el 15 de octubre de 2022, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf

que la convivencia en prisión genera. Para su aplicación, se seguirán las disposiciones contenidas en esta Ley, el Protocolo correspondiente y en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal¹⁵.

Derivado de lo anterior, se tiene que desde 2016, año en que la LNEP fue publicada, la mediación penitenciaria está prevista y, por tanto, al menos en un plano utópico, se efectúa en todos los centros penitenciarios del país. Luego bien, en el precepto antes invocado, se menciona que para la aplicación de la mediación penitenciaria se tomará en cuenta el Protocolo correspondiente. Así pues, el Artículo 33 de la LNEP establece cuáles son las materias en las que al menos la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario emitirá protocolos, no obstante, no incluye lo relativo a la mediación penitenciaria.

Es de mencionarse que tal omisión legislativa es trascendental en el tema que se analiza e impacta de manera negativa en la vida de las personas privadas de la libertad, pues en primer término los protocolos, de acuerdo al Artículo 33 de la LNEP,

serán observados en los Centros Penitenciarios. La Autoridad Penitenciaria estará obligada a cumplir con los protocolos para garantizar las condiciones de internamiento dignas y seguras para la población privada de la libertad y la seguridad y bienestar del personal y otras personas que ingresan a los Centros¹⁶.

Del párrafo anterior, se enfatiza el alcance de los protocolos pues éstos aportan mecanismos a las autoridades penitenciarias para dar cumplimiento a las disposiciones previstas en la LNEP al igual que a los derechos humanos previstos en la CPEUM y en tratados internacionales que son vinculantes para México. Empero, al no estar contemplada la mediación penitenciaria en las materias exigibles de protocolo, refleja la falta de voluntad política en la construcción de una cultura de la paz desde el interior de los centros penitenciarios.

De igual forma, el Artículo 206 de la LNEP establece que para la aplicación de la mediación penitenciaria se tomará en cuenta lo previsto en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Sin embargo, derivado del análisis de tal legislación, se observa que si bien es cierto ésta sienta principios y procedimientos, también es cierto que está primordialmente pensada en solucionar conflictos entre víctimas/ofendidos y personas que han sido imputadas de algún delito.

De tal modo que, aunque sienta las bases de la mediación, por ejemplo, al definirla en su Artículo 21 que dispone que:

15 Ídem

16 Ídem

Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes¹⁷.

O bien, establezca cómo será el desarrollo de las sesiones, ello al mencionar en el Artículo 22 que:

El Facilitador hará una presentación general y explicará brevemente el propósito de la sesión, el papel que él desempeñará, las reglas y principios que rigen la sesión así como sus distintas fases; acto seguido, formulará las preguntas pertinentes a fin de que los Intervinientes puedan exponer el conflicto, plantear sus preocupaciones y pretensiones, así como identificar las posibles soluciones a la controversia existente¹⁸.

De las citas anteriores, es posible percibir que, aunque las bases de la mediación penitenciaria efectivamente pueden ser tomadas de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, es un hecho que ésta es insuficiente para materializarla. Lo referido, en virtud de que se requiere contar con un marco jurídico propio, que tome en cuenta la gran diferencia que existe en la relación entre víctimas/ofendidos e imputados y en la relación entre personas privadas de la libertad y autoridades que les custodian.

En este sentido, se considera que para que la mediación penitenciaria verdaderamente funcione en México se necesita, como se ya se mencionó, contar con un marco jurídico propio, pero también de profesionales que estén inmersos en el sistema penitenciario, es decir, que conozcan de los derechos que les asisten a las personas privadas de la libertad, que comprendan el impacto que supone la pena privativa de la libertad, y que además ostenten empatía hacia las personas privadas de la libertad.

Asimismo, retomando los obstáculos que enfrenta la construcción de la cultura de la paz, específicamente el que menciona a la violencia de género, habría la necesidad de impulsar una mediación penitenciaria haciendo uso de dos herramientas básica para enfrentarla: la perspectiva de género y la interseccionalidad; entendiendo a la primera como la “herramienta conceptual que busca mostrar que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no sólo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos¹⁹.”

17 Cfr. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_200521.pdf

18 Ídem

19 Gobierno de México, ¿Qué es la perspectiva de género y por qué es necesario implementarla?, disponible en:

Mientras que de la interseccionalidad se sabe que es un enfoque que

revela que las desigualdades son producidas por las interacciones entre los sistemas de subordinación de género, orientación sexual, etnia, religión, origen nacional, (dis)capacidad y situación socio-económica, que se constituyen uno a otro dinámicamente en el tiempo y en el espacio²⁰.

En otras palabras, la interseccionalidad toma en cuenta dos distintas variables para visibilizar una desigualdad en particular.

Así las cosas, por cuanto hace a la mediación penitenciaria existe la necesidad de materializarla desde la mirada de estas dos herramientas, pues la experiencia carcelaria no es la misma si la persona es hombre o es mujer, por tanto, los conflictos que se generen entre mujeres privadas de la libertad tendrán diferencias respecto a los que se originen entre hombres privados de la libertad. Por tanto, la mediación penitenciaria tendría que tomar estas distinciones.

Además, la mediación penitenciaria tendría que estimar tanto si la persona es hombre o mujer, pero también ciertas características como, por ejemplo, si es parte de la población LGBTIQ+, o bien, si es un adulto mayor, o si pertenece a alguna comunidad indígena, entre otros aspectos. Mediante la aplicación de la interseccionalidad en la mediación penitenciaria, las personas facilitadoras de las sesiones gozarían de mayores herramientas para comprender a las partes desde las necesidades propias del género al que pertenecen o grupo vulnerable del que forman parte.

Con la finalidad de ampliar el panorama de la mediación penitenciaria se da pie a conocer las experiencias que otros países han tenido en el camino de su implementación. Para ello, se tiene el caso de España que ha sido un país pionero en la implementación de la mediación penitenciaria desde el año 2005. De acuerdo a lo señalado por el Doctor en Derecho Julián Carlos Ríos Martín, considerado uno de los mayores impulsores de la materia en España, si bien no existe una formación específica para ser mediador penitenciario, si se necesita que el facilitador conozca sobre derecho penitenciario y conocimiento del medio en que se va a desarrollar²¹.

<https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-la-perspectiva-de-genero-y-por-que-es-necesario-implementarla#:~:text=Cuando%20se%20habla%20de%20perspectiva,asignadas%20a%20los%20seres%20humanos>.

20 La Barbera, MariaCaterina, interseccionalidad, Un “concepto viajero”: Orígenes, Desarrollo E implementación En La Unión Europea, INTER DISCIPLINA, 2016, disponible en: <https://doi.org/10.22201/cei-ich.24485705e.2016.8.54971>

21 Gaceta de Mediación, Documentos sobre mediación y resolución de conflictos, Centro de Mediación región Murcia, disponible en: <https://www.centrode mediacionmurcia.com/wp-content/uploads/2020/02/MEDIA-CI%C3%93N-PENITENCIARIA.pdf>

A través de la cita anterior, es posible comprender la crítica que en párrafos previos se hizo. Ciertamente es que los facilitadores que intervienen en las sesiones de mediación comparten una misma base de conocimientos para llevar a cabo sus funciones, también es cierto que aquellos que se dedicarán preponderadamente a la mediación penitenciaria requieren de cierta preparación que les permita comprender cabalmente las normas del derecho penitenciario, así como también un entendimiento integral de lo que significa la vida en prisión.

En el mismo orden de ideas, en España se ha implementado en diversos centros penitenciarios el ‘Programa dialogado de conflictos’, del que se sabe que se desarrolla con:

La confirmación de los implicados de su disposición a mediar y la asunción de su parte de responsabilidad en el conflicto. A partir de ahí, el proceso es enteramente suyo; son ellos quienes van marcando el intercambio acerca del conflicto y los intercambios a que quieren llegar, el mediador reconduce, reformula, legitima, reconoce y, en definitiva, realiza sus participaciones para aumentar la efectividad del encuentro, sólo si lo considera estrictamente necesario, puesto que si ellos mismos son capaces de dirigir su propio intercambio, con mayor probabilidad les servirá como prevención de nuevos conflictos en futuras desavenencias que puedan surgir²².

Como es posible percibir, el programa mencionado se ha replicado en tantas ocasiones dentro de los centros penitenciarios que incluso ya se tiene un bosquejo de lo que pudiera pasar en las sesiones de la mediación. Así pues, el mediador se convierte en una pieza clave que ayuda a los intervinientes a mejorar el diálogo y a buscar soluciones a los conflictos generados. No obstante, se insiste una vez más que con el fin de lograr mediaciones exitosas es fundamental contar con mediadores que estén previamente relacionados al mundo penitenciario, pues sólo así lograrán generar sesiones efectivas y preventivas a futuros conflictos.

Aunado a lo expuesto, se encuentra que existen diversas críticas en relación a la mediación penitenciaria de España, pues se considera que los programas impulsados han sido enfocados principalmente para la población reclusa masculina. Por ello, es que se han levantado voces y “se propone una nueva intervención destinada a las mujeres presas, para que ellas también tengan la oportunidad de experimentar todos los beneficios que la mediación ofrece²³.”

22 Lozano Martín, Antonio M. et al., Conflictos y mediación en las cárceles españolas, Revista de Mediación, Vol. 13, Núm. 1, disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/conflictos-y-mediacion-en-las-carceles-espanolas/>

23 Op. Cit., Fernández-Caballero, Marina et. Al...

Así las cosas, materializar una mediación penitenciaria forzosamente debe ejercerse bajo la perspectiva de género, tomando en consideración las necesidades propias de cada género. Como muestra de ello, conviene reflexionar sobre el escenario tan diverso al que se enfrenta una mujer privada de la libertad al del homólogo masculino, como a continuación se plasma:

Las mujeres se sienten doblemente castigadas ya que, por una parte, se encuentran encerradas entre esos muros, y por otra, sienten un enorme sentimiento de culpabilidad al dejar “desamparados” a sus familiares. El sentimiento de impotencia hacia los hijos/as, personas dependientes o con discapacidad, aparece sobre todo en la población femenina, ya que en la mayoría de los casos sus parejas las abandonan e incluso dejan de cuidar a sus hijos, quedando éstos repartidos entre diferentes familiares o bien en instituciones dependientes de la Administración Pública. Viéndose agravada esta difícil situación, si la distancia geográfica entre las mujeres y sus familiares es elevada, ya que cuanta mayor distancia más dificultades para mantener el contacto²⁴.

De la cita anterior, se enfatiza la urgencia de tomar en cuenta los factores que acompañan a la experiencia carcelaria de las mujeres, quienes generalmente están a cargo del cuidado de los hijos e incluso de los familiares enfermos o que presentan alguna discapacidad. Así pues, el cúmulo de preocupaciones, incertidumbre, estrés y tensión que particularmente las mujeres privadas de la libertad enfrentan son elementos que fácilmente pueden generar conflictos entre las internas o las internas y las autoridades que les cuidan.

3. CONCLUSIONES

La construcción de una sociedad basada en una cultura de la paz es responsabilidad de cada Estado, para ello se requieren hacer cambios estructurales: desde modificaciones legislativas hasta el impulso de políticas públicas. No obstante, aquella transformación en la búsqueda de la pacificación implica velar por los derechos humanos de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, incluyendo los de las personas privadas de la libertad, pues como se mencionó, son parte de la sociedad con la única diferencia que están excluidos de ésta.

Conviene recordar que las personas privadas de la libertad están bajo tutela absoluta del Estado, quien se configura como el máximo garante de sus derechos humanos, siendo uno de ellos el derecho a la reinserción social. Así pues, el tiempo que una persona trascurre en prisión necesariamente tiene que ser de utilidad, es decir,

24 *Ídem*

no basta con brindarles techo y alimentación, sino por el contrario se les deben de acercar todas aquellas herramientas que contribuyan a que logren un cambio integral pues eventualmente volverán a convivir con el resto de los ciudadanos.

Por consiguiente, la mediación penitenciaria es un mecanismo de gran relevancia al brindar a las personas privadas de la libertad una vía alterna para solucionar los problemas que derivan de la convivencia con otros internos o con las autoridades que les vigilan. Así las cosas, la mediación implica aprender y desaprender formas de relacionarse con los demás en donde por supuesto el respeto es la base de toda acción, pero también la tolerancia, el diálogo, la escucha efectiva al igual que la búsqueda de soluciones.

Pareciera que llevar a cabo un ejercicio de mediación es una tarea sencilla en donde únicamente hay que expresar lo que uno desea obtener de la otra parte interviniente. Sin embargo, requiere de principios, de normas y sobre todo de un facilitador que coadyuve a contener impulsos, que oriente, que enseñe y practique el actuar bajo un sentido de paz. Luego, si se toma en cuenta que la condición de encarcelamiento genera altos índices de frustración y desesperación es más que evidente que la mediación penitenciaria se convierte en la vía idónea para solucionar conflictos y evitar que se generen nuevas disputas.

En el caso de México, como ya se expuso, la violencia que impera en los centros penitenciarios es profunda; tan profunda que es parte de las estadísticas penitenciarias que mensualmente el gobierno de México recolecta. Pero, al igual que sucede fuera de las prisiones mexicanas, no es posible normalizar la violencia, sino por el contrario se requieren acciones reales y alcanzables que enseñen a todos los miembros que vivir en violencia no es vida. La construcción de una cultura de paz la direcciona el Estado, pero en cada uno cabe formar lazos de pacificación.

4. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

1. Montero, Daniel, Derecho Penitenciario y Ejecución Penal, Colombia, 2020, p. 41.

NORMATIVAS:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016, consultada el 15 de octubre de 2022, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_200521.pdf
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

HEMEROGRÁFICAS:

- González, Paulino et al., Mecanismos alternativos en la solución de conflictos para la construcción de una cultura de paz, *Revista ciencias de la documentación*, 2020, p. 15-23, disponible en: <https://cienciasdeladocumentacion.cl/pdf02/2%20V7N1%202021%20CSDOCum.pdf>
- Fernández-Caballero, Marina et al., Mediación penitenciaria. Una nueva propuesta para mediar en una cárcel de mujeres, *Revista de Mediación*, Núm. 11, 2013, España, disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion-penitenciaria-una-nueva-propuesta-para-medar-en-una-carcel-de-mujeres/>
- La Barbera, MariaCaterina, Interseccionalidad, Un “concepto viajero”: Orígenes, Desarrollo E implementación En La Unión Europea, *INTER DISCIPLINA*, 2016, disponible en: <https://doi.org/10.22201/ceiich.24485705e.2016.8.54971>
- Lozano Martín, Antonio M. et al., Conflictos y mediación en las cárceles españolas, *Revista de Mediación*, Vol. 13, Núm. 1, disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/conflictos-y-mediacion-en-las-carceles-espanolas/>

ELECTRÓNICAS

- Escuela Cultura de Paz, organización no gubernamental, disponible en: http://escuelacultura-depaz.org/wp-content/uploads/013_Obstaculos_para_la_paz_recopilacion_de_obstaculos_importantes_para_la_paz.pdf
- Nieto, Antonio, Riña en penal de Morelos deja al menos seis muertos, 30 de octubre de 2019, disponible en: <https://lasillarota.com/estados/2019/10/30/rina-en-penal-de-morelos-deja-al-menos-seis-muertos-204463.html>
- Organización de las Naciones Unidas, Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas, consultado el 10 de noviembre de 2022, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>
- Gobierno de México, Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria, agosto 2022, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/762382/CE_2022_08.pdf

Gobierno de México, ¿Qué es la perspectiva de género y por qué es necesario implementarla?, disponible en: <https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-la-perspectiva-de-genero-y-por-que-es-necesario-implementarla#:~:text=Cuando%20se%20habla%20de%20perspectiva,asignadas%20a%20los%20seres%20humanos>

Gaceta de Mediación, Documentos sobre mediación y resolución de conflictos, Centro de Mediación región Murcia, disponible en: <https://www.centrodemediacionmurcia.com/wp-content/uploads/2020/02/MEDIACION-PENITENCIARIA.pdf>

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: ANÁLISIS EN CLAVE DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Lizeth Juliana García Atra¹

RESUMEN

Los usos y costumbres que constituyen el denominado “derecho indígena”, posibilitarían emprender una significativa reforma a la administración de justicia ordinaria -institucional- en los países de América Latina. Así vista, la implementación plena de estos mecanismos alternativos de solución de conflictos fortalecería la interculturalidad, tarea que no resultaría sencilla, quizá en un corto y mediano plazo, pero, que, puede tornarse necesaria de cara a una verdadera integración de los pueblos y la satisfactoria concreción, precisamente, del derecho a la justicia.

Palabras clave: Usos y costumbres, derecho indígena, mecanismos alternativos de solución de conflictos, pluralismo, interculturalidad, justicia.

ABSTRACT

The uses and customs that constitute the so-called "indigenous law" would allow a significant reform to be undertaken in the administration of ordinary justice -institutional- in the countries of Latin America. Seen in this way, the full implementation of these alternative conflict resolution mechanisms would strengthen interculturality, a task that would not be easy, perhaps in the short and medium term, but which may become necessary in the face of a true integration of the peoples and the satisfactory realization, precisely, of the right to justice.

Keywords: Uses and customs, indigenous law, alternative conflict resolution mechanisms, pluralism, interculturality, justice.

¹ Maestra en derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, doctoranda por la misma institución, lizethjuliana_523@yahoo.com

1. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DERECHO INDÍGENA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Inicialmente, es importante referir -como lo hace Gregor-, que los Estados independientes en la América Latina tomaron, para sí, corrientes de naturaleza occidental del pensamiento jurídico cuando pretendieron el diseño de su orden constitucional; no obstante lo anterior, fueron omisos al considerar lo que comúnmente se ha nominado o englobado como derecho indígena pero que, más bien, debería ser entendido desde las categorías conceptuales “usos y costumbres”, mismas que, a la par, están circunscritas y conexas a la administración de justicia indígena. Esto obedeció, en parte, al escaso valor legal que se le daba en su momento a los mismos².

Este infortunado fenómeno se cristalizó en su momento pese no solo a que este derecho indígena, integrante de la práctica social y de la cosmovisión, había sido recreado y mantenido durante muchos años, sino a su carácter integral, su naturaleza pública y a los principios a él inherentes como la publicidad, la celeridad o la oralidad.

Y aquí es donde entran en escena los nominados medios alternativos de resolución de conflictos que son fundamentales para el constructo de una idea más próxima a la justicia y que tienen características similares a los usos y costumbres indígenas (aunque se empleen en escenarios más específicos, vgr., herencias, divorcios, bienes, entre otros)³.

Ahora bien, es importante destacar que los países de la región latinoamericana sin perjuicio de las pretendidas modificaciones a sus textos constitucionales (en los noventas, particularmente en Colombia; y de forma más reciente en Ecuador y Bolivia -estas dos últimas, realidades que han sido tomadas como referencias de éxito, por lo menos, desde el punto de vista normativo en el continente-), aún están diametralmente lejos de hacer valer esos usos y costumbres, en el sentido de poner en práctica un genuino pluralismo jurídico, uno en el que se empleen reglas interculturales básicas en las que se logren acuerdos entre indígenas y no indígenas.

Y, ¿por qué es importante cuestionar este último aspecto? Ciertamente porque en virtud de esta forma de administrar justicia, específicamente, a través del empleo medios alternativos de solución de conflictos vistos desde la esfera indígena, sería mucho más loable la concreción de los fines del Estado; de hecho, se advierte que la justicia ordinaria característica del sistema occidental no siempre se muestra suficiente ni satisfactoria para los extremos del proceso. El grueso de las oportunidades, los juicios que se adelantan por esta vía no solo son tardados, sino que resultan costosos; lo anterior, sin perjuicio de la desconfianza que tiene la ciudadanía frente

2 Gregor, Cletus, Derecho indígena y medios alternativos de solución de conflictos, URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, Nro. 3, enero, 2008, pp. 110 -118.

3 *Ibidem*

al modo en que se resuelven los asuntos por parte de quienes tienen la labor de administrar justicia. Asimismo, hay una errada percepción de existencia de ganadores y perdedores al interior del proceso, por lo que puede verse entorpecida la idea del logro de acuerdos en los que se logre la satisfacción de las partes⁴.

En estas condiciones y ante las falencias de la administración de justicia tradicional, surgen los medios alternativos de solución de conflictos, útiles en la resolución de disputas sin que se llegue a juicio y favoreciendo la satisfacción de las partes. Ahora, ¿en qué términos han sido comprendidos y conceptuados estos medios alternativos de solución de conflictos? Su nominación de alternos obedece a su concepción distinta, diferente de la justicia ordinaria. Pese a que no están, en estricto sentido, integrados al poder judicial, no dejan de hacer parte de la administración de justicia y se encuentran reservados al poder estatal en la medida en que es su legislación la que les permite la solución de conflictos y los crea, parafraseando a García⁵.

Ahora bien, ¿cuál es el deber ser de estos mecanismos alternativos de solución de conflictos? En el sentir de Pásara, acérrimo crítico de la visión tradicional de estos medios, estos deberían tener el potencial de resolver los problemas que se deriven de la desigualdad social al interior de las sociedades en las que se ponen en práctica y el paulatino desequilibrio que esto podría generar entre las partes, así como las eventuales interferencias del poder en la materialización de la justicia; no hay garantía de que estas no se concreten en este asunto. Puede generarse un escenario de justicia de clase para -valga la redundancia- una clase específica, de manera que se logra la reproducción de desigualdades sociales⁶.

Aunado a lo anterior, refiere el autor en cita que una descentralización excesiva puede generar que en procesos de construcción nacional no concluidos o en sociedades fragmentadas, favorezcan la disolución de lo colectivo, de lo público. Infortunadamente y como se ha querido hacer ver hasta el momento, la creación de instituciones jurídicas y de textos constitucionales ha considerado más los aspectos externos que la propia realidad; incluso, ha importado teorías sin un análisis acucioso; esta imitación normativa, en últimas, ha favorecido la sustitución de la normatividad propia. En cierto modo y en distintos momentos, realidad y ley han mantenido cierta distancia⁷.

Y ante esta distancia es que debe pensarse la puesta en marcha de medios, métodos, mecanismos alternativos de solución de conflictos como vías que sustituyen al pro-

4 *Ibidem*

5 Cfr. García, Rosario, Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina, *El otro derecho*, Nro. 26-27, 2002.

6 Cfr. Pásara, Luis, *La reforma judicial y la sociedad civil. La economía política de la reforma judicial*, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, capítulo 12.

7 *Ibidem*

ceso ordinario, de manera específica, la conciliación, el arbitraje, la negociación y la mediación; se recuerda que, en términos más técnicos -y como se advirtió en el introito de este documento- es ostensible la semejanza que existe entre estos y usos y costumbres indígenas. Entre una autoridad indígena y un conciliador tradicional. En todo caso, es importante recordar que como lo expone Gregor, los medios alternativos de solución de conflictos tienen una esfera de acción legal más limitada y su validez está circunscrita, el grueso de las veces, al derecho privado⁸. Enunciados los aspectos que anteceden, interesa un acercamiento a la categoría conceptual mediación comunitaria.

2. MEDIACIÓN COMUNITARIA

Es importante señalar que la mediación comunitaria ha sido vista como un escenario que apertura espacios nuevos en el sistema judicial, con integración y dando aplicación a un método que se adapta a sendos conflictos con el propósito de no llegar a la judicialización y alcanzar soluciones, asegurando el cumplimiento de acuerdos y la preservación de una relación entre las partes⁹.

Esta mediación, en el decir de Castillo¹⁰, ha permitido a las comunidades indígenas la resolución de conflictos mediante un procedimiento que se caracteriza por ser democrático, recuperando la capacidad de decisión de las controversias sin que nadie las imponga; a la par, los medios alternativos de solución de conflictos son similares al derecho indígena en la medida en que con la resolución del conflicto se pretende no solo la armonización sino el equilibrio de las relaciones humanas, buscando la efectivización de la justicia como mecanismo para garantizar los Derechos Humanos. En estas condiciones, la mediación comunitaria es vista como un servicio social que favorece la resolución de conflictos atendiendo al diálogo, al intelecto, al conocimiento y dándole protagonismo a las personas involucradas¹¹.

Asimismo, la mediación comunitaria permite el fomento de la participación ciudadana y aumenta el bienestar social, percibido este no como una categoría conceptual abstracta sino como un producto del bienestar de los pertenecientes al grupo o comunidad. A su turno, impulsa vínculos comunitarios, así como el sentido de pertenecer a un grupo. No debe perderse de vista que los extremos, en los conflictos de orden comunitario, pueden ser diferentes. El mediador necesita legitimación colec-

8 Cfr. Gregor, Cletus, Derecho indígena y medios alternativos de solución de conflictos, Op. Cit.

9 Cfr. Castillo, Alicia, Mediación comunitaria como mecanismo de resolución de conflictos de los pueblos originarios, Universidad de las Américas, Chile, 2019.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

tiva; sin esta, es complicado que “las partes lleguen a acuerdos” distintos a otros tipos de conflictos; el mediador requiere legitimación colectiva. Sin ella resultaría difícil que las partes lleguen a acuerdos¹².

Hechas estas consideraciones frente al tema que se expone, interesa un acercamiento a la comprensión de estos medios alternativos de solución de conflictos desde una visión internacional.

3. CONTEXTO INTERNACIONAL

El primer instrumento de obligatoria enunciación en este escenario es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo¹³ que, dentro de su normativa, prevé el derecho que ostentan los colectivos indígenas a la protección de su cultura y la instauración de sus métodos propios de justicia coordinados con los sistemas jurídicos de las diversas realidades. Gracias al despliegue de normas como la que se refiere, se potencia la posibilidad de que estos grupos étnicos puedan regular sus propios mecanismos para solucionar conflictos, de manera específica, la nominada mediación intercultural -de la que se hablará, en extenso, más adelante. Del instrumento internacional en mención, es oportuno traer a colación lo expuesto en los artículos 2°, 8° y 9°, a saber:

A. el artículo 2° refiere que los gobiernos están en la obligación de asumirse responsables en el desarrollo de acciones sistemáticas y coordinadas en la que se hagan partícipes los pueblos indígenas, buscando la protección de estos pueblos y la garantía del respeto a su integridad. En estas condiciones, es indispensable la inclusión de medidas que permitan que los miembros de estos grupos gocen de iguales oportunidades y derechos que la población en general, de cara a la legislación nacional existente; adicionalmente, estas acciones deben promover la cristalización de derechos económicos, culturales y sociales, con respeto de la identidad cultural, social, costumbres, instituciones y tradiciones, a la par que contribuyan a que quienes integran estos pueblos puedan erradicar las diferencias económicas y sociales que puedan existir entre ellos y los no indígenas, en compatibilidad con su forma de vida y aspiraciones.

B. el artículo 8° señala que en la aplicación de la legislación nacional a pueblos indígenas debe tomarse en cuenta su derecho consuetudinario, sus costumbres. Estos pueblos tienen el derecho de conservar sus instituciones y costumbres, en la medida en que estas no colisionen con derechos fundamentales previstos

12 Castillo, Alicia, Mediación comunitaria como mecanismo de resolución de conflictos de los pueblos originarios, Op. Cit.

13 Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, disponible en: https://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS_345065/lang-es/index.htm

en el sistema jurídico de cada realidad o con los Derechos Humanos. En estas condiciones, es indispensable el establecimiento de procedimientos para dar solución a los conflictos que puedan derivarse de materializarse este supuesto.

C. Finalmente, el artículo 9° establece que debe respetarse los métodos empleados, de forma tradicional por los pueblos, para reprimir los delitos que cometen sus integrantes, siempre y cuando ello resulte compatible con el sistema jurídico nacional y los Derechos Humanos -en la misma línea del artículo 8° previamente reseñado-. A su turno, es fundamental que los tribunales y autoridades que estén en la obligación de pronunciarse sobre cuestiones de orden penal consideren las costumbres de cada pueblo.

Ahora bien, no solo el Convenio 169 hace este reconocimiento, específicamente, frente a los derechos de los colectivos indígenas, sino que la Carta de las Naciones Unidas lo hace, de forma particular, de cara a los medios alternativos de solución de conflictos. En este sentido refiere el numeral 1° del artículo 33 que las partes deben procurar la solución de una controversia a través de la investigación, la conciliación, la mediación, el arreglo judicial, el arbitraje “u otros medios pacíficos de su elección”¹⁴.

Por su parte, la Carta de la Organización de Estados Americanos también se refiere a las sendas formas de solución pacífica de conflictos e insta a la culminación de controversias por esta vía; el artículo 25 expone que se entienden como procedimientos pacíficos: la mediación, la negociación directa, la investigación, la conciliación, los buenos oficios, el arbitraje, el procedimiento judicial y aquellos que sean acordados por las partes¹⁵.

En estas condiciones se advierte que para estos organismos hay mecanismos para lograr la solución de conflictos pacíficamente; dentro de estos se encuentra la mediación. Así las cosas, es preciso que se promuevan mecanismos que coadyuven a resolver tranquilamente las controversias, de manera que se logre el establecimiento de una base normativa o de un marco jurídico en el que se dé cabida a alternativas como la mediación comunitaria: particularmente, debe destacarse que gracias al precitado Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo se ha visto favorecida la implementación de este tipo de mediación en algunas comunidades indígenas, situación que ha permitido que estos resuelvan sus conflictos dando cabida, además, a la participación de los actores sociales que integran la comunidad, dotándolos entonces no solo de autodeterminación, sino propiciando que sean reconocidos por la sociedad en general y por el mismo Estado.

14 Carta de las Naciones Unidas, Capítulo VI: Arreglo pacífico de controversias, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-6>

15 Carta de la Organización de los Estados Americanos, disponible en: [https://www.uv.mx/uge/files/2014/05/ Carta-de-la-Organizacion-de-los-Estados-Americanos.pdf](https://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Carta-de-la-Organizacion-de-los-Estados-Americanos.pdf)

Ahora bien, considerados estos aspectos normativos, interesa explorar las realidades de algunos países en punto a los medios alternativos de solución de conflictos. En este particular sentido, es importante considerar el caso de Bolivia, donde el derecho indígena de este país ha sido considerado como un canal idóneo para la resolución de conflictos en conjunto con otros. Básicamente existen cinco medios para la resolución de conflictos en este país, a saber: “la vía del litigante, los medios alternativos de solución de conflictos”¹⁶ conforme a la Ley de arbitraje y conciliación del año 1997, así como los usos y costumbres¹⁷.

En tratándose de Ecuador y pese a los avances importantes que se han dado gracias a la Constitución de 2008 en términos de los derechos de pueblos y comunidades indígenas, así como sobre los derechos de la naturaleza, debe considerarse que aún hay aspectos por mejorar en términos de la resolución de conflictos mediante el derecho propio. En virtud de lo anterior es que organizaciones como la de Antonio Ante, compuesta por pueblos otavalos y kichwas, ha pretendido la recreación y reconstrucción de la mediación comunitaria por conducto de cursos que han tomado los dirigentes con instituciones que tienen experiencia en estas áreas¹⁸.

Ahora bien, es importante señalar que, en tratándose de la mediación comunitaria consagra la Ley de Arbitraje y Conciliación¹⁹, en el artículo 58, que esta mediación debe ser vista como un medio alternativo para la solución de conflictos: a la par, el artículo 59 establece que las negritudes, las comunidades indígenas y restantes organizaciones comunitarias pueden establecer centros de mediación para sus integrantes, incluso, con carácter gratuito y atendiendo a las normas que se prevén en la ley enunciada. A su turno, las soluciones y acuerdos a través de los cuales se den por finalizados ciertos conflictos gracias a esta mediación comunitaria tendrán no solo el mismo efecto, sino el mismo valor que los que se logren a través de los procedimientos de mediación ordinaria²⁰.

Ahora bien, es oportuno señalar que este tipo de mediación ha sido introducida en la República de Ecuador y al interior de las comunidades indígenas gracias al Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES); se han considerado dos aspectos esenciales, a

16 Gregor, Cletus, Derecho indígena y medios alternativos de solución de conflictos, Op. Cit.

17 *Ibidem*

18 Cfr. Fondo Indígena, Ejercicio de la administración de justicia en la comunidad de la Josefina de la Parroquia de Cangahua, Cantón Cayambe, Provincia Pichincha. Caso: Violación y Abuso Psicológico, físico y sexual”. Estudios de Caso, La Paz, 2009.

19 Cfr. Gobierno de Ecuador, Ley de Arbitraje y Conciliación, disponible en: <https://www.gob.ec/regulaciones/ley-arbitraje-mediacion#:~:text=Se%20establece%20un%20medio%20alternativo,acta%20de%20acuerdo%20de%20mediaci%C3%B3n%20>

20 *Ibidem*

saber²¹: los conflictos no se han procesado históricamente de una forma oportuna por parte de la jurisdicción ordinaria, en la medida en que se ha hecho caso omiso a la diversidad cultural y étnica ecuatoriana; es necesario que la población indígena cuente con mecanismos para solucionar conflictos que empaten no solo con su cultura sino con la normatividad estatal. Es indispensable que exista un equilibrio entre la preservación de la cultura y la innovación.

En este orden de ideas es preciso, además, considerar las vicisitudes a las que se han enfrentado los grupos indígenas en términos de accesibilidad al sistema legal, así como los problemas que han tenido en términos del reconocimiento de derechos colectivos y la potencial concreción de un pluralismo jurídico²².

En este sentido, debe considerarse que comunidades y pueblos indígenas estaban en imposibilidad de acceder a la administración de justicia con miras a la solución de conflictos; lo anterior, por restricciones no solo de hecho, sino de carácter formal; la falta de capacitación de los jueces, el sitio en el que se ubican algunos juzgados y que truncaban el funcionamiento de los servicios en condiciones de igualdad y generalidad. Este aspecto ocasionó que se desconfiara de la administración de justicia y supuso la búsqueda de medios alternos a la justicia estatal²³.

Dicho esto, es oportuno señalar que se ha pretendido, desde la introducción del CIDES, que las comunidades indígenas puedan manejar los conflictos de un modo que empate con su cultura y normatividad. Con este propósito, se ha promovido la capacitación a esta población con miras a menguar cualquier exceso en la aplicación normativa; esta se orientó a los mediadores comunitarios en etapas específicas, a saber: a) el conocimiento del tipo de conflictos más comunes, la forma de solucionarlos y la experiencia que se tenía a este respecto; b) técnicas para mediar y el establecimiento de mecanismos que permitan evaluar la actividad desplegada por los precitados mediadores. A la par, debe reconocerse que se ha avanzado en el conocimiento a través de material jurídico que se corresponda con la realidad de los indígenas, en términos de análisis y discusión de casos a resolver (o resueltos)²⁴. Esto ha supuesto seguridad jurídica para los mediadores en el despliegue de su labor comunitaria.

Hechas las precisiones antecedentes frente a la República de Ecuador se tiene, en México, a los nominados sistemas normativos indígenas, gracias a los cuales es posible hablar -siquiera normativamente- del respeto a usos, costumbres, prácti-

21 Cfr. Castillo, Alicia, *Mediación comunitaria como mecanismo de resolución de conflictos de los pueblos originarios*, Op. Cit.

22 *Ibidem*

23 *Ibidem*

24 *Ibidem*

cas y tradiciones de pueblos y comunidades indígenas. Aunque estos colectivos han pretendido velar por los intereses individuales de sus comunidades, aún hay aspectos que entorpecen el acceso a la administración de justicia, en especial, cuando hay una resistencia en términos de la aceptación de los sistemas propios de justicia de algunos nichos poblacionales de cara a lo que suponen, en la práctica, los Derechos Humanos desde la reforma al 1° constitucional en el año 2011.

Ahora bien, sin llegar a los pormenores de esa fricción, es oportuno referir algunos de los principios que buscan preservarse en las comunidades indígenas, a saber: a) integralidad, esto es, en el análisis del conflicto no solo se revisa este sino la familia, los antecedentes y el entorno; b) equilibrio y armonía, mismos que deben ser restablecidos como objetivos de la resolución de conflictos; c) público y comunitario: esto supone que el rol de la comunidad es indispensable, toda vez que los conflictos se comentan y presentan en las asambleas generales; d) celeridad y oralidad en la administración de justicia (aunque hay acuerdos que se surten por escrito); e) dinamismo: cuando el proceso es oral, es más fácil su adaptación en distintas circunstancias; f) restitución: en tratándose de los delitos, el ofensor está en la obligación de reparar lo causado; g) reconciliación y restablecimiento de la relación entre partes (si es posible).

En este orden de ideas, se advierte que las comunidades indígenas tienen modo de resolver y conciliar conflictos de una forma símil a la que se logra a través de los medios alternos de solución de conflictos. Incluso, podría aseverarse que estos se inspiraron o consideraron, para el efecto, a las comunidades indígenas²⁵.

Ahora bien, en términos normativos, debe considerarse que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2°, apartado A, fracciones II Y VIII, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 1 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas refieren que con el propósito de lograr la garantía de la libre determinación de comunidades y pueblos indígenas debe procurarse el respeto a sus formas de autogobierno, autonomía, especialmente, ante un potencial escenario de conflicto²⁶.

También previa expedición de alguna decisión de autoridades jurisdiccionales o administrativas es preciso privilegiar los medios alternos y pacíficos de solución de conflictos en la comunidad por conducto de instituciones y procedimientos que se estimen válidos o adecuados desde el punto de vista comunitario o jurídico considerando, a la par, usos y costumbres. Ahora bien, en el evento que se requiera por

25 Villaseñor, María, MASC y comunidades indígenas, disponible en: <http://mediosalternativos.itam.mx/?p=221>

26 Cfr. ST-JDC-58/2020, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, actores: Roberto Hernández Hernández y otros. Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo, 24 de septiembre de 2020.

la comunidad o alguno de sus miembros, el Estado puede hacerse partícipe con el propósito de procurar una solución que resulte respetuosa de la normatividad de la comunidad, armonizándola con el derecho legislado y sin desmedro de los principios previamente referidos²⁷.

Dicho esto, pasará a exponerse el caso de Colombia. Considérese, para el efecto, que esta realidad ha sido tomada como un punto de referencia obligada en el tratamiento de los medios alternativos de solución de conflictos en América Latina. Particularmente se hablará desde el plano de mediación cultural que fue previamente abordado dentro de este artículo.

Hecha esta precisión, debe considerarse que la Constitución colombiana buscó llamar la atención sobre los conflictos y la búsqueda de distintas maneras de solucionar las diferencias entre particulares que no se limitaran a la justicia ordinaria. De hecho, a través de la Ley 23 de 1991²⁸ se buscó el establecimiento de un marco jurídico para estos medios o mecanismos alternos de solución de conflictos²⁹ como un modo complementario para dar gestión a los conflictos sociales a través de la consolidación de herramientas formales e instituciones locales.

Ahora bien, es importante considerar que, para atender los conflictos generados en virtud de los intereses y convivencia de los diferentes actores sociales, es preciso considerar los factores de orden cultural que conducen a la generación de controversias; lo anterior, en especial cuando estas han estado asociadas a la dificultad que se tiene en la armonización del desarrollo estatal, de uno que considere la diversidad cultural y potenciales debilidades en lo institucional (previniéndolas)³⁰.

Ahora bien, ¿de qué modo ha sido entendida la mediación intercultural en Colombia? En esencia, se ha visto como un instrumento que favorece la integración por conducto de la intervención social entre nichos diversos desde el punto de vista cultural y que ha servido como un medio para resolver los conflictos que se suscitan entre las diferentes culturas³¹.

Aballouche ha referido que la intermediación cultural es un canal o un medio que propicia el diálogo, la comunicación, la comprensión e intercambio recíproco; además, favorece un cambio edificador en la vida de las personas y en términos de

27 *Ibidem*.

28 Función Pública, Ley 23 de 1991, disponible en: <https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6546>

29 García Villegas, Mauricio et al, Casas de justicia. Una buena idea mal administrada, documentos, De justicia, 2015, disponible en: http://https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_761.pdf, p. 27.

30 Minjusticia, caja de herramientas: métodos de resolución de conflictos, disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/caja-herramientas-mrc/Documents/assets/3-3-3-material-de-apoyo-para-los-implementadores.pdf>

31 *Ibidem*.

diversidad cultural³². A su turno, como un recurso que forma parte del proceso de integración en la medida en que permite encontrar acomodaciones, creaciones o adaptaciones de formas nuevas para buscar que dos partes se aproximen sin ir contra sus identidades y disminuyendo cualquier forma de violencia simbólica³³.

Ahora bien, es importante cuestionar, ¿cuál ha sido el enfoque de este tipo de mediación? Ciertamente no solo puede ser entendido como un mecanismo de desarrollo e integración de distintas culturas, sino como uno para negociar o comunicar. A la par, como una herramienta de carácter social que propicia la concurrencia de distintas culturas, generando respuestas ante distintos enfrentamientos³⁴.

Es importante entender que esta mediación tiene los mismos efectos que el acuerdo voluntario entre partes y de autonomía de la voluntad por lo que, en principio, todo puede ser objeto de mediación -salvo que exista algún tipo de limitación o prohibición por parte de la cultura, los Derechos Humanos o la carta magna-. La importancia de la mediación intercultural -en Colombia- radica en que favorece la creación de acuerdos que son gestados y protegidos por colectivos e individuos distintos en lo cultural; estos integran el ordenamiento jurídico gracias a su previsión normativa y constitucional y conducen a la diversidad cultural, el acceso a la justicia y la convivencia pacífica³⁵.

En todo caso, es importante señalar que cuando se trata de grupos étnicos, el proceso de mediación intercultural puede ser más difícil; lo anterior, justamente porque pretende la resolución de diferencias que puedan presentarse o existir entre grupos con distintas prácticas, tradiciones o formas de administrar justicia. En estos eventos, el propósito de la mediación intercultural sería, más bien, la generación de un encuentro entre distintas realidades jurídicas o sistemas propios de justicia para favorecer el diálogo y la convivencia, ambos garantizados por el ordenamiento jurídico vigente toda vez que se trata de un fin estatal³⁶.

Considérese que no hay una reglamentación en concreto que dé tratamiento a la puesta en marcha o implementación de la mediación intercultural en la medida que, justamente, se caracteriza por su carácter informal, es decir, cuenta con criterios expeditos, simples, gratuitos, espontáneos, lo que permite que no pierda vigencia pese al transcurso del tiempo. A esto ha obedecido su nominación como universal -

32 Aballouche, Saadia, la mediación intercultural, fundación Akwaba, anuario de psicología, vol. 33, Nro. 4, 2002, 593-596.

33 *Ibidem*

34 Minjusticia, caja de herramientas: métodos de resolución de conflictos, Op. Cit.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.

de hecho, es uno de los instrumentos más comunes y populares-, pese a que se tenga escasa evidencia (física) de los acuerdos a los que se ha llegado gracias a su puesta en práctica³⁷.

Dicho esto, ¿por qué debe promoverse la mediación en escenarios interculturales? Esto es fundamental en la medida en que sendas estructuras en América Latina cuentan con una visión occidentalizada de la vida y se han pensado en términos de una regulación uniforme para todos desde la cosmovisión del creador de la norma sin considerar que al que va dirigido puede tener una distinta (vrg., por regla general los grupos étnicos tienen una forma de ver las cosas diferente a los no indígenas, lo que conduce a una concepción distinta o al desconocimiento normativo respecto a otro). Esta mediación es una plataforma útil y necesaria para el desarrollo de las comunidades, con independencia de la resolución de conflictos; es una forma de construcción social que conecta las diferentes formas de entender las realidades desde las instancias gubernativas³⁸.

En este orden de ideas, los mecanismos no funcionan como simples herramientas accesorias o métodos alternos a la jurisdicción ordinaria, sino que pretenden la paz y la convivencia, con miras al acercamiento preparado, correcto y planificado de las distintas comunidades. Permite que la cotidianidad sea vista como una opción de encuentro de diferentes caminos frente a una vivencia por parte de quienes se encuentran en escenarios en el que los miembros de los colectivos son poco escuchados.

4. REGULACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

Hechas las precisiones antecedentes, valdría la pena explorar cuál es la regulación normativa que se tiene sobre este tema en Colombia. En este sentido, es oportuno señalar que la Ley 270 de 1996 -Ley Estatutaria de Administración de Justicia- (modificada -en parte- por la Ley 1285 de 2009) se refiere a la libertad de configuración de las normas relacionadas con los medios alternativos de administración de justicia. La norma en cita le dio al legislador la potestad de desarrollar mecanismos alternos de solución de conflictos. A su turno, el artículo 8° enuncia que la ley puede establecer mecanismos alternos al proceso jurisdiccional para la solución de conflictos que se presenten entre los ciudadanos y “señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios”³⁹.

No obstante, también cuenta con tratamiento jurisprudencial. En efecto, la H. Corte Constitucional colombiana expuso en la Sentencia de Constitucionalidad 463

37 *Ibidem*

38 *Ibidem*

39 Función pública, Ley 270 de 1996, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6548>

de 2014⁴⁰ los conflictos que pueden suscitarse entre los miembros de un grupo, así como entre estos y otros colectivos. Hizo hincapié en el alcance que tenía la autonomía de los grupos étnicos respecto a la aplicación de un diálogo intercultural o la mediación. Sobre este particular, consideró que la autonomía en cita se protege sin preferir a uno de los extremos del conflicto, sino -más bien- con la promoción y agotamiento de nuevos espacios de solución y participación⁴¹.

Dentro de las diversas alternativas que se pueden evaluar para que las comunidades cercanas se involucren se tienen aquellas que conocen de sistemas de derecho propio, escuelas, asociaciones de cabildos, médicos de tradición e incluso, autoridades en el Sistema Jurídico Nacional. No obstante, es preciso que la mediación esté avalada por la comunidad y siempre que los órganos que la apoyan no busquen la imposición de decisiones al grupo, sino el propiciar un diálogo⁴².

Ahora bien, de manera muy genérica, se traerán a colación algunos de los pronunciamientos que son enunciados en este precedente, así: en Sentencia T 523 de 1997 el máximo tribunal de lo constitucional hizo alusión a la diversidad cultural y los medios para solucionar los conflictos interculturales desde la esfera constitucional, señalando que el Estado deberá garantizar las diversas cosmovisiones para el aseguramiento de una convivencia pacífica; en otras palabras, que la solución de los conflictos desde la constitucionalidad debe pretenderse atendiendo no solo al principio de diversidad étnica, sino a otros principios de símil importancia⁴³.

En este contexto, es indispensable que el Estado garantice las diversas maneras de ver el mundo para que estas puedan existir de modo pacífico; sin embargo, esta pretensión no deja de ser conflictiva en la medida en que las concepciones que se tienen a este respecto son, en ocasiones, incompatibles, diversas o colisionan con los presupuestos por este generados para la garantía de la convivencia. De hecho, son ineludibles las tensiones existentes entre el reconocimiento de grupos de carácter cultural con prácticas, tradiciones, distintos ordenamientos jurídicos y los derechos fundamentales con valor universal⁴⁴.

Pese a que el grueso de las personas los ve como presupuestos no tangibles, indispensables para la comprensión entre naciones, otros se resisten a que existan postulados de orden supracultural como un modo de afirmar la diferencia porque, conforme a su cosmovisión, no ven en estos un presupuesto vinculante. Así las

40 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-463/14, Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa, nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014).

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*.

43 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. T-523/97, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

44 *Ibidem*.

cosas, se concluye diciendo que como solución a estos conflictos se plantea un diálogo intercultural con la capacidad de establecer pautas mínimas de tolerancia que cubran los distintos sistemas de valores. Esto es, se pretende el logro de un consenso que permita la convivencia entre las diferentes culturas sin que esto conduzca a la renuncia de los presupuestos fundamentales que identifican a cada una de estas⁴⁵.

Ahora bien, en Sentencia de Constitucionalidad 1195 de 2001 se hizo alusión a que la mediación es, posiblemente, el mecanismo más rápido, económico e informal de los mecanismos alternos de solución de conflictos⁴⁶; también es popular justamente porque quien funge como mediador no es el que tiene a su cargo la decisión de qué extremo tiene razón. De hecho, la mediación se caracteriza por su carácter confidencial y consensual y permite que las partes, a través de un tercero neutral preparado para solucionar conflictos, participe para que las primeras discutan sus puntos de vista y busquen solucionar el conflicto de manera conjunta. La mediación se ve concretada de diversos modos, a saber: la conciliación, la facilitación, la regulación negociada⁴⁷.

Ahora bien, en la Sentencia de Constitucionalidad C 631 de 2012 se consideró que la mediación, junto a la conciliación en equidad, son dos herramientas fundamentales de la justicia comunitaria y la medición cultural. En tratándose de la precitada conciliación, se tiene que el mismo tiene regulación en aspectos como la gratuidad, el nombramiento, las competencias y el acta conciliatoria en diversas disposiciones normativas en el orden nacional. No obstante, la mediación no tiene una reglamentación en estricto sentido y supone la intervención de un tercero para favorecer que las personas en conflicto logren una solución que se corresponda con sus intereses⁴⁸.

En tratándose de la justicia comunitaria, consideró que esta es una forma alterna a la formal del Estado para determinados sectores poblacionales que pueden estar expuestos a grandes dificultades en términos del acceso al aparato jurisdiccional sea por escasos recursos, por vicisitudes en el acceso físico a los juzgados o por estar al interior de controversias que no tienen tanta importancia para la justicia ordinaria⁴⁹.

Lo anterior, sumado a un escenario en el que la justicia del Estado no siempre es efectiva, específicamente, cuando no han logrado establecerse recursos jurisdiccionales suficientes e idóneos que favorezcan la solución pacífica de los conflictos o en el evento que el carácter complejo de los procedimientos o las circunstancias

45 *Ibidem*.

46 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 1195 de 2001, Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, 15 de noviembre de 2001.

47 *Ibidem*.

48 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 631 de 2012, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, quince (15) de agosto de dos mil doce (2012).

49 *Ibidem*.

de modo, tiempo y lugar previstas por el legislador limitan el potencial de lograr el goce adecuado de los derechos cuya protección se pretende al acudir a instancias de orden judicial⁵⁰.

Se estima entonces que los medios alternativos de solución de conflictos no suponen una desconfianza a la justicia del Estado sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia de carácter autocompositivo resultan complementarias a las opciones a las que pueden acudir las personas para la resolución de sus problemas⁵¹.

Por su parte, la pluricitada Corte en la Sentencia C 834 de 2013⁵² reitera la tesis señalada y, aunado a lo anterior, se refiere al estudio de la conciliación como un mecanismo de mediación. En este caso, expone que esta última es un método alternativo de solución de conflictos significativamente bueno en términos de costos y tiempo. Aunado a lo anterior, es común recurrir a él porque, como se ha insistido hasta este punto, no es el mediador quien tiene a su cargo la decisión de qué extremo tiene la razón, esto es, no posee autoridad para obligar a la toma de una decisión; simplemente las debe asistir para que, en conjunto, indaguen, reconcilien las diferencias que puedan tener y encuentren alternativas de solución⁵³.

Finalizó señalando que la implementación y creación de estos mecanismos permite el alcance de cuatro objetivos, a saber: a) propicia que se acceda a la justicia; b) impulsa la efectiva resolución de conflictos; c) potencia la capacidad del colectivo para hacerse partícipe en este escenario y d) ayuda a disminuir la congestión, costos y escasa rapidez judicial⁵⁴.

5. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, CASO CONCRETO: INDÍGENAS WAYUÚ

Considerados los aspectos previos, interesa centrar la atención en una comunidad indígena asentada al norte de Colombia, específicamente, en la península de la Guajira, a saber: los wayúu. De forma particular se destaca que se ha pretendido que este nicho poblacional sea incluido en las políticas que respecto a los medios alternativos de solución de conflictos se tienen en el orden nacional, en especial, porque

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-834 de 2013, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos, veinte (20) de noviembre de dos mil trece.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

se busca la puesta en marcha de estrategias que favorezcan el entendimiento de los sistemas interculturales de participación sin que se afecte o impacte negativamente en las tradiciones de los wayúu⁵⁵.

Para todos los efectos, es preciso referir previamente que el sistema normativo wayúu es entendido, en Colombia, como un conjunto de procedimientos, ritos y principios que estandarizan la conducta espiritual y social de los integrantes de esta comunidad ubicada en el caribe colombiano y que se caracteriza por su numerosidad⁵⁶.

Atendiendo los principios de compensación y reparación, el sistema en mención se aplica por las autoridades de esta comunidad, específicamente, por los nominados palabreros; estos son vistos o considerados como personas con moralidad, autóctonas, capacitadas para la solución de los desacuerdos o conflictos que puedan presentarse “entre los clanes matrilineales de la comunidad wayúu”⁵⁷, mismos que se destacan por sus virtudes en los planos moral y ético.

Cuando aparece un litigio, los dos extremos (ofendidos y ofensores) deben requerir la intervención de un tercero nominado pütchipü’üi. Una vez analizado el caso, este es puesto en conocimiento de las autoridades competentes con la intención de dar solución al mismo, de manera pacífica y si la palabra tiene aceptación, se procede a entablar un diálogo en el que interviene el enunciado pütchipü’üi, quien debe actuar con lucidez, diplomacia y cautela⁵⁸.

Ahora bien, es importante señalar que el sistema de compensación acude a los símbolos, representados en collares elaborados con piedras preciosas; también al sacrificio de animales vacunos, bovinos y caprinos. Incluso, en el evento de que el crimen que se cometa sea muy grave, puede haber compensación y esta es ofertada en el decurso de ceremonias en las que se insta a la participación de las familias conflictuadas para el restablecimiento de la armonía por conducto de la reconciliación⁵⁹.

Dicho esto, es importante destacar que hay avances importantes en la determinación social y el consenso de los indígenas wayúu (particularmente, en lo que concierne a sus principios, valores y cosmovisión) gracias al nominado Plan Especial de

55 Pitta Osses, Natalia et al, Propuesta para la aplicación de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en instituciones etnoeducativas wayúu en La Guajira, Revista Praxis, Nro. 16, Vol. 1, pp. 39-53.

56 Mincultura, el sistema normativo wayuu aplicado por la figura del pütchipü’üi (“palabrero”), disponible en: <http://patrimonio.mincultura.gov.co/salvaguardiapci/Lista-Representativa/Paginas/El-sistema-normativo-wayuu.aspx#:~:text=Inspirado%20en%20principios%20de%20reparaci%C3%B3n%20y%20compensaci%C3%B3n%20este,sus%20virtudes%20en%20el%20plano%20%C3%A9tico%20y%20moral.>

57 *Ibidem*.

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*.

Salvaguada del Sistema Normativo Wayúu y al que ha contribuido la Junta Mayor Autónoma de Palabrereros que reúne a distintos palabrereros que representan a varias comunidades asentadas en la Guajira.

Adicionalmente, a través de este plan se han implementado diversas acciones dirigidas a la aplicación de políticas, metodologías y estrategias que ayuden a la valoración del derecho de la comunidad indígena. A través del plan en mención se ha buscado que todos los actores sociales se hagan partícipes, robusteciendo la gestión social patrimonial de la comunidad wayúu y, por ende, del departamento⁶⁰.

6. CONCLUSIONES

1. Los medios alternativos de solución de conflictos favorecen la resolución de disputas previas a juicio. Su deber ser es resolver desigualdades sociales o potenciales desequilibrios. No obstante, aún hay distancias importantes entre la ley y la realidad. Ahí entran en acción los mecanismos enunciados.
2. Es importante que los medios o mecanismos alternativos de solución de conflictos sean comprendidos como medios sustitutivos al proceso ordinario; lo anterior, sin obviar su carácter más limitado o su uso regular en asuntos de derecho privado.
3. La mediación comunitaria se caracteriza por la solución de conflictos a través de procesos democráticos en los que se logra la recuperación de la capacidad de solucionar controversias. Particularmente, en tratándose de indígenas, su uso tiene como propósito equilibrar las relaciones humanas o armonizarlas. Además, fortalece la participación ciudadana.
4. El uso de medios alternativos de solución de conflictos, para comunidades indígenas, tiene un respaldo normativo importante. De obligatoria enunciación, en ese sentido, el Convenio 169 de la OIT, la Carta de la OEA. En países como Bolivia, el derecho indígena ha sido concebido como un medio idóneo para la solución de conflictos; en Ecuador se ha pugnado por la puesta en marcha de la mediación comunitaria consagrada por la Ley de Arbitraje y Conciliación y organizaciones como el Centro sobre Derecho y Sociedad se han referido al carácter inoportuno de la resolución de conflictos, así como a los problemas que se presentan en términos de acceso legal. Así las cosas, se ha reclamado un equilibrio entre normatividad y cultura. En México, se cuenta con sistemas normativos indígenas.
5. En Colombia, la mediación intercultural ha permitido la interacción de grupos poblacionales indígenas, particularmente a través del diálogo, la comprensión, la

60 *Ibidem.*

comunicación y la integración. No obstante, es importante señalar que este medio no resulta tan fácilmente aplicable en tratándose de grupos étnicos, en específico, por su carácter diferencial.

6. En Colombia, los medios alternativos de solución de conflictos tienen regulación normativa y han sido abordados en sendas jurisprudencias expedidas por parte de la Corte Constitucional en las que se destaca el carácter autónomo de los grupos étnicos respecto al diálogo intercultural (mismo que debe establecer ciertas pautas para la cobertura de los distintos sistemas de valores), la confianza que generan estos mecanismos al interior de la comunidad, el modo en que los mismos favorecen el acceso a la justicia, la participación y la celeridad procesal. La comunidad wayúu es un claro ejemplo de éxito de la puesta en marcha de los pluricitados medios; en este caso específico, el palabrero del colectivo funge como mediador.

7. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

Castillo, Alicia, *Mediación comunitaria como mecanismo de resolución de conflictos de los pueblos originarios*, Universidad de las Américas, Chile, 2019.

Fondo Indígena, *Ejercicio de la administración de justicia en la comunidad de la Josefina de la Parroquia de Cangahua, Cantón Cayambe, Provincia Pichincha. Caso: Violación y Abuso Psicológico, físico y sexual*. Estudios de Caso, La Paz, 2009.

Pásara, Luis, *La reforma judicial y la sociedad civil. La economía política de la reforma judicial*, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.

NORMATIVAS

Carta de la Organización de los Estados Americanos, disponible en: <https://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Carta-de-la-Organizacion-de-los-Estados-Americanos.pdf>

Carta de las Naciones Unidas, Capítulo VI: Arreglo pacífico de controversias, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-6>

Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, disponible en: https://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS_345065/lang--es/index.htm

Corte Constitucional, Sentencia C 1195 de 2001, Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, 15 de noviembre de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C 631 de 2012, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, quince de agosto de dos mil doce.

Corte Constitucional, Sentencia C-463/14, Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa, nueve de julio de dos mil catorce.

Corte Constitucional, Sentencia C-834 de 2013, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos, veinte de noviembre de dos mil trece.

Corte Constitucional, Sentencia No. T-523/97, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, quince de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Función Pública, Ley 23 de 1991, disponible en: <https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6546>

Función pública, Ley 270 de 1996, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6548>

ST-JDC-58/2020, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, actores: Roberto Hernández Hernández y otros. Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo, 24 de septiembre de 2020.

HEMEROGRÁFICAS

Aballouche, Saadia, la mediación intercultural, fundación Akwaba, anuario de psicología, vol. 33, Nro. 4, 2002.

García, Rosario, Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina, El otro derecho, Nro. 26-27, 2002.

Gregor, Cletus, Derecho indígena y medios alternativos de solución de conflictos, URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, Nro. 3, enero, 2008, pp. 110 -118.

Pitta Osses, Natalia et al, Propuesta para la aplicación de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en instituciones etnoeducativas wayúu en La Guajira, Revista Praxis, Nro. 16, Vol. 1, pp. 39-53.

ELECTRÓNICAS

García Villegas, Mauricio et al, Casas de justicia. Una buena idea mal administrada, documentos, Dejusticia, 2015, http://https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_761.pdf

Gobierno de Ecuador, Ley de Arbitraje y Conciliación, disponible en: <https://www.gob.ec/regulaciones/ley-arbitraje-mediacion#:~:text=Se%20establece%20un%20medio%20alternativo,acta%20de%20acuerdo%20de%20mediaci%C3%B3n%2C>

Mincultura, el sistema normativo wayuu aplicado por la figura del pütchipü'üi (“palabrero”), <http://patrimonio.mincultura.gov.co/salvaguardiapci/Lista-Representativa/Paginas/El-sistema-normativo-wayuu.aspx#:~:text=Inspirado%20en%20principios%20de%20reparaci%C3%B3n%20y%20compensaci%C3%B3n%2C%20este,sus%20virtudes%20en%20el%20plano%20%C3%A9tico%20y%20moral.>

Minjusticia, caja de herramientas: métodos de resolución de conflictos, disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/caja-herramientas-mrc/Documents/assets/3-3-3-material-de-apoyo-para-los-implementadores.pdf>

Villaseñor, María, MASC y comunidades indígenas, disponible en: <http://mediosalternativos.itam.mx/?p=221>

LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SU APLICACIÓN EN LA REPARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS EJECUTADAS EXTRAJUDICIALMENTE EN COLOMBIA¹

Mariana Gómez Cabanillas²

Santiago Felipe Rendón Hurtado³

Ramsés López Santamaría⁴

RESUMEN

El presente capítulo presenta en una primera parte la definición jurisprudencial y doctrinal de las víctimas del conflicto armado y su identificación dentro de las tipologías, a su vez los conceptos de derechos humanos y fundamentales, conflicto armado, reparación a las víctimas, responsabilidad del Estado, mecanismos de resolución de conflictos, conciliación y ejecución extrajudicial. Con la finalidad de realizar en una segunda parte, el análisis doctrinal y jurisprudencial de la efectividad de la conciliación como mecanismo resolutorio en los acuerdos entre el Estado y las víctimas ejecutadas extrajudicialmente, además, la identificación de los derechos que no han sido reparados en su totalidad o que no han sido objeto de reparación.

Palabras claves: derechos humanos, derechos fundamentales, conciliación, reparación, víctima, responsabilidad del Estado, ejecución extrajudicial.

ABSTRAC

- 1 El presente capítulo es el resultado del proceso de investigación llevado dentro del Grupo de investigación en Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales y Humanas de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, dentro de la línea de derecho público, durante el primer semestre del año 2023.
- 2 Estudiante de último año programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Contacto: mariana.gomez.c@uniautonoma.edu.co
- 3 Estudiante de último año programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Contacto: santiago.rendon.h@uniautonoma.edu.co
- 4 Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y par evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonoma.edu.co

This chapter presents in a first part the jurisprudential and doctrinal definition of the victims of the armed conflict and their identification within typologies, in turn the concepts of human and fundamental rights, armed conflict, reparation to victims, State responsibility, conflict resolution mechanisms, conciliation and extrajudicial execution. In order to conduct a second part of the doctrinal and jurisprudential analysis of the effectiveness of conciliation as a resolution mechanism in agreements between the State and victims who have been extrajudicially executed, in addition, the identification of rights that have not been fully repaired or that have not been repaired.

Keywords: human rights, fundamental rights, conciliation, reparation, victim, State responsibility, extrajudicial execution

1. INTRODUCCIÓN

En materia de conciliación y reparación a las víctimas ejecutadas extrajudicialmente, para el presente caso se busca desarrollar la idea de una posible relación entre el funcionamiento de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos y reparación hacia las víctimas ejecutadas extrajudicialmente. Para justificar dicha relación planteada, se deben tener en cuenta los conceptos que abarcan los temas de conciliación y de reparación a las víctimas ejecutadas extrajudicialmente de acuerdo a los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales.

La problemática planteada, refiere a la aplicación de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos en temas de reparación a las víctimas ejecutadas extrajudicialmente, por medio de un análisis a los criterios de aplicación que se han tenido en cuenta según la doctrina y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de estado.

El objetivo de análisis, es determinar si la conciliación realmente ha tenido una aplicación por el hecho de ser un mecanismo anticipado de resolución de conflictos, para el caso en concreto entre el Estado y las víctimas, o si la aplicación de este mecanismo se ha limitado a cumplir con el requisito de procedibilidad que manifiesta la ley.

2. CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO DENTRO DEL MARCO DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN COLOMBIA

Como primera medida para abarcar el tema en concreto, se tendrán en cuenta las definiciones dadas en el precedente de la Corte Constitucional sobre reparación a las víctimas, víctimas ejecutadas extrajudicialmente, derechos humanos y fundamentales.

2.1 DE LAS DEFINICIONES JURISPRUDENCIALES

Víctimas

Para este punto se debe tener en cuenta el concepto individual de víctimas para poder comprender la definición de las víctimas ejecutadas extrajudicialmente.

Iniciando con el concepto de víctima, se denota que ha sido reiterado por parte de la Corte Constitucional basarse en la Ley 1448 del 2011⁵, para emitir dicho concepto. Como precedente de esta definición se encuentran diversidad de sentencias⁶.

Con base en la sentencia C-781/2012, y la definición de víctimas, esta manifiesta que es importante hacer la distinción entre las víctimas de la delincuencia común y las víctimas en contexto del conflicto armado, teniendo en cuenta el reconocimiento que se le dio en la Sentencia C-235A/2012, y a su vez reconociendo los tipos de víctimas que pueden existir, para el caso en concreto de la presente investigación la víctima se identifica como toda persona que haya sufrido menoscabo en su integridad o en sus bienes como “resultado de una conducta antijurídica, a aquellas que serán destinatarias de las medidas especiales de protección que se adoptan en ella”⁷.

Así las cosas, la corte presenta ciertos criterios, con el fin de limitar el concepto de víctima del conflicto armado, indicando para ello los siguientes:

El daño debe haber ocurrido a partir del 1º de enero de 1985; deben consistir en infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) o violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos (DIDH), y, el contexto, deben haber ocurrido con ocasión del conflicto armado interno⁸.

Teniendo en cuenta la sentencia T-010/2021, la corte orienta su definición de víctimas de igual manera que en la mencionada ley 1448. Sin embargo, a su vez manifiesta que no tiene una definición fáctica de la palabra, si no que cuenta con un concepto que funciona para establecer un marco de aplicación. Y que a su vez cuando se tiene en cuenta que debe ser en ocasión del conflicto armado, este debe abarcarse de una manera amplia, ya que pueden existir muchas situaciones dentro de este contexto.

De igual forma la corte menciona que se debe evaluar cada contexto de los casos presentados, pues se debe diferenciar entre una víctima por delincuencia común y

5 Ley 1448 del 2011, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones

6 Sentencia C-052/2012; Sentencia C-781/2012; Sentencia C-253A/2012, Sentencia T-506/2020, Sentencia T-010/2021.

7 Corte Constitucional, Sentencia C-781/2012, del 10 de Octubre del 2012

8 *Idem*.

una víctima del conflicto armado⁹, sin embargo en la sentencia C-781 de 2012, se manifiestan las dificultades que pueden existir a la hora de identificar al tipo de víctima, ya que se requiere una evaluación de cada caso en concreto.

Por medio de la sentencia C-588 de 2019, se da la definición con respecto a la protección de las víctimas, teniendo en cuenta que según la corte constitucional las víctimas, son “titulares de los Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación”¹⁰, por lo cual su protección es fundamental. Según anteriores pronunciamientos, esta garantía se encuentra relacionada también con la dignidad humana, y que dicha protección para las víctimas se hace por medio del “reconocimiento de un grupo de derechos que no se limita a la reparación”¹¹.

Se define a su vez en la sentencia T-092 de 2019, teniendo como fundamento la ley 1448 de 2011, de forma general el concepto de víctima, dejando claro que este concepto no se extiende a quienes hayan sido afectados por la delincuencia común, es decir se refiere al marco del conflicto armado, por lo cual la corte constitucional manifiesta lo siguiente;

A las personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño como consecuencia de graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno¹².

De lo dicho anteriormente, se puede indicar que el concepto de víctima, no se encuentra definido taxativamente en la ley, puesto que esta se puede comprender de muchas maneras según lo mencionado por la Corte Constitucional, sin embargo, esto no quiere decir que no existan parámetros que la norma, por medio del artículo 3 de la ley 1448 del 2011 y la corte constitucional ha orientado tener en cuenta al momento de abordar la solución de problemas que estén relacionados con este tipo de víctimas.

Ejecución extrajudicial

En relación con lo anterior se hace alusión a la definición dada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-535 de 2015, refiriéndose a las ejecuciones extrajudiciales, manifestando que no se tiene un concepto claro o específico acerca de esta figura, pero que aun así esta se ha ido comprendiendo por medio de la Costumbre

9 Corte Constitucional, Sentencia C-235A/2012 del 29 de Marzo del 2012, sentencia por la cual se presentan las causales de clasificación para víctima del conflicto armado.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-588/2019, del 5 de Diciembre del 2019.

11 *Idem*.

12 Corte Constitucional, Sentencia T-092/2109, del 4 de Marzo del 2019.

Internacional¹³, de la cual no se especifica cuáles han sido los criterios a tener en cuenta. A su vez esta se encuentra en relación a la violación de los derechos humanos, por lo cual por medio de la sentencia mencionada, este tipo de delitos logra encajar en los crímenes de lesa humanidad, los cuales se encuentran clasificados por el artículo 7 del Estatuto de Roma¹⁴.

De igual forma se debe tener en cuenta el manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas, el cual menciona parámetros para determinar una ejecución extrajudicial, los cuales se clasifican según:

Propósitos de una indagación, Procedimientos de una indagación, Investigación del lugar del crimen, Investigación de las pruebas, Enfoques de la investigación, Testimonio personal, Comisión indagatoria, Factores que inducen a una investigación especial, Definición del alcance de la indagación, [...] ¹⁵

Teniendo en cuenta principalmente los Factores que inducen a una investigación especial y siguientes incisos, puesto que estos se centran en determinar si el gobierno fue o no participe de dicho crimen. Y a su vez presentando los parámetros para determinarlo:

Cuando la víctima fue vista por última vez en la custodia de la policía o detenida;
ii. Cuando el modus operandi sea reconocidamente imputable a escuadrones de la muerte patrocinados por el gobierno; iii. Cuando personas de gobierno o relacionadas con éste hayan intentado obstruir o retrasar la investigación del homicidio;
iv. Cuando no puedan obtenerse las pruebas físicas o de testigos esenciales a la investigación¹⁶.

Con respecto a la normativa interna, tampoco se encuentra regulado expresamente, sin embargo, se tienen en cuenta bajo las figuras como homicidios en persona protegida u homicidio agravado, encontrándose en el artículo 135 de la ley 599 del 2000 (Código Penal).

Adicional a ello, la Corte en la mencionada sentencia T- 535 del 2015, expresa que las personas ejecutadas extrajudicialmente o también llamados en Colombia “falsos positivos”¹⁷, son aquellos civiles que han sido presentados como insurgentes pertenecientes a grupos armados al margen de la ley, donde se encuentran dos aspectos

13 Corte constitucional, sentencia T-535 de 2015, del 20 de agosto del 2015.

14 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

15 Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

16 *Ibid* p. 7.

17 Corte constitucional, sentencia T-535 de 2015, del 20 de agosto del 2015.

muy comunes, siendo estos los siguientes: son personas jóvenes de sectores sociales vulnerables o donde existe una alteración de la escena del crimen esto con el propósito de dar visos de legalidad a las ejecuciones, como por ejemplo vestimenta militar o armas de uso de la fuerza pública¹⁸.

Manifiesta el tribunal constitucional, que para ser considerada una víctima del conflicto armado, se deben tener en cuenta los parámetros establecidos por la mencionada Ley 1448 de 2011:

- 1) La ley no define la condición fáctica de la víctima, determina qué personas pueden ser destinatarios de dicha clasificación.
- 2) Debe entender el conflicto armado interno como una concepción amplia.
- 3) La concepción de “con ocasión del conflicto armado”, sugiere varias situaciones en el mismo, debe atenderse a criterios objetivos para determinar que un hecho victimizante tuvo lugar con ocasión del conflicto armado.
- 4) Se debe aplicar la definición del conflicto armado que resulte más favorable para la protección de los derechos de la víctima¹⁹.

Ahora, entendido el concepto de ejecución extrajudicial, se considera relevante expresar el concepto que ha manifestado la Corte Constitucional sobre el conflicto armado. Mediante la sentencia T-092 de 2019, la corte reitera los hechos por los cuales se determina que la vulneración de los derechos de la víctima se realizó en el marco del conflicto armado, teniendo los siguientes criterios:

- i) los desplazamientos intraurbanos, (ii) el confinamiento de la población; (iii) la violencia sexual contra las mujeres; (iv) la violencia generalizada; (v) las amenazas provenientes de actores armados desmovilizados; (vi) las acciones legítimas del Estado; (vii) las actuaciones atípicas del Estado; (viii) los hechos atribuibles a bandas criminales; (ix) los hechos atribuibles a grupos armados no identificados, y (x) por grupos de seguridad privados, entre otros ejemplos²⁰

La Corte manifiesta igualmente que el concepto de conflicto armado debe ser entendido de acuerdo a los hechos de cada situación, con el fin de observar la conexidad de la vulneración de los derechos con el conflicto armado.

Como conclusión, con respecto al concepto de víctima ejecutada extrajudicialmente, esta no cuenta con una definición en concreto, sin embargo, se puede comprender como una persona que con ocasión y en contexto del conflicto armado, es

18 *Idem.*

19 *Idem.*

20 *Idem.*

tomada por parte de las fuerzas armadas²¹, para hacerla pasar como perteneciente a un grupo armado, esto con ayuda de elementos como la vestimenta y armas, con el fin de mostrar un progreso en relación a debilitar a dicho grupo. También se deben tener en cuenta los factores mencionados por la jurisprudencia y la norma, para así poder determinar si una persona afectada logra encajar en dicho contexto de víctima ejecutada extrajudicialmente.

Reparación

El concepto de reparación, se manifiesta en la sentencia C-180 de 2014. Por medio de esta sentencia, la Corte Constitucional define el derecho de reparación como aquel en el cual el responsable de un daño o agravio debe reparar o compensar a la víctima, esto a su vez en relación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual menciona que la reparación es “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”²², esto siempre y cuando sea acerca de un derecho que se encuentre bajo la protección de la convención.

Se puede comprender que la reparación a las víctimas tiene relación con el derecho a la administración de justicia, porque debe existir un mecanismo judicial previo o agotamiento de la vía judicial para poder determinar los criterios en que se va a fundamentar dicha reparación, es decir; las formas en que se va a realizar dicha reparación.

También se manifiesta la definición con respecto a la justicia y a la reparación integral. El derecho a la justicia es definido como aquel derecho a que no exista impunidad y que se permita acceder a un recurso judicial para que el autor del acto sea juzgado, por lo anterior el Estado debe investigar y juzgar respetando el debido proceso²³. Por último, el derecho a la reparación integral es aquella donde se deben resarcir los daños causados a las víctimas, teniendo en cuenta medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y no repetición.

2.2 DE LAS DEFINICIONES DOCTRINALES

Conciliación

Se presentan diferentes puntos de vista o conceptos con respecto al concepto de conciliación, también llamada la mediación. El primer doctrinante citado en el presente texto es el doctor José Roberto Junco Vargas, el cual la define como:

²¹ *Idem*.

²² Corte Constitucional, sentencia C-180 de 2014 del 27 de Marzo del 2014.

²³ FALTA

Acto jurídico e instrumento por medio del cual se someten las partes a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquel susceptible de transacción y que lo permita la ley [...] ²⁴

Siendo que la conciliación puede ser de manera judicial o extrajudicial, para la resolución del conflicto, la corte constitucional por medio de la sentencia C-1195 de 2001, manifiesta que la conciliación tiene dos sentidos, el primero de manera procedimental, el cual es un

mecanismo de solución de conflictos a través del cual 2 o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con ayuda de un tercero calificado. Y el segundo el cual es el sentido sustancial²⁵

De igual forma en el mencionado texto se tiene en cuenta a sentencia C-893 de 2001, dando la conceptualización de la conciliación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos y de acceso a la administración de justicia el cual puede resolver la controversia fuera o dentro del proceso ya sea de manera voluntaria o no, nacional o internacional.

Según la doctrina y la jurisprudencia la conciliación cuenta con ciertas características las cuales la constituyen como un acto jurídico, encontrando así que es un acto solemne, bilateral, conmutativo, nominado, de libre acceso y complemento a la jurisdicción.

Con base en lo anterior mencionado surgen 3 elementos, el normativo, el cual se basa en la regulación y efectos jurídicos de dicha figura; el subjetivo, siendo aquellos que participan del proceso; y por último el elemento objetivo, que es aquel conflicto en el que están involucradas las partes.

Responsabilidad del Estado

Este concepto abarca muchos subtemas que lo componen, como pueden ser, la responsabilidad directa e indirecta, el daño antijurídico, la culpa, acción u omisión en cabeza del Estado, entre otros. Pero concretamente, el Estado será responsable respecto de sus administrados porque es quien hace efectivas esas garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos, esto se manifiesta en los artículos 1,2, y especialmente el artículo 90 de la constitución política. Este artículo manifiesta que el Estado será responsable patrimonialmente del daño antijurídico que se le

24 Diana Esther Contreras Castro y Héctor Díaz Moreno “La conciliación hacia la construcción de un mecanismo efectivo de acceso a la justicia” (Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Libre) <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6081/ContrerasCastroDianaEsther2010.pdf?sequence=1>

25 Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001, del 15 de Noviembre del 2001.

cause a una persona que no esté obligada a soportarlo, sea por acción u omisión del Estado. De la responsabilidad directa del Estado, según Olga Cecilia González Noriega, define la responsabilidad como “la unidad de persona jurídica que compone el Estado, sus agentes o funcionarios, es decir; de surgir la culpa en alguno de estos, hará responsable al Estado como persona jurídica”²⁶.

Como se mencionó anteriormente, el artículo 90 es la base fundamental para la determinar la responsabilidad del Estado. Según la profesora González Noriega, del régimen de responsabilidad se subdivide en dos elementos esenciales como, el daño antijurídico y su imputación al Estado.

Del daño antijurídico lo define como “(..) el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar.”²⁷ Y de la imputación al Estado manifiesta que de que esa acción u omisión realizada por el Estado sea susceptible de imputación en su contra, es decir; existir un título jurídico para poder realizar un juicio de imputación.

De modo que, la responsabilidad del Estado, será todo daño antijurídico que se cause a una persona y sea atribuible al Estado por acción u omisión de sus agentes o funcionarios.

Derechos Humanos y Derechos Fundamentales

Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU), los derechos humanos se pueden definir como aquellos derechos que tenemos todos los seres humanos, solo por el simple hecho de existir, aunque no se encuentren garantizados por ningún Estado, estos son inherentes a todos independientemente de la nacionalidad, origen, genero, y demás condiciones. De estos se desprenden diferentes derechos, ya sean fundamentales, o aquellos que los complementan.

De igual forma, gracias a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se logra la protección universal de los derechos humanos, convirtiéndose en un pilar fundamental para la ley internacional²⁸.

Lo anterior mencionado, se complementa con lo dicho por la Comisión de los Derechos Humanos, los cuales los explica como “el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el

26 Olga Cecilia González Noriega “Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el Hecho de las Leyes”, Revista UIS Humanidades, Pág.78-79 (2009) <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/104/734>

27 *Idem*.

28 ONU, “¿Qué son los derechos humanos?”, Organización de las Naciones Unidas, consultado el 10 de Abril del 2023, <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>

desarrollo integral de la persona”²⁹. De igual forma rectificando su inherencia a las personas sin discriminación alguna. Los derechos humanos se encuentran contemplados gracias a tratados y al derecho internacional consuetudinario, haciendo que los diferentes Estados deban tomar medidas para la protección de estos. Para esto también se señalan ciertas características como que los derechos humanos son inalienables, son iguales y no discriminatorios e incluyen tanto derechos como obligaciones; de igual forma cuentan con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Desde la perspectiva de la doctora Jennifer Batista Torres en su artículo, realiza un recorrido histórico del surgimiento y las etapas de la concepción de los derechos humanos, logrando concluir que estos pueden entenderse como; conjunto de facultades inherentes a cada ser humano sin discriminación alguna, para satisfacer y garantizar las exigencias de libertad, dignidad e igualdad humana, reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional. A su vez manifiesta que

En principio, son derechos humanos todos los atributos que posee la persona humana como ser físico, psíquico y social. En fin, suponen la preexistencia de cualidades para los seres humanos que pueden exigir frente al Estado³⁰.

Del concepto de los derechos fundamentales, de acuerdo con la idea planteada por Martha Liliana Acu manifiesta que éstos se entienden al igual que los derechos humanos, son inherentes a cada persona sin discriminación alguna, es decir; tienen una conexión inherente al ser humano. Ahora la disposición o diferencia principal que se presenta respecto de los derechos fundamentales y los derechos humanos, es que los derechos fundamentales se regulan de acuerdo a la soberanía de cada Nación, es decir; los derechos fundamentales pueden cambiar de acuerdo a la constitución o carta política de cada país³¹.

De igual forma lo plantea la doctora Batista Torres, manifestando que los derechos fundamentales se consagran en las constituciones de cada Estado, argumentando que son garantías de la libertad e igualdad de la vida humana de acuerdo a los términos establecidos en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. Además, agrega lo siguiente;

29 CNDH “¿Qué son los derechos humanos?”, Comisión de los Derechos Humanos, consultado el 10 de Abril del 2023, <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>

30 Jennifer Batista Torres “Derechos humanos y derechos fundamentales. algunos comentarios doctrinales”, Revista IUS Labor, Pág.191 (2018) 10.31009/iuslabor.2018.i02.05

31 Acu, Martha Liliana. 2010. “¿Qué Entendemos Por Derechos Humanos y Derechos Fundamentales?”. Justicia 15 (18). <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/931>.

Los derechos fundamentales se refieren a ámbitos vitales imprescindibles en los estadios históricos y culturales por los cuales ha pasado el ser humano bajo el Estado Constitucional, con el fin de asegurar el desarrollo de la libertad de la persona. De esta manera, han ganado un espacio sustancial a través de su manifestación jurídico positiva; esencialmente en las Constituciones³².

También es relevante el criterio que presenta la Corte Constitucional mediante sentencia T-571 de 1992, donde manifiesta que los derechos fundamentales, en Colombia, consagrados en la constitución de 1991, son aquellos que “pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana”³³. Los cuales se poseen desde el momento de la existencia de la persona, estando incluso por sobre la existencia del Estado. Esto teniendo en cuenta no solo la naturaleza del derecho, si no también considerando aquellos factores particulares de cada caso. Con base a esto, también se desprenden los derechos fundamentales por conexidad, siendo estos los que aunque no se encuentren denominados como tal dentro de los derechos fundamentales, se les da este nombre por su relación con los anteriores, es decir, que si estos no son protegidos de manera correcta se ocasionaría una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales, por ejemplo el derecho a la salud, siendo un derecho de conexidad, la vulneración de este podría causar afectación al derecho a la vida, el cual se clasifica como derecho fundamental.

3. ANÁLISIS DOCUMENTAL Y CASOS SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA CONCILIACIÓN EN TEMAS DE REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS EJECUTADAS EXTRAJUDICIALMENTE

Para concluir este segundo acápite, se tendrán en cuenta los conceptos anteriormente mencionados con el fin de establecer su relación con la efectividad de la conciliación como mecanismo de solución en temas de reparación a las víctimas, a su vez, se tendrán en cuenta los criterios de las altas cortes, la ley y la doctrina para la aplicación de este mecanismo. Así mismo, se analizarán los casos correspondientes en que la conciliación haya sido efectiva o fracasada.

3.1 ANÁLISIS DOCUMENTAL SOBRE LA RELACIÓN QUE PUEDA EXISTIR ENTRE LA CONCILIACIÓN Y REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS EJECUTADAS EXTRAJUDICIALMENTE

La conciliación como se mencionó anteriormente, es un mecanismo alternativo para resolución de conflictos, con el fin de evitar la activación y congestión del

32 Jennifer Batista Torres “Derechos humanos y derechos fundamentales. algunos comentarios doctrinales”, Revista IUS Labor, Pág.193 (2018) 10.31009/iuslabor.2018.io2.05

33 Corte Constitucional, sentencia T-571 de 1992 del 26 de octubre de 1992.

aparato judicial por vía ordinaria (tratándose de una conciliación extrajudicial), y lograr de mutuo acuerdo una solución integral entre las partes. Ahora bien, las víctimas ejecutadas extrajudicialmente, como se manifestó con anterioridad, son aquellas personas que son abatidas en el marco del conflicto armado, que han sido presentados como integrantes de un grupo al margen de la ley siendo en realidad son personas civiles residentes en zonas afectas por el conflicto interno, también denominadas zonas rojas.

Respecto de lo anterior, se puede colegir que, desde el punto de vista de los términos conceptuales, existe la relación entre la conciliación y la reparación a las víctimas ejecutadas extrajudicialmente dado que, la función de la conciliación es presentar propuestas con el fin de llegar a un acuerdo entre las partes, por otro lado, lo que esperan las víctimas es la debida reparación e indemnización de sus derechos vulnerados. Por lo cual, esta relación se puede llegar a materializar, con la presentación de propuestas por parte del Estado hacia las víctimas donde se les repare e indemnice integralmente, sin necesidad de acudir ante la vía ordinaria, cumpliendo esa finalidad de la conciliación.

En materia contencioso administrativa, se define a la conciliación como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos que acerca al ciudadano y a las entidades del Estado, a la participación en la solución de sus controversias”³⁴, a su vez siendo este un medio facultativo para la solución de conflictos, los cuales permiten el descongestionamiento de los despachos judiciales y el acceso a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A su vez para la conciliación extrajudicial, se debe tener en cuenta si esta es procedente, ya que esta aplica para casos de reparación directa, centrándose en esta y los principios de equidad y reparación integral de los daños antijurídicos causados por el Estado.

En conclusión, respecto de la conciliación en temas contenciosos administrativos, se entiende como un puente (materializándose la característica de la autocomposición), entre el ciudadano afectado, en este caso, víctima ejecutada extrajudicialmente y las entidades del Estado, para evitar la activación del aparato judicial como se ha recalcado anteriormente.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que no todos los conciliadores están facultados para llevar a cabo una conciliación en temas de reparación a las víctimas. Quienes deben llevar a cabo dicha conciliación, serán los agentes del Ministerio Público, por traerse de temas en materia de lo contencioso administrativa, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 23 de la ley 640 de 2001.

34 Montaña Ruiz, Mady Juliana. 2017. “La conciliación Extrajudicial En Materia Contencioso Administrativa: Aplicación En La reparación Directa”. *Global Iure* 5 (noviembre):195-210. <https://revista.jdc.edu.co/index.php/giure/article/view/373>

Ahora bien, de acuerdo a lo planteado en el artículo 65 de la ley 446 de 1998, serán conciliables los asuntos de transacción, desistimiento y aquellos que determine la ley. Por ende, surge la necesidad de clasificar a la reparación en alguno de estos asuntos mencionados por esta ley para que sea conciliable, de aquí se crea la duda, respecto de clasificar a la reparación como un derecho, un principio o una figura jurídica específica en materia contencioso administrativa.

Inicialmente se especificará lo que trata cada asunto expreso en la ley 446 de 1998, entendiendo como asuntos de transacción todos los bienes y derechos de contenido patrimonial, sobre los cuales se tenga la capacidad de celebrar acuerdos. Los asuntos de desistimiento, son aquellos derechos que son susceptibles de renuncia por parte de su titular, salvo que la ley lo prohíba. Y estarán los demás asuntos conciliables que determine la ley.

Teniendo en cuenta por los términos conceptuales, se podría clasificar a la reparación en los asuntos de transacción, por el contenido patrimonial que este conlleva, en el sentido que en dicha reparación se encuentra inmersa la indemnización del daño causado. Sin embargo, la doctrina ha planteado a la reparación como un derecho de contenido patrimonial por ser directamente una acción indemnizatoria, descartando su clasificación en asuntos transigibles.

A su vez, el artículo 90 de la carta política manifiesta que, el Estado responderá por los daños antijurídicos que sean causados por la acción u omisión de sus agentes o funcionarios, de lo anterior se puede concluir que, al ser una obligación por parte del Estado, se convierte en un derecho para el afectado o la víctima.

El código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, en su artículo 140 estipula que se podrá demandar la reparación del daño, a través del medio de control de reparación directa. Por lo cual, se hace una distinción entre el medio de control que es la reparación directa y el derecho el cual abarca la reparación del daño.

De la misma forma, Montaña, Ruiz reitera, la acción de reparación directa es de carácter indemnizatoria, siempre y cuando se demuestren los elementos que componen la responsabilidad del Estado para que se haga efectiva la acción de reparación.

En materia de conciliación extrajudicial, la autora manifiesta lo siguiente;

(...) la conciliación extrajudicial aplica para todos los asuntos de reparación directa, por tanto, debe ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos que debe centrar su fundamento principal en el resarcimiento de perjuicios causados

por el daño antijurídico infringido por el Estado, dicha compensación debe garantizar en *Stricto sensu* el *statu quo* de la víctima³⁵.

De lo anterior se puede decir que, la conciliación extrajudicial en materia de reparación se debe enfocar en realizar una reparación integral de los perjuicios, tratando de dejar a las víctimas lo más cercano posible a la situación en que se encontraba antes de que se causara el daño antijurídico. Además, el daño antijurídico causado y sus perjuicios deben ser proporcionales a la indemnización y reparación solicitadas por las víctimas. De aquí surge una contra posición entre la solicitud de conciliación y la posición de la administración, es decir; lo pedido contra lo dispuesto a dar.

3.2 DETERMINAR LA APLICACIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN TEMAS DE REPARACIÓN

Por medio del siguiente análisis, se tendrá en cuenta los parámetros de aplicación, mencionados en los anteriores capítulos, con respecto a la conciliación en temas de reparación, esto con la finalidad de determinar si es un mecanismo el cual funciona como medio de descongestión judicial y reparación, logrando llegar a un acuerdo justo, teniendo en cuenta la proporción del daño causado y la reparación e indemnización a las víctimas o si solo se aplica como un requisito de procedibilidad.

Según lo mencionado anteriormente y centrándose en el tema de reparación, este al hacer parte de lo contencioso administrativo, según el artículo 161 de la ley 1437 DE 2011 código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (CPACA), manifiesta que para proceder a realizar la demanda de reparación se debe cumplir con el requisito de la conciliación extrajudicial.

Teniendo en cuenta el artículo “la conciliación en materia de reparación directa”, la conciliación en temas administrativos ha tenido diversas dificultades, puesto que se han creado confusiones con respecto a la finalización del proceso en caso tal de que se llegue a un acuerdo entre las partes. De igual manera se manifiesta en el artículo mencionado que hoy en día se pueden observar que en temas de lo contencioso existen una gran cantidad de casos aun no resueltos por la poca capacidad con la que cuenta la administración, haciendo ver que la conciliación, así sea creada para evitar este tipo de circunstancias, es más utilizada como un acto procesal que se debe cumplir para proceder a la demanda, en vez de un mecanismo para la solución del conflicto de una manera más rápida.

Con base a esto, se crea la división entre el propósito de la conciliación y su efectividad, analizando cual es el motivo por el cual se dificulta llegar a un acuerdo entre

35 Montaña Ruiz, Mady Juliana. 2017. “La conciliación Extrajudicial En Materia Contencioso Administrativa: Aplicación En La reparación Directa”. *Global Iure* 5 (noviembre):195-210. <https://revista.jdc.edu.co/index.php/giure/article/view/373>

las partes, en temas de reparación directa. Continuando con el análisis del texto mencionado, una parte importante para la efectividad del acuerdo es la parte probatoria que se debe aportar, las cuales deben ir incluidas en la solicitud de la conciliación, de lo contrario, esta no surtirá efectos y será visto como

En el escenario actual, dicha figura solo se aplica a efectos de cumplir con el requisito exigido por la norma, dejando todo el esfuerzo jurídico de la discusión en sede judicial ante el juez contencioso administrativo³⁶.

Como análisis de lo anterior, se puede decir, que la efectividad de la conciliación en materia de reparación directa, influye con respecto a la relevancia del material probatorio presentado por las víctimas, ya que, de no ser convincente o suficiente para el Estado, esta figura como mecanismo de solución y a su vez de descongestión se dará como fracasada.

Respecto a los casos y la aplicación de la conciliación como medio de reparación

De acuerdo a un análisis jurisprudencial y doctrinal, en temas de conciliación como mecanismo de reparación, se puede evidenciar, sobre todo en la jurisprudencia que expide el Consejo de Estado, la ausencia de aplicación de la conciliación, permitiendo entender que esta se lleva a cabo solo por el simple hecho de ser un requisito de procedibilidad exigido por la ley, puesto que según diferentes sentencias³⁷ como la de fecha siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015), y consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA³⁸, en sus actuaciones procesales las conciliaciones se dan por fracasadas, procediendo a instaurar una demanda contra el Estado en temas de Reparación directa.

Por otra parte, en la doctrina, tampoco se manifiestan casos como ejemplos donde la conciliación haya prosperado en temas de reparación a víctimas ejecutadas extrajudicialmente, de igual forma esto ocurre en la jurisprudencia, puesto que las

36 2022. La conciliación extrajudicial en materia de Reparación Directa, una mirada desde el daño antijurídico de las fuerzas militares. <https://hdl.handle.net/10901/23803>

37 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B, Radicación: 15001-23-31-000-2007-00694-01 (56750), C.P: Stella Conto Díaz del Castillo; CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”, Radicación n.º 20001 23 31 000 1999 00274 01, C.P: Danilo Rojas Betancourth; CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B, Radicación: 19001233100019990021701 (24984), C.P: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

38 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, Radicación: 85001-23-31-000-2010-00178-01 (47671) C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

sentencias se limitan a mencionar si fracasó o no la conciliación para cumplir con el requisito, es decir que solo se le da una aplicación procesal mas no con fines de acelerar el proceso y llegar a un acuerdo previo.

4. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo definido en los anteriores capítulos, las víctimas ejecutadas extrajudicialmente, son aquellas a las cuales se les ha hecho pasar como personas pertenecientes a grupos armados por parte de las fuerzas armadas de Colombia, esto para demostrar un avance con respecto a la lucha contra estos grupos, observando aquí una violación a los derechos fundamentales como la vida y dignidad humana de aquellas personas que no hacían parte de las confrontaciones. Debido a esto el Estado es el responsable de reparar a todos los afectados por tales actuaciones, puesto que inicialmente este es responsable de salvaguardar estos derechos.

Con base a lo anterior se puede encontrar una estrecha relación entre las ejecuciones extrajudiciales y la conciliación, la cual como se ha mencionado, funciona como un medio de solución de conflictos, siendo un requisito de procedibilidad en temas de reparación, con la finalidad de acelerar los procesos y a su vez llegar a un acuerdo justo entre las partes. No se pretende poner un valor económico a la vida de las personas, sin embargo el Estado se debe encargar de restaurar lo mayor posible a las víctimas, intentando dejarlas lo menos afectadas posible o lo más cercano a su estado, antes de que ocurriera el daño.

Pese a ello, este mecanismo no ha tenido los efectos y resultados esperados, esto debido a que en algunos casos el material probatorio aportado no es suficiente para demostrar el daño o la falta de relación de las personas con los grupos armados, de igual forma es posible que las partes no lleguen a un punto medio en donde estén de acuerdo con respecto a la indemnización por los perjuicios causados, teniendo conflicto entre lo que se solicita y lo que el Estado está dispuesto a dar.

Se ha evidenciado en diferentes casos, principalmente del consejo de estado, que la mayoría de las veces se da por fracasada una conciliación, lo cual causa que las víctimas deban acudir a la jurisdicción de lo contencioso, con el fin de buscar una justa indemnización, haciendo a su vez que el sistema sea aún más demorado y así extendiendo los procesos. Por lo cual no se conoce con exactitud si de verdad el Estado propone fórmulas de arreglo justas a las víctimas.

5. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

DOCTRINALES

- Acu, Martha Liliana. «¿Qué entendemos por Derechos Humanos y Derechos Fundamentales?» Universidad Simón Bolívar, 2010.
- Castro, Diana Esther Contreras, y Hector Diaz Moreno. «La conciliación hacia la construcción de un mecanismo efectivo de acceso a la justicia.» Maestría, Bogotá, 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos . s.f. <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.
- Henaó, Juan Carlos. «Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado.» Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Lozano, Alvaro Manuel Sánchez. «La conciliación extrajudicial en materia de Reparación Directa, una mirada desde el.» Universidad Libre, s.f.: 6-12.
- Naciones Unidas. s.f. <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>.
- Noriega, Olga Cecilia Gonzales. «Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el hecho de las leyes .» Unilibre , 2009: 77-86.
- Ruiz, Mady Juliana MONTAÑA. «La conciliación extrajudicial en materia.» Global Iure, 2017: 199.
- Torres, Jennifer Batista. «Derechos humanos y Fundamentales.» IUSLabor, 2018: 191.

NORMATIVAS

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. s.f. <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B, Radicación: 15001-23-31-000-2007-00694-01 (56750), C.P: Stella Conto Díaz del Castillo
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”, Radicación n.º 20001 23 31 000 1999 00274 01, C.P: Danilo Rojas Betancourth
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B, Radicación: 19001233100019990021701 (24984), C.P: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUB-SECCIÓN C, Radicación: 85001-23-31-000-2010-00178-01 (47671) C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
- MANUAL SOBRE LA PREVENCIÓN E INVESTIGACIÓN EFICACES DE LAS EJECUCIONES EXTRALEGALES, ARBITRARIAS O SUMARIAS, NACIONES UNIDAS, Nueva York, 1991

Estatuto de Roma que entró en vigor el 10 de julio de 2002

Sentencia . C-180 de 2014 (Corte Constitucional , 27 de Marzo de 2014).

Sentencia. C-588 de 2019 (Corte constitucional , 5 de diciembre de 2019).

Sentencia. T-092 de 2019 (Corte Constitucional , 4 de Marzo de 2019).

Sentencia . C-180 de 2014 (Corte Constitucional , 27 de Marzo de 2014).

Sentencia. C-588 de 2019 (Corte constitucional , 5 de diciembre de 2019).

Sentencia. T-092 de 2019 (Corte Constitucional , 4 de Marzo de 2019).

REFLEXIONES ENTORNO A LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO ¹

Ramsés López Santamaría²

Sara Luz García Biojo³

RESUMEN

En la presente investigación se buscan analizar momentos que marcaron al Estado colombiano para el logro en la positivación de los Derechos Humanos. Para ello, se acude a una metodología cualitativa de análisis documental y teórica, en donde se pretende evidenciar la evolución histórica que en las constituciones de Colombia se puede advertir en cuanto a la protección de los Derechos Humanos.

Palabras Claves: Positivación, Constitución, Derechos Humanos, Colombia, Derecho positivo

ABSTRACT

In the present investigation we seek to analyze moments that marked the Colombian State for the achievement in the positivization of Human Rights. For this, a qualitative methodology of documentary and theoretical analysis is used, where it is intended to demonstrate the historical evolution that can be noticed in the Colombian constitutions regarding the protection of Human Rights

Key Words: Positivation, Constitution, Human Rights, Colombia, Positive Law

1 El presente capítulo es el resultado del proceso de investigación llevado dentro del Grupo de investigación en Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales y Humanas de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, dentro de la línea de derecho público, durante el primer semestre del año 2023.

2 Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y par evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonoma.edu.co

3 Estudiante de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca en la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas. Contacto: sara.garcia.b@uniautonoma.edu.co

1. INTRODUCCIÓN

La positivación de los Derechos Humanos en el ordenamiento constitucional colombiano ha sido un largo proceso que ha tenido importantes repercusiones en la sociedad y en la forma en que se entienden y protegen hoy los derechos fundamentales. Esto quiere decir que para el caso particular colombiano existen diferencias entre estos dos tipos de derechos, sin que esto indique que ambos sean incompatibles, todo lo contrario, en el primer capítulo se podrá advertir cuáles pueden ser estas diferencias o similitudes a partir de su propio proceso de positivación.

Estos procesos de positivación se pueden visualizar desde la Constitución Nacional de 1886 de Colombia, teniendo en cuanto para ello, que previo a dicho proceso existe un escenario en donde presupuestos de orden moral contribuyeron a la discusión de su materialización como ocurre en el caso de la mencionada carta constitucional en la cual apenas se mencionaban algunos derechos básicos como el derecho al sufragio universal, a la igualdad y derechos laborales que en razón del presente trabajo pueden ser considerados elementos iniciales para la positivación de los derechos humanos en Colombia⁴. Por tal razón sin bien es cierto se consideran y reconocen las distintas escuelas o paradigmas desde las cuales se puede abordar la discusión de los derechos humanos, para este caso en particular, sólo se pretende poner en evidencia cómo ha sido el proceso de evolución y en especial de positivación de estos derechos con sus condiciones especiales en el marco colombiano, sin desconocer la existencia o lectura que sobre los mismos se puede hacer desde escuelas o paradigmas diferentes.

Ahora bien, el proceso de positivación que se pretende evidenciar desde el siglo XIX y hasta el presente tendrá como punto de llegada la Constitución de 1991, mediante la cual se dio el reconocimiento de una diversidad étnica, cultural y religiosa y en la cual se define a Colombia como un “Estado Social de Derecho” y se garantiza la protección de los derechos humanos de manera taxativa.

La historia reciente de violaciones a los derechos humanos cometidas por diversos actores, junto con el desafío de lograr una justicia social plena y la igualdad para todas las personas, demuestran que la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos sigue siendo una exigencia vigente⁵. Razón por la cual es importante

4 Existe la teoría dualista de los derechos humanos. Esta ha tenido origen en el instituto de derechos humanos hoy llamado “José Gregorio Peces-Barba” en la Universidad Carlos III de Madrid. Esta concibe un primer momento de los derechos humanos denominado “pretensiones morales”, estado previo a su positivación. Sin que en el presente capítulo se pretenda desarrollar tal tesis, tampoco se busca desconocer este primer escenario. Sobre este tema revisar: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Curso de derechos fundamentales, Teoría general. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, Madrid, 1999, pág. 157.

5 Fundación Juan Vives Suriá. “Derechos humanos: historia y conceptos básicos”. Venezuela: Fundación Edito-

seguir reflexionando sobre la positivación de estos derechos en el ordenamiento constitucional colombiano y su efectiva protección en la realidad social, política y económica del Estado. Por lo dicho, es de interés en el presente trabajo formular el siguiente problema de investigación: ¿Cómo ha sido el proceso de positivación de los derechos humanos en el ordenamiento constitucional colombiano y cómo ha sido su protección y garantía en la práctica?

GLOSARIO

Para el presente trabajo se tendrán en cuenta como conceptos los siguientes, según sus definiciones, así:

Positivación: La positivación implica convertir los derechos humanos inherentes de las personas en normas jurídicas, lo que los convierte en valores esenciales para la convivencia dentro de un orden y les otorga entidad jurídica frente al Estado de Derecho. Este proceso también implica establecer mecanismos de protección y sanción para prevenir y castigar su vulneración. En resumen, la positivación de los derechos humanos consiste en darles fuerza jurídica y protección mediante su inclusión en normas y leyes, lo que los convierte en obligaciones del Estado y garantiza su respeto y protección por parte de los órganos del Estado⁶.

Derechos Humanos: El jurista y filósofo Pérez Luño define los derechos humanos como: "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"⁷.

rial El perro y la rana, (2010), http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/fundavives/20170102055815/pdf_132.pdf

6 Luis Freddyur Tovar. "Positivación y protección De Los Derechos Humanos: Aproximación Colombiana". *Criterio Jurídico* 8 No. 2, (marzo de 2023): 45-72, <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/944>.

7 Antonio Enrique Pérez Luño. "El concepto de los derechos humanos y su problemática actual". Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, (febrero 1993): 179-195, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1416/DL-1993-I-1-Luno.pdf>

2. POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CÓMO SE HA APLICADO EN LAS CONSTITUCIONES DE COLOMBIA

2.1 INTRODUCCIÓN: LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA

El reconocimiento a la positivación⁸ de derechos humanos en leyes nacionales e internacionales han significado un importante cambio en el reconocimiento de Derechos fundamentales y sociales, y también en las relaciones de poder entre actores que hacen parte del Estado y entre los pueblos de la región y del mundo ⁹.

Al hablar de los derechos humanos y los derechos fundamentales son dos conceptos que están estrechamente relacionados, pero que a menudo se utilizan indistintamente. Ambos términos se relacionan con los derechos y libertades fundamentales necesarios para asegurar la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos. Independientemente del origen, género, orientación sexual, religión u otras características, sin embargo, existen diferencias importantes entre estos dos términos.

Tal diferencia está definida en el tratamiento que se le da en el orden interno y en el orden internacional; en primer lugar, los Derechos Humanos son reconocidos por la comunidad internacional y están protegidos por instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por otro lado, los derechos fundamentales son aquellos derechos que se encuentran específicamente reconocidos en la Constitución, y que son protegidos y garantizados por el Estado. Estos derechos pueden variar de un Estado a otro, dependiendo de su historia, cultura y tradiciones jurídicas¹⁰.

Así las cosas, los derechos humanos y los derechos fundamentales comparten una base común en la protección de los derechos y libertades de las personas, la diferencia fundamental radica en que los derechos humanos son universales e inherentes a todas las personas, mientras que los derechos fundamentales son específicos de cada Estado y están reconocidos en su Constitución.

Dicho esto, se puede indicar que en el caso de la historia institucional colombiana posterior a la independencia de Colombia, las mencionadas diferencias se formaron a partir de instituciones que gobernaron el territorio durante muchos años. Estas instituciones, de alguna manera, influyeron en la concepción del derecho

8 Se refiere al proceso mediante el cual los derechos humanos son reconocidos y protegidos en la legislación y las políticas públicas del Estado.

9 Fundación Juan Vives Suriá. “Derechos humanos: historia y conceptos básicos”. Fundación Editorial El perro y la rana, (2010), http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/fundavives/20170102055815/pdf_132.pdf

10 Guido Aguila Grados “¿Derechos FUNDAMENTALES vs. Derechos HUMANOS” - TTR # 76 (2021, 26 de mayo). [Video] YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=WfwQR4Vat3Q>

Republicano y fueron tomadas del derecho colonial. Asuntos como las encomiendas, la inquisición, los resguardos, la esclavitud, la educación y el trabajo, fueron muy importantes y configuraron la estructura del antiguo derecho¹¹.

Durante esta temporalidad la esclavitud y el reconocimiento de la libertad y la propiedad se empezó a percibir con mayor agudeza debido a la entrada en vigor de nuevas instituciones jurídicas como la libertad de vientres, entre otras, razón por la cual estas tuvieron sus propios y particulares efectos en el caso de la República, ya que existía una especial forma de proceder contra los esclavos negros en la que el amo autorizaba el acceso a cierta cantidad de propiedad, conocido como peculio¹². Esta actividad se convirtió en algo completamente natural dentro de la lógica de la actividad comercial de la época¹³.

Durante el siglo XVIII, se observó un incremento significativo en el número de esclavos negros, especialmente en la Gobernación de Popayán, donde superaron los veintitrés mil. Además, se desarrolló una intensa actividad comercial en torno a ellos, convirtiéndolos en objetos de comercio. Como resultado, surgieron situaciones en las que estos individuos participaban activamente en transacciones comerciales, incluso adquiriendo sus propios bienes¹⁴.

Por lo que al hablar de los ideales como son la: justicia, igualdad, dignidad humana y libertad, se está haciendo referencia al núcleo filosófico y teórico de los derechos humanos, los cuales han sido respaldados por una variedad de corrientes ideológicas y tradiciones religiosas¹⁵. En este contexto las luchas sociales tienen un papel importante, ya que, por medio de estas la sociedad reclamaba que se les reconocieran sus Derechos como ciudadanos.

Uno de los primeros fenómenos históricos en el caso colombiano es la versión en español que realizó Antonio Nariño en 1794 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual tuvo un impacto significativo en la redac-

11 Luis Felipe Vélez Pérez. "Luis Antonio Restrepo Arango, Proceso histórico de los derechos humanos en Colombia, 2da edición (Medellín: ediciones unaula, 2011)". *Revistas electrónicas UN Historia y Sociedad*, (junio de 2013): 207 páginas, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-84172013000100014&lng=en&tlng=es

12 El peculio hace referencia a la propiedad que los esclavos podían adquirir y poseer legalmente durante la época de la esclavitud en algunos lugares y a la cantidad de bienes o dinero que el amo permitía que el esclavo administrara y utilizara para su propio beneficio.

13 Ramsés López Santamaría. "Libertad y Peculio: Una Estrategia jurídica En Contra de la Esclavitud en la Historia Institucional Colombiana (1780-1851)". *Vniversitas* 67 No. 136, (2018):1-22, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.lpej>

14 Ramsés López Santamaría. "Libertad y Peculio: Una Estrategia jurídica en Contra de la Esclavitud en la Historia Institucional Colombiana (1780-1851)". *Vniversitas* 67 No. 136, (2018):1-22, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.lpej>

15 Cristian Galvis Sánchez. "La construcción Histórica de los Derechos Humanos." *Revista Latinoamericana de Bioética* 8 No. 13, (2007):54-65, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127012923005>

ción de algunas cartas políticas durante el proceso de independencia, ejerciendo una notable influencia en ese contexto histórico, pero en muchos casos fue al mismo tiempo un ideal lejano para la sociedad¹⁶.

En este escenario de consolidación de la República, es donde se puede percibir cómo la percepción de los derechos tiene dos dimensiones. Por un lado, la que al interior del naciente Estado se intenta mantener con la continuidad de la esclavitud, pese al logro de la independencia. Por otro, la presión que el contexto internacional impone a la nueva República, para que su reconocimiento se de sin la existencia de dicha institución, para entonces aún jurídica.

Dicho contexto advierte por un lado la pretensión moral que grupos sociales intentaron preservar en torno al poder que la esclavitud generó para muchos en aspectos económicos, y por otro, la positivación de normas que ya en otras latitudes se venían gestando en contra de tal condición. En ese mismo escenario durante el periodo comprendido entre 1810 y 1886, Colombia se caracterizó por la existencia de disputas y enfrentamientos entre diferentes grupos políticos, como los centralistas, federalistas, liberales y los conservadores. Sin embargo, también se destacó por los continuos esfuerzos para establecer un Estado democrático y libre¹⁷.

Uno de los primeros sucesos que ocurre durante el siglo XIX es cuando el Congreso de Angostura se disolvió el 19 de enero de 1821 surgiendo de este evento la redacción de la Constitución de 1821, regida por un modelo centralista que presentaba un gobierno popular y representativo en la cual Simón Bolívar fue el presidente de la República y Francisco de Paula Santander, el vicepresidente¹⁸.

La Constitución de la época fue criticada por contener grandes contradicciones entre los ideales democráticos y la persistencia de la esclavitud (como se ha indicado de manera previa), la cual se mantuvo hasta mediados del siglo XIX. Además, la población negra no recibió un reconocimiento adecuado de sus derechos en esa época. También hubo inestabilidad en la definición y reconocimiento de una ideología laica o religiosa en la educación pública, y el sufragio universal fue limitado. Otros temas controvertidos fueron la posición política influyente de la iglesia colombiana y los efectos de las guerras civiles¹⁹.

16 Luis Felipe Vélez Pérez. “Luis Antonio Restrepo Arango, proceso histórico de los derechos humanos en Colombia, 2da edición (Medellín: ediciones unaula, 2011)”. UN Historia y Sociedad (junio de 2013): páginas 207, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So121-84172013000100014&lng=en&tlng=es

17 Ana Carolina Calles Márquez. “Idea de estado y nación en los colombianos (1810-1886)”. Presente y Pasado No. 32, (marzo de 2012): 337-366, <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/34765>

18 Departamento Administrativo de la Función Pública. “Constitución Política 1 de 1821 Congreso de la República”. Función Pública (30 de agosto de 1821), <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13690>

19 Luis Felipe Vélez Pérez. “Luis Antonio Restrepo Arango, proceso histórico de los derechos humanos en

Por lo cual esta Constitución fue insuficiente porque no garantizó plenamente los derechos civiles y políticos, no estableció la libertad de prensa y la libertad de expresión, lo que limitó la capacidad de los ciudadanos para criticar al gobierno y participar plenamente en la vida política del Estado, igualmente no estableció una clara separación de poderes, lo que permitió al gobierno ejercer un control excesivo sobre los otros poderes y limitó la capacidad de los ciudadanos para proteger sus derechos y libertades.

Después de estos sucesos transcurrieron más de cincuenta años desde la disolución de la “Gran” Colombia y casi cuarenta años desde las pretensiones federalistas. Así fue como la Constitución Nacional de 1886 reforzó varios de los criterios del conservatismo político que se consideraban necesarios para el mantenimiento del orden dentro del proyecto de nación, como resultado, se restringió el derecho al voto al exigir que los votantes fueran alfabetizados para las elecciones nacionales. También se amplió el mandato presidencial a seis años y se permitió la reelección inmediata. Además, se reintrodujo la pena capital como forma de castigo²⁰.

Esta constitución traía unas inconsistencias en cuanto a los derechos humanos, un gran ejemplo es su artículo 121, famoso porque fue utilizado, para “gobernar”, por casi todos los veinticuatro presidentes que desde Núñez hasta Barco Vargas fungieron como tales bajo esta Constitución²¹.

Después de analizar diversas Constituciones de Colombia, se puede llegar a la conclusión de que la menos progresista en términos de incorporación y protección de los derechos humanos es la de 1886²², en cuanto a las restricciones del derecho al voto, concentración de poder, la falta de derechos y garantías para las minorías; ya que, no incluía suficientes protecciones para estas, como los pueblos indígenas o las personas de diferentes orientaciones sexuales o identidades de género, también se limitó el derecho de las personas a asociarse y manifestarse pacíficamente, lo que podía impedir la formación de grupos de interés y la defensa de los derechos

Colombia”, 2da edición (Medellín: ediciones unaula, 2011)”. UN Historia y Sociedad, (junio de 2013): 207, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-84172013000100014&lng=en&tlng=es

20 Julián Darío Bonilla Montenegro, “Los procesos de transformación de los modelos constitucionales en Colombia: una revisión de historia constitucional, 1819 – 2019” *diálogos De Saberes* No. 51, (diciembre 2019): 53-80, <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.51.2019.5867>

21 Miguel Sierra, Alonso Sierra Londoño, y Oscar de Jesús Zapata Ocampo, “Derechos Humanos: su presencia en las Constituciones colombianas” *Derecho Y Realidad*, 6 No. 12, (julio de 2016): 219-231, https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/5036

22 Miguel Sierra, Alonso Sierra Londoño, y Oscar de Jesús Zapata Ocampo, “Derechos Humanos: su presencia en las Constituciones colombianas” *Derecho Y Realidad*, 6 No. 12, (julio de 2016): 219-231, https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/5036

y libertades. En resumen, la Constitución Nacional de 1886 estableció una serie de límites a los derechos humanos, y también su ejercicio en función de otros intereses públicos, como ocurrió en el caso de la figura del “Estado de Sitio”²³.

2.2 LA INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: UN AVANCE SIGNIFICATIVO

Entrada en vigencia la temporalidad correspondiente al siglo XX el movimiento que busca proteger los derechos humanos surgió en la década de 1970 en donde, desde el inicio las organizaciones no gubernamentales adoptaron una postura de confrontación directa con el Estado. Además, se enfocaron en denunciar, confrontar y educar sobre las violaciones de los derechos humanos perpetradas por agentes estatales que se presentaran en casos como: las protestas estudiantiles, ocupaciones de tierras, paros cívicos y huelgas obreras, que tenían como objetivo asegurar el acceso a la educación, vivienda, salud y servicios públicos, surgió la insurgencia, dando lugar al prolongado conflicto armado interno que persiste en la actualidad²⁴. En el Gobierno de Julio César Turbay Ayala, entre los años de 1978 y 1982, aunque se implementaron algunas medidas orientadas a la protección de los derechos humanos, estas fueron insuficientes para detener la violencia y las violaciones que se registraron durante ese período, ya que, Latinoamérica se encontraba inmersa en las dictaduras militares y en las violaciones hacia los derechos humanos, también, las luchas contra los movimientos insurgentes²⁵.

Estos acontecimientos ocurren en buena medida a causa del Gobierno, ya que este fue permisivo en muchos aspectos, pero principalmente lo fue en crímenes de lesa humanidad, hacia la población. Algunos de esos delitos fueron: las detenciones ilegales, abusos de las fuerzas militares por medio de prácticas de tortura y violaciones hacia la integridad y protección de la población²⁶.

23 El “Estado de sitio” es una medida extrema que se aplica cuando se encuentra en peligro la integridad del Estado de Derecho. Su proclamación conlleva la suspensión temporal de algunas garantías y del poder ordinario, pero no implica la derogación de la normatividad constitucional. Además, el Estado de sitio se considera como una garantía constitucional. Sobre el tema revisar: CARLOS GARRIDO LÓPEZ, “Sobre el Estado de Sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración” *Derecho Político* (enero de 2007): 7-142, <https://doi.org/10.5944/rdp.68.2007.9012>

24 Flor Alba Romero, “El movimiento de derechos humanos en Colombia”. *Aportes Andinos* (5). (noviembre de 2022): 1-7, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/aa/article/view/3751>

25 Si se quiere revisar este tema en el contexto de Latinoamérica y en particular en los Estados de Colombia, Chile y Argentina, en donde existe un común denominador sobre la suspensión de los derechos humanos en el marco de estados de excepción, revisar: Jorge González Jácome.

26 Jorge Henao Pérez, “HISTORIA DE LA VERGÜENZA. LA CONFRONTACIÓN SOCIEDAD-ESTADO EN COLOMBIA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS ¿REIVINDICACIÓN O UTOPIA?” *Ratio Juris* 17 No. 34, (2022):95-114, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585773978005>

En aquel tiempo, Colombia experimentaba una inestabilidad social e institucional agravada por el creciente movimiento subversivo que desafiaba las estructuras institucionales mediante actos como: el paro cívico nacional del 14 de septiembre de 1977, el robo de armas del Cantón Norte de Bogotá en 1979, entre otros. Para enfrentar esta situación, el gobierno utilizó los poderes que le otorgaba la legislación extraordinaria, buscando suspender garantías y limitar derechos individuales²⁷.

A raíz de estos sucesos se produjo una profunda tensión en la defensa de los derechos humanos que dio como resultado una extrema violencia, en casos como el ocurrido el 27 de febrero de 1980, en donde el M19 protagonizó el asalto y secuestro más grande de la historia diplomática del Estado colombiano. Este hecho desencadenó varios operativos para la recuperación de las armas hurtadas por parte del grupo subversivo, por lo que como consecuencia se produjo la captura de varios de los altos mandos que integraban el M-19 y la represión y violaciones hacia los derechos humanos de una importante parte de la población afín de este grupo²⁸.

Estos eventos sentaron las bases para la presentación de denuncias por las violaciones de los derechos humanos ante instituciones clave, como el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (CPDH)²⁹ organización plural en Colombia que incluía miembros de diferentes corrientes políticas,

Como, conservadores, liberales demócratas, Partido Comunista e incluso un representante del Opus Dei, el jurista José Albendea Pabón. Igualmente surgieron iniciativas para denunciar las violaciones que vulneraban los derechos humanos, lo cual generó atención internacional. Aquellas personas que alzaban su voz contra estos abusos se unieron y colaboraron para fortalecer su impacto, creando espacios propios y promoviendo reformas legales e institucionales para una protección más efectiva de sus derechos³⁰.

27 María Del Pilar Marín Rivas “Las violaciones de derechos humanos en Colombia durante los años 80 del siglo XX: acercamiento a su comprensión histórica desde la degradación y el fortalecimiento de la defensa” Anuario de Historia Regional y de las Fronteras 22 No. 1, (2017): 113-35, <https://revistas.uis.edu.co/index.php/anuario-historia/article/view/5882/6167>

28 Juan José Reyes y María Alejandra Suárez, “La Operación Libertad y Democracia: Impacto y Negociaciones” Universidad externado de Colombia (diciembre de 2020): 2-7, <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2020/12/toma-embajada.pdf>

29 Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos es una organización no gubernamental de defensa de los derechos humanos en Colombia. Fundada en 1979, cuyo objetivo es el de promover y proteger los derechos humanos, especialmente en situaciones de conflicto armado y violencia política.

30 María Del Pilar Marín Rivas “Las violaciones de derechos humanos en Colombia durante los años 80 del siglo XX: acercamiento a su comprensión histórica desde la degradación y el fortalecimiento de la defensa” Anuario de Historia Regional y de las Fronteras 22 No. 1, (2017): 113-35, <https://revistas.uis.edu.co/index.php/anuario-historia/article/view/5882/6167>

En este contexto en 1990, César Gaviria Trujillo (1990-1994) fue elegido presidente, y con esto la situación giró hacia las negociaciones que se realizaron con varios grupos como: el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), la organización guerrillera indígena Quintín Lame y el Ejército Popular de Liberación (EPL), con el fin de convocarlos a participar en la Asamblea Nacional Constituyente³¹.

Del gobierno de Gaviria se pueden destacar tres aspectos que fueron relevantes. El primer aspecto tuvo un enfoque histórico y se refiere a la tradición colombiana de seguir los principios fundamentales de la convivencia pacífica y el respeto por las normas del derecho internacional. El segundo aspecto implicó el esfuerzo por ampliar y diversificar las relaciones internacionales de Colombia, y al mismo tiempo, obtener una mayor autonomía frente a los centros de poder. Como último aspecto importante se habla de la relación que se tuvo con la adaptación de las políticas y organismos gubernamentales a la realidad actual de Colombia, especialmente en el ámbito económico, con el fin de modernizar el aparato productivo y lograr una mayor internacionalización de la economía del Estado³².

Por lo anterior, se puede advertir que en materia de reconocimiento de derechos humanos y su evolución en el contexto constitucional colombiano existen etapas o elementos a resaltar, en este sentido, a continuación, se analizan esos cambios en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos humanos que se describen en el cuadro demostrativo de la constitución nacional de 1886 y de la constitución política de 1991, así:

Aspecto	Constitución Nacional de 1886	Constitución Política de 1991
Reconocimiento de los Derechos Humanos	La Constitución Nacional de 1886 no incluía una sección específica respecto a los Derechos Humanos	Reconoce a los Derechos Humanos como la base del ordenamiento jurídico del Estado
Carácter vinculante de los Derechos Humanos	Los Derechos Humanos no tenían un carácter vinculante en la Constitución de 1886	Establece que los Derechos Humanos son vinculantes y que tienen un rango superior a las leyes ordinarias

31 Jorge Henao Pérez, “Historia de la vergüenza. La confrontación sociedad-estado en Colombia a la luz de los derechos humanos ¿reivindicación o utopía?” Ratio Juris 17 No. 34, (2022):95-114, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585773978005>

32 Rodrigo Pardo, “La política Exterior del presidente César Gaviria Trujillo” Colombia Internacional 1No. 12, (octubre de 1990): 3-9, <https://doi.org/10.7440/colombiaint12.1990.00>

<p>Protección de los Derechos Humanos</p>	<p>La protección respecto a los Derechos Humanos no era una prioridad</p>	<p>La Constitución política de 1991 establece unos mecanismos para la protección de los Derechos Humanos como la acción de tutela establecido en el artículo 86. Además, se crearon organismos como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.</p>
-------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Elaboración propia

En conclusión, tanto la Constitución Nacional de 1886, junto con sus reformas, como la nueva Constitución Política de 1991, han reconocido los derechos humanos. Sin embargo, el problema que se presenta es el nominalismo jurídico, que se refiere al desajuste existente entre la semántica constitucional y la realidad social. En otras palabras, existe una brecha entre lo que se establece en la Constitución y la realidad de los hechos, y una oposición entre las declaraciones absolutas y las excepciones permanentes, como el estado de sitio, la conmoción interior, la emergencia económica, entre otras.

3. LOS DERECHOS HUMANOS ENTORNO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

3.1 EL PAPEL DE LA CONSTITUCIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Constitución Política de 1991, cumple con un papel importante en relación con la protección de los derechos humanos que radica en su capacidad para establecer un marco legal sólido y estable para la promoción y protección de estos derechos.

También, la Constitución ha sido la base para la promulgación de leyes y políticas que buscan proteger los derechos humanos consagrados en ella. Estos derechos incluyen el derecho: a la igualdad, la vida, a la no discriminación, la seguridad personal, la libertad, al trabajo, la educación, a la salud, libertad de pensamiento, de conciencia y religión, entre otros.

Otro punto importante en cuanto al papel de la Constitución colombiana está en su artículo 2° sobre el deber del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, así como “proteger a todas

las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades [...]”. Particularmente, el artículo 95 señala que, son deberes de la persona y del ciudadano: Defender y difundir los derechos humanos³³.

La razón detrás del proceso constituyente que llevó a la creación de la Constitución Política de 1991 se debió en parte a la intención de mejorar la fortaleza del Estado y su habilidad institucional para superar la situación de violencia que se estaba experimentando. En ese momento crítico, la crisis política estaba ocurriendo en medio de una crisis social profunda³⁴.

También hablamos de la internacionalización como un fenómeno que surge a raíz de un acuerdo global en la protección de los derechos humanos, motivado por el rechazo universal a los horrores de la Segunda Guerra Mundial. Se considera que la internacionalización es un paso significativo en la evolución de los derechos humanos, ya que contribuye a su consolidación normativa como parte del proceso de positivación, la cual tiene un papel crucial en la promoción y protección de los derechos humanos a nivel mundial³⁵.

Además, se establecieron mecanismos de protección e instituciones que fueron creadas a raíz de que en la realidad global se evidenciaba que la falta de democracia, la pobreza extrema, la discriminación de las minorías, el terrorismo de Estado, los totalitarismos y las guerras amenazaban constantemente los derechos humanos. Por lo tanto, desde la adopción de su protección universal en 1948³⁶, es necesario garantizar su protección a nivel mundial, dado que lo establecido por los estados no fue suficiente³⁷. En donde, desde el artículo 11 hasta el 82 nos hablan de los derechos de la persona y, desde el artículo 83 hasta el 94, los mecanismos de defensa o protección a los mismos. Esto junto con la reestructuración institucional de la Constitución de 1991 ha tenido un papel significativo en la actualización de varias instituciones estatales y la creación de medios para la participación democrática³⁸.

33 Andrea Carolina Vargas Laverde, “Hacia una protección integral para los defensores(as) de derechos humanos en Colombia” VIA IURIS No. 8, (julio de 2020): 123-140, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273968082005>

34 Andrés Abel Rodríguez Villabona, “El Estado como proyecto en la Constitución de 1991” Análisis Político 34 (101). (abril de 2021): 47-67, <https://doi.org/10.15446/anpol.v34n101.96559>

35 Vivian A. Lozano Alarcón, “La evolución de los Derechos Humanos: El proceso de positivación” Revista derecho del Estado, (16) (junio de 2004): 165-76, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/792>

36 “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, de 1948, es un hito muy importante en la historia de la sociedad civil y el individuo, ya que, ha servido como base para la promoción y protección de los derechos humanos por parte del Estado. Esta declaración ha inspirado la creación de políticas y leyes que buscan garantizar el respeto y la dignidad de todas las personas. Hernán Armando Ortiz Rivas, “Reflexiones sobre Derechos Humanos” Estudios De Derecho volumen 54 no. 119, (mayo de 1995): 139-84, <https://doi.org/10.17533/udea.esde.332400>

37 Hernán Armando Ortiz Rivas, “Reflexiones sobre Derechos Humanos” Estudios De Derecho 54 No. 119, (mayo de 1995): 139-84, <https://doi.org/10.17533/udea.esde.332400>

38 Jairo Antonio López Pacheco, “Las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos en la democra-

No solo la Constitución cumplió con un papel importante en cuanto a la protección y reconocimiento de los derechos humanos, también estaban los tratados en donde se impuso el deber del Estado de facilitar a las personas recursos efectivos para la protección de sus derechos. Además, algunos tratados establecen la obligación para los Estados de promover y desarrollar mecanismos judiciales que permitan hacer valer dichos derechos³⁹. Por lo tanto, el fortalecimiento de los derechos humanos en gran medida se basa en la participación de los poderes públicos nacionales, en particular el Poder Judicial, en la defensa de los derechos humanos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales, así como en la interpretación y aplicación de la doctrina y jurisprudencia desarrollada por las Cortes⁴⁰.

3.2 REFLEXIONES SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA

La positivación de los derechos humanos es un proceso esencial para la constitucionalización de los derechos humanos. La inclusión de los derechos humanos en la ley les otorga una mayor protección y asegura que sean respetados y protegidos por los órganos del Estado. En Colombia, se ha establecido un modelo de Estado que mantiene la idea fundamental del Estado de derecho, la cual busca establecer límites legales al poder estatal para proteger los derechos y las libertades individuales de las personas⁴¹. Igualmente, los avances en la positivación de los Derechos Humanos no fueron totalmente universal, ya que todavía había grupos que estaban excluidos de su ejercicio, aunque no de su reconocimiento formal como titulares de dichos derechos. Estos grupos incluían a las mujeres y a ciertas minorías, particularmente aquellas determinadas por su origen nacional, situación económica y raza⁴².

La adopción de la perspectiva de derechos fue el siguiente paso tras las luchas por el reconocimiento legal de los Derechos Humanos. Estos derechos se establecen como principios fundamentales que definen los objetivos del Estado y el comportamiento de sus representantes⁴³. Mediante este proceso, se buscaba clarificar la naturaleza

cia. Aproximaciones para el estudio de la politización de los derechos humanos en Colombia” Estudios Políticos No. 41, (diciembre de 2012):103-123, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=16429069006>

39 Miriam Lorena Henríquez Viñas, “Sistema integrado de protección de los derechos humanos” Estudios Constitucionales 5 No. 2, (2007):121-135, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050207>

40 Miriam Lorena Henríquez Viñas, “Sistema integrado de protección de los derechos humanos” Estudios Constitucionales 5 No. 2, (2007):121-135, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050207>

41 Andrés Abel Rodríguez Villabona, “El Estado como proyecto en la Constitución de 1991” Análisis Político 34 No, 101, (abril de 2021): 47-67, <https://doi.org/10.15446/anpol.v34n101.96559>

42 Pedro Nikken, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales” IIDH 52, (diciembre de 2010): 55-140, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/60444>

43 William Guillermo Jiménez Benítez, “El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas” Civilizar

normativa de los derechos humanos⁴⁴, enfatizando su conexión con el ámbito jurídico y es durante la Edad Moderna, en donde se producen los primeros cambios fundamentales para la incorporación legal de los derechos humanos. Con esto se establecieron por primera vez los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se relacionan con la necesidad de contar con condiciones de vida y acceso a bienes materiales y culturales que sean apropiados para mantener la dignidad de todos los seres humanos⁴⁵.

En donde es fundamental para el ejercicio de los derechos humanos que se les reconozca y se les proteja. Por lo tanto, la protección legal de estos derechos implica un conjunto de normas e instituciones que no solo los reconocen, sino que también permiten al titular de estos presentarse ante las autoridades encargadas de hacerlos cumplir. Esto garantizó que los derechos se hagan realidad y se conviertan en una garantía de la efectividad del disfrute de tales atributos en caso de violación o amenaza por parte de autoridades o particulares⁴⁶.

Estos derechos fueron establecidos en la Constitución y, como tal, se les da una protección por medio de la justicia constitucional. En la justicia constitucional, especialmente en América Latina, el medio específico para proteger los derechos humanos es a través del amparo, a través de la acción de tutela y se crean organismos como: la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación para su eficaz protección⁴⁷. En este contexto, se puede distinguir la protección de los derechos humanos como derecho y como mecanismo. El derecho permite a las personas utilizar el sistema judicial del Estado para defender sus proyectos de vida, lo que beneficia tanto a individuos como a la comunidad al mejorar sus condiciones de vida y el mecanismo procura la protección personalísima de los derechos humanos frente a una violación, esto lo podemos encontrar a partir del artículo 11 hasta el 82 los derechos de la persona y, del artículo 83 hasta el 94, los mecanismos de defensa o protección a los mismos en la Constitución Política de 1991⁴⁸.

El Estado está en el deber de proteger lo cual implica que este debe garantizar mediante todos los medios el cumplimiento de los derechos humanos⁴⁹. Por lo que

7 No. 12, (2007): 31-46, <http://dx.doi.org/10.22518/16578953.781>

44 Vivian A. Lozano Alarcón, “La evolución de los Derechos Humanos: El proceso de positivación” *Revista derecho del Estado* No. 16, (junio de 2004): 165-76, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/792>

45 Pedro Nikken, “La protección de los derechos ...Op. cit.

46 Luís Freddyur Tovar, “Positivación y protección de los derechos humanos: aproximación colombiana” *Criterio Jurídico* 8 No. 2, (noviembre de 2008): 45-72, <https://core.ac.uk/reader/52201906>

47 Pedro Nikken, “La protección de los derechos ...Op. cit.

48 Luís Freddyur Tovar, “Positivación y protección de los derechos humanos: aproximación colombiana” *Criterio Jurídico* 8 No. 2, (noviembre de 2008): 45-72, <https://core.ac.uk/reader/52201906>

49 Jiménez Rodríguez, Andrés David, Lesly Carolina Ocampo Acosta, Luis Felipe Pulido González, y Dilia Paola

se han creado escenarios como la conciliación, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Para el Estado, es esencial establecer o reforzar el diálogo, ya que esto permite establecer alianzas y encontrar soluciones adecuadas a los desafíos estructurales del país. De este modo, se logra promover la reconciliación y consolidar la paz⁵⁰. El primer aspecto es la conciliación, la cual consiste en un proceso autocompositivo que involucra la participación de un tercero neutral e imparcial, el cual fomenta el diálogo y la negociación entre las partes en conflicto. Es importante destacar que la conciliación se utiliza para remediar los daños ocasionados por la violación de los derechos humanos⁵¹.

En conclusión, la positivación de los derechos humanos en la Constitución Política es un paso importante para garantizar su protección en Colombia. Sin embargo, la efectividad de estos derechos depende en gran medida de su implementación y aplicación en la vida real, así como de la voluntad política y el compromiso de las autoridades y la sociedad en general.

4. CONCLUSIONES

El alcance de la investigación en relación con la positivación de los derechos humanos en Colombia, pretende evidenciar momentos en donde, a través de las cartas constitucionales se han formulado estados de los derechos en su calidad de humanos y cómo éstos han tenido un matiz particular de evolución en la geografía propuesta.

Como se ha podido evidenciar su promoción ha estado presente desde los inicios de la República. Sin embargo, en el caso colombiano surge una tensión necesaria de evidenciar, por un lado, la existencia de derechos en favor de ciertos grupos sociales que ocuparon el escenario de poder durante la transición entre la colonia y la República. Por otro lado, la ausencia de los mismos en relación con grupos sociales a quienes se le obligó estar apartados del acceso a ciertos derechos como la educación, la igualdad, la propiedad, el derecho al voto y a ser elegidos y participar de la construcción del Estado mismo.

Gómez Patiño, “La conciliación Como Herramienta Fundamental Para La remediación De daños Causados Por La vulneración De Derechos Humanos En El ámbito Empresarial”. *Justicia Y Derecho* 9 (diciembre de 2021):10-25, <https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/justder/article/view/1910>

50 Sébastien Coquoz, “Colombia: Los derechos humanos como instrumento de paz” *Justicia en las Américas* (noviembre de 2020), <https://dplfblog.com/2020/11/26/colombia-los-derechos-humanos-como-instrumento-de-paz/>

51 Jiménez Rodríguez, Andrés David, Lesly Carolina Ocampo Acosta, Luis Felipe Pulido González, y Dilia Paola Gómez Patiño, “La conciliación Como Herramienta Fundamental Para La remediación De daños Causados Por La vulneración De Derechos Humanos En El ámbito Empresarial”. *Justicia Y Derecho* 9 (diciembre de 2021):10-25, <https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/justder/article/view/1910>

Estas brechas entre grupos sociales surgen desde el inicio de la consolidación de un sistema constitucional que entre el siglo XIX y el final del XX, fue constante en las redacciones de las constituciones. Si bien es cierto se puede hablar de grados de positivación en favor de los derechos humanos en el transcurso del tiempo para el caso colombiano, también es importante señalar que dicha positivación no incluyó en todos los casos a los diferentes grupos sociales, quienes en ciertos momentos de la historia institucional se vieron de alguna manera obligados a luchar por sus reconocimientos por fuera de la institucionalidad marcando aún más las distancias con el sistema jurídico vigente.

Por lo dicho, es posible confirmar la tesis en relación a la existencia de un proceso de positivación de los derechos humanos en Colombia. Incluso un proceso sólido en el caso particular de la Constitución de 1991, en donde su materialización fue aún más evidente, a través de distintas instituciones y herramientas jurídicas como la acción de tutela, así como la conciliación en materia judicial, permitiendo que la sociedad resuelva sus problemas sin la necesidad que, en todos los casos, se acuda al sistema contencioso.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que su positivación haya garantizado en todos los casos su cumplimiento efectivo, toda vez que la mencionada brecha entre los grupos sociales generada desde la colonia, y perpetuada en la República, se ha mantenido vigente, haciendo difícil el proceso de la garantía de los derechos humanos en favor de todos y en condiciones de igualdad.

Finalmente, es de interés advertir la necesidad de ahondar aún más en las consecuencias que esta “dicotomía” de los derechos humanos generan en el caso colombiano. Precisar por ello rutas de investigación sobre el importante logro de su positivación y a la vez la distancia que existe entre su reconocimiento y su eficacia, resulta ser una propuesta de esta investigación para seguir adelante en el ejercicio del estudio de nuevas dimensiones que sobre los derechos humanos se deben abordar en procura de su mayor comprensión pero, sobre todo, de su verdadera eficacia.

5. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

ARTÍCULOS DE REVISTAS ELECTRÓNICAS

- Bonilla Montenegro, Julián Darío, “Los procesos de transformación de los modelos constitucionales en Colombia: una revisión de historia constitucional, 1819 – 2019” *diálogos de saberes*, no. 51, (diciembre 2019): 53-80, <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.51.2019.5867>
- Calles Márquez, Ana Carolina. “Idea de estado y nación en los colombianos (1810-1886)”. *Presente y Pasado* 16. No. 32, (marzo del 2012): 337-366, <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/34765>
- Freddyur Tovar, Luís, “Positivación y protección de los derechos humanos: aproximación colombiana” *Criterio Jurídico* 8 no.2, (noviembre de 2008): 45-72, <https://core.ac.uk/reader/52201906>
- Galvis Sánchez, Cristian, "La construcción Histórica de los Derechos Humanos." *Bioética* 8 no. 13, (2007):54-65. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127012923005>
- GARRIDO LÓPEZ, CARLOS, “Sobre el Estado de Sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración” *Derecho Político* (enero de 2007): 7-142, <https://doi.org/10.5944/rdp.68.2007.9012>
- Henaó Pérez, Jorge, “HISTORIA DE LA VERGÜENZA. LA CONFRONTACIÓN SOCIEDAD-ESTADO EN COLOMBIA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS ¿REIVINDICACIÓN O UTOPIÍA?” *Ratio Juris* 17, no. 34, (2022):95-114, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585773978005>
- Henríquez Viñas, Miriam Lorena, “Sistema integrado de protección de los derechos humanos” *Estudios Constitucionales* 5 no. 2, (2007):121-135, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050207>
- Jiménez Benítez, William Guillermo, “El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas” *Civilizar* 7 No. 12, (2007): 31-46, <http://dx.doi.org/10.22518/16578953.781>
- López Pacheco, Jairo Antonio, “Las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos en la democracia. Aproximaciones para el estudio de la politización de los derechos humanos en Colombia” *Estudios Políticos*, No. 41, (diciembre de 2012):103-123, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=16429069006>
- López-Santamaría, Ramsés. “Libertad Y Peculio: Una Estrategia jurídica En Contra De La Esclavitud En La Historia Institucional Colombiana (1780-1851)”. *Vniversitas* 67 No. 136 (2018):1-22, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.lpej>
- Lozano Alarcón, Vivian A, “La evolución de los Derechos Humanos: El proceso de positivación” *Derecho del Estado*, No. 16 (junio de 2004): 165-76, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/792>
- Marín Rivas, María Del Pilar “Las violaciones de derechos humanos en Colombia durante los años 80 del siglo XX: acercamiento a su comprensión histórica desde la degradación

y el fortalecimiento de la defensa” Anuario de Historia Regional y de las Fronteras 22 no. 1, (2017): 113-35, <https://revistas.uis.edu.co/index.php/anuariohistoria/article/view/5882/6167>

Nikken, Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales” IIDH 52, (diciembre de 2010): 55-140, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/60444> ARTICULO DE REVISTA

Ortiz Rivas, Hernán Armando, “Reflexiones sobre Derechos Humanos” Estudios De Derecho 54 No. 119, (mayo de 1995): 139-84, <https://doi.org/10.17533/udea.esde.332400>

Pérez Luño, Antonio Enrique, “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, (febrero 1993): 179-195, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1416/DL-1993-I-1-Luno.pdf>

Rodríguez Jiménez, Andrés David, Ocampo Acosta Lesly Carolina, Pulido González Luis Felipe, y Gómez Patiño Dilia Paola, “La conciliación Como Herramienta Fundamental Para La remediación De daños Causados Por La vulneración De Derechos Humanos En El ámbito Empresarial”. Justicia Y Derecho 9, (diciembre de 2021):10-25, <https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/justder/article/view/1910>

Rodríguez Villabona, Andrés Abel, “EL ESTADO COMO PROYECTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991” Análisis Político 34 No. 101, (abril de 2021): 47-67, <https://doi.org/10.15446/anpol.v34n101.96559>

Romero, Flor Alba, “El movimiento de derechos humanos en Colombia” Aportes Andinos no. 5, (noviembre de 2022): 1-7, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/aa/article/view/3751>

Sierra Miguel, Sierra Londoño Alonso, y Zapata Ocampo Oscar de Jesús, “Derechos Humanos: su presencia en las Constituciones colombianas” Derecho Y Realidad 6 no. 12, (julio de 2016): 219-231, https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/5036

Vargas Laverde, Andrea Carolina, “Hacia una protección integral para los defensores(as) de derechos humanos en Colombia” VIA IURIS, No. 28, (julio de 2020): 123-140, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273968082005>

Vélez Pérez, Luis Felipe, “Luis Antonio Restrepo Arango, proceso histórico de los derechos humanos en Colombia, 2da edición (Medellín: ediciones unaula, 2011)”. UN Historia y Sociedad, (junio de 2013): 207, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-84172013000100014&lng=en&tlng=es

PÁGINAS WEB

Aguila Grados, Guido “¿Derechos FUNDAMENTALES vs. Derechos HUMANOS” - TTR # 76 (2021, 26 de mayo). [Video] YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=WfwQR4Vat3Q>

Departamento Administrativo de la Función Pública. “Constitución Política 1 de 1821 Congreso de la República”. Función Pública (30 de agosto de 1821), <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13690>

Reyes Juan José y Suárez María Alejandra, “La Operación Libertad y Democracia: Impacto y Negociaciones” Universidad externado de Colombia (diciembre de 2020): 2-7, <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2020/12/toma-embajada.pdf>

LIBROS ELECTRÓNICOS

Fundación Juan Vives Suriá. “Derechos humanos: historia y conceptos básicos”. Fundación Editorial El perro y la rana, (2010), http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/fundavives/20170102055815/pdf_132.pdf

Pardo, Rodrigo, “La política Exterior Del presidente César Gaviria Trujillo” Colombia Internacional 1 no. 12, (octubre de 1990): 3-9, <https://doi.org/10.7440/colombiaint12.1990.00>

LA CONCILIACIÓN, UN MECANISMO PREVENTIVO DE LOS PROCESOS JUDICIALES EN COLOMBIA Y SU CONTRIBUCIÓN EN EL ACCESO A LA JUSTICIA¹

Ramsés López Santamaría ²

Sara Valentina Valencia Quesada³

RESUMEN

En este artículo se analiza la conciliación como mecanismo preventivo de los procesos judiciales en Colombia, revisando los conceptos sobre conciliación extrajudicial y judicial, así como examinando su aplicación dentro del derecho penal, y administrativo, a través de la adopción de una metodología cualitativa de análisis documental y búsqueda en bases de datos. Evidenciando, que la conciliación se convierte en un procedimiento eficaz para garantizar el acceso a la justicia, fortalecer la participación ciudadana, promover la construcción de la paz y brindar economía y celeridad a la resolución de conflictos jurídicos.

Palabras Claves: Justicia, Conciliación, Procesos Judiciales, Derechos.

ABSTRACT

This article analyzes conciliation as a preventive mechanism of judicial processes in Colombia, reviewing the concepts of extrajudicial and judicial conciliation, as well as examining its application in criminal and administrative law, through the adoption of a qualitative methodology of documentary analysis and database

1 El presente capítulo es el resultado del proceso de investigación llevado dentro del Grupo de investigación en Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales y Humanas de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, dentro de la línea de derecho público, durante el primer semestre del año 2023.

2 Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y par evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3035-7583>. Correo Electrónico: ramses.lopez.s@uniautonoma.edu.co

3 Estudiante de Decimo Semestre de Derecho y Egresada no titulada de la Especialización en Derecho Penal de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca (Popayán). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2818-9258>. Correo Electrónico: sara.valencia.q@uniautonoma.edu.co

search. Evidencing that conciliation becomes an effective procedure to guarantee access to justice, strengthen citizen participation, promote peace building and provide economy and speed in the resolution of legal conflicts.

Keywords: Justice, Conciliation, Judicial Processes, Rights.

1. INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la humanidad la conciliación se ha configurado como un sistema idóneo para proteger la convivencia y la paz en medio de la sociedad, toda vez que la permanente presencia de conflictos originados por la necesidad de relacionarse, promovieron la incursión y evolución de esta figura jurídica⁴.

De esta forma, el perdón, un principio fundamental de la conciliación fomenta a que las partes en ejercicio de su autonomía puede ceden en una determinada proporción a sus pretensiones, a través de la formulación de un consenso que finalice el conflicto entre las partes, instituido desde los tiempos bíblicos, como ocurre en el caso de Mateo, quien expresa: “Entonces se le acercó Pedro y le dijo: Señor, ¿cuántas veces perdonaré a mi hermano que peque contra mí? ¿Hasta siete? (...) Jesús le dijo: No te digo hasta siete, sino aun hasta setenta veces siete”⁵.

Posteriormente, se menciona la necesidad de eliminar la venganza y descartar la idea de regularse bajo la Lex Talionis para buscar justicia frente a las ofensas, delitos o perjuicios originados por el prójimo como se señala ibídem:

Habéis oído que se dijo: “OJO POR OJO Y DIENTE POR DIENTE”. Pero yo os digo: no resistáis al que es malo; antes bien, a cualquiera que te abofetee en la mejilla derecha, vuélvele también la otra. Y al que quiera ponerte pleito y quitarte la túnica, déjale también la capa⁶.

Lo anterior, se fundamenta en que el Estado y la sociedad Colombiana han estado influenciados por matices de menor secularización, derivando el reconocimiento e integración del perdón y otras conductas similares como alternativas aceptables para la terminación anómala de los procesos judiciales. Esto se opondría, si en el Estado Colombiano se gozara de poseer mayores grados de secularización, contexto en el cual, citar el referente religioso y su influencia no presentaría tal sentido e importante en el presente trabajo.

4 Dayana Becerra, “La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa”, Novum Jus, no. 2 (diciembre de 2009): 271-292, file:///C:/Users/PC/Downloads/mottif,+Novum_Jus_3,2_10._La_conciliacion[1].pdf

5 Reina Valera, “Mateo 18:21-22”, BibleGateway, 1960, <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Mateo%2018%3A21-22&version=RVR1960>

6 Reina Valera, “Mateo 18:21-22”, 1960.

En ese sentido, la aplicación de esta figura jurídica en el funcionamiento de la sociedad y la impartición de justicia ha permeado diferentes sectores, como sucedió durante los Acuerdos de Paz desarrollados entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo en el año 2016, en el que se le atribuyó relevancia al diálogo y al perdón en las negociaciones, indicando que: “la participación y el diálogo entre los diferentes sectores de la sociedad contribuyen a la construcción de confianza y a la promoción de una cultura de tolerancia, respeto y convivencia en general, que es un objetivo de todos los acuerdos”⁷.

En esa misma línea, el desarrollo del diálogo mediante el reconocimiento de la autonomía y la identidad del prójimo permite a través del intercambio de propuestas y necesidades, alcanzar objetivos comunes que eliminen la tensión entre las partes. Igualmente facilita un trabajo en conjunto que introduce el planteamiento de acciones y la construcción de una democracia, basada en una cultura de respeto y tolerancia.

Ahora bien, teóricos afirman que el conflicto “tiene una función integradora en los grupos humanos (...) un potencial de lograr cierta unidad dentro de los grupos sociales y nuevos consensos”⁸ por esta razón, buscar su erradicación total⁹ generaría un efecto “tan distorsionado e irrealizable como el que resultaría de pretender eliminar las energías cooperativas, la simpatía, la solidaridad o la convergencia de intereses”¹⁰.

En consecuencia, el conflicto ha sido interpretado de forma negativa¹¹, toda vez que la sociedad ha eludido su comprensión como oportunidad de mejora y aprendizaje para conocer las tensiones, elaborar formas de resolución, fortalecer los vínculos y construir una convivencia pacífica. De esta manera, la conciliación se convierte en una vía alterna, a los tribunales judiciales, para que las partes por medio de la aplicación de su autonomía puedan solucionar sus propios conflictos.

Por esta razón, factores como la congestión de procesos, la lentitud de la rama judicial, la falta de credibilidad en las instituciones, la impunidad o corrupción han con-

7 Colombia, Gobierno de Colombia y FARC-EP, “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, Cancillería, (2016), https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=ofpYAO

8 Departamento Nacional de Planeación, “Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro”, Departamento Nacional de Planeación, (2015), <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/13%2025%20a%C3%B1os%20del%20Sistema%20Nacional%20de%20Conciliaci%C3%B3n.pdf>

9 Philip Fernbach y Steven Sloman, “The Knowledge Illusion: Why We Never Think Alone”, Riverhead Books, (Marzo de 2017)

10 Georg Simmel, “El conflicto: Sociología del antagonismo”, Sequitur, (octubre de 2010)..

11 Negativa: Hace alusión a la comprensión del imaginario colectivo sobre el término de conciliación, el cual es relacionado con los términos de derrota, debilidad e injusticia. Lo anterior, se puede ubicar en el libro “El orden de la libertad” de Mauricio García Villegas.

llevado a que cada día más, sean resueltos los conflictos jurídicos por herramientas más eficaces como la conciliación que brindan una respuesta celer, económica y flexible a las partes¹², en donde: “4 de cada 10 solicitudes de conciliación llegan a acuerdo en los centros de conciliación • 3 de cada 10 conflictos se resuelven en menos de una semana y 4 de cada 10 en menos de un mes por medio de la conciliación”¹³.

A su vez, el Estado Moderno la reconoce como “una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares”¹⁴. En efecto, se introduce un mecanismo competente para reconocer acuerdos e intereses comunes y emitir un acuerdo vinculante para las partes, mediante la participación de un tercero imparcial, calificado y neutral, denominado conciliador, quien estará facultado para proponer fórmulas de arreglo. Por consiguiente, se constituye “una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal (...) estimula el diálogo, reduce la cultura adversarial y elimina la agudización del conflicto como consecuencia del litigio”¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, es fundamental determinar la aplicación de la conciliación en la administración de justicia colombiana, por lo tanto, se plantea el siguiente interrogante de investigación: ¿Cómo la conciliación contribuye al acceso de justicia y a la protección efectiva de derechos fundamentales en Colombia?

Por consiguiente, este artículo resulta pertinente para conocer el funcionamiento de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos en Colombia y su contribución en el acceso eficaz a la justicia. De igual manera revisar su clasificación extrajudicial y judicial, a través de una ilustración que permita identificar sus disimilitudes y la conceptualización de la Corte Constitucional frente al mismo.

Por lo dicho, es necesario analizar la aplicación de la conciliación en la administración de justicia, examinando su ejecución, requisitos y procedencia en algunos

12 Silvera, Astelio, Adriana Arboleda y Janet Saker García, “La conciliación, herramienta de interdisciplinariedad para exaltar la cultura de acuerdos en la solución de conflictos en Colombia”, *Justicia Juris*, no. 1 (julio de 2015): 89-99, <http://repositorio.uac.edu.co/handle/11619/2113>

13 Departamento Nacional de Planeación, “Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro”, Departamento Nacional de Planeación, (2015), <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/13%2025%20a%C3%B1os%20del%20Sistema%20Nacional%20de%20Conciliaci%C3%B3n.pdf>

14 Corte Constitucional, Sentencia C-160/99, Referencia Expediente D-2155, (Colombia, Corte Constitucional, 1999), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-160-99.htm>

15 Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01, Referencia Expediente D-3519, (Colombia, Corte Constitucional, 2001), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>

casos relacionados con el derecho penal y administrativo colombiano, como mecanismo célere y económico que facilita el acceso a la justicia, la culminación anticipada de conflictos jurídicos y la protección de derechos fundamentales.

2. LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La Constitución Política de 1991 introduce una vía alterna para resolver los conflictos imperantes en la sociedad que promueve la convivencia pacífica y agiliza la descongestión judicial, denominada conciliación, la cual se visibilizó a través de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 2220 de 2022. Dicha figura generó la aplicación de la conciliación extrajudicial como requisito previo para acceder, en determinados casos, a la jurisdicción ordinaria¹⁶.

Por lo tanto, la conciliación se configura como un mecanismo para resolver conflictos entre dos o más personas, quienes voluntariamente deciden acudir a un conciliador que, de manera neutral, propone fórmulas de arreglo y brinda fe sobre el acuerdo, emitiendo una decisión de carácter obligatoria para las partes. Esta herramienta permite promover el acceso a la justicia, espacios de dialogo, la sana convivencia, así como la “construcción de paz y de tejido social”¹⁷. Por lo tanto, la conciliación contribuye a la aplicación del debido proceso, toda vez que evita las dilaciones injustificadas y ofrece una justicia rápida y expedita.

Asimismo, la conciliación es definida como un

acto jurídico y el instrumento por cuyo medio las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de este, se someten a un trámite de negociación para llegar a un convenio o acuerdo sobre todo aquello que es susceptible de transacción, si la ley lo permite¹⁸.

En ese orden de ideas, los asuntos conciliables constituyen todos aquellos que no están expresamente prohibidos por la Ley, por esta razón podrán conciliarse los asuntos “susceptibles de transacción, desistimiento y los derechos de los cuales su

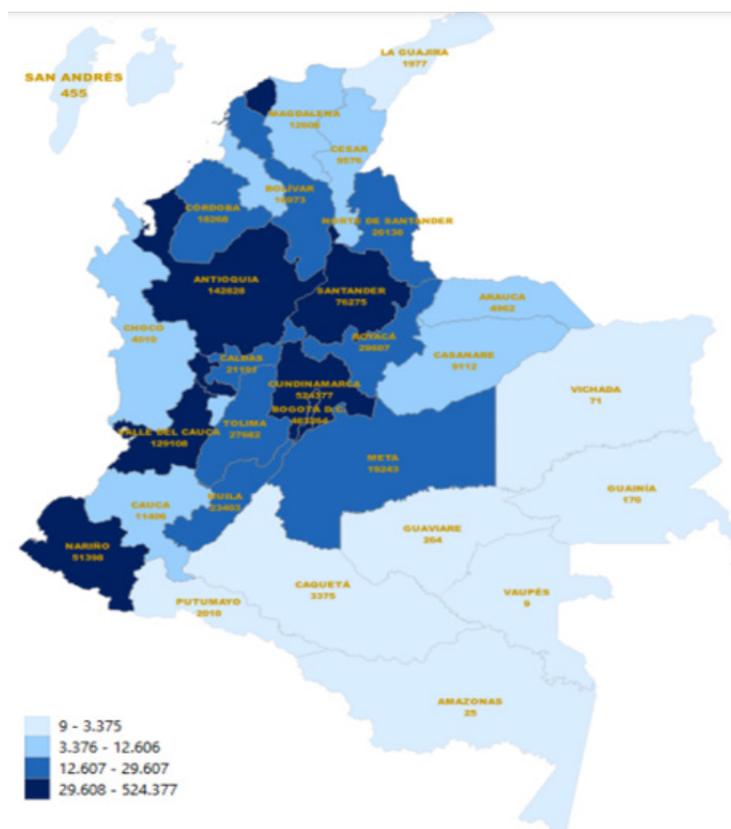
16 Beltrán de Jesús Restrepo, “La conciliación como solución de conflictos”, *Estudios de Derecho*, no. 152 (diciembre de 2011): 162-180, file:///C:/Users/PC/Downloads/ymunozlopez,+11383-Texto+del+art%C3%ADculo-34992-1-10-20120307_compressed.pdf

17 Colombia, Congreso, Ley 2220, aprobada el 30 de junio de 2022, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188766>

18 Isaza, Juan, Karina Murgas Serje y María Elisa Oñate, “Aplicación del modelo transformativo de mediación en la conciliación extrajudicial de Colombia”, *Revista de Paz y Conflictos*, no. 1 (2018): 135-158, file:///C:/Users/PC/Downloads/6234-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23146-1-10-20181110.pdf

titular tenga capacidad de disposición”¹⁹. Igualmente, la prestación de este servicio podrá realizarse gratuitamente a través de conciliadores en equidad, consultorios jurídicos universitarios, servidores públicos facultados y centros de conciliación pertenecientes a entidades públicas.

Al respecto, en el territorio Colombiano la población que mayormente acude a los mecanismos alternativos de solución de conflictos son los departamentos del Valle del Cauca, Nariño, Antioquia, Cundinamarca y Santander con una cifra de presentación de solicitudes entre 29.608 a 534.377²⁰.



Consolidado de solicitudes de Conciliación Extrajudicial en Derecho registradas durante los años 2010 a 2020 por departamento.
Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho, Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos – SIC - SICAAC.

Adicionalmente, se establece que la aplicación de la conciliación ha presentado una tendencia creciente con un porcentaje de 3,6% anual, como se evidencia a continuación:

19 Colombia, Congreso, Ley 2220, p. 1.

20 Ministerio de Justicia y del Derecho, “Comparación entre los casos atendidos por la Conciliación Extrajudicial en Derecho”, Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, (2015), https://www.minjusticia.gov.co/programasco/MASC/Documents/ANALISIS%20DE%20CONTEXTO%202020_V4.o_05092021.pdf?cs-f=1&e=Mvumgo

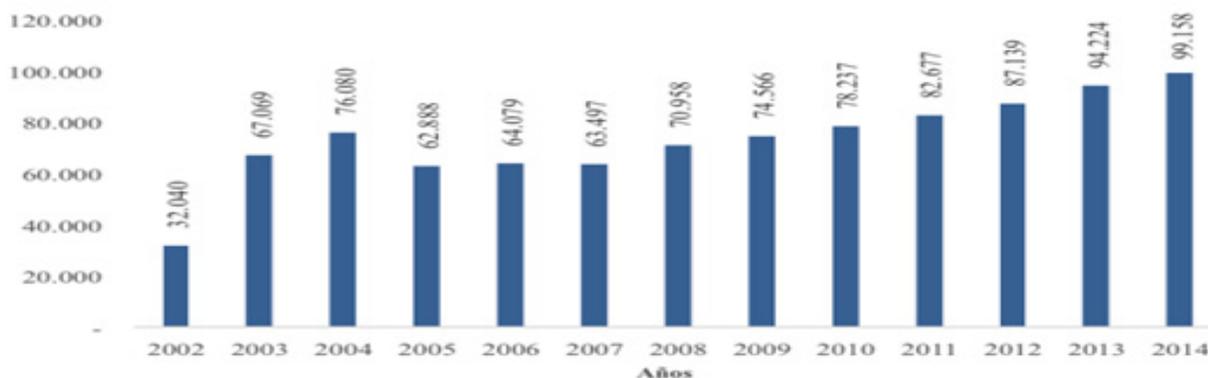


Ilustración 2. Casos atendidos a través de la conciliación entre el 2002 a 2014 Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho, Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos – SIC - SICAAC

Asimismo, se registra que el trámite de conciliación presenta una duración del 28% para menos de 1 semana, el 4% en menos de 1 mes, el 27% entre 2 y 3 meses, el 5% entre 4 y 6 meses, y un 36% para un valor diferente. En otras palabras, posibilita a que la finalización del pleito jurídico, dependiendo de la naturaleza del asunto, la eficiencia de los funcionarios y la disposición de las partes, pueda culminar hasta en menos de 1 semana²¹.



Ilustración 3. Duración promedio del trámite de conciliación–Resultado: Acta de Conciliación entre los años 2010 a 2013 Fuente: Registro de Conciliadores Ministerio de Justicia y del Derecho.

21 Departamento Nacional de Planeación, “Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro”, Departamento Nacional de Planeación, (2015), <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/13%2025%20a%C3%B1os%20del%20Sistema%20Nacional%20de%20Conciliaci%C3%B3n.pdf>

De igual modo, las solicitudes de conciliación que se presentan finiquitan con un porcentaje del 40% en una conciliación total, un 25% en inasistencia, un 21% en no acuerdo, un 11% en otro, un 2% en conciliación parcial y un 1% en asunto no conciliable. Por lo tanto, se evidencia que este trámite culmina con un porcentaje mayoritario en conciliaciones totales, permitiendo emitir un acuerdo para las partes que resuelva el conflicto y garantice el acceso a la justicia²².

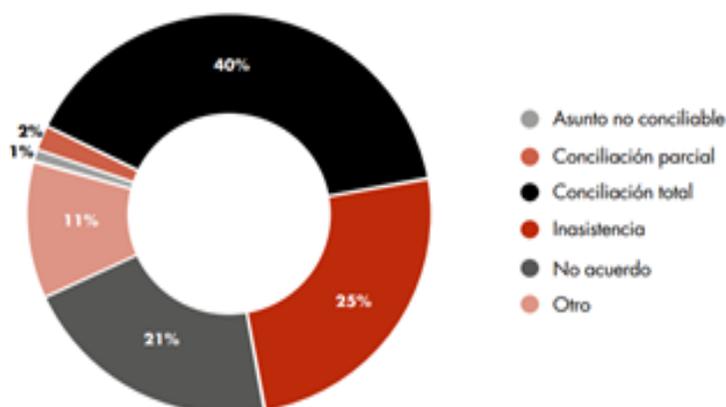


Ilustración 4. Resultado de las solicitudes con intención de conciliar
Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho, Oficio No. OFI15-0023566-dma-2100.

En suma, la figura de la conciliación permite garantizar la administración de justicia por parte del Estado mediante una vía alterna que brinde cumplimiento a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la cual se encuentra adherido Colombia y establece en su artículo 25 que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”²³.

Ahora bien, es necesario abordar el concepto de la conciliación judicial y extrajudicial, los cuales son definidos de la siguiente forma:

22 Departamento Nacional de Planeación, “Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro”, Departamento Nacional de Planeación, (2015), <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/13%2025%20a%C3%B1os%20del%20Sistema%20Nacional%20de%20Conciliaci%C3%B3n.pdf>

23 Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, firmada el 22 de noviembre de 1969, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

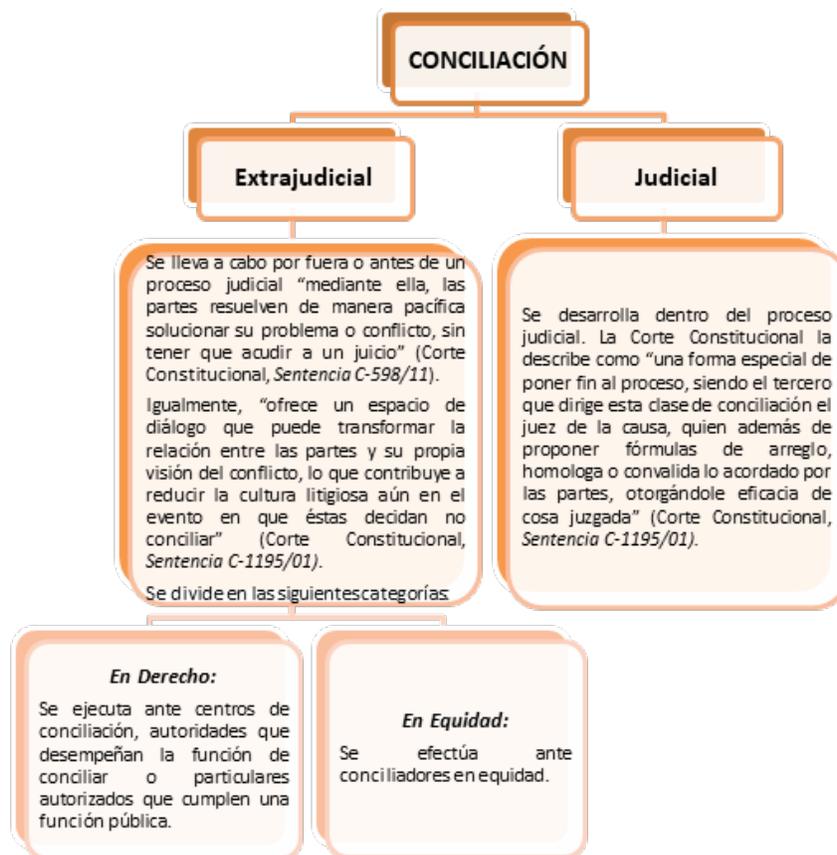


Ilustración 5. Clasificación de la Conciliación en Colombia

Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 2220 de 2022 y las Sentencias C-1195/01 y C-598/11.

Adicionalmente, se ha establecido que la conciliación comprende dos conceptualizaciones: 1. Jurídico procesal, que lo categoriza como un procedimiento extrajudicial o judicial; y 2. Jurídico sustancial, referido al acuerdo final. De acuerdo con lo anterior,

son las partes las que en ejercicio de su libertad dispositiva deciden voluntariamente si llegan o no a un acuerdo, conservando siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción, es decir, a los órganos del Estado que constitucional y permanentemente tienen la función de administrar justicia²⁴.

2.1 LA CONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DIGITALES

La conciliación podrá realizarse mediante la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones, con el propósito de garantizar la eficiencia del servicio y contribuir al valor económico y social. Su utilización deberá llevarse a cabo bajo los

24 Corte Constitucional, Sentencia C-598/11, Referencia Expediente D-8258, (Colombia, Corte Constitucional, 2011), <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-598-11.htm>

principios de neutralidad tecnológica, confidencialidad, integridad, autenticidad, interoperabilidad de la información y disponibilidad. Así como los medios, deberán ser seguros, confiables, idóneos, suficientes y accesibles para las partes²⁵.

Por su parte, se podrá desarrollar la conciliación de forma electrónica, digital o mixta, según lo establecido por las partes dentro de la solicitud de conciliación o cuando fueren citadas, indicando si disponen de los medios tecnológicos o la posibilidad de acceder gratuitamente a través de entidades públicas.

Asimismo, podrá aplicarse dentro de las etapas de la conciliación como consultar, presentar la solicitud o memoriales, repartir, notificar, ingresar o gestionar documentos, guardar información, realizar audiencias, preparar actas y constancia, así como firmar, otorgando la posibilidad de utilizar las tecnologías en cada trámite que se ejecute.

Igualmente, con la entrada de los mecanismos Online Dispute Resolution (ODR) se agilizó la utilización de las herramientas tecnológicas para resolver conflictos jurídicos en línea, con el propósito de “garantizar que cada dispositivo móvil se convierta en un punto de acceso a la justicia”²⁶. En síntesis, la digitalización de procedimientos por medio de plataformas fomenta una administración de justicia rentable, transparente y justa, que permite resolver conflictos desde cualquier ubicación geográfica²⁷.

Ahora bien, a continuación, se revisa la aplicación y funcionamiento de las diferentes clasificaciones de conciliación en el derecho penal y administrativo en la justicia colombiana.

3. LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO PENAL Y ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

La administración de justicia colombiana contempla procedimientos y requisitos taxativos para el desarrollo de la conciliación extrajudicial y judicial en las diferentes jurisdicciones, por tal razón en el próximo acápite se analiza su funcionamiento y aplicación como garantía de acceso a la justicia en asuntos penales y administrativos.

25 Colombia, Congreso, Ley 2220, aprobada el 30 de junio de 2022, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188766>

26 Juan Quiñones, “Online Dispute Resolution: Oportunidad para el acceso efectivo y eficiente a la administración de justicia”, Universidad Externado de Colombia, (abril de 2010), <https://telecomunicaciones.uexternado.edu.co/online-dispute-resolution-oportunidad-para-el-acceso-efectivo-y-eficiente-a-la-administracion-de-justicia/>

27 Laura León, “Online Dispute Resolution–Una Revolución Inminente”, Universidad Externado de Colombia, (enero de 2019), <https://dernegocios.uexternado.edu.co/integracion/online-dispute-resolution-una-revolucion-inminente/>

3.1 LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

El derecho penal contempla dentro de los mecanismos de justicia restaurativa, la conciliación preprocesal y la conciliación en el incidente de reparación integral, dado que se busca la

recuperación de la paz inter partes e inter comunitaria, con el fin de lograr la convivencia pacífica, y con ello evitar los efectos negativos del señalamiento social y la prisión para el infractor²⁸.

En efecto, esta figura complementa la función del aparato judicial, con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia y una tutela judicial efectiva. La competencia para dirimir sobre estos asuntos la presentan el fiscal y el juez de conocimiento, en su respectivo proceso.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha planteado su postura a favor de la aplicación de estos mecanismos alternativos mencionado que:

si las partes llegan a un acuerdo, el conflicto se soluciona en el mínimo tiempo posible, pero aún en el evento en que no se llegue a un acuerdo, la conciliación permite reducir los asuntos objeto de controversia a aquellos que realmente resultan relevantes y desestimula que el litigio se extienda a temas secundarios o a puntos en los que las partes coinciden, con lo cual el eventual proceso judicial resultará menos oneroso en términos de tiempo y recursos al poderse concentrar en los principales aspectos del conflicto²⁹.

Ahora bien, existen dos momentos que permiten ser conciliables dentro del derecho penal: 1. En la querrela; y 2. en el incidente de reparación, por tal razón posteriormente se abordan sus conceptos, procedimientos y la oportunidad de ejecución antes y durante el proceso judicial.

3.1.1 La conciliación en la querrela

La querrela es una denuncia interpuesta directamente por la víctima de la conducta punible, o si es una persona incapaz o jurídica a través del representante legal, Defensor de Familia o agente del Ministerio Público. Igualmente, podrá presen-

28 Dayana Becerra, “La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa”, *Novum Jus*, no. 2 (diciembre de 2009): 271-292, file:///C:/Users/PC/Downloads/mottif,+Novum_Jus_3,2_10._La_conciliacion[1].pdf

29 Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01, Referencia Expediente D-3519, (Colombia, Corte Constitucional, 2001), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>

tarla el Procurador General de la Nación cuando se vulnere el interés público. Esta figura procede únicamente para las conductas descritas en el artículo 74 de la Ley 909 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

Luego de interpuesta la querrela se deberá surtir la conciliación como requisito de procedibilidad ante el fiscal o centro de conciliación. Si se realiza ante el primero, se citará el querellante y querellado a la diligencia, en el cual, si se presenta acuerdo, se continuará con el archivo de la misma. De producirse lo contrario, se iniciará la acción penal sin restringir la posibilidad para que las partes acudan a la mediación³⁰.

Por otro lado, si la conciliación se desarrolló ante el segundo, el centro de conciliación deberá enviar copia del acta al fiscal para que archive las diligencias. En caso de no haberse llegado a un acuerdo, se iniciará la acción penal o podrán acudir, si así lo quisiesen, al mecanismo de mediación. Cabe destacar, que si se presenta inasistencia injustificada por parte del querellante se deriva un desistimiento de la acción penal; mientras que, si es el querellado, se iniciará la respectiva acción penal³¹.

3.1.2 La conciliación en el incidente de reparación

En el derecho penal existe otra oportunidad para el ejercicio de la conciliación en el incidente de reparación integral, conocido por ser un proceso en el que se solicita por parte de la víctima, fiscal o Ministerio Público la reparación integral de los daños originados como consecuencia de la conducta punible, posterior a los 30 días siguientes a la emisión de la sentencia condenatoria. Por ello, durante la audiencia, el solicitante expondrá su pretensión sobre la reparación integral y las pruebas que la respaldan.

Luego, el juez analizará la procedencia de la pretensión y de admitirse, procederá a enunciar la posibilidad de conciliar. De llegarse a un acuerdo, se culminará el incidente de reparación integral y se proferirá sentencia. En el caso contrario, el juez establecerá una nueva fecha para audiencia dentro de los siguientes ocho días para intentar volver a conciliar, y si tampoco es posible llegarse a un respectivo acuerdo, el condenado deberá presentar sus propios medios probatorios.

Si por su parte, el solicitante no compareciere de forma injustificada a las audiencias, se entenderá desistida la pretensión, generando su archivo y la condena en costas a su cargo. En cambio, si es el condenado, se recibirá la prueba presentada por los solicitantes y se decidirá de acuerdo con la misma.

30 Colombia, Congreso, Ley 599, Código Penal, expedido el 24 de julio de 2000, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>

31 Colombia, Congreso, Ley 906, Código de Procedimiento Penal, expedido el 31 de agosto de 2004, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787>

De esta forma, en el derecho penal se integra la conciliación como un mecanismo que permite conocer los intereses de las partes para emitir un acuerdo que protege derechos fundamentales y evite el señalamiento social o dilaciones injustificadas, constituyendo una herramienta eficaz para iniciar la acción penal o finalizar la misma por medio de la reparación integral.

3.2 LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

En el derecho administrativo se establece la conciliación como un mecanismo de protección al interés general y al patrimonio público, por esta razón permite que sean conciliables todos aquellos asuntos, salvo que contravengan dichos preceptos o estén prohibidos por la Ley. En efecto, se podrán conciliar de forma total o parcial con entidades públicas y personas privadas, que cumplan funciones públicas, a través de apoderado judicial³².

Cabe advertir, que la conciliación no implica la obligación de las partes para renunciar a determinados derechos. El acuerdo que se profiera deberá ser aprobado por el juez, con el objetivo de verificar que se ajuste a derecho y evitar un detrimento patrimonial. Por lo tanto, esta figura se presenta como una oportunidad de la entidad estatal para “recuperar su legitimidad”³³.

En suma, las ventajas más destacadas que promueve la conciliación en materia contencioso administrativa son:

Ahorro patrimonial para el Estado (...) Protección efectiva de los derechos de los administrados (...) Evita congestión de la Jurisdicción Contenciosa (...) Evita incertidumbre jurídica (...) Evidencia la conflictividad del Estado y de cada entidad estatal en tiempo real (...) Garantiza la integridad del patrimonio público³⁴.

En esa misma línea, la Constitución Política otorga la competencia a los funcionarios públicos y particulares para que ejerzan como conciliadores, señalando en su artículo 116 que:

excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas (...) Los particulares pueden ser

32 Colombia, Congreso, Ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido el 18 de enero de 2011, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>

33 Omar Dussán, “La conciliación en la jurisdicción contenciosa administrativa”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, no. 24 (diciembre de 2009): 229-238, <https://www.redalyc.org/pdf/876/87617269015.pdf>

34 Sergio González, “Conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos: hacia un nuevo paradigma”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, no. 4 (2010): 57-76, file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-ConciliacionExtrajudicialEnAsuntosContenciosoAdmin-5137221.pdf

investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley³⁵.

Lo anterior, facultad a los funcionarios del Ministerio Público para llevar a cabo la conciliación con la finalidad de brindar cumplimiento a la garantía de acceso a la justicia, como lo indica la Corte Constitucional al afirmar que:

la conciliación administrativa sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa. Ello implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales³⁶.

En suma, el Ministerio Público podrá ejercer las funciones de la conciliación buscando proteger el patrimonio público y los derechos de las partes.

En el siguiente acápite se define la conciliación extrajudicial y se aborda su procedencia facultativa o como requisito de procedibilidad en el derecho administrativo.

3.2.1 La conciliación extrajudicial

La conciliación extrajudicial es un mecanismo autocompositivo en el que las partes solicitan por medio de sus apoderados al Ministerio Público el desarrollo de la audiencia que versen sobre asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Se establecen como principios especiales: La protección del patrimonio público, el interés general, los derechos ciertos e indiscutibles y la legalidad.

Igualmente, si decide elaborarse la conciliación a través de los medios tecnológicos se regulará bajo los principios de autenticidad, integridad, neutralidad, economía, interoperabilidad, armonización de normas y recuperabilidad de información.

En ese orden de ideas, la competencia la presentan los agentes del Ministerio Público, quienes serán servidores públicos, calificados e imparciales, que vigilarán que dicho acuerdo no afecte el interés público, los derechos fundamentales, el orden jurídico, así como incluya respaldo probatorio.

En ese sentido, la presentación de la petición de conciliación ante los Agentes del Ministerio Público, interrumpe el término de caducidad del medio de control hasta que se venzan los tres meses a partir de su interposición o de la emisión de la constancia de conciliación o de la providencia ejecutoriada expedida por el juez con-

35 Colombia, Congreso, Constitución Política, expedida el 20 de julio de 1991, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

36 Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01, Referencia Expediente D-3519, (Colombia, Corte Constitucional, 2001), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>

tencioso administrativo que niega la autorización del acuerdo conciliatorio. Sin embargo, es admisible que las partes de común acuerdo puedan prorrogar el término de tres meses, derivando la inaplicabilidad de la suspensión de caducidad³⁷.

3.2.2 La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad

Para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa se deberá agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, cuando las partes sean entidades de carácter público o recaiga sobre asuntos de naturaleza conciliable, nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales o reparación directa. Si se omite este requisito será una causal para que se rechace de plano la presentación de la demanda.

Adicionalmente, se brindará cumplimiento a este requisito: 1. Cuando no logre llegarse a un acuerdo durante la conciliación; 2. Cuando una o ambas partes no asistan a la audiencia; 3. Cuando a partir de la presentación de la solicitud de conciliación o de su prórroga transcurrieron tres meses, sin que se hubiere realizado la audiencia; y 4. Cuando el juez de lo contencioso administrativo decide no aprobar el acuerdo conciliatorio³⁸.

De esta forma, durante la audiencia inicial el juez resolverá sobre las excepciones previas con relación a la existencia de una conciliación y acuerdo previo o la omisión de agotar el requisito de procedibilidad, razón por la cual serán causales para finalizar el proceso. Asimismo, en cualquier etapa del proceso el juez invitará a las partes a que puedan conciliar mediante la proposición de fórmulas de arreglo. De lograrse un acuerdo, se emitirá sentencia anticipada que culminará el proceso judicial.

Es menester mencionar, que la conciliación podrá proceder contra la revocación de actos administrativos de carácter particular sobre efectos pecuniarios cuando: 1. Se oponga a la Constitución Política o la Ley; 2. Se oponga o amenace el interés público; y 3. Se cause un perjuicio injustificado³⁹. Este procedimiento podrá solicitarse de oficio o a petición del ciudadano o del Ministerio Público, permitiendo que previa autorización del Comité de Conciliación de la entidad pública, la Administración pueda presentar una oferta de revocatoria del acto administrativo, que

37 Colombia, Congreso, Ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido el 18 de enero de 2011, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>

38 Colombia, Congreso, Ley 2220, aprobada el 30 de junio de 2022, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188766>

39 Colombia, Congreso, Ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido el 18 de enero de 2011, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>

contendrá la forma de reparación del derecho y los perjuicios. Lo anterior, se podrá realizar en cualquier etapa del proceso judicial hasta antes de la emisión de sentencia de segunda instancia.

Por lo tanto, el juez evaluará la oferta y ordenará que se remita al ciudadano para que decida su aceptación o rechazo. De producirse una respuesta positiva se dará por terminado el proceso a través de un auto, que contiene efectos de mérito ejecutivo y que definirá las obligaciones contraídas por parte de la Administración en dicho acuerdo. Ahora bien, si la Administración desea demandar un acto administrativo que se profirió con medios ilegales, no será obligatorio agotar el requisito previo de la conciliación.

Al respecto, la obligatoriedad de la conciliación es un requisito de procedibilidad para el acceso a la justicia que motiva a las partes a asistir a la audiencia, empero no les impone la adopción de un determinado acuerdo, así que:

Las partes mantienen el control del proceso y de los resultados de la audiencia, pueden fijar la duración de esa audiencia, pueden decidir si concilian o no, pueden decidir autónomamente el grado de intervención del conciliador, cuyo papel se puede limitar a certificar los resultados de esa audiencia, o llegar a tener un rol más activo, facilitando la búsqueda de soluciones o proveyendo información experta necesaria para aclarar los puntos de discusión o formulando propuestas⁴⁰.

3.2.3 La conciliación extrajudicial facultativa

Se considera facultativa la conciliación en todos los demás asuntos que no se relacionen con procesos ejecutivos en los que una de las partes constituya un municipio; en los que el demandante solicite medidas cautelares de naturaleza patrimonial para el medio de control de repetición; o el demandante lo conforme una entidad pública. En esa misma línea, este trámite no será imperativo cuando se desea acudir ante tribunales arbitrales para solucionar controversias originadas de contratos estatales ⁴¹.

3.2.4 Comités de conciliación de las entidades públicas

Los comités de conciliación “son una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurí-

40 Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01, Referencia Expediente D-3519, (Colombia, Corte Constitucional, 2001), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>

41 Colombia, Congreso, Ley 2220, aprobada el 30 de junio de 2022, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188766>

dico y defensa de los intereses de la entidad”⁴². En efecto, deciden sobre la procedencia de utilizar un mecanismo alternativo de solución de conflictos, con el objetivo de evitar el detrimento del erario.

Sumado a esto, las entidades públicas pondrán instituir comités de conciliación o ejercer estas funciones a través del representante legal de la respectiva entidad, en cumplimiento de los principios de moralidad, igualdad, economía, celeridad, eficacia, publicidad e imparcialidad⁴³.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación vigilará el cumplimiento de las funciones del comité de conciliación, pues si se presenta una omisión al deber de diligencia y cuidado por parte de los integrantes del mismo, se constituirá una falta grave.

En consecuencia, en el derecho administrativo se configura la conciliación facultativa o como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción ordinaria, otorgando una amplia aplicación que facilita la disminución del tiempo de un proceso judicial y la garantía de una celeridad administración de justicia a las partes que buscan la resolución efectiva de sus litigios jurídicos.

4. CONCLUSIONES

La conciliación se presenta como un mecanismo que apertura el ejercicio de autonomía inter partes para que puedan proponer fórmulas de arreglo en que se acepte un derecho o se renuncie a pretensiones e intereses, con la finalidad de lograr un acuerdo en común que retorne la convivencia pacífica.

Por tal razón, contribuye al fortalecimiento de la participación ciudadana, eliminación de tensiones y construcción de la paz a partir de un dialogo consensual, en que se busca proteger los derechos e intereses, constituyendo un medio idóneo para enfrentar de manera directa las constantes disputas originadas en el funcionamiento de la sociedad, dado que: “inspiran un Estado social de derecho, como son la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales”⁴⁴.

En ese orden de ideas, cada una de las jurisdicciones introduce un marco normativo que regula la aplicación de la conciliación extrajudicial o judicial según el tipo de proceso, especialidad o instancia, con el objetivo de brindar una alternativa celeridad y económica a la resolución de los conflictos jurídicos.

42 *Idem.*

43 *Idem.*

44 Corte Constitucional, Sentencia C-893/01, Referencia Expediente D-3399, (Colombia, Corte Constitucional, 2001), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-893-01.htm>

Por consiguiente, es evidente que en el derecho penal y administrativo se contempla la conciliación como un mecanismo que, mediante el diálogo y la participación de un tercero, permite prevenir y anticipar el desarrollo de un proceso judicial. No obstante, se posibilita a que las partes durante el mismo puedan ejecutar la conciliación en cualquiera de sus etapas, la cual finalizará con la culminación del proceso o la emisión de una sentencia anticipada, facilitando de esta manera el acceso a la justicia, la descongestión judicial y la efectiva protección de derechos fundamentales.

5. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

ELECTRÓNICAS

- Beltrán de Jesús Restrepo, “La conciliación como solución de conflictos”, *Estudios de Derecho*, no. 152 (diciembre de 2011): 162-180, file:///C:/Users/PC/Downloads/ymunozlopez,+11383Texto+del+art%C3%ADculo-34992-1-10-20120307_compressed.pdf
- Dayana Becerra, “La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa”, *Novum Jus*, no. 2 (diciembre de 2009): 271-292, file:///C:/Users/PC/Downloads/mottif,+Novum_Jus_3,2_10._La_conciliacion[1].pdf
- Isaza, Juan, Karina Murgas Serje y María Elisa Oñate, “Aplicación del modelo transformativo de mediación en la conciliación extrajudicial de Colombia”, *Revista de Paz y Conflictos*, no. 1 (2018): 135-158, file:///C:/Users/PC/Downloads/6234-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23146-1-10-20181110.pdf
- Omar Dussán, “La conciliación en la jurisdicción contenciosa administrativa”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, no. 24 (diciembre de 2009): 229-238, <https://www.redalyc.org/pdf/876/87617269015.pdf>
- Sergio González, “Conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos: hacia un nuevo paradigma”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, no. 4 (2010): 57-76, file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-ConciliacionExtrajudicialEnAsuntosContenciosoAdmin-5137221.pdf
- Silvera, Astelio, Adriana Arboleda y Janet Saker García, “La conciliación, herramienta de interdisciplinariedad para exaltar la cultura de acuerdos en la solución de conflictos en Colombia”, *Justicia Juris*, no. 1 (julio de 2015): 89-99, <http://repositorio.uac.edu.co/handle/11619/2113>
- Reina Valera, “Mateo 18:21-22”, *BibleGateway*, 1960, <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Mateo%2018%3A21-22&version=RVR1960>
- Colombia, Gobierno de Colombia y FARC-EP, “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, Cancillería, (2016), https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=ofpYAO
- Departamento Nacional de Planeación, “Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro”, Departa-

mento Nacional de Planeación, (2015), <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/13%2025%20a%C3%B1os%20del%20Sistema%20Nacional%20de%20Conciliaci%C3%B3n.pdf>

Ministerio de Justicia y del Derecho, “Comparación entre los casos atendidos por la Conciliación Extrajudicial en Derecho”, Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, (2015), https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/MASC/Documents/ANALISIS%20DE%20CONTEXTO%202020_V4.0_05092021.pdf?csf=1&e=Mvumgo

Juan Quiñones, “Online Dispute Resolution: Oportunidad para el acceso efectivo y eficiente a la administración de justicia”, Universidad Externado de Colombia, (abril de 2010), <https://telecomunicaciones.uexternado.edu.co/online-dispute-resolution-oportunidad-para-el-acceso-efectivo-y-eficiente-a-la-administracion-de-justicia/>

Laura León, “Online Dispute Resolution – Una Revolución Inminente”, Universidad Externado de Colombia, (enero de 2019), <https://dernegocios.uexternado.edu.co/integracion/online-dispute-resolution-una-revolucion-inminente/>

DOCUMENTALES

Philip Fernbach y Steven Sloman, “The Knowledge Illusion: Why We Never Think Alone”, Riverhead Books, (Marzo de 2017).

Georg Simmel, “El conflicto: Sociología del antagonismo”, Sequitur, (octubre de 2010).

NORMATIVAS

Colombia, Congreso, Constitución Política, expedida el 20 de julio de 1991, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Colombia, Congreso, Ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido el 18 de enero de 2011, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>

Colombia, Congreso, Ley 2220, aprobada el 30 de junio de 2022, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188766>

Colombia, Congreso, Ley 446, aprobada el 7 de julio de 1998, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3992>

Colombia, Congreso, Ley 599, Código Penal, expedido el 24 de julio de 2000, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>

Colombia, Congreso, Ley 906, Código de Procedimiento Penal, expedido el 31 de agosto de 2004, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787>

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01, Referencia Expediente D-3519, (Colombia, Corte Constitucional, 2001), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-160/99, Referencia Expediente D-2155, (Colombia, Corte Constitucional, 1999), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-160-99.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-214/21, Referencia Expediente: D-14.049, (Colombia, Corte Constitucional, 2021), <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-214-21.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-598/11, Referencia Expediente D-8258, (Colombia, Corte Constitucional, 2011), <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-598-11.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-893/01, Referencia Expediente D-3399, (Colombia, Corte Constitucional, 2001), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-893-01.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-902/08, Referencia Expediente D-7216, (Colombia, Corte Constitucional, 2008), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-902-08.htm>
- Colombia, Congreso, Ley 2220, aprobada el 30 de junio de 2022, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188766>

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO HERRAMIENTAS CONTRA EL MALTRATO ANIMAL: UNA APLICACIÓN NECESARIA EN COLOMBIA

Guillermo Andrés Coral¹

Nayda Ordoñez Torres²

Julián David Guachetá Torres³

RESUMEN

La congestión judicial y la ineficacia del sistema judicial no permite que exista confianza en la administración de justicia, ante esta situación, cobran importancia los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ya que los mismos permiten resolver controversias por fuera de un proceso judicial de manera mucho más rápida y económica. Lo anterior, hace que los mecanismos alternativos de solución de conflictos sean herramientas efectivas cuando son aplicadas de manera correcta. Por esta razón deben considerarse para resolver conflictos relacionados con el maltrato animal, pues este es un delito que rara vez es castigado o prevenido con efectividad. De modo que una de las principales conclusiones de este capítulo indica la necesidad de vincular los mecanismos alternativos de solución de conflictos, principalmente la conciliación, para atender eventos en donde los derechos de los animales se vean vulnerados.

Palabras clave: Mecanismos alternativos de solución de conflictos, maltrato animal, conciliación, mediación, justicia alternativa.

-
- 1 Estudiante de décimo semestre de Derecho, en la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, Guillermo Andrés Coral Tamayo. Correo electrónico: guillermo.coral.t@uniautonomo.edu.co
 - 2 Abogada, especialista en Derecho de Familia, magister en Políticas Públicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Profesora del departamento de Derecho Privado en la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Correo electrónico: nayda.ordonez.t@uniautonomo.edu.co
 - 3 Abogado y Politólogo, Maestrando en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Investigador Categoría Junior – Ministerio de Ciencia y Tecnología. Actualmente, profesor investigador de planta en la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Correo electrónico: julian.guacheta.t@uniautonomo.edu.co

ABSTRACT

The judicial congestion and the inefficiency of the justice system does not allow to trust in the justice administration, that's why it became so important to talk about alternative dispute resolution mechanisms, they try to resolve the disputes out of court in a faster and economic way and that's the reason why it is a highly effective tool when it is applied correctly.

For all of that, these alternative mechanisms should be considered to solve the conflicts related to animal abuse as this is a crime that is rarely punished or effectively prevented. So, one of the main conclusions of this chapter is that is necessary to make use of the alternative dispute resolution mechanisms, first and foremost, the conciliation, to use it in cases where the animal's rights are being violated.

Key words: Alternative dispute resolution mechanisms, animal abuse, conciliation, mediation, alternative justice.

1. INTRODUCCIÓN

Ante un sistema judicial claramente congestionado, que en ocasiones puede resultar ineficaz por el excesivo número de casos que maneja cada despacho judicial, y ante el incremento de casos de maltrato animal es necesario aplicar herramientas que busquen luchar contra el maltrato animal de manera más rápida y efectiva, es por ello, que a continuación se analizará la implementación de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, como una forma regulada que pueda ser aplicada en casos de maltrato animal, buscando el mayor bienestar para los animales que sean víctimas o potenciales víctimas de maltrato.

La naturaleza del hombre basa gran parte de su existencia en las relaciones con los demás, esa interacción y convivencia con terceros es lo que le permite sobrevivir a los constantes cambios que el mundo presenta, Jean-Jacques Rousseau⁴ en su obra "El contrato Social" advierte que la sociedad es necesaria para que el ser humano alcance su máximo potencial y que la vida en comunidad trae múltiples beneficios y oportunidades. Ahora bien, el conflicto, por el contrario, no necesariamente es inherente a la condición humana como tal, sino que es consecuencia de la vida en sociedad y la constante e inevitable interacción entre las personas. Esa interacción es necesaria para una construcción social, política, cultural y económica, pues de la confrontación de opiniones nacen las ideas para dicha construcción. El conflicto surge entonces, cuando esas opiniones o acciones contrarias no derivan en un diálogo si no en la defensa de los intereses individuales, el sociólogo Lewis Coser⁵ en

4 Jean-Jacques Rousseau, El contrato social, 1a. ed. Madrid: Alba, 1985, p. 45.

5 Lewis Coser, Functions of Social Conflict, New York: Free Press, 1956, p.1.

su obra "Funciones del Conflicto Social", manifiesta que el conflicto es un poder fundamental de la vida en sociedad y se origina de la competencia por recursos y la lucha por el poder.

Lo anterior es una de las razones por las cuales autores como Hans Kelsen⁶ definen al derecho como “una ordenación normativa del comportamiento humano, es un sistema de normas que regulan el comportamiento”. Teniendo en cuenta que el conflicto es algo inevitable en las relaciones sociales, es necesario un mecanismo que permita solventarlo de manera pacífica, en el marco del respeto por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, debe verse el derecho como algo mucho más amplio que un juez, un tribunal o un juicio. El derecho es cambiante, dinámico, eso le permite adaptarse a lo que la sociedad requiere en un momento determinado, y así mismo, le permite entender y adaptarse a formas más sencillas de aplicarse, es por ello que existen los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que no son más que medios alternativos al proceso judicial que permiten la resolución de conflictos sin la necesidad de entrar en un proceso que generalmente conlleva más tiempo y recursos.

La razón de ser de estas herramientas, es que existen controversias que pueden ser solucionadas por las partes involucradas, sin la necesidad de acudir a la administración de justicia, congestionando aún más el sistema con conflictos que no necesariamente requieren la intervención de un juez. La manera de llevar a cabo la resolución de conflicto bajo las condiciones de estos mecanismos es de gran beneficio no solo para las partes involucradas, que al fin y al cabo son las que establecen los parámetros para la solución del conflicto, sino que también es de gran beneficio para el Estado, en su papel de administrador de justicia. Lo anterior se debe en mayor medida a la alta congestión de procesos que existen en los despachos judiciales, por lo que el hecho de solucionar las controversias por fuera de un proceso permite una mayor eficiencia, pues los recursos y el tiempo de la administración de justicia se aplican a los procesos que verdaderamente lo requieren.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que estos mecanismos solo son aplicados en procesos de poca importancia o poca cuantía, porque lo cierto es que es incorrecto subestimar la importancia de un conflicto, sin embargo, promover el uso de estas herramientas en cualquier caso que el objeto del conflicto sea negociable, permite los fines buscados anteriormente siempre generando los efectos legales esperados.

En Colombia se encuentran regulados los mecanismos de conciliación en la Ley 446 de 1998 y la Ley 2220 de 2022, la amigable composición en la Ley 1563 de 2012, la transacción en el artículo 2469 del Código Civil, también se encuentra la figura de la mediación, la cual no tiene una regulación específica, bajo la premisa de la auto-

6 Hans Kelsen, Teoría Pura Del Derecho: Introducción a La Ciencia Del Derecho. 4a. ed.- (Santafé de Bogotá: Unión Ltda., 2005), 31.

nomía de la voluntad, se trata de un mecanismo al que las partes pueden acudir para la resolución de un conflicto. Si bien estas herramientas tienen distintas características, permiten la resolución pronta del conflicto a un costo más bajo del que significaría un proceso judicial. Esto no excluye el hecho de que, si el acuerdo alcanzado por medio de estas herramientas no se cumple, la parte perjudicada pueda acudir ante instancias judiciales para buscar el cumplimiento de ese acuerdo.

2. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LA PROTECCIÓN ANIMAL

Teniendo claro cuál es el objeto y la naturaleza de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, es necesario abordar el tema desde la perspectiva del maltrato animal, para con ello encontrar los escenarios en los que estos mecanismos sean idóneos para salvaguardar la vida e integridad de los animales que, en el ordenamiento jurídico colombiano, son plenamente reconocidos como seres sintientes, sujetos de especial protección, así lo establece la ley 1774 de 2016⁷, “Los animales como seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por las humanos”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester indicar que, el maltrato animal puede entender como todo acto u omisión que afecte física o emocionalmente el bienestar del animal, siendo más específicos, se tiene que la zoóloga Temple Grandin⁸ conceptualiza el maltrato animal como cualquier práctica que cause dolor, sufrimiento o angustia emocional a los animales, “como la violencia física, el confinamiento excesivo, la privación de alimento o agua, la falta de atención veterinaria, el uso de técnicas de sacrificio inhumanas, entre otros”. La Ley 84 de 1989 por la cual se estableció el Estatuto Nacional de Protección Animal, establece en sus artículos 6 y 27 conductas que son consideradas maltrato en la legislación colombiana. Anteriormente no era un tema que ocupara espacio alguno en el debate legislativo ni jurídico, pues la concepción actual de los animales es más o menos reciente, ya que los mismos eran considerados objetos o cosas. Sin embargo, la constante evolución del mundo y los constantes ejercicios de conciencia han permitido que al menos jurídicamente se le reconozca un espacio de respeto a todos los animales, siendo objetos de protección del Estado, reconociendo que son seres de especial protección.

Sin embargo, a pesar de que desde el ámbito formal y jurídico los animales están cobijados por una ley y unas concepciones que protegen su integridad y existencia, la materialización de esa protección no es un reflejo de lo que significa, los indi-

7 Ley 1774 de 2016, Colombia, artículo. 1.

8 Temple Grandin, *Animals in Translation: Using the Mysteries of Autism to Decode Animal Behavior*. (New York: Scribner, 2006)

ces de maltrato animal en Colombia no son menores, sólo en Bogotá se tiene que “Según el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal (IDPYBA) en 2022 el Escuadrón Anticrueldad realizó 5.036 visitas a lugares en donde presuntamente ocurrían acciones de maltrato, en estas actividades se valoraron 6.427 animales y se ejecutaron 579 incautaciones”⁹. La violencia se refleja no solo con la negligencia y crueldad deliberada, sino también en el abandono, que es mucho más evidente y fácil de determinar, pues en cada ciudad colombiana se hayan animales de compañía en situación de vulnerabilidad y abandono, es más, se trata de un hecho normalizado por gran parte de la sociedad.

Dichos índices, permiten observar que a pesar de que existen los mecanismos jurídicos para castigar las conductas que atentan contra la vida de los animales, la norma no es suficiente, pues no han disminuido los casos reportados, ni han aumentado los esfuerzos, ni las respuestas por parte de las entidades estatales para combatir esta problemática, pues año tras año las cifras de maltrato animal aumentan considerablemente¹⁰.

La impunidad en casos de maltrato animal se debe generalmente a la falta de coordinación institucional, a la falta de información y la limitada capacidad de los entes encargados de tomar las medidas o aplicar las sanciones correspondientes. Además de esto, es necesario hablar de la falta de capacitación de profesionales en el área, la ausencia de grupos o instituciones que promuevan acciones de educación y prevención del maltrato animal y a la casi nula retribución que reciben los defensores de los animales¹¹. Todos estos factores debilitan y hacen que el sistema sea susceptible de ser vulnerado, pues no cuenta con las herramientas suficientes para hacerle frente a la problemática del maltrato animal.

En este orden de ideas, conociendo el hecho de que la impunidad en casos de maltrato animal aún está presente, y que dentro del tránsito legislativo el tema no tiene un espacio de preferencia, es necesario preguntarse ¿en qué medida podrían aplicarse los mecanismos alternativos de solución de conflictos en los casos de maltrato animal?. Para dar respuesta a esta pregunta, es necesario establecer, que, en Colombia, existen las contravenciones como disposiciones de protección animal que se aplican en aquellas situaciones en las que, por ejemplo, se deja a un perro

9 Observatorio Ambiental de Bogotá, Maltrato animal en Bogotá: cifras 2022 y 2023, Observatorio Ambiental de Bogotá, <https://oab.ambientebogota.gov.co/maltrato-animal-en-bogota-cifras/>

10 Camilo Acosta Villada. «Maltrato animal en Bogotá: entre aumento de casos y judicializaciones pendientes.» El Espectador, 18 de Octubre de 2022, edición en español, <https://www.elespectador.com/bogota/panorama-del-maltrato-animal-en-bogota-aumento-de-casos-y-judicializaciones-pendientes/>

11 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Política Nacional de Protección y Bienestar Animal, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2022/08/20220408_Politica-Bienestar-Animal_Vers3-doc-final-ok-16062022.pdf.

en una azotea sin alimento ni agua, cuando alguien permite que un perro viva en espacios extremadamente pequeños o cuando alguien deja a un perro en un carro sin ningún tipo de ventilación.

También existen conductas tipificadas como delitos en el Código Penal, que son todas aquellas acciones mucho más graves como el hecho de causarle la muerte a un animal o someterlo a un sufrimiento extremo. Es importante entender que mecanismos como la conciliación o la transacción solo pueden aplicarse en asuntos en los que el objeto del conflicto sea negociable, que su naturaleza permita llegar a un acuerdo, que su naturaleza permita un debate sobre el mismo, pues existen situaciones que, por la trascendencia e importancia de su naturaleza, son imposibles de poner en duda, pues de lo contrario se violaría directamente la esencia de ese derecho. Siendo así y considerando que en materia penal se da con frecuencia la figura de la conciliación, es importante tener en cuenta que se pueden aplicar mecanismos como la conciliación en casos de delitos relacionados con el maltrato animal, lo cual no implica subestimar la vida de estos seres.

Por lo anterior se tiene entonces que, ante delitos que atentan contra la vida e integridad física y emocional de los animales no es ni moral, ni jurídicamente correcto, permitir que sean susceptibles de debate y tienen que ser sometidos al proceso judicial pertinente. Sin embargo, aquellas contravenciones que pueden considerarse menos graves y que por su naturaleza no son castigadas con una pena, eventualmente podrían ser objeto de algún mecanismo alternativo de solución de conflictos diferente al de la vía judicial.

3. ¿CUÁNDO SERÍA VIABLE LA APLICACIÓN DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN CASOS DE MALTRATO ANIMAL?

Como se mencionó anteriormente, teniendo en cuenta la naturaleza de los mecanismos alternativos y el hecho de que la ley de protección animal contempla tanto contravenciones de carácter policivo y judicial como sanciones penales, se tiene claro que, no es viable la aplicación de estas herramientas en todos los casos, la conciliación o la mediación son mecanismos que pueden generar grandes beneficios no solo a la descongestión de la administración de justicia sino también al bienestar del animal mismo en ciertos casos específicos.

Al respecto se dice que

Las soluciones amistosas, sean judiciales o extrajudiciales –bien lo dice la nota de “alternativas”– serían no sólo un camino paralelo con un mismo destino con

relación al proceso jurisdiccional, sino que garantizarían la efectiva solución de conflictos con celeridad, eficiencia y aceptación social¹²

Por ejemplo, la conciliación es uno de los mecanismos más utilizados en el país, en ocasiones ni siquiera es voluntaria pues es un requisito de procedibilidad en ciertos procesos, así lo establece el artículo 67 de la Ley 2220 de 2022, teniéndose, por lo general, como requisito en temas civiles y de familia. La conciliación es de carácter autocompositivo pues no hay intervención de un juez y tiene un alto contenido dispositivo, en la medida de que son las partes las encargadas de llegar a un acuerdo, porque a pesar de que hay un tercero neutral que dirige la conciliación y que puede proponer métodos de arreglo, el futuro de ese acuerdo está en la voluntad de los interesados. El resultado de esa conciliación tiene efectos jurídicos y genera obligaciones que de no ser cumplidas pueden derivar el asunto en el proceso judicial que en primera medida se pretendía evitar.

Generalmente los fines que se buscan en la conciliación son acuerdos económicos para satisfacer los intereses de las partes, en materia animal ese fin debe ir enfocado de manera muy distinta, tiene que estar por encima de todo el bienestar del animal que estaba siendo víctima de maltrato. Los posibles casos de aplicación de la misma podrían ser por ejemplo, aquellos eventos en los que un perro pasa gran parte del día en un balcón sin ningún tipo de protección a los constantes cambios del clima, poniéndolo en riesgo de una deshidratación o de otro tipo de enfermedad, en casos como este la primera reacción que genera el hecho es el deseo de separar al animal de su dueño, sin embargo, es poco probable que el dueño esté dispuesto a tomar medidas para remediar la situación, escenario en el cual la conciliación debería ir encaminada a la implementación de medidas pedagógicas y de rehabilitación que permitan comprender a la persona la importancia del respeto hacia los animales y llegar a un acuerdo, no solo de asistir a programas de concientización sobre el cuidado animal si no a un compromiso de mejorar las condiciones de vida del animal conforme a esas pautas pedagógicas recibidas, so pena de ser separado del animal e incurrir en sanciones más gravosas.

Claramente, en estos casos se debe analizar el contexto, se debe reconocer cuando una persona está dispuesta a corregir su comportamiento de manera real y siempre en favor del animal perjudicado, y una vez realizado el acuerdo es perentorio el control sobre el actuar de dicha persona, para determinar si efectivamente está cumpliendo con el compromiso alcanzado.

12 Álvaro J. Pérez Ragone, Juan C. Copani. “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿la justa realización del derecho material vs la resolución de conflictos?” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 27. no. 1 (2010), <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/617>

Por otro lado, está la mediación, que es muy similar al mecanismo de conciliación, su diferencia radica en el papel del conciliador y el del mediador, teniendo el segundo un papel más pasivo en el proceso, pues simplemente se encarga de facilitar la comunicación entre las partes y presta su colaboración para que se llegue a una solución amistosa. Este puede ser un mecanismo efectivo para prevenir actos que afecten a un animal que se derivan de situaciones incómodas que llevan a las personas a actuar de manera impulsiva sin pensar en el bienestar del animal. No es extraño por ejemplo, el conflicto entre vecinos cuando alguien tiene un perro que es hiperactivo y ruidoso, no todo el mundo tiene la facilidad de criar apropiadamente a un animal y eso impide que se le pueda exigir un comportamiento idóneo, pero lo cierto, es que se debe reconocer que nadie está obligado a vivir en una situación de incomodidad sin razón alguna.

La mediación puede ser una buena herramienta que permita la comunicación entre los vecinos para que se pueda llegar a un acuerdo en el que ambas partes puedan convivir pacíficamente, esto impediría aquellos casos en los que el vecino que no soporta más la situación, atente de cualquier manera contra el bienestar del animal para poder obtener un poco de tranquilidad, hecho que en ninguna medida es justificable pero que lastimosamente se da constantemente.

En cualquiera de los casos mencionados, se puede observar que el fin de esos mecanismos es llegar a acuerdos y soluciones mucho más rápidas y que eviten a largo plazo hechos más graves. Para esto se debe entender también, que hay situaciones en las que separar al animal de su dueño no siempre es lo mejor, ya que animales como los perros, crean una conexión con su dueño incluso cuando éste no es del todo ejemplar. Hay dueños que tienen un gran afecto y amor por su mascota, pero hay situaciones externas que no pueden controlar y que impiden que les den los cuidados necesarios, en esos casos, lo mejor para el animal es poner la situación dentro de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, para así llegar a acuerdos que permitan la educación del dueño del animal, con el fin de que comprenda y reflexione sobre la situación, y que ello permita que haya un cambio en la vida del animal sin ser separado de quien para él es la persona con la que ya tiene una conexión.

Claramente, si esos cambios no se dan, ya debe tratarse el asunto con mucha más severidad, buscando que la situación efectivamente represente un cambio en el estilo de vida del animal. Para ello hay que entender el papel que tiene actualmente una mascota dentro de la familia, ante esto surge el concepto de “familia Inter especie o multiespecie” la cual se define como

un conjunto de individuos o grupo que conviven bajo el mismo techo y están unidos principalmente por lazos de afectividad entre sus miembros, además, tienen

como característica la inclusión de más de una especie (Humano/animal). Para que se de este tipo de familia, los integrantes deben reconocer a la mascota como parte de esta¹³.

con ello se evidencia, que el animal de compañía pasaron de ser concebidos como un bien a ser parte de la familia en los casos en los que se crean vínculos de afectividad. En definitiva, se debe procurar el bienestar físico y emocional del animal, la relación afectiva con la mascota inicia una vez ésta ingresa al hogar, trayendo consigo responsabilidades a la familia, dichas responsabilidades crean una nueva dinámica familiar que a su vez permite construir alrededor de la mascota sentimientos de amor, alegría, compañía, dinamismo, unión y concebirlo como un miembro más de la familia¹⁴.

Sumado a lo anterior, la concepción de la mascota como parte integral de la familia es reconocido por la Corte Constitucional, a través del fallo de tutela del 26 de mayo de 2022, la alta Corte estableció: ‘

el surgimiento y consolidación de la familia multiespecie hoy es una realidad social innegable, de alcance masivo, y en constante expansión, lo que con lleva a que la comunidad debe aprender a convivir en armonía dentro del respeto y los derechos que le asisten¹⁵.

Con esto se busca dejar claro, que ante la posibilidad de que un animal sea considerado miembro de una familia, la solución frente a ciertos actos que puedan considerarse como maltrato debe ir encaminada a medidas restaurativas, educativas y pedagógicas que permitan la reconstrucción de ese núcleo familiar.

4. ¿POR QUÉ NO SE PUEDEN APLICAR TODOS LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CASOS DE MALTRATO ANIMAL?

Por su naturaleza, la mediación y la conciliación son los mecanismos que mejor pueden ser aplicados en el contexto del maltrato animal, pues tienen unas características autocompositivas que permiten a las personas ser los artífices de la solución alcanzada. Sin embargo, existen otros mecanismos como el arbitraje, el cual consiste en un proceso en el que las partes en conflicto acuerdan someter el caso a la

13 Carmona Pérez, E., Zapata Puerta, M., & López Pulgarín, S. E. (2019). ‘Familia multiespecie, significados e influencia de la mascota en la familia’. *Revista Palobra, Palabra Que Obra*, 19(1), 77–90. <https://doi.org/10.32997/2346-2884-vol.19-num.1-2019-2469>

14 Carmona Pérez, E., Zapata Puerta, M., & López Pulgarín, S. E. (2019). “Familia multiespecie, significados e influencia de la mascota en la familia”. *Revista Palobra, Palabra Que Obra*, 19(1), 77–90. <https://doi.org/10.32997/2346-2884-vol.19-num.1-2019-2469>

15 Corte Constitucional, Sentencia de tutela de 26 de mayo de 2022.

consideración de un tercero imparcial. Es un proceso con menos formalidad que el de un proceso judicial ordinario y se caracteriza por ser mucho más rápido y menos costoso. A diferencia de la conciliación, la decisión sobre la controversia suscitada no depende de las partes sino del árbitro que dirige el proceso, el cual después de analizar las pruebas, contextos y circunstancias deberá tomar una decisión.

Dentro del marco de casos de maltrato animal, dicho mecanismo no sería viable, pues en la práctica es un mecanismo que en la mayoría de las situaciones se aplica en casos de controversias contractuales y de carácter comercial, la Corte Constitucional ha señalado:

El arbitramento, consiste ... en un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte¹⁶.

En la práctica, es un mecanismo que tiene un papel importante en la resolución de conflictos de carácter comercial en el ámbito internacional, acudiendo así a tribunales internacionales ante el desconocimiento de las leyes locales. Teniendo en cuenta que los casos de maltrato animal no surgen de una relación contractual y no hacen parte de un conflicto de este carácter, el arbitraje no sería el medio más adecuado.

Por otra parte, y como se dijo anteriormente, si bien en procesos penales la figura de la conciliación se aplica en casos de delitos querellables, delitos que son considerados de menor gravedad por lo que no se investigan de oficio si no que requieren de una denuncia debidamente instaurada. La ley 1774 de 2016 y la Ley 906 de 2004 no establecen los delitos de maltrato animal como querellables, es decir que reconocen que atentar contra la vida de un animal no es un asunto de poca trascendencia, en ese sentido, se puede decir entonces que procesalmente y formalmente, tal como está estructurado en el ordenamiento jurídico, estos delitos no pueden estar sometidos a una conciliación pues no cumplen con el carácter de querellable. Pero yendo más allá, también es importante analizar el por qué no son querellables y no permiten la conciliación.

Conciliar, no es algo que se pueda predicar en todos los casos, hay derechos que por naturaleza son indebatibles, por ende, su defensa debe ser absoluta y no susceptible de negociaciones, autores como Tom Regan¹⁷ en su obra “Los derechos de los animales”, sostiene que estos tienen derechos porque “tienen una experiencia de la vida que es valiosa para ellos”, por lo que su derecho a la vida es innegociable. La Ley 1774 de 2016 introdujo al ordenamiento jurídico el artículo 339A del Código Penal, que trata sobre los delitos que castigan las conductas de maltrato que pro-

16 Corte Constitucional, sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997

17 Tom Regan, Los derechos de los animales (Berkeley: University of California Press 1985), 55.

duzcan la muerte o lesiones que menoscaben la integridad física y emocional de un animal, es evidente entonces que los actos que encuadran dentro de este tipo penal son de mucha gravedad y es por ello que son castigados penalmente.

Establecer que delitos de tal magnitud puedan ser conciliados, y por ende negociados, debatidos o puestos en duda sería una violación a la misma disposición que estableció el ordenamiento jurídico, la cual considera a los animales como seres sintientes y no como objetos como se concebía anteriormente. La vida, ya sea de un ser humano o un animal es un derecho que generalmente no tiene el tinte subjetivo de negociabilidad. Peter Singer¹⁸ argumenta que la capacidad de sentir dolor y sufrimiento es lo que nos hace considerar moralmente importante a los seres humanos, y que esta misma capacidad la tienen muchos animales y ello, es razón suficiente para tratar a los animales de la misma forma en la que se trata a los humanos en lo que respecta con esa capacidad de sintiencia.

Con lo anterior se tiene entonces que, si bien es necesaria la aplicación e implementación de mecanismos alternativos para la solución de casos de maltrato animal, eso no quiere decir que se convierta en un método de impunidad para casos que, por su gravedad, exigen el castigo establecido en la ley penal.

5. LA PRIORIDAD DE LOS MASC: PROTEGER AL ANIMAL NO AL HUMANO

Es de resaltar que la propuesta de la implementación de estos mecanismos en casos de maltrato animal no está encaminada a la protección del ser humano, a facilitarle las cosas o a buscar en algún sentido su beneficio, la prioridad siempre será el bienestar del animal. Abrir una gama de soluciones distintas a multas o sanciones policivas que al final no tienen un carácter pedagógico y llevan al infractor a reincidir en esas conductas, permite que ciertamente los acuerdos o decisiones alcanzados a través de los medios alternativos se centren en el bienestar del animal, soluciones que no solo consistan en aplicar una lección sancionatoria si no una lección educativa que le permita a la persona reconocer y reparar el daño causado y cambiar las conductas que atentan contra la vida del animal.

En este orden de ideas, sería necesario contar con programas y políticas públicas que se encarguen de brindar y transmitir esos conocimientos y esa concientización necesaria para aquellos que están verdaderamente dispuestos a corregir sus conductas, y brindarle al animal los medios de bienestar que requiere y así evitar más casos de maltrato animal y promover el respeto y el cuidado como una responsabilidad compartida por toda la sociedad. Para ello, es necesaria una cooperación institucional y social que permita el reconocimiento de los derechos de los animales.

¹⁸ Peter Singer, *Liberación Animal*. (Estados Unidos: Harper Collins, 1975).

Por otro lado, el hecho de contar con mecanismos que permitan una solución mucho más pronta a este tipo de casos permite que la situación que afecta al animal termine de manera más pronta y no en un escenario de suspenso mientras se surten trámites y procedimientos tediosos en los procesos ordinarios. Entre más rápido pueda definirse la nueva situación del animal, mucho más rápido el animal gozará de un ambiente seguro.

6. DISMINUCIÓN DE LA IMPUNIDAD CON LA APLICACIÓN DE ESTAS HERRAMIENTAS

Para el año 2021 “El Índice Global de Impunidad ubica a Colombia en el quinto lugar en América Latina y el octavo en el ámbito internacional de los 59 países que se pudieron medir”¹⁹, con ello es evidente que la tarea de administrar justicia que está en cabeza del Estado, no tiene buenos índices ni cifras a nivel internacional, teniendo en cuenta que la anterior estadística corresponde a la impunidad analizada desde varios frentes y no desde uno en particular, es posible deducir que la impunidad en casos de maltrato animal no tiene una historia distinta.

Por las razones que sean, como las ya mencionadas, si bien existe un régimen de protección animal, no es posible decir aún que su efectividad marca cifras que valgan la pena mencionar. Ahora bien, uno de los puntos que más se puede referir a la hora de hablar de ineffectividad del sistema judicial es el de la congestión judicial, el cual para el 2019, según la Contraloría General de la República

...por cada 100 procesos que se hallaban en los despachos judiciales 50 quedaron pendientes para trámite y resolución de fondo en la actual vigencia. En 2019, el índice de congestión efectivo alcanzó el 50,75%²⁰.

con ello se puede decir que la excesiva acumulación de casos que se da en cada despacho judicial impide la pronta y efectiva impartición de justicia. Es esa una razón por la cual acudir a los MASC en los casos en los que sea práctica y formalmente posible es un imperativo a la hora de solucionar conflictos, y en el caso del maltrato animal es de suma importancia en aras de velar por la protección de los animales víctimas de maltrato.

Para nadie es un secreto que, si bien la concepción de los animales en el país ya no se enfoca en ellos como meros objetos, el debate legislativo y la resolución de casos

19 Infobae. “En Colombia, 7 de cada 10 personas no creen en las instituciones”, Infobae, <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/02/24/en-colombia-7-de-cada-10-personas-no-creen-en-las-instituciones/>

20 Contraloría General de la República. “Congestión judicial es superior al 50%: Contraloría”, Contraloría General de la República, <https://www.contraloria.gov.co/es/w/laopinion.com.co-congesti%C3%B3n-judicial-es-superior-al-50-contralor%C3%ADa#:~:text=Es%20decir%2C%20seg%C3%BAn%20la%20entidad,%2C%20con%2058%2C84%25>.

relacionados con los animales no ocupan un espacio primordial, y ello se puede evidenciar en los índices de impunidad que se marcan según delitos que, por su naturaleza, son mucho más graves. Entonces, la idea de esperar una oportunidad hasta que el expediente de un caso de maltrato animal pase por una autoridad judicial no permite vislumbrar un panorama positivo para el bienestar de los animales. Por ello es importante buscar otras alternativas que permitan solucionar estos casos de la manera más armoniosa en los casos que así sea posible.

Establecer prontamente que la aplicación de los MASC en casos de maltrato animal sería, o no, efectiva para la disminución de índices de impunidad es bastante apresurado pues lo cierto es que la efectividad de una norma, disposición o aplicación de una herramienta es posible determinarla con seguridad una vez ésta sea una realidad, pero haciendo un ejercicio de razonamiento, no es ilógico pensar que si se empiezan a implementar y reglamentar herramientas distintas a las ya establecidas, que tienen una forma de aplicación mucho más sencilla, económica y rápida, la resolución de dichos casos pueden empezar a darse por fuera de los estrados judiciales y por ende, empezar a encontrar soluciones de manera mucho más oportuna, que como se ha hecho, lo cierto en todo caso, es que estas medidas deben estar encaminadas a la protección del animal.

Claramente, para contribuir a la disminución de esa impunidad, es estrictamente necesario que se controle de manera efectiva la aplicación de estas herramientas, para que así no se conviertan en medios para eludir a la justicia restándole importancia al caso en cuestión solo por el hecho de no llevarlo a instancias judiciales. La implementación de estos mecanismos bajo ningún motivo puede convertir a los casos de maltrato animal en casos de poca monta que pretenden ser eludidos con una conciliación, tienen que aplicarse de manera correcta y los acuerdos tienen que tener fuerza vinculante para que así se logre efectivamente combatir la problemática de maltrato animal.

7. CONCLUSIONES

Lo analizado en el presente texto nos lleva a concluir, que en un contexto judicial en el que factores como la congestión y acumulación de procesos no permiten la correcta, pronta y efectiva impartición de justicia, es necesario e imperioso buscar otras formas de proteger a los animales, los cuales deben ser entendidos como seres sintientes que necesitan y merecen que el Estado garantice sus derechos, ya que son vulnerables a la violencia y maltrato.

Limitar la búsqueda de justicia, en casos de maltrato animal, a la vía judicial o administrativa significa someterse a una justicia que no siempre actúa de manera

oportuna, por ello, es importante poner en consideración los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, como herramientas plenamente reguladas, reconocidas y aplicadas en el contexto de delitos y contravenciones en contra de animales, para poder llegar a soluciones prontas y oportunas, necesarias para que los animales víctimas de este tipo de conductas puedan ser reparados y protegidos ante eventuales repeticiones.

Es importante mantener el enfoque, como se dijo anteriormente, no se puede pretender que la implementación de estos recursos sea con la finalidad de facilitar el proceso al humano, ni para crear vacíos legales que le permitan salir impune al perpetrador, todo lo acordado, negociado o decidido a raíz de la aplicación de estos mecanismos debe estar encaminado única y exclusivamente a encontrar la mejor situación de bienestar para el animal víctima o potencial víctima de maltrato.

Es sumamente importante analizar los contextos, la aplicación necesaria de estas herramientas no se puede confundir con la idea de permitir que siempre la negociación sea aceptada, hay casos, como los ya mencionados, en los que simplemente es inconcebible poner en duda el castigo, sanción o pena que debe cumplir quien atente contra la vida de un animal, reconocer esto es reconocer que como seres sintientes, con la capacidad de experimentar dolor y sufrimiento, hay actos que por su naturaleza bárbara y criminal, deben ser castigados con todo el peso de la ley.

Los animales son seres a los que cada vez mas se les va reconociendo su importancia dentro de la vida de los seres humanos, el cambio cultural y social aun es necesario para el completo reconocimiento de estos seres como seres con derechos, pero lo cierto es que es innegable que la concepción contemporánea sobre su existencia dista mucho de la del pasado. El proceso de reconocimiento de derechos de los animales no solo se espera del ordenamiento jurídico, se debe esperar como fruto de una construcción social constante que permita interiorizar en la sociedad la idea de que los animales son seres con el mismo derecho a ser protegidos. La aplicación de estos mecanismos permitirá un avance en la lucha contra el maltrato animal, en tanto su aplicación pretende resguardar al animal abriendo más caminos para la protección de su integridad y su vida.

8. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Rousseau, Jean-Jacques, El contrato social. MADRID: ALBA, 1985.

Coser, Lewis, Functions of Social Conflict. New York: Free Press, 1956.

Kelsen, Hans, Teoría Pura Del Derecho: Introducción a La Ciencia Del Derecho. Santafé de Bogotá: Unión Ltda., 2005.

- Colombia. Ley 1774 de 2016, de 6 de enero. Congreso de la República. 6 de enero de 2016, artículo 1.
- Grandin, Temple. *Animals in Translation: Using the Mysteries of Autism to Decode Animal Behavior*. New York: Scribner, 2006.
- Observatorio Ambiental de Bogotá. “Maltrato animal en Bogotá: cifras 2022 y 2023” Observatorio Ambiental de Bogotá. <https://oab.ambientebogota.gov.co/maltrato-animal-en-bogota-cifras/> (Consultado el 23-4-2023)
- Camilo Acosta Villada. «Maltrato animal en Bogotá: entre aumento de casos y judicializaciones pendientes.» *El Espectador*, 18 de Octubre de 2022, edición en español, <https://www.elespectador.com/bogota/panorama-del-maltrato-animal-en-bogota-aumento-de-casos-y-judicializaciones-pendientes/> (Consultado el 23-4-2023)
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. “Política Nacional De Protección Y Bienestar Animal”. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2022/08/20220408_Politica-Bienestar-Animal_Vers3-doc-final-ok-16062022.pdf. (Consultado el 23-4-2023)
- Carmona Pérez, E., Zapata Puerta, M., & López Pulgarín, S. E. (2019). “Familia multiespecie, significados e influencia de la mascota en la familia”. *Revista Palobra, Palabra Que Obra*, 19(1), 77–90. <https://doi.org/10.32997/2346-2884-vol.19-num.1-2019-2469> (Consultado el 24-4-2023)
- Corte Constitucional, Sentencia de tutela de 26 de mayo de 2022.
- Corte Constitucional, Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997
- Regan, Tom. *Los derechos de los animales*. Berkeley: University of California Press 1985.
- Singer, Peter. *Liberación Animal*. Estados Unidos: Harper Collins, 1975.
- Infobae. “En Colombia, 7 de cada 10 personas no creen en las instituciones”, Infobae, <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/02/24/en-colombia-7-de-cada-10-personas-no-creen-en-las-instituciones/> (Consultado el 24-4-2023)
- Contraloría General de la República. “Congestión judicial es superior al 50%: Contraloría”, Contraloría General de la República, <https://www.contraloria.gov.co/es/w/laopinion.com.co-congesti%C3%B3n-judicial-es-superior-al-50-contralor%C3%ADa#:~:text=Es%20decir%2C%20seg%C3%BAAn%20la%20entidad,%2C%20con%2058%2C84%25> (Consultado el 24-4-2023)

*Mecanismos Alternos de Solución de conflictos
en clave de Derecho Humanos. Primera edición,
febrero de 2024, Popayan, Colombia.*

