

## MEDIACIÓN

Patricia KURCZYN VILLALOBOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto*. III. *Naturaleza*. IV. *Clasificación*. V. *La conveniencia de la mediación*. VI. *Función social*. VII. *Órganos de mediación*. VIII. *Mediadores*. IX. *Técnicas de mediación*. X. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La legislación laboral mexicana, desde su origen, ha contemplado como vías de arreglo de conflictos laborales, la conciliación y el arbitraje. Por esta razón, para comenzar el análisis de las formas alternas de resolución, debe tomarse nota de que en México ni la conciliación ni el arbitraje son vías alternas, toda vez que son las únicas indicadas por la ley para tales efectos. Así, la Constitución Política establece en la fracción XX del artículo 123 que sea una Junta de Conciliación y Arbitraje la que decida el arreglo de los conflictos que se presenten “entre el capital y el trabajo”.

Esta norma constitucional, cuya redacción es muy simple, constituye la base de todo un derecho procesal laboral autónomo. De una fórmula minimalista ha surgido una estructura que hoy ampara un formalismo, moldeado finalmente con las reformas a la Ley Federal del Trabajo (LFT) que se introdujeron en 1980. Es bueno apuntar que dichas modificaciones legales conservaron la estructura y la estrategia, no de una Junta de Conciliación y Arbitraje, sino de muchas de ellas que ha habido necesidad de crear en torno a la Federal y a las estatales nombradas e identificadas en la ley como “locales”, todas auxiliadas en su funcionamiento por las llamadas “juntas especiales”. Las diversas propuestas, formales e informales, que se han apuntado para sustituir las juntas de conciliación y arbitraje por tribunales dependientes del Poder Judicial no han prosperado.

Es claro que el legislador constituyente optó por un sistema de arreglo de conflictos “entre el capital y el trabajo” mediante procedimientos distin-

tos a aquellos que funcionan en el ambiente controversial del derecho común, por la naturaleza del derecho del trabajo.

La creación de un tercer género de derecho, como lo es el derecho social, que en una función ecléctica absorbe principios de derecho público y de derecho privado, es sin duda el resultado de un nuevo principio jurídico concebido constitucionalmente. En 1917, la doctrina jurídica mexicana no había abordado de pleno la conceptualización de los derechos colectivos y de los derechos sociales. Menos aún aparecían en el escenario jurídico los intereses hoy apreciados como “derechos difusos”.

La carta de los derechos sociales, como bien podemos llamar al artículo 123, sustentó la tutela de los derechos humanos de segunda generación con una redacción simplista pero abierta y definitiva para la defensa de los intereses de la clase trabajadora, la cual en ese entonces, como hoy en día, requería un fuerte apoyo legal que permitiera contrarrestar su condición de inferioridad manifestada en distintos órdenes, como son: el económico, el político y el social. A esta trilogía hay que agregar la inferioridad en el ámbito de la legalidad; no es explícita, no se manifiesta *a priori*, no se declara de manera solemne, simplemente se da, siendo lo más perjudicial que se oculta en el ejercicio del derecho y en su aplicación.

Paradójicamente ocurre que siendo un principio de derecho común que la ignorancia no excluye la obligación de cumplir con la ley, resulta que la ignorancia misma sí limita, y en mucho, el ejercicio de los derechos, cuya consecuencia es un desequilibrio relevante para efectos de justicia social. La ignorancia impide exigir, impide conocer a qué se tiene derecho, cómo pueden disfrutarse los derechos individuales y sociales y cómo exigir con efectividad el cumplimiento de los mismos. Razonamientos que inducen a privilegiar la difusión de las disposiciones por medio de elementos como la sencillez de lenguaje, comprensible para los iletrados, como fue la tendencia en derecho social en 1917.

Por otra parte, la norma constitucional rige sin discriminación alguna, y después de la reforma constitucional de 2001 queda claro que la discriminación en todos los sentidos y por cualquier causa queda prohibida. Su alcance no tiene limitaciones salvo aquellos casos en que la misma ley lo establezca concretamente, excepciones que deben estar justificadas. Ahora bien, si se parte de que la obligatoriedad es general, también es un hecho que tanto en su interpretación como en su aplicación pueden modificarse los sentidos. Esta situación se produjo en los primeros años siguientes de

vigencia de la Constitución de 1917. La distinta interpretación que los gobiernos estatales dieron a las normas sobre trabajo, en lo particular sobre la fracción XX antes citada, condujo a una reforma de la ley suprema para hacer facultad exclusiva del Congreso de la Unión la función legislativa en materia de trabajo (artículo 73, fracción X).

Es claro que la modificación mencionada pretendía mantener el espíritu social de las disposiciones laborales e introducirlo en las normas reglamentarias. Este espíritu social es el sostén del principio tutelar de clase, de las clases desiguales; una de ellas la componen los trabajadores. Esta clase social, además, es una y no puede distinguirse o dividirse según zonas económicas, áreas geográficas, ramas industriales o cualquier otro concepto para efectos tutelares o garantistas. El derecho del trabajo mexicano es único e igualitario.

La necesidad de mantener el principio de igualdad es el fundamento de la federalización de la legislación del trabajo (1931), normando la creación, integración y funcionamiento de las juntas de conciliación (municipales, centrales y federal) y las juntas de conciliación y arbitraje, la federal y las estatales (locales, como se les denomina).

En esa primera ley se consignó un proceso laboral sencillo, carente de formalismo, y útil para resolver rápidamente las controversias, ya no sólo por enfrentamientos “entre el capital y el trabajo”, sino para “el conocimiento y resolución de las diferencias y conflictos entre el capital y el trabajo”, como se estableció respecto de las juntas locales, o para “las diferencias o conflictos entre trabajadores y patrones, derivados del contrato de trabajo o de hechos íntimamente relacionados con él, así como los de la misma naturaleza que surjan entre trabajadores o entre patrones...”. Aparece una regulación más amplia que deja atrás la restringida consideración de “conflictos entre capital y trabajo”.

Abrogada la primera ley, se sustituyó por la promulgada en 1970, vigente todavía, en la cual subsistieron las bases de integración y funcionamiento de las juntas y el proceso laboral. Se guardó el mismo criterio sobre la clasificación de los conflictos y los principios procesales. En 1980 se reformaron disposiciones procesales de la LFT, con lo cual se obtuvo una formalización del proceso laboral. De esa fecha a este momento se han sugerido reformas procesales, desde algunas simples hasta las que se refieren a disposiciones constitucionales, para proponer la sustitución de las juntas de conciliación y arbitraje por tribunales de lo social, como antes se

mencionó. Es claro que en todos los casos la pretensión ha sido la impartición expedita de la justicia social.

En medio de la meditación sobre la reforma más apropiada para mantener el espíritu social que inspira la carta magna, destaca la naturaleza *sui generis* del proceso laboral. En este sentido, los medios idóneos para resolver los conflictos laborales, individuales, colectivos, jurídicos y económicos son la conciliación y el arbitraje.

Conciliación y arbitraje se convierten en procedimientos únicos de resolución de conflictos (aun cuando no definitivos en tanto puede existir la sentencia en los juicios de amparo).

La sencillez, la ausencia de formalidad, la oralidad, el principio dispositivo y el proceso uninstitucional son los principios que deben regir el proceso laboral. Éstos, que también deben garantizar la celeridad, evolucionaron de manera negativa a consecuencia de otros factores que aumentaron la conflictividad laboral y que han hecho tropezar su eficacia.

Entre tales factores podrían considerarse circunstancias hasta cierto punto previsibles, tales como el crecimiento demográfico general, el de la población económicamente activa y la industrialización, y otros más complicados, aunque de igual importancia, como son los procesos y efectos de la globalización, la evolución de los modelos de relaciones financieras y organizacionales y, de manera relevante, el *boom* tecnológico que produce una revolución que supera a la industrial del siglo XIX.

Apreciar el conjunto de factores, observar los efectos en la clase trabajadora, intuir el prolongamiento de condiciones de desempleo, inestabilidad laboral y reducción de prestaciones de seguridad y protección social, exigen, de manera urgente, una profunda revisión de los modelos laborales, tanto en lo sustantivo como en lo procesal y lo paraprocesal, en busca de la viabilidad, la eficacia y la seguridad jurídica.

En el ámbito de lo procesal, los modelos inciertos y los no definidos impulsan la injusticia social. Aunado a lo anterior, y al considerar también el crecimiento de relaciones laborales, así como la propia multiplicación de modelos de contratación y despidos, se vislumbra una mayor dimensión del camino tortuoso y lento en busca de la resolución de conflictos laborales que se traduzcan en la búsqueda de la justicia social.

Esta circunstancia, que resume lo anticipado en la introducción de este ensayo, sugiere la revisión doctrinal y normativa del campo procesal del trabajo con la intención de localizar fórmulas que atiendan la cuestión procesal,

específicamente sobre la celeridad, sin que se afecte la seguridad jurídica, y sí, en cambio, se preserve la justicia social, distorsionada por su lentitud.

La propuesta de buscar un modelo o de crearlo puede concretarse en dos vertientes no oponentes entre sí, y sí complementarias, siempre sin afectar la seguridad jurídica y siempre preservando la justicia social.

Una de esas vertientes mira a los tiempos en términos y plazos que deben reducirse o abatirse, mira también a la regulación de juicios sumarísimos. La otra, sin duda de su beneficio, se refiere a “recrear” formas alternas que resuelvan conflictos laborales con estricto sentido social.

En esta última propuesta surgen otros caminos. La mediación es uno de ellos. Otros son la negociación colectiva, la concertación y el diálogo social. También debe incluirse una política importante que estimule el cumplimiento de las obligaciones laborales, el respeto a los derechos humanos en el trabajo como prevención de conflictos, y que se puede concretar en dos palabras: “trabajo decente” como lo denomina la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o “trabajo digno” como lo concibe la legislación suprema mexicana: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil...” (artículo 123 constitucional).

## II. CONCEPTO

Por mediación se entiende abogar, intermediar; estar en el medio de dos partes para buscar una convergencia. Es un procedimiento de negociación asistida al que recurren dos partes en conflicto en busca de una solución equitativa, propuesta o inducida por un tercero neutral que carece de facultades o atribuciones para decidir.<sup>1</sup>

El tercero mediador no recurre a los procedimientos de un juzgador en virtud de que no intenta aplicar el derecho, lo cual no puede entenderse, bajo premisa o razón alguna, como la posibilidad de ir contra las normas jurídicas vigentes aplicables. En virtud de que su función no estriba en “dictar” soluciones, léase sentencias, como debe hacerlo un juez, su misión se concreta a establecer una comunicación directa, como si se tratara de *un puente* entre las partes del conflicto.

El mediador debe lograr la atención de las partes para que se escuchen entre sí, para plantearse directamente sus puntos de vista, ante la presen-

<sup>1</sup> Dupuis, Juan Carlos G., *Mediación y conciliación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s. f., p. 46.

cia del mediador, o bien conocerlos por conducto de éste. El mediador, en principio, debe buscar la confianza de las partes y buscar los mecanismos que induzcan a que las partes reflexionen acerca de las recomendaciones que debe hacerles, aun cuando no las aprueben en principio, ya que deben proponerse como simples sugerencias, fundamentadas en una percepción imparcial y neutral, formuladas después del análisis del conflicto y las circunstancias.<sup>2</sup> La función de la mediación, por lo tanto, debe entenderse como una disyuntiva con propuestas de solución, de colaboración y acercamiento ajenos a cualquier interés de orden personal.

### III. NATURALEZA

La mediación puede entenderse como un *equivalente jurisdiccional*, como medio que sirve para lograr la finalidad característica del proceso jurisdiccional.<sup>3</sup> En este sentido, y de acuerdo con nuestro enfoque, precisa determinar que, siguiendo a Couture, distinguimos la jurisdicción como una función, no como competencia ni como autoridad,<sup>4</sup> por lo cual se puede descomponer el acto jurisdiccional en tres elementos que igualmente se localizan en la mediación, como ahora lo exponemos comparativamente:

- a) La forma o elementos externos del acto jurisdiccional son la presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley.
- b) El contenido, existencia de un conflicto, de una controversia. Podríamos llamar al conflicto la *esencia* del acto, que finalmente es lo que pone en marcha un proceso o el desarrollo de trámites para darle fin.
- c) La función, la cual se entiende *como el cometido*, que es asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho —sentencia— Con la mediación, de igual modo, se busca preservar la justicia y la paz

<sup>2</sup> Portela, Jorge Guillermo, “Una reflexión en torno a la mediación”, *E. D.*, t. 165, pp. 1380 y 1381, citado por Dupuis, *ibidem*, p. 46.

<sup>3</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1970, p. 14.

<sup>4</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 30-33.

social. La diferencia surge en el *cómo* y en la obligatoriedad de la decisión.

Las consideraciones señaladas explican que la mediación cumpla con una función equiparable a la jurisdiccional.

### 1. *Mediación y conciliación*

En ambos casos se trata de resoluciones alternas de conflictos (RAC). Su similitud y el paralelismo entre estas instituciones hacen más compleja su distinción, salvo que las técnicas empleadas las marquen y las definan concretamente. Alcalá-Zamora, en su análisis del proceso, la auto-composición y la autodefensa, refunde la figura de la mediación en la de la conciliación.<sup>5</sup> Esta circunstancia tiene mayor frecuencia en aquellos sistemas o legislaciones, como la mexicana, que omiten la regulación de la mediación laboral, cuyo funcionamiento se absorbe por otros funcionarios, generalmente los conciliadores.

En la conciliación, el tercero impulsa el examen de las diferencias para que las partes encuentren por sí mismas la solución sin la imposición de un tercer amigable componedor. En la mediación, el tercero presta una asistencia más directa, lo cual implica su propio análisis en la situación divergente para formar su criterio y estar en condiciones de proponer a los interesados las soluciones equitativas.<sup>6</sup>

### 2. *Mediación y arbitraje*

No nos atreveríamos a afirmar que el arbitraje sea una de las formas de la autocomposición, en virtud de las distintas reglamentaciones en cada sistema nacional y porque en realidad el arbitraje implica un “proceso arbitral”. Pero aun siendo distinto del jurisdiccional, se trata de un proceso en virtud de que el árbitro dicta un veredicto basado en pruebas que interpreta “a conciencia” sin consultar a las partes, como debiera hacerlo en una mediación y para la conciliación.

Es indiscutible que la conciliación y la mediación son formas de autocomposición en tanto que el arbitraje es una heterocomposición, más asi-

<sup>5</sup> Alcalá-Zamora, *op. cit.*, nota 3, p. 76.

<sup>6</sup> *Idem.*

milable a un juicio. Éste, por regla general, debe ser informal y accesible para facilitar soluciones rápidas. Su diferencia esencial la hace el origen de la resolución; en el primer caso, en la autocomposición, como propuesta, y en el segundo, en la heterocomposición, como solución impuesta. La propuesta, como tal, es discutible —no impugnable—; la decisión arbitral no se discute, si bien es cierto que de acuerdo con el sistema legal de que se trate, puede ser recurrida o impugnada por recursos legales o por otros juicios (como el de amparo en el sistema jurídico mexicano).

#### IV. CLASIFICACIÓN

La mediación puede efectuarse bajo tres opciones:<sup>7</sup>

- 1) Voluntaria, cuando las partes de común acuerdo la aceptan y en cuyo caso la decisión debe ser exigible.
- 2) Obligatoria, cuando se impone a las partes. El origen de la imposición puede ser:
  - a) Convencional, cuando las partes lo estipulan previamente en sus contratos.
  - b) Legal, cuando la ley la ordena.
  - c) Opcional, cuando una de las partes del conflicto ejerce la opción y queda obligada la otra parte.

Para que el resultado de la mediación sea obligatorio para las partes, así debe establecerlo la ley o, el convenio celebrado previamente entre las partes o, bien, debe celebrarse un convenio para su cumplimiento. Cuando el resultado no es obligatorio, las partes pueden rechazarla sin más consecuencias legales que las de buscar otras alternativas de solución o de someterse a juicio o arbitraje, según lo dispongan las leyes. En algunas legislaciones es necesario homologar dicho acuerdo, con lo cual el convenio adquiere el carácter de sentencia ejecutoria.

La mediación admite varios criterios de clasificación; se ha referido el relativo a su origen y ahora se plantea de acuerdo con la naturaleza del asunto

<sup>7</sup> Hemos tomado como base para la clasificación el esquema que presenta Dupuis (*op. cit.*, nota 1, p. 92) referido a la legislación argentina a pesar de que en ésta no se reglamenta para asuntos laborales.



en cuestión. En este sentido puede hablarse de dos tipos básicos de mediación: la preventiva y la de agravios, entendida esta última como mediación ante conflictos que ya han sido declarados por las partes como tal. Canadá conoce este sistema y puede ser la referencia.

Un criterio más de clasificación responde a la naturaleza de las actividades, a su función pública o de servicio público, que la legislación de Estados Unidos reconoce. En este sentido pueden señalarse dos clases de mediación, la aplicada para conflictos en general, como una mediación clásica, y la de conflictos en que existe interés público, calificada como supermediación.

### 1. *Mediación obligatoria y voluntaria*

Al igual que la conciliación, la mediación puede estar dispuesta en la ley y obligar a los contendientes a acudir al mediador o contemplarse sólo como una opción voluntaria. La decisión sugerida por el mediador y aceptada por los contendientes, en respuesta a sus gestiones, puede ser obligatoria o voluntaria, lo cual depende del sistema laboral aplicable.

Las opciones podrían ser:

#### 1) Mediación voluntaria para:

- a) Toda clase de conflictos, o exclusiva para algunos.
- b) Conflictos individuales o colectivos.
- c) Conflictos jurídicos o de orden económico.

De acuerdo con la legislación de los países de América del Norte, la mediación parece tener mejor destino cuando se trata de conflictos colectivos de orden económico. En tanto que para resolver los conflictos jurídicos suele recurrirse a los tribunales para aplicar el derecho. Para estos casos, en Francia, por ejemplo, los mediadores están obligados a recomendar a las partes someter el conflicto a la jurisdicción competente o al arbitraje.

#### 2) Mediación obligatoria para:

- a) Toda clase de conflictos, o bien exclusiva para algunos.
- b) Conflictos individuales o colectivos.
- c) Conflictos jurídicos o de orden económico.

La obligatoriedad o la voluntariedad pueden restringirse a solo ciertos conflictos específicos, independientemente de estar clasificados en una u otra categoría. Un ejemplo es la revisión de un contrato colectivo en Francia, pues ninguna huelga puede estallar sin antes haber intentado la mediación. En Estados Unidos de América, conforme a la Ley de Ferrocarriles, aplicable a la transportación en general, es obligatorio para las partes celebrar acuerdos para arreglar cualquier conflicto y evitar la interrupción de las comunicaciones.<sup>8</sup> Otro ejemplo serían los conflictos en el área del comercio, e igual ocurre en Canadá respecto de conflictos en que la Corona sea parte.

Tampoco es principio general asumir obligatoriamente la propuesta del mediador; puede ser así mediante la homologación del acuerdo por las autoridades cuando así lo estipulan las leyes aplicables. Éste es también el caso de Francia, en donde el acuerdo tiene fuerza ejecutoria. En Alemania, por el contrario, no es obligatoria la recomendación del mediador no obstante haber sido aceptada voluntariamente por las partes.

En Brasil, que también tiene instituida la función mediadora, el sistema es diferente; en el caso de que las negociaciones directas fracasen, las partes de común acuerdo pueden solicitar al Ministerio de Trabajo la designación de un mediador. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes en un plazo de treinta días, el mediador concluirá el procedimiento de la negociación y levantará un acta,<sup>9</sup> con lo cual se podrá proceder ante las juntas de conciliación y arbitraje. Algo similar se ordena en Francia, en donde el mediador dispone de un plazo para concluir la negociación, y en caso de haber fracasado debe informarlo por escrito al Ministerio de Trabajo. En este caso las partes son requeridas para justificar o explicar, por escrito, los motivos por los cuales no han aceptado la propuesta de la mediación.

Tanto en Francia como en Alemania la opinión pública tiene un rol influyente para impulsar las negociaciones voluntarias como medio de solución de los conflictos (en conflictos colectivos de orden económico). Por ello se entiende que en Francia el Ministro de Trabajo haga publicar la decisión de las partes cuando rechazan las propuestas. En Alemania no existen disposiciones semejantes, pero es un hecho que la difusión a través de los medios de comunicación masiva se ejerce como sistema de presión.

<sup>8</sup> Véase <http://www.nmb.gov/mrna.htm>.

<sup>9</sup> Orden núm. 817 de 30 de agosto de 1995 (*DO*, 31 de agosto de 1995, núm. 168, p. 13441), por la cual se establecen los criterios para la participación del mediador en los conflictos de negociación colectiva de naturaleza laboral, OIT, Natlex.

## 2. *Sistemas característicos de la mediación*

Los sistemas de mediación, como ya se ha explicado, varían tanto como cada país lo establezca, así como de que las legislaciones reconozcan la autoimposición de las partes de reglas particulares. Es el caso de Canadá y de Alemania, en que es obligatorio que los contratos colectivos estipulen cláusulas para prever la solución privada de sus conflictos, y de que cada rama industrial, o cada empresa, fijen las condiciones particulares adaptadas a sus necesidades.

En el ámbito federal de Canadá también se desarrolla la mediación obligatoria para los conflictos colectivos de orden económico, y se reporta un éxito de nueve de cada diez asuntos sometidos tanto a conciliación como a mediación, lo que lo hace un medio altamente recomendable. Es obligatorio antes de que estalle una huelga haber intentado un procedimiento conciliatorio. También funciona el servicio federal de conciliación y mediación, operando mediaciones preventiva y para ofensas.

La mediación para ofensas o injurias (*grievance mediation*) es propiamente la intervención del mediador para procurar una solución alternativa, informal y de bajo costo. Se considera una oportunidad para que los sindicatos y los empleadores resuelvan sus conflictos antes de concurrir a una cuestión en la que deba haber ganadores y perdedores.<sup>10</sup>

Por otra parte se habla de mediación preventiva cuando se designa un mediador cuyas funciones estriban en asistir a las partes de un contrato colectivo vigente para mejorar sus relaciones, por ejemplo en la interpretación de su clausulado. Concretamente busca prevenir conflictos o controversias y elude la contradicción de intereses. Es un oficio de alta relevancia, lo cual justifica la operación de un programa específico, consistente en varios talleres ofertados a los sindicatos y a los empleadores, —cuyas relaciones se sujetan a la jurisdicción federal, pues como se verá posteriormente, cada provincia tiene distinta regulación—. <sup>11</sup> Las actividades se desarrollan por funcionarios especializados, dependientes del propio Servicio Federal de Mediación y Conciliación. Los planes de los talleres igualmente pueden adaptarse a las necesidades específicas de un centro de trabajo.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Véase <http://labour-travail.hrdc-drhc.gc.ca/doc/fmcs-sfmc/eng/medcom.cfm>.

<sup>11</sup> La mediación puede estar reglamentada en cada provincia de manera distinta. Véase Arthurs, H. W., *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, Kluwer Butter-Worth, 1993, pp. 59, 65 y 148.

<sup>12</sup> Véase <http://labour-travail.hrdc-drhc.gc.ca/doc/fmcs-sfmc/eng/prevmed.cfm>.

La institución preventiva parece atractiva, y el gobierno canadiense la ha considerado de mucha utilidad en el manejo y la administración de las relaciones laborales a nivel federal.<sup>13</sup>

Como antes dijimos, el sistema de prever opera durante la vigencia de un contrato colectivo, es decir, antes de que surja algún conflicto, a diferencia de otras mediaciones para resolver disputas surgidas o bien cuando el conflicto consiste en problemas para celebrar las negociaciones colectivas o problemas sindicales, de acuerdo con el derecho positivo canadiense.

El programa preventivo consiste en cuatro acciones principales que se desarrollan en talleres:

- a) Sobre aptitudes para negociar.
- b) Sobre la eficacia de los comités.
- c) Sobre los objetivos de las relaciones.
- d) Las facilidades para resolver problemas conjuntamente.<sup>14</sup>

En los Estados Unidos de América también se practica la mediación preventiva. Al igual que con las referencias de Canadá, en este apartado señalamos algunas peculiaridades de tal sistema por considerarlas de interés y reflexión.

Se identifica como la super mediación o mediación de interés público al procedimiento por el cual la Junta Nacional de Mediación, al advertir las dificultades para llegar a un arreglo, ofrece a las partes un arbitraje de prueba; si éste fracasa, todavía se hace un último intento mediatorio, el cual se lleva a cabo en lo que curiosamente se conoce como periodo de enfriamiento —de treinta días—. Los encuentros entre las partes con el fin de sujetarse a este ensayo arbitral se conocen como supermediación.<sup>15</sup>

El servicio de mediación se ha incrementado notablemente en el área de conflictos colectivos de orden económico. El Servicio Federal de Mediación y Conciliación estadounidense ha ofrecido intenso apoyo para capacitar técnicamente a personal de otros países, a los cuales viajan las comisiones de capacitadores; entre éstos se encuentran, como lo anuncia la propia

<sup>13</sup> La información vertida es una traducción de la información ofrecida vía internet, en la página del Departamento de Desarrollo de Relaciones Humanas de Canadá, cuya dirección se cita en cada caso. Véase <http://www.labour-travail.hrdc-drhc.gc.ca>.

<sup>14</sup> Véase <http://labour-travail.hrdc-drhc.gc.ca/doc/fmcs-sfmc/eng/prevmed.cfm>.

<sup>15</sup> Véase <http://www.nmb.gov/mfaq.htm>.

oficina del organismo, Rusia, Filipinas, Polonia, la Unión Europea, Irlanda, Taiwán, Corea, Sudáfrica, Panamá, El Salvador, Ecuador y México.<sup>16</sup> Sin embargo, no se tienen noticias de programas oficiales en el ámbito laboral mexicano.

Algunos de los servicios que ofrece el Servicio Federal de Mediación y Conciliación en Estados Unidos son los siguientes:

- a) Sistemas de consulta en resolución de controversias.
- b) Entrenamiento en negociación.
- c) Proceso de contratación colectiva.
- d) Aptitudes para la mediación en los conflictos.
- e) Entrenamiento del mediador para mejorar las relaciones de administración de relaciones laborales.
- f) Administración de servicios de mediación.
- g) Servicios arbitrales.
- h) Introducción y uso de sistemas alternativos de resolución de conflictos.<sup>17</sup>

La mediación preventiva es prácticamente aconsejada por la OIT en la recomendación núm. 158 sobre administración de trabajo, de 1958, y se practica, entre otros países, en Bélgica, Austria, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suecia.<sup>18</sup>

## V. LA CONVENIENCIA DE LA MEDIACIÓN

El proceso de solución mediante la intervención de un tercero imparcial con fórmulas de negociación directa, privada, entre las partes titulares de las relaciones de trabajo y de los conflictos, ofrece importantes ventajas para el desarrollo laboral, no sólo en cuanto a su productividad, sino también en cuanto al ambiente decoroso del trabajo; se previene y se evita la animadversión entre las partes en beneficio de la paz laboral. Otro beneficio es el arreglo de conflicto en plazos cortos que impide pérdidas de tiempo, no afecta la productividad y representa un ahorro en los gastos para ambas partes.

<sup>16</sup> Véase <http://fmcs.gov/Brochures/LM%20Relations.htm>.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Dupuis, *op. cit.*, nota 1, pp. 149, 150 y ss.

La mediación es un instrumento útil para inhibir juicios laborales, pero debe ser auténticamente neutral. La neutralidad requiere, sin duda, que exista una cultura de legalidad en la sociedad laboral entre empleadores y sindicatos. Otro requisito esencial, tal vez el de mayor trascendencia, es la selección del mediador y su capacidad de negociar.

## VI. FUNCIÓN SOCIAL

El servicio de mediación casi siempre se desarrolla como una función pública, por ello puede estatuirse con gratuidad para las partes, y dejar a cargo del Estado los gastos de administración del o de los organismos encargados de dicho oficio, que bien pueden ser funciones asumidas por órganos ya existentes, como son las procuradurías de la defensa del trabajo, con lo cual se evita la duplicidad de funciones y la multiplicación de costos. A su lado pueden funcionar los servicios privados de mediación que requieran del pago de abogados además de los honorarios del mediador. En este caso, los costes pueden cubrirse por ambas partes pero no sería aconsejable por la carga que representaría para los trabajadores.

Los argumentos sobre sus ventajas sociales son los mismos que tiene la conciliación. Ergo, podemos afirmar que la mediación se ha convertido en un puente entre los ciudadanos y la autoridad laboral<sup>19</sup> y que en todo caso se pretende la paz laboral. Como figura intermedia entre la conciliación y el arbitraje llega en ocasiones a tomar algunas de las formas procedimentales de alguna de las dos.

## VII. ÓRGANOS DE MEDIACIÓN

Algunas legislaciones, entre ellas la canadiense y la estadounidense, prevén en sus legislaciones la formación de cuerpos de mediadores integrados en servicios federales.

En Canadá, el Servicio Federal de Mediación y Conciliación fue establecido desde 1947, y en Estados Unidos tiene su antecedente en la Ley de Conciliación de 1900. Ambas legislaciones le asignan a la institución la responsabilidad de promover la paz laboral en sus países. Los conciliadores y mediadores deben tener su programa de servicios y de trabajo como funcionarios del gobierno federal.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 5 y 6.

Los datos acerca de la eficacia de la mediación en el sistema estadounidense revelan un índice alto. Se reporta que en toda su historia, el 97% de los casos sometidos al Servicio Federal de Mediación han tenido éxito, por lo que no se reportan interrupciones en la prestación de los servicios públicos.

En algunos estados de la unión americana funciona un sistema de defensoría al que llaman *ombudsman* del trabajo. Tenemos ejemplo de ello en Pittsburg, Nuevo México y Kentucky, y probablemente existe en otros estados. En los que la función del *ombudsman* se apoya en la oficina de compensaciones salariales de los trabajadores (*Worker's Compensation Office*).<sup>20</sup> Los resultados que se reportan también alcanzan un grado importante de éxito. En el caso particular de Pittsburg, se declara que entre el 80 y el 90% de los casos atendidos por el sistema de mediación voluntaria son resueltos por el *ombudsman*, concluyendo los asuntos en un periodo de entre seis y ocho horas, en lugar de esperar entre dos y cuatro años en que se considera el promedio de duración para resolver los asuntos laborales por las vías tradicionales. El organismo, además, ofrece asesoramiento a las partes sobre sus derechos y obligaciones.<sup>21</sup>

## VIII. MEDIADORES

Para la eficacia de la mediación se han de considerar, además de las cualidades morales de las personas, algunas condiciones de carácter jurídico como no ser juzgador.

Es prudente que entre las cualidades de los mediadores esté la condición de ser abogado, que como lo ha expresado Omar Berizonce, les permite fungir con más propiedad apoyados en el criterio jurídico, entendido ello como la facultad de disponer de recursos para la comprensión valorativa de las soluciones de equidad, por encima de las soluciones estrictamente jurídicas; requerimiento de gran relevancia. También se requiere experiencia en el manejo de las relaciones laborales con solvencia moral reconocida públicamente que abrirá la confianza de las partes esenciales para el éxito. Y como en todo procedimiento, para resolver o dirimir conflictos, judicial o extrajudicial, deben ser neutrales e imparciales, con un alto sentido acerca de los asuntos sociales.

<sup>20</sup> Véase <http://www.cbs.state.or.us/wco/indexsp.html>.

<sup>21</sup> Véase <http://www.emplawmed.com/process.htm>.

## IX. TÉCNICAS DE MEDIACIÓN

Podemos referirnos a las técnicas con dos enfoques, uno sobre la forma y el otro procedimental o de forma. En cuanto al primero, citamos al autor argentino Juan Carlos G. Dupuis, cuyo planteamiento, aun cuando basado en la legislación de su país y al tratarse de un servicio de mediación general y no para el área social, es un punto de apoyo para desarrollar el tema en ocasión de esta investigación.<sup>22</sup>

El autor presenta tres posiciones acerca del alcance del mediador de acuerdo con las corrientes pronunciadas. Por una parte, algunos especialistas consideran que el mediador debe concentrarse en el proceso de las negociaciones sin atender al contenido.<sup>23</sup> Dicho de otra manera, esta escuela recomienda atender la forma y no el fondo. La otra corriente considera de más sustento negociar en atención al fondo del problema con la búsqueda de una solución “justa y equitativa”, tendencia que comprende el equilibrio de fuerzas y la ayuda en la definición de los términos. Una tercera postura es ecléctica y sostiene que debe atenderse el fondo pero también la forma.<sup>24</sup>

Para algunos sistemas laborales, como el mexicano, el sólo argumento de buscar soluciones “justas y equitativas” basta para considerar que la tendencia de mejor opción para solucionar los conflictos laborales sería la segunda corriente, no sólo por atender el fondo de la divergencia sino más por la aplicación de los fines del derecho social, la justicia y la equidad en las soluciones que tienen un contenido social de trascendencia.

El mediador, como se declara a través del *ombudsman* de Pittsburg, por ejemplo, no puede representar a ninguna de las dos partes ni instruir las legalmente, es decir, no puede ser su defensor ni representante legal y no puede confundirse con su asesor. El ejercicio necesario durante la mediación se concentra en identificar el problema que las partes plantean, aclarar los malos entendidos en el desarrollo de sus relaciones, interpretar los contratos, buscar soluciones viables y lograr un acuerdo, encauzado por un tercero que mire los puntos del conflicto objetivamente.<sup>25</sup>

Es importante destacar que ante el fracaso de la mediación, lo expuesto durante las sesiones no debe presentarse como prueba en el juicio que se si-

<sup>22</sup> Dupuis, *op. cit.*, nota 1, pp. 70 y 71.

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> Véase <http://www.emplawmed.com/process.htm>.



ga, excepción hecha de aquellos documentos o testimonios, condiciones o circunstancias que las partes conocieran previamente. De lo contrario las partes podrán inhibirse y preferir la no concurrencia a servicios de mediación. Por otro lado, podrían buscar argumentos falsos o erróneos, lo que entorpecerían las gestiones del mediador. Además, se distingue del arbitraje precisamente porque no siempre se exige la presentación de pruebas, aunque no puede dejar de mencionarse tal posibilidad. En el caso francés, por citar a uno de los países que comparamos, los mediadores tienen amplias facultades para conocer la situación económica y financiera de la empresa y de los trabajadores o sindicatos, así como solicitar informes oficiales. También pueden recurrir a expertos o asesores.<sup>26</sup>

En virtud del carácter preprocesal y extrajudicial de la mediación y, en consecuencia, su importancia para descongestionar los tribunales de trabajo u otros órganos de la justicia laboral, es de suponerse una tramitación sin protocolos procedimentales. Es útil que las partes del conflicto afronten por sí mismas sus diferencias, siendo aconsejable su participación personal en las audiencias correspondientes. En algunos sistemas no se admite la gestión de abogados, pero se autoriza su asesoría.

Otro elemento relevante consiste en la técnica empleada por el mediador. En ocasiones resulta más oportuno atender a las partes por separado y después de haber analizado quién ostenta más fuerza y quién es la más débil, se reflexiona sobre las respectivas posiciones para buscar y allegarse de elementos que sostengan las propuestas o sugerencias que vayan a formular, las cuales se harán del conocimiento de los interesados por separado o conjuntamente.<sup>27</sup>

La condición general para la mediación es el encuentro de las partes, que igualmente puede determinarse por ley o estipularse en los contratos colectivos. El lugar de las reuniones puede ser el propio centro de trabajo, una oficina federal o el lugar que indiquen el mediador, las partes o todos de común acuerdo. Ciertamente es preferible el traslado del mediador al lugar pactado cuando el centro de trabajo no se ubica en las cercanías de las oficinas de los mediadores, sobre todo cuando se trata de la mediación obligatoria y los mediadores sean funcionarios de los organismos encargados de esta actividad.

<sup>26</sup> Verdier, Jean-Maurice, *Droit du travail*, París, Dalloz, pp. 600 y 601.

<sup>27</sup> *Idem*.

Cómo se ha visto, existe la posibilidad de que las partes expliquen por escrito el motivo por el cual rechazan el arreglo propuesto a través de la mediación; en otras existe la necesidad de que el mediador reporte al Ministerio de Trabajo el fracaso de la gestión.

Es difícil determinar una técnica común, lo cual dependerá del país, de la rama industrial, de la clase de conflicto, de los empleadores y organizaciones sindicales, de la existencia de otros recursos judiciales o extrajudiciales de solución, de la fuerza de las partes, de la condición de obligatoriedad o voluntariedad para su desarrollo.

La mediación es un sistema más desarrollado en países industrializados, como Canadá, Estados Unidos, Italia, Alemania, España y Francia. El impulso en países latinoamericanos o países emergentes, en materia laboral, se ha dado a partir de los tratados comerciales internacionales. En Argentina, por ejemplo, la mediación ha sido objeto de una reglamentación especial para su impulso; funciona actualmente en casi todas las ramas de derecho, no así en la penal, lo cual es entendible, y tampoco en materia laboral con ciertas excepciones.<sup>28</sup> En Costa Rica se presenta algo similar.

En Chile, a partir de 1992, se dictó la ley para reglamentar la creación de cuerpos de mediadores que funcionan por región,<sup>29</sup> sin obligar a las partes a someterse a ella.

Existe una corriente impulsora que mucho dependerá, tal vez, de las costumbres de las empresas transnacionales en el manejo de las relaciones laborales. Hasta ahora se han ido imponiendo las prácticas desregulatorias en las relaciones industriales —antes relaciones laborales—, esto hace suponer el impulso del sistema de mediación. En realidad es conveniente para la sociedad laboral, y para la sociedad en general, que los conflictos de trabajo se resuelvan además de rápido, satisfactoriamente, dejando que el desarrollo de las mismas continúe en un ambiente cordial y de colaboración. Esto influirá en el ánimo psicológico para que las partes abandonen

<sup>28</sup> La Ley 24.573 excluye la mediación laboral, aunque la conciliación obligatoria puede tener similitud con la mediación con ciertas particularidades. La Ley 24.635, en el artículo 20, establece que en forma supletoria y en la medida que resulte compatible al procedimiento conciliatorio, le serán aplicadas las normas de la Ley General de Mediación y Conciliación, el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación y la Ley 18.345. Bajo la hipótesis de la supletoriedad, la conciliación y la mediación son distintas, pero se hallan vinculadas. *Cfr.* Dupuis, *op. cit.*, nota 1, p. 101.

<sup>29</sup> Humeres Magnan, Héctor y Humeres Noguera, Héctor, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 15a. ed., Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 447.

sus posturas rígidas de confrontación para mejor comprender las necesidades mutuas y responderse entre ellas con reciprocidad. Esta reciprocidad no debe comprenderse en el sentido que tiene para la transacción, aunque de cierta manera se parecen entre sí.

En México no conocemos la mediación propiamente dicha. No se reglamenta en la legislación laboral. Sin embargo, las funciones encomendadas al cuerpo de conciliadores de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social para atender las pláticas negociadoras entre sindicatos y empleadores reflejan una auténtica mediación. Por ello entendemos que la función se confunde o se funda con la conciliación, como lo decía Alcalá-Zamora.<sup>30</sup> Su distinción estriba en el grado de intervención de los funcionarios, como estima la OIT.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y auto-defensa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1970.
- ARTHURS, H. W., *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, Kluwer Butter-Worth, 1993.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- DUPUIS, Juan Carlos G., *Mediación y conciliación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s.f.
- HUMERES MAGNAN, Héctor y HUMERES NOGUER, Héctor, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 15a. ed., Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- VERDIER, Jean-Maurice, *Droit du travail*, París, Dalloz.

### *Direcciones electrónicas*

- <http://www.argiropolis.com.ar>.
- <http://www.cbs.state.or.us/wco/indexsp.html>.
- <http://www.emplawmed.com/process.htm>.
- <http://fmcs.gov/Brochures/LM%20Relations.htm>.
- <http://labour-travail.hrdc-drhc.gc.ca/doc/fmcs-sfmc/eng/prevmed.cfm>.
- <http://www.nmb.gov/mrna.htm>.

<sup>30</sup> Cfr. Alcalá Zamora, nota núm. 196.