

# MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Luis Octavio VADO GRAJALES

SUMARIO: I. *Definición de litigio*. II. *Formas de resolución de litigios (autotutela, autocomposición y heterocomposición)*. III. *Definición de medios alternativos de resolución de conflictos*. IV. *Bibliografía*.

## I. DEFINICIÓN DE LITIGIO

Los medios alternativos de resolución de conflictos se han convertido en un tema relativamente común en el mundo jurídico mexicano. Se constituyen como una visión novedosa y distinta de la tradicional atención de litigios exclusivamente por medio del proceso judicial.

Se han publicado interesantes textos e investigaciones al respecto, que han abundado sobre la ya importante doctrina extranjera (norteamericana, española, argentina, mexicana, entre otras) al respecto, y se han empezado a vivir experiencias prácticas en varias entidades, como Querétaro, Quintana Roo, Estado de México, Nuevo León, Sonora, etcétera.

Nuestra intención con este trabajo es presentar algunas definiciones básicas que orienten a quienes se introducen por primera vez en el estudio de los medios alternativos. Debemos partir de la base de que dichos medios son una forma de resolver conflictos humanos, un tema que tiene tanto que ver con el derecho como con la psicología, sociología y economía, entre otras ciencias.

Ha sido un ejercicio constante de los juristas el determinar qué conflictos tienen una característica jurídica, que haga exigible la participación del derecho para su resolución. Así, se ha hablado de controversia, juicio, litigio, etcétera.

Aunque no existe un término universalmente aceptado, el que cuenta con el mayor uso y con un respaldo teórico más importante es el de litigio. Proveniente del latín *litis*, que se utilizaba como sinónimo de pleito demanda, lucha e incluso certamen.<sup>1</sup> Su significado original alude a una disputa. Se ha utilizado en el derecho desde antiguo, en frases tales como litiscontestación, *litis* abierta, *litis* cerrada, litisconsorcio, cuotalitis, etcétera.

Se debe a Francesco Carnelutti la elaboración teórica del concepto de litigio, definiéndolo como “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”.<sup>2</sup> La definición anterior fue complementada por el procesalista español Niceto Alcalá-Zamora, para quien el conflicto debe ser jurídicamente trascendente, esto es, susceptible de solución mediante la aplicación del derecho.<sup>3</sup> Desmenucemos esta definición.

En primer lugar, cuenta con dos elementos subjetivos: una persona que pretende y otra que resiste. En segundo lugar, tenemos un elemento objetivo, que es el bien jurídico<sup>4</sup> sobre el que versan la pretensión y la resistencia.

El litigio no nace con el proceso judicial. De hecho, el proceso es distinto y posterior al litigio, aunque, como veremos, es una de las formas posibles de resolverlo. El litigio nace desde el momento en que alguien formula una pretensión, esto es, exige una subordinación del interés ajeno al propio, y frente al mismo se presenta una resistencia de aquel contra quien se pretende.

## II. FORMAS DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS (AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSICIÓN Y HETEROCOMPOSICIÓN)

Cabe esperar entonces que con los litigios sucedan diversas situaciones:

<sup>1</sup> Steinsel, O., *Diccionario latín-español, español-latín*, Madrid, Cía. Bibliográfica Española, 1958, pp. 196 y 197.

<sup>2</sup> Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 4a. ed., México, Oxford University Press, 1998.

<sup>3</sup> Alcalá-Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 18.

<sup>4</sup> Si no se trata de un bien jurídico, entonces no podemos hablar de litigio. Ejemplos serían una dilución sobre los méritos artísticos de un autor, o las habilidades de un deportista.

<i>Litigio</i>			
Nunca resuelto	Resuelto por la decisión unilateral de una de las partes (imposición-sumisión)	Resuelto mediante el acuerdo de las partes, con o sin ayuda de terceros	Resuelto por la decisión de un tercero

Del cuadro anterior se desprenden las tres clasificaciones en que encuadramos todas las formas de resolución de litigios, llamadas autotutela o autodefensa, autocomposición y heterocomposición. De momento, ejemplificaremos las variadas opciones que se pueden presentar, y que en realidad dependen de la naturaleza del litigio y la circunstancia de las personas participantes en el mismo:

<i>Litigio</i>			
Nunca resuelto	Resuelto por la decisión unilateral de una de las partes (imposición-sumisión)	Resuelto mediante el acuerdo de las partes, con o sin ayuda de terceros	Resuelto por la decisión de un tercero
	Legítima defensa Echazón Robo de fámelico Desistimiento Allanamiento	Negociación Mediación Conciliación	Arbitraje Proceso

La finalidad del cuadro anterior es demostrar, desde el inicio de este trabajo, que el proceso no es: sinónimo de litigio; la única forma de resolver un litigio; la mejor forma de resolver litigios, independientemente de su naturaleza.

En manera civil, mercantil, laboral, generalmente quien presume ser titular individual del bien jurídico objeto del litigio es quien participa en su

resolución. En materia penal y administrativa, si bien no se discuten intereses individuales de los titulares del Ministerio Público o de las dependencias gubernamentales, son los intereses objetivos de las funciones que competen a cada uno de los dichos funcionarios los que participan en el litigio, ya que son intereses contrapuestos a los del inculcado y defensor, en materia penal, o del particular, en asuntos administrativos. En el caso del Ministerio Público de Querétaro, esto se desprende de la lectura de los artículos 19 y 21 del Código de Procedimientos Penales, se presenta una situación similar en prácticamente todos los estados de la República.

Cuando una relación humana llega al nivel de un conflicto, y éste se manifiesta en un litigio, entonces es necesaria la aplicación del derecho para la resolución del mismo. Ahora bien, la aplicación del derecho no es una competencia exclusiva de un grupo humano o de un sector social concreto, sino una atribución que a diario realizamos todas las personas. El simple hecho de realizar una compra mínima en una miscelánea, supone la realización de un acto jurídico por las partes, que aplican el derecho. Puede ser que las partes del mismo ignoren las disposiciones legales aplicables al contrato de compraventa, pero las aplican desde el momento en que se entrega el producto y se paga su importe.

De la misma manera, cuando decidimos realizar un contrato, rescindir-lo, incumplirlo, plantear una oferta pública o una recompensa, estamos haciendo una aplicación del derecho, como lo hace también un funcionario o cuerpo público cuando nos concede o nos niega una licencia, o el Agente del Ministerio Público al ordenar diversas diligencias o ejercer la acción penal.

Ahora bien, existe un cuerpo determinado de funcionarios que, aplicando también el derecho, su aplicación difiere de las ya narradas en cuanto a su definición y ejecución coactiva. Este cuerpo es el Poder Judicial. Cuando un juzgado aplica la ley a un caso planteado, y se han agotado o extinguido las vías procesales para su impugnación, entonces esta aplicación queda como definitiva e inatacable.

Los litigios no requieren necesariamente llegar ante un servidor público para resolverse. Aun cuando lleguen ante alguno de ellos, por ejemplo, un agente del Ministerio Público, tampoco supone necesariamente que deban llegar a conocimiento del juzgado, ni que requieran esa aplicación del derecho tan especial que dicho funcionario realiza.

Un litigio puede entonces resolverse de muy distintas formas: pueden ser realizadas la pretensión o la resistencia, se puede llegar a una transac-

ción o incluso a un proceso en que se determine la prevalencia de un interés sobre el otro. Lo importante es señalar que el proceso no es la única ni irremediable forma de acabar un litigio.

El esfuerzo más importante para sistematizar las formas en que se resuelve un litigio ha sido realizado por Niceto-Zamora y Castillo,<sup>5</sup> cuando las divide en tres categorías: autodefensa, autocomposición y heterocomposición.

### 1. *Autodefensa o autotutela*

Consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno. Se caracteriza porque se impone un interés en perjuicio de otro. Aun cuando nos encontramos ante la legítima defensa por un tercero, éste no actúa en interés propio, sino en el de otra persona que incluso puede desconocer, y que es la titular del derecho amenazado.

A la autodefensa se le ha considerado una forma egoísta de resolver litigios, pues implica la imposición antes que la concertación, además de que la solución proviene de una parte del conflicto, por lo que no es imparcial. Las manifestaciones de la autodefensa se han clasificado en unilaterales o bilaterales; entre las primeras encontramos la echazón del derecho marítimo, y entre las segundas la guerra.

La autodefensa está prohibida por el artículo 17 de la Constitución federal y 10 de la carta local, por lo que los casos donde se permita deberán ser expresos en la ley y no podrán extenderse por analogía.

### 2. *Autocomposición*

Se entiende como autocomposición la renuncia del derecho propio en beneficio del interés ajeno. Al igual que la autodefensa, sus manifestaciones pueden ser unilaterales o bilaterales, según provengan de ambas partes del litigio o de una de ellas. Como podemos ver, es una solución que proviene de la voluntad de una o ambas partes.

Las manifestaciones unilaterales de la autocomposición son el desistimiento, el allanamiento y el perdón del ofendido. En este último caso,

<sup>5</sup> La lectura de su libro *Proceso, autocomposición y autodefensa* resultará muy provechosa para profundizar sobre el tema que aquí se analiza.

hacemos referencia a aquellos delitos perseguidos por querrela, donde el perdón del ofendido extingue la pretensión punitiva del Estado.

Las tres figuras anteriores, que son las analizadas generalmente por los tratadistas, se presentan dentro del proceso, al que necesariamente llevan a concluir por voluntad de las partes, no por decisión del juzgador.<sup>6</sup> Si hablamos en términos más generales, podemos hablar de la renuncia al derecho, a la reclamación o la defensa.

La forma bilateral de la autocomposición que generalmente analizan los autores es la transacción, definida como un contrato en el cual las partes se hacen recíprocas concesiones a fin de resolver una disputa (litigio) presente o futura, tal como la define el artículo 2944 del Código Civil del Distrito Federal.

Al contrario de lo que sucede con las figuras unilaterales de la autocomposición, queda claro que la transacción puede darse de forma independiente al proceso. No lo requiere.

Como se desprende de las figuras analizadas, aquí una de las partes o ambas renuncian a sus pretensiones o resistencias, por ejemplo, aceptando un pago menor al pactado, concediendo un plazo de gracia, acordando modificaciones a un contrato, etcétera.

La autodefensa y la autocomposición tienen como característica afín que son formas de resolver una controversia sin que un tercero decida el asunto. Cuando se realiza, por ejemplo, una retención de equipaje, o cuando se cede frente a una pretensión de cobro (ejemplos de autodefensa y autocomposición respectivamente), no participa una tercera persona decidiendo el conflicto.

Pero esto no quiere decir que no puedan participar terceros en la autocomposición. De hecho, es común que lo hagan; pensemos, por ejemplo, en la negociación entre dos abogados para finiquitar un asunto de sus respectivos clientes que finaliza con una transacción, o en la intervención de un conciliador de la Profeco, de un mediador, etcétera.

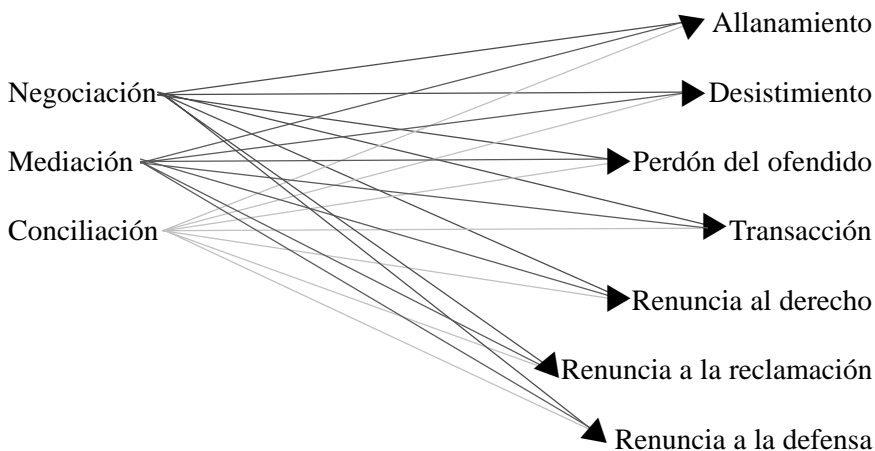
<sup>6</sup> Si bien el juzgador debe revisar la juridicidad del desistimiento, allanamiento, perdón del ofendido e incluso la transacción, también lo es que la naturaleza de su actuación es diversa. Ya no debe analizar los hechos para determinar cuál es la solución del conflicto aplicando el derecho, sino analizar si la manifestación de voluntad formulada para terminar el proceso es jurídicamente eficiente. Esto es posible porque el juez *nunca* es dueño del litigio, pues éste pertenece a las partes.

### 3. Heterocomposición

Aquí nos encontramos con que la solución del litigio viene dada por un tercero ajeno al problema, esto es, no sólo es requisito la presencia de un tercero, sino que dicho tercero resuelve de forma vinculativa el litigio.

Tenemos como formas clásicas de la heterocomposición al arbitraje y al proceso judicial. En el primer caso citado, nos encontramos ante un medio alternativo de resolución de conflictos, en el segundo, ante la figura tradicional en la que un juez, funcionario gubernamental, decide la cuestión discutida.

Antes de pasar al siguiente punto tenemos que hacer una aclaración. Proceso y arbitraje, así como negociación, mediación y conciliación resultan *procedimientos* o *caminos* para llegar a la solución de un litigio; por otro lado, desistimiento, allanamiento, perdón del ofendido, transacción, renuncia al derecho, a la reclamación o a la defensa son *formas que adopta la solución*. Por lo mismo, válidamente se puede establecer el siguiente esquema, atendiendo a las figuras autocompositivas de los medios alternativos de resolución de conflictos:



### III. DEFINICIÓN DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como hemos visto con el breve repaso anterior, no existe una forma única de resolver litigios. Que lo más común sea acudir al proceso judicial

es una afirmación necesaria de prueba, pues numerosísimos litigios no llegan a dicha etapa porque se han resuelto mediante una autodefensa o una autocomposición. De hecho, también parecería temeraria la afirmación de que todo litigio debe, necesaria e inexorablemente, resolverse mediante un proceso.

Por otro lado, los medios alternativos se nos presentan como algo novedoso, que vagamente relacionamos con la justicia anglosajona<sup>7</sup> o con algunas instituciones nacionales, como la ya citada Profeco. Debemos hacer un esfuerzo de descripción que nos ayude a entender mejor nuestro objeto final de estudio, la mediación.

La noción de medios alternativos de resolución de conflictos rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio), y que, 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, pero ni la única ni la más recomendable siempre.

Podría parecer lo anterior un regreso y ampliación de las teorías contractualistas sobre el arbitraje, pero en realidad se trata de retomar la distinción que da origen al derecho procesal: no es lo mismo el *derecho debatido* que el *procedimiento para declararlo*, pues el primero pertenece siempre a las partes, y en tanto sus titulares, al menos aparentes, son quienes tienen la facultad de decidir la forma en que quieran *sea debatido*. El que una de esas formas específicas, conocida como proceso, sea objeto del derecho público y, por tanto, ya no puedan las partes disponer de él, no implica que en todos los *procedimientos para declararlo* deba de ser igual.

Ciertamente, la denominación de medios alternativos de resolución de conflictos no es la única que se ha acuñado. Se habla de medios alternativos de justicia, medios alternativos de solución de conflictos en inglés, de *alternative dispute resolutions*, etcétera, la idea, sin embargo, es la misma que ya expusimos líneas arriba. Nos parece que no se utiliza la frase *medios alternativos de resolución de litigios*, porque no en todos los países en que los medios alternativos se han desarrollado se utiliza con la misma connotación la palabra *litigio* tal como la hemos explicado y que es la forma en que generalmente se acepta en las naciones latinas.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Por ejemplo, la muy vista negociación de la pena en las series norteamericanas. El nombre de la institución es *plea bargaining*.

<sup>8</sup> Resulta importante rescatar la noción de *equivalentes jurisdiccionales*, elaborada por Francesco Carnelutti. En nuestra opinión, todo medio alternativo es un equivalente juris-



Se debe tener claro. No se trata de una *renuncia a la justicia* o de una privatización de la misma, sino de la existencia de diversos mecanismos para conseguirla.<sup>9</sup>

Seguramente podrán existir diversas formas de clasificar a los medios alternativos. Nosotros proponemos una basada en la participación de un tercero. Si hacemos una clasificación de los medios de resolución de conflictos, a partir del menor poder del tercero para decidir e intervenir e incluyendo al proceso para poder tener una mejor comparación, podrían quedar de la siguiente manera:

<i>Intervención de tercero</i>	<i>Medio alternativo</i>
Nula (a menos de que cuente con las facultades legales necesarias)	Negociación
Facilita la comunicación	Mediación
Facilita la comunicación y formula propuestas de arreglo	Conciliación
Decide el litigio pero no ejecuta su decisión	Arbitraje
Decide el litigio y ejecuta su decisión <sup>10</sup>	Proceso

Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan *resolver* sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional. Encontramos entre ellos la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, en los que el poder de las partes puede ser mayor o menor en términos de la decisión.

Lo anterior porque existen una serie de litigios cuya resolución por medio de un proceso no parece la vía más adecuada. Pensemos en conflictos fa-

diccional, pero no todo equivalente es un medio alternativo, como sucede, por ejemplo, con el proceso extranjero o el proceso eclesiástico.

<sup>9</sup> Nos parece que el procesalista uruguayo Enrique Véscovi expresa lo anterior de una forma clara: “Digamos que, en general, se busca no sustituir la vía jurisdiccional sino, como decimos, encontrar una forma alternativa que permita suprimir, o resolver pacíficamente, una gran cantidad de disputas, impidiendo que lleguen a la vía judicial” (Véscovi, 1994, p. 366).

<sup>10</sup> Salvo la materia penal, donde la ejecución es encomendada al Ejecutivo.

miliars, donde el peso de las relaciones necesarias futuras no se puede dejar a un lado al resolverlos, o conflictos donde, ya sea por el monto reclamado o por su necesidad inmediata, no se puede optar por un proceso judicial dado el lento paso del mismo. Podemos señalar también aquellos asuntos penales que, perseguibles por querrela, la ley privilegia la voluntad del ofendido para conseguir un arreglo no procesal del litigio.

Los medios alternativos comparten ventajas y desventajas, de las cuales hacemos una enunciación no limitativa:

<i>Ventajas</i>	<i>Desventajas</i>
Mayor rapidez para la resolución de los litigios	Falta de supervisión experta
Menor costo económico	Posible parcialidad
Menor costo emocional	Imposición del más fuerte, ya sea en lo económico, social o psicológico
Descongestionamiento de instancias gubernamentales, principalmente juzgados y ministerios públicos	Falta de objetividad
Optimización de recursos gubernamentales	Falta de cuadros especializados
Cumplir una función cívica, en el sentido de que enseñan a los ciudadanos a prever y resolver sus conflictos de forma privada	

### 1. *Negociación*

Antes de dar nuestra definición transcribiremos algunas que nos brindan diversos expertos en el tema.

En un libro clásico sobre mediación, se dice sobre el acto de negociar "... es una comunicación mutua diseñada para llegar a un acuerdo, cuando usted y la otra persona tienen algunos intereses en común y otros que son opuestos".<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Fisher, Roger *et al.*, *Obtenga el sí*, 2a. ed., México, CECSA, 2003, p. xv.

Carles Mendieta Suñé escribe: “Entendemos por negociación el proceso en el que dos o más partes, con cierto grado de poder, con intereses comunes y en conflicto, se reúnen para proponer y discutir propuestas explícitas con el objetivo de llegar a un acuerdo”.<sup>12</sup>

Por nuestra parte, definimos a la negociación como un procedimiento<sup>13</sup> en el cual dos partes de un conflicto intercambian visiones sobre el mismo y se formulan mutuamente propuestas de solución.

Es, en muchas ocasiones, el primer mecanismo al que recurren los participantes para atender un litigio. Antes de decidirse por la vía judicial, es común que las partes, ya sean las dos o alguna de ellas, intente llegar a un acuerdo que resuelva la controversia.

Incluso una vez ejercida la acción o formulada la querrela, es posible que las partes decidan intentar una negociación, a fin de permitir una resolución más rápida del problema.

En la negociación pueden intervenir en ocasiones terceros, por ejemplo, cuando se solicita una opinión experta sobre algún tema, o cuando las partes se ven representadas por abogados o apoderados para la discusión de los puntos del acuerdo. En tales casos hay que resaltar el hecho de que los terceros participantes lo hacen en carácter de representantes de las partes del litigio, por lo que éstas deben de pasar por lo acordado por aquellos; o bien, la actuación de los terceros debe ser ratificada por los reales dueños del asunto.

La negociación se ha convertido también en un medio de vida para los llamados negociadores profesionales. Para su utilización exitosa, requiere una serie de conocimientos y de herramientas especializadas, así como el desarrollo de habilidades especiales. El resultado positivo de una negociación es, generalmente, una autocomposición.

Para profundizar, pueden conseguirse muchos libros sobre negociación en el mercado y nosotros recomendamos los siguientes:

- *Más allá de las diferencias*, de Eduardo Reig y George. W. Dionne, Norma, 2000. Este libro presenta una visión psicológica y humanística

<sup>12</sup> Mendieta Suñé, Carles, *Técnicas avanzadas de negociación*, Barcelona, curso online de la Universidad de Barcelona, 2002, p. 9.

<sup>13</sup> No utilizamos la palabra *proceso* por la connotación tan específica que tiene en materia jurídica, concretamente, en el derecho procesal.

de conflicto y las formas de resolverlas. Muy útil para quienes no tienen una formación como psicólogos.

- *Obtenga el sí*, escrito por Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, 2a. ed., México, CECSA, 2003.
- *¡Supere el no!*, de William Ury, Norma. Al igual que el libro anterior, se trata de textos escritos por representantes de la muy conocida escuela de negociación de Harvard.
- *Moralejas para mediar y negociar*, de Luis Miguel Díaz, Themis, 1999. El autor cuenta con experiencia en la negociación y la mediación en sociedades multiculturales.
- *El negociador inteligente*, por Charles Craver, Aguilar. El autor es profesor de investigación en The George Washington University School of Law.

## 2. Mediación

Tema central de nuestro texto. Como en el caso anterior, brindaremos algunas definiciones de diversos estudiosos, antes de sugerir la nuestra. Ovalle Favela escribe acerca de la mediación:

La función de este tercero puede limitarse a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes, para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. En este caso, el tercero será simplemente un mediador, que hace posibles las condiciones para que las partes intercambien sus puntos de vista sobre el litigio y al invitarlas para que lleguen a un acuerdo, hace propicia la solución. A la función que desempeña este tercero se denomina mediación.<sup>14</sup>

Por su parte, Enrique Urquidí señala: “La mediación es un proceso mediante el cual las partes en conflicto, asistidas por un tercero neutral, buscan identificar opciones reales y alternativas viables para dirimir su controversia y llegar a un acuerdo que ofrezca soluciones de mutua satisfacción”, y después amplía “...la mediación puede ser concebida como una colección de técnicas de negociación que permite restablecer o refor-

<sup>14</sup> Vale la pena hacer notar que, para Ovalle, la mediación y la conciliación tienen una “posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición”. Ovalle Favela, José, *op. cit.*, nota 2, p. 26.

zar la confianza y el respeto entre los participantes. Además, fortalece la autodeterminación y, en su caso, ayuda a minimizar los efectos adversos de una ruptura definitiva de relaciones”.<sup>15</sup>

Folberg y Taylor apuntan acerca de la mediación “Es posible definirla 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”.<sup>16</sup> En el libro *Guía práctica para la mediación* se define: “La mediación es un proceso que emplea a un tercero neutral —el mediador— para facilitar las negociaciones entre las partes de un conflicto con el fin de llegar a una solución mutuamente aceptable”.<sup>17</sup>

Por nuestra parte, entendemos por mediación el procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre aquellas para que puedan delimitar el conflicto y encontrar su solución. El tercero no hace propuestas de arreglo.<sup>18</sup>

De momento no profundizaremos en la mediación, pues sobre sus tipos, etapas y herramientas el lector podrá encontrar referencias en los capítulos posteriores. Bástenos hacer algunas referencias de momento, principalmente orientadas a diferenciar la mediación de otras figuras de los medios alternativos.

En primer lugar, la mediación comparte con la negociación y la conciliación el hecho de que las partes mantienen su poder de decisión sobre el litigio, pues ningún tercero puede imponer decisión alguna.

Además, dado que incluso el tercero en la mediación, llamado mediador, no formula propuestas de arreglo, sino que facilita la comunicación entre las partes, la mediación ha sido llamada *negociación asistida*. Es una visión que compartimos, porque, como se verá más adelante, el mediador ayuda a que las partes tengan clara su situación, las posibles soluciones y les apoya en la búsqueda conjunta de soluciones, sin asesorarles de forma técnica.

<sup>15</sup> Urquidi, Enrique, *Mediación. Solución de conflictos sin litigio*, Querétaro, Centro de Resolución de Conflictos, 1999, p. 19.

<sup>16</sup> Folberg, J. y Taylor, A., *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1997, p. 27.

<sup>17</sup> Picker, *Guía práctica para la mediación*, Buenos Aires, Paidós, 2001, p. 16.

<sup>18</sup> No todos los autores aceptan como campo vedado al mediador la formulación de propuestas. Barrios de Ángelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 12.

La mediación y la negociación son procesos flexibles y ajustables a la circunstancia en particular, pues aunque tienen etapas bien definidas, no se les contempla como esclusas a las que está prohibido el regreso.

### 3. Conciliación

Sigamos nuestra costumbre y brindemos algunas definiciones diversas, antes de proponer nuestra conceptualización. La Corte Constitucional colombiana ha señalado:

Se ha entendido por la doctrina la conciliación como un medio no judicial de resolución de conflictos mediante el cual las partes entre quienes existe una diferencia susceptible de transacción, con la presencia activa de un tercero conciliador, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o por él mismo, buscan la forma de encontrar solución y superar el conflicto de intereses existente”.<sup>19</sup>

Transcribamos dos definiciones de distinguidos procesalistas españoles. La primera señala “Es un procedimiento no jurisdiccional, aunque intervengan en el, por razones de conveniencia, un juez del orden civil o del orden laboral, por el que se intenta que las partes entre las que existe discrepancia o disceptación lleguen a una avenencia o convenio evitador del proceso, que, en otro caso, sería objetivamente necesario.<sup>20</sup> Por su parte, la que nos brinda Jaime Guasp reza: “Proceso de cognición (la conciliación) especial por razones jurídico-procesales, por el que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal o ulterior, también de cognición, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes.”<sup>21</sup>

De nuestra parte, ofrecemos la siguiente definición: Procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre las personas enfrentadas para delimitar y solucionar el conflicto, y que además formula propuestas de solución. La conciliación puede dividirse en:

<sup>19</sup> Martínez Caballero, Alejandro, *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Legis, p. 231.

<sup>20</sup> Prieto Castro y Fernández, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Madrid, Tecnos, s/f, p. 418.

<sup>21</sup> Montero Aroca, Juan, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 196.

- *Extraprocesal*: cuando se realiza fuera de un proceso judicial, por lo que no constituye un presupuesto procesal. Tenemos de ella varios ejemplos en la legislación mexicana, como lo son la Profeco, la Procuraduría de la Defensa del Trabajador, las comisiones estatales y nacionales de Arbitraje Médico, la Comisión Estatal de Derechos Humanos, Condusef, etcétera.
- *Intraprocesal*: se presenta al inicio o previa a un proceso, y en todo caso, su intento es un requisito procesal. Como ejemplo, tenemos el juicio sumario hipotecario en Querétaro, el procedimiento ordinario ante las juntas de conciliación y arbitraje, entre otras figuras.<sup>22</sup>

En materia penal, la tenemos legislada en la reforma del 25 de agosto de 2000 a la legislación penal de Querétaro, estableciendo la conciliación penal en delitos perseguibles de querrela, quedando como responsabilidad de los agentes del Ministerio Público.

La tendencia es que la conciliación extraprocesal sea realizada por profesionales del derecho con una capacitación especial, y no por jueces, como sucedía, por ejemplo, en el México del siglo XIX, cuando la conciliación se encargaba de los jueces menores o de paz.

La conciliación intraprocesal es la que se realiza dentro de un proceso judicial y tiene la finalidad de evitar la continuación del mismo, por lo que Piero Calamandrei la llamó, cuando es exitosa, “infanticidio procesal”.

En este caso, la conciliación intraprocesal va ligada a la llamada audiencia preliminar o despacho saneador. Estas figuras se refieren a la realización de una audiencia al inicio del proceso, en la que fija litis, se depura el procedimiento, se resuelven las excepciones procesales y se intenta la conciliación. Es muy conocida en materia laboral y ha sido recogida por diversas leyes procesales.

La conciliación intraprocesal puede o no ser dirigida por el juez. En el caso del Distrito Federal y Guerrero, el juzgador se encarga de la audiencia preliminar, excepto de la etapa conciliatoria, que se desarrolla bajo la di-

<sup>22</sup> Aquí se incluye la figura de las *pláticas o juntas de avenencia* a que obliga la ley a los cónyuges que tramitan un procedimiento de divorcio voluntario. Juntas de naturaleza curiosa, pues las propuestas del juez parecen estar atadas al objetivo de que desistan las partes de su petición de divorciarse.

rección de un oficial conciliador. En Morelos y Durango, por ejemplo, la etapa conciliatoria es desarrollada por el juez de la causa.

La conciliación extraprocesal obligatoria ha sido declarada inconstitucional por la SCJN, que la ha estimado contraria al artículo 17 de la Constitución federal; en el caso de la intraprocesal, la regla general es que sea una etapa obligatoria, no siendo obligatoria obtener acuerdos.

La mediación y la conciliación comparten similitudes que a continuación se enuncian:

- Uso de las mismas técnicas y herramientas, ya que la base de las mismas es facilitar la comunicación entre las partes.
- Evitan el proceso o lo terminan.
- La facultad de llegar al arreglo corresponde a los participantes, ya que el tercero interviniente no puede imponerlo, a diferencia del arbitraje o el proceso judicial.
- La casi total ausencia de formalidades.
- Preponderancia de la oralidad.
- Principio de inmediatez.

Es importante distinguir la mediación y la conciliación, pues, aunque comparten técnicas y herramientas, tienen ciertas particularidades que las diferencian.

- El conciliador puede hacer propuestas de arreglo a las partes. El mediador carece de dicha facultad.
- La conciliación puede ser una fase procesal, la mediación generalmente no lo es.
- El mediador no es necesariamente un perito en derecho, y el conciliador normalmente lo es.

Para profundizar:

- *Concepto e historia de la conciliación*, artículo nuestro publicado en la *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, en el que se define la conciliación estableciendo sus similitudes y diferencias con otros medios alternativos, y se hace una revisión histórica que nos permite apreciar de mejor forma dicha figura.



- *El acceso a la justicia*, escrito por Mauro Capelleti y Bryant Garth, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, y que forma parte del llamado *proyecto Florencia*. Un texto excelente para conocer el movimiento de los medios alternativos en el mundo.
- *La conciliación en los conflictos de trabajo*, Lausana, Organización Internacional del Trabajo, 1974.

Si se busca un análisis de la conciliación desde la perspectiva procesal, puede consultarse diversos textos de teoría general del proceso, o trabajos específicos de diversos autores, tales como Niceto Alcalá-Zamora, Víctor Fairén Guillén, Dante Barrios de Ángelis. De igual forma, resulta interesante conocer la propuesta que sobre la audiencia previa y de conciliación nos plantea el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Si se quiere profundizar en las técnicas de la conciliación, no se encontrarán muchos textos específicos, además del citado al final del listado superior; sin embargo, al resultar aplicables las herramientas de la mediación, puede consultarse con utilidad cualquier texto sobre mediación que aborde las diversas técnicas y estrategias, como los que se citan en la bibliografía de este texto.

#### 4. Arbitraje

El experto en arbitraje, José Luis Sequeiros, nos dice acerca de tal medio alternativo: “Este método involucra un proceso en que un tercero ajeno a las partes (árbitro) y designado normalmente por ellas, resuelve un diferendo que puede surgir o que ya ha surgido entre las mismas”.<sup>23</sup>

En un texto clásico del derecho procesal mexicano, se define: “el arbitraje es la institución jurídica que permite a las partes confiar la decisión de una controversia, a uno o más particulares”.<sup>24</sup>

Citemos una definición de arbitraje más, surgida de la pluma de Carlos Cortés Figueroa: “consiste en el conocimiento y decisión de un conflicto de intereses por una persona (o conjunto de personas) que no son juzgadores oficiales (entiéndase estatales) sino particulares a quienes se somete el caso o casos concretos”.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Pereznieta Castro, Leonel (coord.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Fontamara, 2000, p. 12.

<sup>24</sup> Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, 16 ed., México, Porrúa, 1999, p. 17.

<sup>25</sup> Cortés Figueroa, Carlos, *En torno a la teoría general del proceso*, 3a. ed., México, Cárdenas, 1994, p. 96.

Por nuestra parte, definimos que el arbitraje es el sometimiento de un litigio a un tercero neutral ajeno a las partes que lo deciden mediante una resolución, llamada laudo, vinculativa para las partes, cuya ejecución obligatoria queda encomendada a un juez, previa homologación que ésta haga del laudo. La esencia del arbitraje es el sometimiento que hacen las partes de común acuerdo para acudir a dicho medio alternativo.

Una característica propia del arbitraje es que el árbitro nunca puede ejecutar sus resoluciones, sino que requiere del auxilio judicial. Tenemos distintos tipos de arbitraje, y son básicamente los siguientes:

- De estricto derecho: en este caso el árbitro debe ceñirse al procedimiento establecido en la ley para la resolución del litigio planteado.
- De equidad: las partes establecen un procedimiento específico a seguir, que debe respetar el árbitro, a quien incluso se le puede facultar para que decida el litigio sin ajustarse a las reglas de derecho, sino con base en la equidad.
- Institucional: diversas agrupaciones sociales o privadas, como lo son las cámaras de comercio o de actividades empresariales, ofrecen servicios de arbitraje a sus miembros, proporcionando una lista de árbitros y proponiendo un procedimiento tipo.
- Privado: es el prestado por particulares, generalmente con un costo en honorarios por su participación como árbitros.
- Público: ofrecido por instituciones gubernamentales, y suele ser gratuito. Por ejemplo, Profeco, Conamed, etcétera.

Vale la pena señalar que el arbitraje ha tenido un campo de crecimiento muy importante en la materia mercantil, sobre todo en comercio exterior. Se han firmado por nuestro país diversas convenciones internacionales en materia de arbitraje, como la Convención de Arbitraje de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Incluso se cuenta con la llamada Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de junio de 1985.

En el ámbito interno, el arbitraje privado se ha desarrollado principalmente por cámaras de comercio o de industriales, así como por corredores públicos.

Por último, se ha previsto el arbitraje como medio de resolución de conflictos familiares, en leyes de prevención de violencia intrafamiliar tanto

en el Distrito Federal como en Querétaro. Podemos definirlo como un procedimiento en el cual un tercero, ajeno e imparcial que no actúa funciones de juez público y que ha sido nombrado o aceptado por las partes, resuelve un litigio mediante una decisión vinculativa y obligatoria.

Como puede verse, una característica del arbitraje es la intervención de un tercero que, a diferencia del conciliador y el mediador, impone la solución. En este sentido, la naturaleza de la función del árbitro es idéntica a la del juez, por lo que tanto el arbitraje como el proceso pertenecen a la heterocomposición.

### 5. Otras figuras

Tenemos otros medios alternativos, que en realidad implican variaciones o adecuaciones de las formas básicas de las que hemos hablado, y que en su mayoría se han desarrollado en Estados Unidos. Podemos citar los siguientes:

- *Mini trial*: las partes de un litigio, previo acuerdo, deciden presentar ante un “asesor neutral”, que generalmente es abogado, información y escritos sobre su conflicto, intercambiándolos entre ellos. Al final de la presentación e intercambio de información, intentan las partes llegar a un acuerdo, y si no es posible, el asesor dictamina cuál sería el probable resultado de dicho caso si se presentara ante un tribunal, a esta forma también se le llama evaluación experta.
- *Neutral Listener* (oyente neutral): las partes nombran a una persona de su mutua confianza a la que hacen llegar las propuestas de arreglo, y este tercero determina si están lo suficientemente próximas como para verificar reuniones de negociación.
- *Summary jury trial*: un jurado integrado por personas incluidas en las listas de los jurados de los tribunales ordinarios escuchan las peticiones de las partes, reciben pruebas y expiden un dictamen que pueden o no aceptar las partes.
- *Moderated settlement conference*: es muy parecido al anterior, pero el jurado se compone de abogados, normalmente tres, que escuchan a las partes y presentan un dictamen, que también puede o no ser aceptado por los litigantes.

Por último, aunque no es propiamente un medio alternativo, tenemos los llamados juzgados multipuertas, que funcionan en algunos estados de la Unión Americana, en donde se da al juzgador la facultad de recomendar a las partes de un proceso el acudir a un medio alternativo, ya sea mediación, conciliación, *mini trial*, y el juez recomienda el medio considerado el más apropiado para resolver el asunto.

Al inicio de este ensayo señalamos la intención de brindar al lector un cuadro de descripciones básicas, que le permita profundizar en el tema con mayor claridad. Esperamos haber cumplido nuestro objetivo.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1970.
- APATOW, Robert, *El arte del diálogo. La comunicación para el crecimiento personal, las relaciones y la empresa*, Madrid, Edaf, 1999.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1983.
- BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, 16 ed., México, Porrúa, 1999.
- BENNET G., Picker, *Guía práctica para la mediación. Manual para la resolución de conflictos comerciales*, Buenos Aires, Paidós, 2001.
- BERIZONCE, Roberto Omar, "La audiencia preliminar en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica", *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993.
- DANA, Daniel, *Adiós a los conflictos*, Madrid, McGraw-Hill, 2002.
- FABREGÁ P., Jorge, *Medios alternativos de solución de conflictos con especial referencia a la República de Panamá y a la de Estados Unidos*, ponencia presentada en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Santiago de Querétaro, mimeógrafo, mayo de 1997.
- FIGUEROA, Carlos, *En torno a la teoría general del proceso*, 3a., ed., México, Cárdenas, 1994.
- FISHER, Roger *et al.*, *Obtenga el sí*, 2a. ed., México, CECSA, 2003.
- FLORES GARCÍA, Fernando, ponencia presentada el 7 de mayo de 1997 en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, mimeógrafo, Santiago de Querétaro.

- FLORIS MARGADANT, Guillermo, ponencia presentada el 7 de mayo de 1997 en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Santiago de Querétaro, mimeógrafo.
- FOLBERG, J. y Taylor A., *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1997.
- LÜDERS, Rolf y RUBIO, Luis (coords.), *Estado y economía en América Latina. Por un gobierno efectivo en la época actual*, México, Porrúa, 1999.
- MARLOW, Lenard, *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Madrid, Granica.
- MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro, *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Legis.
- MENDIETA SUÑÉ, Carles, *Técnicas avanzadas de negociación*, Barcelona, curso on-line de la Universidad de Barcelona, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1981.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 4a. ed., México, Oxford University Press, 1998.
- PÉREZNIETO CASTRO, Leonel (coord.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Fontamara, 2000.
- PICKER BENMET, G., *Guía práctica para la mediación*, Buenos Aires, Paidós, 2001.
- PRIETO CASTRO y FERRANDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Madrid, Tecnos, s/f.
- REIG, Enrique y DIONNNE, George W., *Más allá de las diferencias. Cómo resolver sus conflictos laborales y personales a través del diálogo inteligente*, México, Norma, 2001.
- STEINSEL, O., *Diccionario latín-español, español-latín*, Madrid, Cía Bibliográfica Española, 1958.
- URQUIDI, Enrique, *Mediación. Solución de conflictos sin litigio*, Querétaro, Centro de Resolución de Conflictos, 1999.
- URY, William, *¡Supere el no!*, México, Norma.
- VADO GRAJALES, Luis Octavio, “Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad”, *ABZ, información y análisis jurídico*, México, año 7, abril de 2002.
- VARIOS AUTORES, *Diccionario jurídico mexicano*, 12a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1998.