



00743

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCION DE
LITIGIOS**

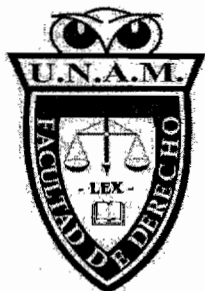
T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE:
ESPECIALIDAD EN DERECHO CIVIL**

PRESENTA:

LIC. SILVESTRE CONSTANTINO MENDOZA GONZÁLEZ

**ASESOR DE TESIS:
DR. CIPRIANO GÓMEZ LARA**



2005

m. 345329



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**A nuestra "alma mater"
Universidad Nacional
Autónoma de México y
a la Facultad de Derecho.**

**Con admiración y gratitud a
mis queridos maestros: DR.
CIPRIANO GÓMEZ LARA y
DR. IGNACIO MEDINA LIMA.**

**A mis padres
SANTOS MENDOZA FLORES (+)
y CATALINA GONZÁLEZ NIETO
por su incomparable ejemplo.**

**A todas aquellas personas
que hicieron posible la
materialización del presente
trabajo.**

INTRODUCCIÓN

La información que contiene el presente trabajo se refiere a un tema de actualidad que se ha denominado FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE LOS LITIGIOS, conceptualizados precisamente como aquellos procedimientos mediante los cuales se puede tener un mejor *acceso a la justicia* en contraposición al proceso jurisdiccional, que es por antonomasia, la forma ideal para dar solución a dichos litigios. Tales procedimientos son el arbitraje, la mediación, la conciliación y la negociación, cuyo estudio han abordado sinnúmero de autores contemporáneos a manera de presentarlos como figuras novedosas y por mucho, mejores que el juicio que se tramita ante los juzgados. Sin negar la importancia que revisten dichas figuras dentro de una sociedad como en la que nos desarrollamos, pues constituyen una forma de prevención a diferentes situaciones problemáticas que se suscitan con motivo de la constante convivencia entre los hombres; en los diversos apartados que conforman esta monografía, tratamos de acentuar en el primer capítulo la gran disparidad entre los conceptos que utilizan los autores en comento y la terminología que realmente debe usarse al estudiar las figuras mencionadas; pues en un lenguaje netamente jurídico debe hablarse de LITIGIO y no de conflicto. Además de ello se establecen y estudian los elementos que lo conforman, así como las formas en que los mismos se solucionan, esto es, a través de la Autotulela, la Autocomposición y la Heterocomposición.

Ya en el segundo capítulo, entramos de lleno al análisis de cada una de las denominadas formas alternativas de solución de litigios, empezando por el arbitraje, la negociación, la mediación y la conciliación; tratando de especificar sus aspectos esenciales, así como los rasgos que los distinguen unos de otros, principalmente por lo que hace a la mediación y a la conciliación.

En el tercer capítulo, por considerarlo muy ilustrativo para el lector, de manera muy genérica nos referimos a las diferentes situaciones en que se han venido adoptando las figuras en comento tanto en las legislaciones de los Estados que conforman nuestra República Mexicana, como en algunos otros países.

Por último, en el cuarto capítulo plasmamos una serie de ideas a manera de propuestas en cuanto a la adopción y el trato que se debe dar en nuestra legislación a los procedimientos analizados, con el objeto de que se aprovechen al máximo, pues insistimos, son de gran ayuda para las personas que pueden verse involucradas en alguna situación problemática que no tenga carácter jurídico pues su campo de acción va mas allá de ese ámbito.

FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE LITIGIOS

| | Pág. |
|--|------|
| INTRODUCCIÓN | I |
| | |
| CAPITULO I. | |
| <u>EL LITIGIO</u> | |
| 1.- Concepto de litigio | 1 |
| 1.1 Elementos | 4 |
| A. Conflicto | 4 |
| B. Interés | 4 |
| C. Pretensión | 6 |
| D. Resistencia | 7 |
| E. Partes | 8 |
| 2.- Formas de solucionar los litigios | 9 |
| 2.1 Autotutela | 10 |
| 2.2 Autocomposición | 15 |
| A. Desistimiento | 16 |
| B. Allanamiento | 18 |
| C. Transacción. | 20 |
| a) Definición | 20 |
| b) Naturaleza jurídica | 24 |
| c) Clasificación. | 24 |
| d) Elementos de validez | 25 |
| e) Ejecución | 27 |
| f) Importancia | 31 |
| 2.3 Heterocomposición | 31 |
| A. Arbitraje | 32 |
| a) Concepto | 32 |
| b) Forma en que surge el arbitraje (Compromiso en árbitros, cláusula arbitral y contrato de arbitraje) | 33 |
| c) Naturaleza jurídica del procedimiento arbitral | 37 |
| d) Clases de arbitraje | 39 |
| e) Modos de terminación | 41 |
| f) El árbitro | 42 |
| B. Proceso jurisdiccional. | 43 |

CAPITULO II.**FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE LITIGIOS**

| | |
|---|----|
| 1. Arbitraje | 53 |
| 2. Negociación | 54 |
| 3. Conciliación | 55 |
| 4. Mediación | 58 |
| 5. Ámbitos o aspectos de la vida social en donde se practican estas figuras.. | 68 |

CAPÍTULO III.**REGULACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL**

| | |
|---------------------------|----|
| 1. Nuevo León | 74 |
| 2. Morelos | 74 |
| 3. Quintana Roo | 74 |
| 4. Querétaro | 76 |
| 5. Colima | 82 |
| 6. Baja California | 82 |
| 7. Aguascalientes | 82 |
| 8. Puebla | 82 |
| 9. Distrito Federal | 85 |
| 10. Argentina | 86 |
| 11. Uruguay | 86 |
| 12. Colombia | 87 |
| 13. Perú y Bolivia | 87 |
| 14. China | 87 |

CAPÍTULO IV.

| | |
|--------------------------------|----|
| <u>PROPUESTAS</u> | 88 |
|--------------------------------|----|

| | |
|---------------------------|----|
| CONCLUSIONES | 90 |
|---------------------------|----|

| | |
|---------------------------|----|
| BIBLIOGRAFÍA | 93 |
|---------------------------|----|

I. EL LITIGIO.

1. CONCEPTO

Para iniciar el presente trabajo, es menester en primer lugar abordar el estudio del litigio por constituir la figura principal del tema a desarrollar; así pues, en el lenguaje común cuando nos referimos a un enfrentamiento o choque de fuerzas, incluso a cualquier situación problemática entre personas decimos que hay un conflicto, discrepancia, disputa, desacuerdo, pleito o controversia, etc. Pero, ¿qué significa cada uno de estos conceptos? De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española vemos que conflicto proviene del latín *conflictus* que significa combate, lucha, pelea. Discrepancia se entiende como diferencia, desigualdad al comparar dos cosas, o disenso en opiniones o conductas. Controversia es una discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas. Disputa significa debatir y Debatir proviene del latín *Debattuere*, cuya traducción es altercar, contender, disentir, discutir o disputar sobre una cosa. Contienda comprende las voces de lidia, pelea, riña, batalla; tiene relación con la palabra contención que proviene del latín *contentio*, *contendere* (disputar); a su vez contender proviene del latín *contendere* que significa lidiar, pelear, batallar. También es sinónimo de disputar, debatir o altercar. La palabra Pleito de igual manera proviene del latín *placitum* (decreto, sentencia). Tiene las acepciones de contienda, diferencia, disputa o litigio judicial entre partes. En relación al litigio, en dicho Diccionario encontramos que *Lite* proviene del latín *lis*, *litis*, que en el ámbito del Derecho es un pleito o litigio judicial. Por su parte litigio proviene de la voz latina *litigium* que quiere decir pleito, altercación en juicio, disputa o contienda.

Ahora bien, dentro de toda sociedad observamos que constantemente surgen choques de fuerzas contrarias, bajo esa tesitura, nos explica el maestro CIPRIANO GÓMEZ LARA¹ que el litigio, precisamente como un choque de fuerzas, forma parte de los fenómenos de esa conflictiva social o sinergia social.

¹ GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Novena edición. Edit. Oxford University Press. México, 2001. p. 1

De igual manera, algunos autores contemporáneos que han abordado un tema de actualidad denominado "Formas alternativas de solución de conflictos", utilizan alguno de los conceptos señalados al referirse a esa interacción de fuerzas que se da en toda sociedad; así por ejemplo JAIME GREIF² explica que el conflicto es de naturaleza universal, -por abarcar un sinnúmero de situaciones-, pudiéndose clasificar en dos categorías: intrapersonales e interpersonales, siendo estos últimos, las situaciones problemáticas que surgen entre individuos o grupos de personas.³

Otro autor sostiene: "el *conflicto*, innato a la naturaleza humana implica intereses diferentes, objetiva o perceptivamente; la sensación de dos personas que no pueden obtener lo mismo que quieren y de la misma manera, genera situaciones de tirantez, estrés, enojo, agresividad, aislamiento, soledad... Y si todo ello es consecuencia del conflicto es lógica la preocupación humano-histórica por salir de él..."⁴

En sus palabras, ZULEMA WILDE⁵ resalta que los *conflictos* siempre han existido y existirán mientras el hombre exista en este mundo; por lo demás, a lo largo de nuestra vida hemos estado acostumbrados a que los mismos sean resueltos por terceras personas como en el caso de los padres de familia tratándose de conflictos entre hermanos; el árbitro en los conflictos deportivos y los jueces en los conflictos de la vida social.

Por su parte, GOZAÍNI⁶ manifiesta que el *conflicto* nace como un desvío social, es decir, un estado patológico que vulnera la pacífica convivencia, derivada precisamente de las diferencias de intereses entre los hombres.

² GREIF, Jaime. "Conciliación, mediación, arbitraje como formas alternativas de solucionar conflictos de familia". Revista Uruguaya de Derecho Procesal. No. 1, 1995. Montevideo. p. 45

³ Idem

⁴ CURES, Susana I. "La Mediación". Revista Prudentia Iuris. No. 44. Septiembre, 1997. Buenos Aires, Argentina. p. 25

⁵ WILDE, Zulema. "Mediación y Conciliación". Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires. Vol. 55, No. 1, julio 1995. Buenos Aires, Argentina. pp. 8-9

⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "Formas alternativas para la resolución de conflictos". Ediciones Depalma. Argentina, 1995. p. 24

Sostiene que "cualquier aspecto de la vida de relación comprueba que la *controversia* se origina cuando las voluntades se enfrentan y los ánimos se exacerban multiplicando las diferencias..."⁷

Como podemos observar, algunos conceptos a que hacen alusión los autores mencionados, han sido tomado del lenguaje ordinario; por ello se refieren a diversas situaciones que no tienen nada que ver con el litigio -que según nuestra opinión-, es una concepción eminentemente de carácter jurídico. Para establecer su connotación exacta, tendremos que recurrir a su creador, el ilustre jurista FRANCISCO CARNELUTTI, quien define al litigio como "el conflicto de intereses calificado por la pretensión de una de las partes y la resistencia de la otra".⁸

Cabe mencionar que a esta definición el maestro ALCALÁ-ZAMORA⁹ agregó otro elemento más, diciendo que ese conflicto debe ser jurídicamente trascendente y susceptible de solucionarse a través del proceso, autocomposición y autodefensa.

Sin embargo, tal aclaración en opinión de DORANTES TAMAYO¹⁰ fue innecesaria, puesto que Carnelutti no lo dijo expresamente pero desde luego que se estaba refiriendo a un conflicto de intereses de carácter jurídico, a más de que estaba proporcionando un concepto relacionado con el Derecho Procesal.

En suma, podemos afirmar que el conflicto por sí solo, jamás podrá ser equiparado o tomado como sinónimo de litigio, pues constituye tan solo un elemento de éste. Al efecto, LUIS DORANTES TAMAYO citando a Carnelutti expresa: "Pero el simple conflicto de intereses [...] no constituye un litigio. Para que éste surja, es necesario que dicho conflicto se manifieste exteriormente, es decir, que las voluntades de las partes se exterioricen por la exigencia de una de ellas de que la otra sacrifique su interés al interés de ella, y por la

⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. op. cit. p. 26

⁸ CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal*. T.I. Primera edición. Edit. Cárdenas. México, 1998. p. 44

⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. Primera reimpresión. Edit. UNAM. México, 2000. pp. 12-13

¹⁰ DORANTES TAMAYO, Luis. *Teoría del Proceso*. Novena edición. Edit. Porrúa. México, 2004. p. 242.

negativa de la segunda de acceder a esta pretensión".¹¹ Como podemos observar, el litigio se compone de varios elementos que enseguida explicaremos.

1.1. ELEMENTOS DEL LITIGIO

A.- CONFLICTO

Ya dijimos que esta palabra proviene del latín *conflictus*, que significa combate, lucha, pelea. Pero esta pugna o enfrentamiento es de carácter inter-subjetivo, esto es, el litigio no puede existir sin dos sujetos distintos.¹²

Dada la terminología utilizada, en el que la voz *sujetos* pudiera solamente ser utilizada para referirse a las personas físicas o seres humanos, nosotros preferimos hablar de *entidades*, pues esta acepción abarca tanto a las personas físicas como a las denominadas jurídico-colectivas, quienes también pueden verse involucradas en algún litigio por afectárseles su esfera jurídica o intereses por algún otro ente, ya sea de su misma naturaleza o persona física.

B.- INTERES

El maestro FLORES GARCÍA¹³ explica que para algunos el interés consiste en una manifestación afectiva hacia algo o alguien; así también, para otros, lo será precisamente el procurarse un beneficio o evitarse un perjuicio. Sin embargo para estudiar este elemento, dicho autor cita al maestro Carnelutti explicando que el interés es la relación entre el ente que experimenta la necesidad y el acto para satisfacerla; es decir, la actividad o conducta que despliega la persona que tiene una necesidad para procurársela.

Por nuestra parte, acudiremos de igual manera al mencionado jurista FRANCISCO CARNELUTTI, quien establece literalmente que el interés "es la posición favorable a la

¹¹ Idem.

¹² CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal*. op. cit. T. II. p. 4

¹³ FLORES GARCÍA, Fernando. *Teoría general de la composición del Litigio*. Edit. Porrúa. México, 2003. pp. 13-14

satisfacción de una necesidad”,¹⁴ pero ¿qué quiere decir ello? que el sujeto del interés es el hombre y el objeto de aquél es el bien, dicho autor nos da como ejemplo la posesión del alimento o del dinero, el cual es un interés porque quien posee uno u otro está en condiciones de satisfacer su hambre. Intervienen aquí otros dos conceptos interrelacionados, lo que es una necesidad y el bien. Como sabemos, el bien es todo aquel satisfactor de necesidad y ésta última es una actitud del hombre y siempre es singular; no existen necesidades colectivas como tales, cuando se habla de éstas, se emplea una expresión traslaticia para significar necesidades que son sentidas por todos los individuos pertenecientes a un grupo dado. Por su parte, el interés se puede clasificar en inmediato y mediato, el primero de ellos se presenta cuando existen situaciones que sirven directamente a la satisfacción de una necesidad, y el segundo, se presenta cuando indirectamente dichas situaciones realizan ese fin; como ejemplo observamos el siguiente: el que posee el dinero indirectamente sirve a la satisfacción de la necesidad de nutrirse, por el contrario, el que posee el alimento es el que directamente la satisface.

De igual manera existen intereses individuales y colectivos, los primeros se refieren a la situación favorable de un individuo en particular, por ejemplo el disfrute de una casa; por el contrario, los colectivos, son aquellos que se originan respecto a varias personas, por ejemplo, una vía de comunicación.

Una necesidad, -explica FLORES GARCÍA-,¹⁵ es una carencia o la falta de un elemento vital; también puede constituir un impulso irrefrenable o irresistible de actuar en determinado sentido o fin; por ello sostiene que la necesidad es la carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida. A su vez, las necesidades pueden dividirse o clasificarse en materiales e ideales; las primeras se refieren a cuestiones de carácter físico como el hambre, la sed, el cansancio, etc. Por su parte, las ideales se refieren a situaciones de índole espiritual o ideal como sería la educación. Por otra parte, atendiendo a un factor cuantitativo, las necesidades también se clasifican en individuales y colectivas; esto es, de un solo individuo o de un grupo de personas.

¹⁴ CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal*. op. cit. T.I. p. 11

¹⁵ FLORES GARCÍA, Fernando. op. cit. pp. 6,7,8,11

De acuerdo al pensamiento de UGO ROCCO,¹⁶ estos tres conceptos (necesidad, bien e interés) están íntimamente ligados, pues considerada la necesidad como todo aquello que es necesario para la vida humana, el hombre siempre buscará algo que aminore o extinga esa reacción instintiva. Para tal efecto acude a los satisfactores o bienes, que constituyen precisamente todo aquello que es apto para satisfacer o satisface una necesidad. Ahora bien, determinado que el contenido de toda necesidad es un bien o satisfactor, se pasa al concepto de interés, que consiste en el juicio formulado por un sujeto acerca de una necesidad sobre la utilidad o valor de un bien determinado en cuanto sea medio para satisfacerlo. En otras palabras, “el interés como juicio de utilidad o de valor, precede pues, al acto de voluntad, y constituye la causa determinante, el motivo consciente de la voluntad, es decir, el fin o la finalidad de la voluntad”.¹⁷

De igual manera el autor citado¹⁸ hace referencia a una clasificación tanto de los intereses como de los bienes en cuanto satisfactores de necesidades, y en tal sentido habla de bienes inmediatos, directos o de primer grado y bienes indirectos o mediatos. Los primeros son aquellos que satisfacen una necesidad por sí, como el agua por ejemplo; los segundos solo sirven como instrumentos o medios para la obtención de otros bienes que servirán directamente para satisfacer la necesidad (el terreno donde se cultivan legumbres). Por último, en cuanto a la clasificación de los intereses se habla de intereses de primer grado o primarios e intereses de segundo grado o secundarios, cuyo parámetro es el juicio de utilidad o de valor en relación a la aptitud de determinado bien para fungir como satisfactor de la necesidad.

C.- PRETENSIÓN

Para CARNELUTTI,¹⁹ la pretensión es la exigencia de la subordinación de un interés ajeno al interés propio. Podemos decir que esta noción ha sido resultado de una larga evolución, ya que esta figura se confundía con el derecho subjetivo, pero fueron los alemanes

¹⁶ ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T.I. Parte General. Segunda reimpresión. Edit. Temis Bogotá y Depalma, Buenos Aires; 1993. pp. 16-17

¹⁷ ROCCO, Ugo. op. cit. p. 17

¹⁸ Ibidem. pp. 18-19

¹⁹ CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal*. op. cit. T.II. p. 7

quienes diferenciaron ambos conceptos, dándole a la pretensión el nombre de *ANSPRUCH*, que los italianos han traducido como pretensión y otras veces como razón.

Actualmente existe la clara diferenciación del concepto de pretensión frente a la acción y el derecho subjetivo material. La pretensión consiste en una manifestación de voluntad; el derecho subjetivo es un permiso o una facultad, y la acción es el camino para hacer valer ese deseo exteriorizado. En sus palabras el maestro GÓMEZ LARA²⁰ nos explica que son tres figuras muy diferentes, pero tienen una íntima conexión pues el derecho subjetivo es algo que se tiene o no; la pretensión en cambio, es actividad, algo que se hace o no; entonces, si existe un derecho subjetivo, se puede derivar una pretensión y de ella una acción como una forma de hacerla valer.

De lo anterior se desprende que la pretensión es algo que el titular del interés hace y no algo que tiene, es decir, la pretensión no solo no es derecho, sino que ni siquiera lo supone; la pretensión puede hacerse por quien tiene o no tiene un derecho, resultando por ello que sea fundada o bien infundada.

En conclusión, dice el autor FRANCISCO J. PELÁEZ²¹ la pretensión es el lado activo de la relación jurídica (-litigiosa- diríamos nosotros).

D.- RESISTENCIA

Consiste en la negación de la subordinación del interés propio al ajeno, esta resistencia puede ser de dos tipos: a) se lesiona el interés y además el adversario discute la pretensión, y b) dicha resistencia sin discutir la pretensión, lesiona el interés. En el primer caso hablamos de pretensión discutida y en el segundo de pretensión insatisfecha; amén de los anteriores casos, puede suceder que la resistencia se desenvuelva en los dos ámbitos señalados, en el sentido de que la pretensión resulte a la par insatisfecha y

²⁰ GÓMEZ LARA, Cipriano. op. cit. p. 3

²¹ PELÁEZ, Francisco J. *La Transacción. Su eficacia procesal*. Primera edición. Edit. Bosch. España, 1987. p. 21

discutida,²² como ejemplo podemos mencionar cuando una persona acude a requerirle de pago a otra, ésta puede manifestarle lo que en ocasiones es frecuente en la actualidad: “no te pago y hazle como quieras” (pretensión insatisfecha y discutida) y en el mismo supuesto en que se acude a cobrar, pero la persona se haya insolvente manifestando la frase que conocemos “debo no niego, pago no tengo” (pretensión no resistida pero insatisfecha).

Respecto de este elemento el jurista FRANCISCO J. PELAÉZ ya citado en líneas anteriores, manifiesta que sería más apropiado hablar de *oposición* a la pretensión en lugar de resistencia; sin embargo coincide con Carnelutti al expresar que constituye la “no conformidad con la subordinación del interés propio al interés ajeno”.²³

E.- PARTES

Hemos manifestado que el conflicto de intereses es inter-subjetivo, por tal razón, solo son dos los sujetos (o entidades) del mismo, pero se aclara que esta afirmación no quiere decir que las personas interesadas en el litigio hayan de ser solo dos, porque no hay que confundir el sujeto del litigio con el hombre, porque el conflicto puede ser no sólo de intereses individuales sino colectivos, por esa razón, uno, o los dos sujetos del litigio pueden ser en lugar de un hombre, un grupo de ellos.²⁴

En los negocios jurídicos, -sostiene FLORES GARCÍA-, se habla en general de partes para hacer referencia a las personas que en ellos intervienen y que por esa razón adquieren derechos y deberes.²⁵

En el ámbito procesal, a la persona que exige del órgano jurisdiccional la aplicación de una norma sustantiva a un caso concreto ya sea en interés propio o ajeno, según

²² CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal*. op. cit. T.II. p. 12

²³ PELAÉZ Francisco J. op. cit. p. 21

²⁴ Obsérvese que el litigio presupone la existencia de una persona (o conjunto de personas) frente a otra (u otras) con intereses encontrados, por lo que es claro que no podemos hablar jurídicamente de conflictos intrapersonales o que tienen su origen en cuestiones psicológicas o de estado emocional.

²⁵ FLORES GARCÍA, Fernando. op. cit. pp. 372

BECERRA BAUTISTA,²⁶ se denomina parte. En otras palabras, es el sujeto que actúa o que contradice en un proceso de cualquier naturaleza, con el fin de provocar la aplicación de una norma sustantiva al caso concreto, obrando ya sea en favor de su propio interés o de uno ajeno.

A su vez, siguiendo al autor citado,²⁷ puede hablarse de partes en sentido material y partes en sentido formal, con las primeras nos referimos a la persona o personas a quienes les afecta directamente la sentencia, y entonces se habla de actor y demandado. Por otro lado, al hablar de partes en sentido formal nos estamos refiriendo a los representantes que actúan por otro, pero que de ninguna manera la sentencia afectará sus derechos en lo personal.

Ideas similares observamos en el autor JOSÉ VIZCARRA DÁVALOS, quien al analizar el concepto de parte, establece que existen tres acepciones: una que la identifica con el titular de la relación jurídica sustancial; otra que hace alusión tanto al sujeto de la acción, así como al sujeto de la litis, y por último, con la que él coincide referente a la persona que "en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal (el actor) y aquel respecto del cual se formula esa pretensión (es el demandado)";²⁸ enfatizando que consecuentemente, *parte* es cualquier persona que teniendo la calidad de actor o demandado, pide la protección de su pretensión ante el órgano jurisdiccional.

2. FORMAS DE SOLUCIONAR LOS LITIGIOS

La Doctrina²⁹ ha establecido que son tres las formas de solucionar el litigio, a saber:

²⁶ BECERRA BAUTISTA, José. *El proceso civil en México*. Décimosexta edición. Edit. Porrúa. México, 1999. pp. 20-21

²⁷ BECERRA BAUTISTA, José. *La Teoría general del Proceso aplicada al proceso civil del Distrito Federal*. Edit. Porrúa. México, 1993. pp. 19-20

²⁸ VIZCARRA DÁVALOS, José. *Teoría General del Proceso*. Quinta edición. Edit. Porrúa. México, 2002. p. 191

²⁹ GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Novena edición. Edit. Oxford University Press.. México, 2001. pp. 9-26. OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. Segunda edición. Edit. Harla. México, 1994. pp. 9-30. KELLEY HERNÁNDEZ, Santiago A. *Teoría del derecho procesal*. Tercera edición. Edit. Porrúa. México, 2001. pp. 101-103. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. op. cit. pp. 29-32.

A. AUTOTUTELA (Autodefensa)

- | | | |
|----------------------|---|---|
| B. AUTOCOMPOSICIÓN | { | <ul style="list-style-type: none"> a) Desistimiento b) Allanamiento c) Transacción |
| C) HETEROCOMPOSICIÓN | { | <ul style="list-style-type: none"> a) Arbitraje b) Proceso |

2.1 AUTOTUTELA

El maestro ALCALÁ-ZAMORA,³⁰ habla de la Autodefensa como la forma más primitiva de solucionar un litigio, explica que en ella se expresa una reacción natural de carácter egoísta por parte del sujeto que es lesionado en su interés; así por ejemplo, cuando una persona es agredida sorpresivamente por otra, sin pensarlo, sólo “repele el ataque como y con lo que pueda”. Por tal motivo puede decirse que esta es una reacción meramente instintiva. Se caracteriza porque una o ambas partes pretenden resolver su conflicto de manera directa, es decir, omitiendo acudir o dirigirse al Estado para que éste lo resuelva a través del Juez y mediante un proceso, por tanto solo brinda una solución parcial y egoísta. Por lo demás, es determinante que la solución del litigio proviene únicamente de alguna de las partes y siempre la impone a su adversario.

Coincide a este respecto el multicitado autor FLORES GARCÍA³¹ al manifestar que la autodefensa es la forma mas rudimentaria o primitiva que las personas emplearon para componer o arreglar sus pleitos.

Aún y cuando autores como EDUARDO COUTURE hagan alusión a la autodefensa y a la autotutela como sinónimos, al indicar que son tres las formas de solucionar un conflicto, la

³⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. op. cit. pp. 30-31, 50, 52

³¹ FLORES GARCÍA, Fernando. op. cit. p. 47

autotutela o autodefensa, autocomposición y proceso; refiriéndose a la primer figura en los siguientes términos: "la llamada autotutela, vale decir, la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias",³² expresando líneas mas adelante que "...no debe olvidarse que la autodefensa constituye una solución parcial del litigio por acto privado, el proceso constituye una solución parcial del litigio de carácter público"³³ y finalizando con que "La autotutela o autodefensa sacrifica este último interés al primero".³⁴

Para nosotros, el concepto o vocablo *autodefensa* quedó ya superado, pues su significación (la defensa de sí mismo o por sí mismo) presupone la existencia de un ataque; sin embargo observamos que existen algunas situaciones en que no se presente de ninguna manera ataque alguno, así por ejemplo, el panadero víctima del hurto famélico, no es un agresor del hambriento; ni tampoco el náufrago sacrificado para salvar a los demás asidos a un madero; razón por la cual se provocó que dicha denominación quedara en desuso y en su lugar se prefiriera adoptar el concepto de *autotutela* para denominar la perspectiva de que una persona designe su propio tutor en previsión de que aquella se incapacite en el futuro.³⁵ En la actualidad se denomina así, en lugar de autodefensa porque la persona tutela (protege) sus propios intereses, independientemente de existir un ataque o no.

El profesor ALCALÁ-ZAMORA³⁶ ya citado anteriormente, nos dice que la tutela se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto y aún a veces los dos (duelo o riña) resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso, por esa razón la autodefensa es una solución parcial (como obra de una o ambas partes), egoísta (lo que no significa forzosamente que sea injusta) del litigio; se exceptúa de esta característica la legítima defensa del tercero.³⁷

³² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición póstuma. Ediciones Depalma. Argentina, 1997. p. 9

³³ COUTURE, Eduardo J. op. cit. pp. 9-10

³⁴ Ibidem. p. 10

³⁵ RODRÍGUEZ-ARIAS, Bustamante. *La Tutela*. Barcelona, 1954. pp. 118-123

³⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. op. cit. p. 50

³⁷ Ver a este respecto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría general e Historia del Proceso (1945-1972)*. T. II. UNAM. México, 1992. pp. 610-611

Como ejemplo de figuras tutelares tenemos las establecidas en el artículo **15 fracción IV del Código Penal Federal** (*El delito se excluye cuando: Fracción IV. Se repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe defensa legítima, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia, o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio en donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión*);

artículo 329 en relación al 334 del Código Penal para el Distrito Federal (*Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. No se aplicará sanción: I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación, o de una inseminación artificial no consentida; II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, y IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada...*);

artículo 379 Código Penal para el Distrito Federal (*No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares al momento*);

2669 Código Civil para el Distrito Federal (*Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto los dueños de los establecimientos donde de hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado*)

848 Código Civil para el Distrito Federal *(Si las ramas de los árboles se extienden sobre heredades, jardines o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho de que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad; y si fueren las raíces de los árboles las que se extendieren en el suelo de otro, éste podrá hacerlas cortar por sí mismo dentro de su heredad, pero con previo aviso al vecino),

881 Código Civil para el Distrito Federal *(El tesoro descubierto en terreno ajeno, por obras practicadas sin consentimiento de su dueño, pertenece íntegramente a éste); artículos **115** y siguientes de la **Ley de Navegación** (Se entiende por avería todo daño o menoscabo que sufra la embarcación en puerto o durante la navegación, o que afecte a la carga desde que es embarcada hasta su desembarque en el lugar de destino; así como todo gasto extraordinario en que se incurra, durante la expedición para la conservación de la embarcación, de la carga o ambos. Las averías se clasifican en: I.- Avería común o gruesa es cuando se ha realizado o contraído, intencionada y razonablemente, cualquier sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en un riesgo común de la navegación por agua. El importe de las averías comunes estará a cargo de todos los interesados en la travesía, en proporción al monto de sus respectivos intereses, y II.- Avería particular o simple toda la que no pueda ser considerada como común. Las averías particulares son a cargo del propietario de la cosa que sufre el daño o que realiza el gasto extraordinario, sin perjuicio de las acciones por responsabilidad que pueda ejercitar contra terceros. **Art. 117.-** Los sacrificios y gastos extraordinarios para la seguridad de la embarcación deberán ser decididos por el capitán y sólo serán admitidos en avería común aquellos que sean consecuencia directa e inmediata del acto de avería común. Cuando se haya producido un acto de avería común, el capitán deberá asentarlos en los libros oficiales de navegación, indicando la fecha, hora y lugar del suceso, las razones y motivos de sus decisiones, así como las medidas tomadas sobre estos hechos. Corresponde al capitán, al propietario o al armador de la embarcación afectada, declarar la avería común, ante la autoridad marítima y, en caso de controversia, la demanda se presentará ante el juez competente, inmediatamente después de producidos los actos o hechos causantes de la avería. En caso de incurrir la avería en un puerto, éste se considerará el primer puerto de arribo. Si el capitán, el propietario o el armador no declaran la avería común, cualquier interesado en

ella podrá solicitar al juez competente que ésta se declare, petición que sólo podrá formularse dentro del plazo de seis meses, contados desde el día de la llegada al primer puerto de arribo, después del suceso que dio lugar a la avería común. Estando de acuerdo las partes en la declaración de avería común, procederán a nombrar de común acuerdo un ajustador para que realice la liquidación correspondiente).

así como **450** y siguientes de la **Ley Federal del Trabajo** (La huelga deberá tener por objeto: I. Conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital; II.- Obtener del patrón o patronos la celebración del contrato colectivo de trabajo y exigir su revisión al terminar el período de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III Título Séptimo; III.- Obtener de los patronos la celebración del contrato-ley y exigir su revisión al terminar el período de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV del Título Séptimo; IV.- Exigir el cumplimiento del contrato colectivo de trabajo o del contrato-ley en las empresas o establecimientos en que hubiese sido violado; V.- Exigir el cumplimiento de las disposiciones legales sobre participación de utilidades; y VI.- Apoyar una huelga que tenga por objeto alguno de los enumerados en las fracciones anteriores; VII.- Exigir la revisión de los salarios contractuales a que se refieren los artículos 399 bis y 419 bis. **Art. 451.-** Para suspender los trabajos se requiere: I.- Que la huelga tenga por objeto alguno o algunos de los que señala el artículo anterior; II.- Que las suspensión se realice por la mayoría de los trabajadores de la empresa o establecimiento. La determinación de la mayoría a que se refiere esta fracción, sólo podrá promoverse como causa para solicitar la declaración de inexistencia de la huelga, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 460, y en ningún caso como cuestión previa a la suspensión de los trabajos; y III.- Que se cumplan previamente los requisitos señalados en el artículo siguiente).

La autotutela en cuanto a su regulación se divide en:

1. **Lícita o autorizada** (como en el caso de la legítima defensa, regulada en el artículo 15 fracción IV Código Penal Federal y del Distrito Federal que establece: *El delito se excluye cuando.- IV. Se repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa,*

racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe defensa legítima, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia, o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio en donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.)

2. **Tolerada** (como el duelo y riña, art. 297 del Código Penal del Distrito Federal.- *Si las lesiones fueren inferidas en riña o en duelo, las sanciones señaladas en los artículos que anteceden podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según que se trate del provocado o del provocador, y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52. Artículo 314.- Por riña se entiende para todos los efectos penales: la contienda de obra y no de palabra, entre dos o mas personas).*

3. **Prohibida**, la propia Constitución en su artículo 17 expresamente establece que *"Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho..."*

De igual modo podemos mencionar el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal y Federal que hacen alusión al ejercicio indebido del propio derecho estableciendo que: *"Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de treinta a noventa días de multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida".*

2.2 AUTOCOMPOSICIÓN

De manera general esta figura jurídica se define como la solución del litigio por las propias partes o mismas partes.

Su carácter distintivo, según el multicitado autor ALCALÁ-ZAMORA,³⁸ es que precisamente se trata de un modo mas evolucionado, pues al igual que la autodefensa, pertenece a las decisiones individuales pero está matizada de una reflexión y no de simples reacciones instintivas. Implica, además, un concierto de voluntades o sumisión por parte de alguna de ellas. Por otro lado, la autodefensa solo se presenta antes del proceso y la autocomposición puede presentarse antes o incluso después de iniciado el proceso respectivo.

La Doctrina³⁹ la clasifica en unilateral y bilateral; dentro de la primera se encuentran el desistimiento y el allanamiento, dentro de la segunda, la transacción.

A.- DESISTIMIENTO

El desistimiento es la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante en caso de no haber promovido ya el proceso, y/o la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado en su reconvención una vez iniciado éste.

En suma, el desistimiento equivale a una renuncia de pretensiones, por tanto es un acto unilateral del que pretende o demanda, es decir, abandona su propio derecho.⁴⁰

El artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en vigor, establece tres clases de desistimiento; sin embargo no hace una debida reglamentación de esta figura al indicar expresamente en su parte conducente que:

“...El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento requerirá del consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin consentirlo el demandado. El desistimiento de la demanda produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla. El desistimiento de la instancia, posterior al emplazamiento, o el de la acción, obligan al que

³⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. op. cit. pp. 31, 52

³⁹ GOMEZ LARA, Cipriano. op. cit. pp. 9-26. OVALLE FAVELA, José. op. cit. pp. 9-30

⁴⁰ PELÁEZ, Francisco J. op. cit. p. 128

lo hizo a pagar costas y los daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario”.

Este artículo 34 es conveniente que se reforme pues da lugar a diversas confusiones, tanto en la naturaleza de las figuras (confunde a la acción con la pretensión), como en la procedencia y efectos que se producen en cada caso. Así, empleando una técnica jurídica adecuada, puede decirse que el desistimiento de la demanda se puede realizar desde que se presenta ésta, hasta antes de que se notifique y emplaze al demandado, no se requiere su consentimiento –porque no ha sufrido daño o perjuicio alguno- y sí se puede volver a demandar.

Por su parte, el desistimiento de la instancia procede desde que se notifica y emplaza al demandado, hasta antes de que se dicte sentencia; sí se requiere de su consentimiento porque ya efectuó ciertas erogaciones y se le ocasionaron molestias; pudiendo volver a demandar el actor.

Por último, el desistimiento de la pretensión –indebidamente llamado acción-, puede interponerse en cualquier momento hasta antes de que se dicte sentencia, no se requiere el consentimiento del demandado (por ser benéfico a éste) y jamás se puede volver a demandar.

Del análisis anterior se puede concluir que el desistimiento de la pretensión es la única manera en que se soluciona el litigio, ya que jamás se puede volver a demandar.

Establece de igual manera el precepto en estudio que el desistimiento de la instancia y de la pretensión conllevan la obligación del que la hace a pagar las costas causadas, así como daños y perjuicios, salvo convenio en contrario. En principio, el Código procesal del Distrito Federal establece en su artículo 139 que cada parte será inmediatamente responsable de los gastos y costas que originen las diligencias que promueva; de igual manera el siguiente artículo 140 preceptúa que la condenación en costas se hará cuando así lo prevenga la ley o cuando a juicio del juez, se haya procedido con temeridad y mala fe; determinando los supuestos en que siempre se debe hacer tal condena. En el caso del desistimiento hemos observado ya, que el artículo 34 previene expresamente dos casos en que debe condenarse en costas: cuando exista desistimiento de la instancia o de la

pretensión (acción), pues aún y cuando no exista una conducta temeraria o de mala fe por parte del promovente, lo cierto es que el demandado ya sufrió molestias derivadas del juicio, tendiendo que erogar ciertas cantidades para su defensa; sin embargo, dicha estipulación puede ser objeto de convenio entre las partes, eximiendo al actor del pago de dichas erogaciones.

B.- ALLANAMIENTO

Este vocablo proviene del latín *applanare*; de *ad, a,* y *planus, plano*, que quiere decir *ponerse plano*.

Se define como el reconocimiento o sumisión de la parte atacada a la pretensión litigiosa contra ella dirigida.⁴¹

Para el autor CARLOS CORTÉS FIGUEROA esta figura no solo se presenta dentro del proceso sino fuera de éste y entonces, se puede concebir como una manifestación de voluntad por la que se renuncia a continuar la contienda.⁴²

Por su parte FRANCISCO PELÁEZ,⁴³ sostiene que esta figura constituye una declaración unilateral de voluntad por parte del demandado en que manifiesta su conformidad con las pretensiones del actor.

En nuestra opinión, al concepto antes transcrito quizá podríamos sustituirle la palabra *demandado* por *atacado* (ya que tanto el actor como el demandado pueden formular pretensiones como en el caso de la reconvencción); en razón de ello, para nosotros el allanamiento es simplemente la aceptación de la procedencia de las pretensiones que se le reclaman a cualquiera de las partes.

⁴¹ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. op. cit. p. 89

⁴² CORTÉS FIGUEROA, Carlos. *En torno a Teoría General del Proceso*. Tercera edición. Edit. Cárdenas, México, 1994. p. 93

⁴³ PELÁEZ, Francisco J. op. cit. p. 128

Es conveniente acentuar que no se debe confundir el allanamiento o reconocimiento de pretensiones, con la confesión, que es el reconocimiento de hechos propios materia de la litis y que perjudica al que la realiza; por tal razón puede existir confesión con allanamiento, confesión sin allanamiento y allanamiento sin confesión, como por ejemplo, cuando se presenta una demanda de divorcio el demandado manifiesta que se allana a la pretensión, o sea al divorcio, pero no son ciertos los hechos (argumenta que no es alcohólico, drogadicto, etc.) (allanamiento sin confesión). Cuando se demanda cierta cantidad de dinero por haber celebrado un contrato de mutuo, el demandado confiesa haberlo celebrado y además acepta cumplir con la pretensión (confesión con allanamiento). Por último, se encuentra el caso de que el demandado reconozca los hechos propios (confiesa que construyó una barda), pero no acepta las pretensiones del actor, es decir, se niega a tirarla (confesión sin allanamiento).

En iguales condiciones encontramos al artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece: *Quando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente, ante el juez de los autos si se trata del juicio de divorcio, sin perjuicios de lo previsto en la parte final del artículo 271.*

Se hace una crítica a la redacción de este precepto en primer lugar, porque como dijimos anteriormente, el allanamiento es el reconocimiento de pretensiones y la demanda no sólo se compone de este apartado, sino que encontramos diversos capítulos como serían los hechos, el Derecho y los petitorios por ejemplo; por lo tanto es indebido decir que se allana a "toda la demanda". Concluyendo de lo anterior, que el allanamiento no soluciona el litigio, pues de conformidad con el precepto citado, con independencia de existir un allanamiento total, *se citará para sentencia.*

Este error puede palpase también en la tesis de jurisprudencia que enseguida se transcribe, pues establece que el allanamiento provoca la solución del conflicto:

REINSTALACION, ALLANAMIENTO Y TRANSACCION EN LA DILIGENCIA DE. El allanamiento en nuestro lenguaje jurídico procesal es el acto que expresa la voluntad del demandado de someter o de asentir, en forma total o parcial, sin lucha judicial al contenido de la pretensión del actor, reconociendo expresamente su legitimidad, con lo cual se da por terminado el conflicto en cuanto a la parte admitida, renunciando al derecho de defenderse, de lo cual en los casos en que se reclama la reinstalación, a virtud de aquella figura queda agotada la acción principal con la aceptación y restitución material del reclamante a su trabajo, por tanto si en la diligencia correspondiente se varían los términos, así como las condiciones en que originalmente se venía desempeñando, aspecto que acepta el reclamante, ello no puede ser materia ya del laudo que dicte la Junta, porque es consecuencia del allanamiento que no constituye ninguna excepción encaminada a la controversia, sino es un acto diverso del demandado con el cual se conforma el actor.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 5421/89. Jorge Velázquez Pérez. 7 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 671/90. Jerónimo Elías Méndez Alarcón. 22 de marzo de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo directo 2411/90. Rogelio Herrera Mata. 13 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo directo 2081/91. Servicio Industrial Especializado, S. A. de C. V. 16 de mayo de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 3671/91. Elvira Galarza Sánchez. 6 de junio de 1991. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis I.1o.T.J/30, Gaceta número 44, pág. 33; Semanario Judicial de la Federación, tomo VIII-Agosto, pág. 134.

Octava Epoca, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo V, Parte TCC, Tesis: 889, Página: 615

C.- TRANSACCIÓN

a) Definición

De conformidad con el autor RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL, la transacción "es un contrato por el que las partes se hacen recíprocas concesiones con el fin de terminar una controversia jurídica presente o de conjurar una futura, o sea de sustituir una relación jurídica dudosa entre dos partes por una relación jurídica revocablemente definida. Dichas concesiones recíprocas pueden consistir simplemente en el reconocimiento o la renuncia de derechos (reales o personales) comprendidos dentro de la relación jurídica dudosa o

bien, además, en la transmisión de derechos o cosas no comprendidas en la relación jurídica controvertida".⁴⁴

TRABUCCHI⁴⁵ por su parte, también indica que la transacción es un contrato por virtud del cual las partes ponen fin a una controversia ya comenzada o previenen un pleito que ha de surgir entre ellas haciéndose concesiones recíprocas; destacando que precisamente este último aspecto es la esencia de dicho pacto y lo que la diferencia del reconocimiento, que en su opinión consiste en dar todo lo que la contraparte desea.

Para el autor FRANCISCO J. PELÁEZ la esencia de la transacción está en que las partes abandonan la controversia con sacrificios mutuos, es decir, no quieren pelear o disputar más, "eliminan la discusión creando un estado de derecho en torno a sus discusiones anteriores".⁴⁶ Asimismo señala como elementos esenciales de esta figura los siguientes: a) una relación jurídica litigiosa; b) la intención de los contratantes de solucionar el litigio mediante recíprocas concesiones y c) las recíprocas concesiones de las partes.⁴⁷ Pero estas concesiones recíprocas no siempre son equivalentes, es decir, la circunstancia de que ambas partes exijan sacrificios, no quiere decir que exista igualdad entre ellos, pues para alguno quizá el sacrificio sea demasiado trascendente en cuando al aspecto moral o económico, o desproporcionado en comparación al que efectúa su adversario;⁴⁸ sin embargo, por el fin que se persigue, de solucionar un litigio, dicho convenio es totalmente aceptable. Es la intervención de ambas partes, con sus sacrificios mutuos, lo que le da el carácter de contrato bilateral y lo diferencia de las formas unilaterales de resolver los litigios como la renuncia.

A este respecto cabe aclarar que si la concesión es total por alguna de las partes, es decir, se acepta plenamente la pretensión del contrario, o se decide extinguir la relación jurídica,

⁴⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Decimoséptima edición. Edit. Porrúa. México, 1999. p. 511

⁴⁵ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. T. II. Obligaciones y contratos. Sucesiones 'mortis causa'. Donaciones. Trad. de la décimo quinta edición italiana por Luis Martínez-Calcerrada. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1967. pp. 367

⁴⁶ PELÁEZ, Francisco J. op. cit. p. 4

⁴⁷ Ibidem. pp. 4, 11

⁴⁸ Ibidem. p. 49

se está ante la presencia de una renuncia simple y llana, jamás de una transacción, pues este acuerdo exige precisamente una renuncia o sacrificio por cada una de las partes (bilateralidad).

De acuerdo a la regulación que hace el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 2944 al 2963 esta figura se define como *“un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura”*, en tal sentido podemos ver que sus características de acuerdo a la ley son las siguientes:

- Es un contrato,
- Su objeto es terminar una controversia presente o prevenir una futura,
- Mediante concesiones recíprocas. (art. 2944)
- La transacción que previene controversias futuras debe constar por escrito si el interés pasa de doscientos pesos. (art. 2945)
- En virtud de la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen los derechos que son el objeto de las diferencias que sobre ella recae. En tal virtud, dicho reconocimiento no obliga al que lo hace a garantizarlos, ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción, ni tampoco importa un título propio en que fundar la prescripción. (art. 2961)
- No pueden ser objeto de transacción las cuestiones sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio (art. 2948); salvo que se trate de los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona, pero la transacción, en tal caso, no importa la adquisición del estado. (art. 2949)
- En caso de los alimentos, sólo podrá haber transacción sobre las cantidades que ya sean debidas por este concepto. (art. 2951)
- No se puede transigir sobre delitos, dolo y culpa futuros; sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros; sobre sucesión futura; sobre una herencia antes de visto el testamento si lo hay; así como sobre el derecho de recibir alimentos; pues la transacción sería nula. (art. 2950)

- Respecto de la eficacia de la transacción, en relación a las partes se equipara a la cosa juzgada, aún así, en los casos autorizados por la ley se podrá pedir su nulidad o rescisión. (art. 2953)
- Son causas de anulabilidad de acuerdo a la ley: Cuando la transacción se hace en razón de un título nulo (art.2954); cuando se ha celebrado transacción tomándose en cuenta documentos que después han resultado falsos por sentencia judicial (art. 2956); en el caso de descubrimiento de nuevos títulos o documentos, siempre que haya habido mala fe (art. 2957); cuando se ha celebrado transacción sobre cualquier negocio que esté decidido o resuelto judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados (art. 2958).
- Para realizar la interpretación de una transacción, debe hacerse estrictamente y sus cláusulas son indivisibles, salvo que se pacte otra cosa (art. 2962).

Este concepto que proporciona el Código Civil, en nuestra opinión contiene errores sobresalientes que es conveniente señalar: En primer lugar se le da el carácter de *contrato*, siendo que tiene la naturaleza de convenio, pues al hacerse concesiones mutuamente, las partes no sólo pueden crear y transferir derechos y deberes; sino también modificarlos o extinguirlos. Así lo manifiesta TRABUCCHI quien señala: "con la transacción las partes no operan únicamente sobre las respectivas pretensiones concernientes a la relación en litigio, sino que a veces constituyen nuevas relaciones, ya sea modificando o extinguiendo las relaciones preexistentes".⁴⁹ En segundo lugar se habla de *controversias* debiendo ser *litigio*,. En tercer lugar es redundante la redacción al establecer los vocablos *presente* y *futura*; en virtud de que sólo se pueden solucionar controversias (que son presentes) y sólo *se previene lo futuro*, en consecuencia deben suprimirse estos dos vocablos. En virtud de lo anterior, para nosotros es conveniente modificar la definición legal para que quedara únicamente en los siguientes términos: "La transacción es un convenio por medio del cual las partes se hacen recíprocas concesiones para solucionar un litigio o prevenirlo".

⁴⁹ TRABUCCHI, Alberto. op. cit. p. 367

b) Naturaleza Jurídica

Una parte de la Doctrina ha establecido que esta figura jurídica se encuentra ubicada en el ámbito civil y otra sostiene que es en el ámbito procesal. Para nosotros, la transacción está regulada en el ámbito civil, pero produce efectos jurídicos procesales al solucionar litigios; por esa razón autores como el mencionado TRABUCCHI⁵⁰ la ha clasificado como un contrato dirigido a la solución de controversias.

Ahora bien, los efectos que produce la transacción pueden ser declarativos, constitutivos y extintivos; pues como lo analizamos anteriormente, en la transacción las partes se hacen concesiones mutuas, –creando, transfiriendo, modificando o extinguiendo deberes y derechos-; en tal sentido no podemos afirmar que la transacción aisladamente produzca alguno de esos efectos pues puede producir uno o algunos de ellos simultáneamente.

c) Clasificación

Siguiendo los parámetros de clasificación de los actos jurídicos⁵¹ (en su especie de convenio lato sensu), podemos decir que la transacción es un acuerdo de voluntades (convenio) *principal*, porque no requiere para su existencia o validez de un acuerdo u obligación previos; *bilateral*, pues se generan derechos y deberes para ambas partes; *oneroso*, porque los provechos y gravámenes son recíprocos; *conmutativo*, en atención a que desde su celebración se conocen cuáles serán los provechos y gravámenes, sin que por fuerza deban ser equivalentes las concesiones recíprocas, mismas que varían en su importancia o cuantía con las probabilidades de éxito que tenga cada parte en el litigio que se evita o se termina, así como también con la necesidad que tenga cada una de dichas partes de transigir el negocio.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Ver DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. El contrato en general. Sexta edición. Edit. Tecnos. España, 1990. pp. 34- 38. CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*. Estructura, Vicios, Nulidades. Edit. Astrea. 1ª reimpresión; Argentina, 1994. pp. 213-214.

Formal porque la ley exige que conste por escrito si se trata de prevenir litigios; además, si el interés del litigio rebasa la cantidad de doscientos pesos, tiene que otorgarse en escrito privado o en escritura pública. Es *instantáneo*, porque su cumplimiento puede efectuarse en un solo acto; y por último, es *nominado*, por la regulación expresa que de él hace el Código Civil.

d) Elementos de Validez

De conformidad con la mayoría de los autores civilistas consultados,⁵² son cuatro los elementos de validez del acto jurídico en general: la capacidad, la ausencia de vicios en la voluntad (para nosotros -voluntad libre y cierta-); la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma. Entratándose de la transacción, sólo se requiere la capacidad general para celebrarlo y en caso de representantes o administradores se requieren facultades de actos de dominio. (artículos 566, 568, 1720, 2587 fracción I y 2946 del Código Civil).

En nuestra opinión, existirá una voluntad viciada en la transacción cuando ésta haya sido arrancada por miedo o por error; sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, los vicios de la voluntad son el error, dolo, mala fe, violencia o intimidación y por estas causas se puede invalidar dicho pacto. Estableciendo expresamente, como ya lo dijimos en líneas anteriores, que la transacción se puede anular en los siguientes casos:

- a) Cuando tiene por base un título nulo. (Artículos 2954 y 2955)
- b) Cuando se celebró basado en documentos que después han resultado falsos por sentencia judicial (error o mala fe). (Artículos 2956 y 2957)
- c) Cuando el asunto ha sido resuelto por sentencia ejecutoriada ignorándolo los interesados (error). (Artículo 2958)

En cuanto a la licitud en el objeto, motivo o fin; el artículo 1830 del Código Civil establece expresamente que *es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las*

⁵² BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 4ª. edición Edit. Oxford University Press. México, 1998, p. 81. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral*. T. II. Derechos reales. Derecho de obligaciones. Instituto editorial Reus. Madrid, 1941. pp. 592-593. ORTIZ-URQUIDI, Raúl. *Derecho Civil*. Parte General. Tercera edición. Edit. Porrúa. México, 1986. p. 296

buenas costumbres; así también el artículo 1832 dispone que *el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres*. En este sentido, dicho Ordenamiento determina que será ilícita y por tanto nula, la transacción que recaiga sobre los siguientes aspectos:

- a) Sobre la acción penal proveniente de un delito, dolo y culpa futuros (artículos 2947 y 2950 fracción I)
- b) Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros (artículo 2950 frac.II);
- c) Sobre el estado civil de las personas o la validez del matrimonio (artículos 254, 338, 2948 y 2949)
- d) Sobre el derecho a recibir alimentos (artículos 321, 1372 y 2950 fracción V)
- e) Sobre una sucesión futura y sobre una herencia antes de visto el testamento, si lo hay, (artículo 2950 fracciones III y IV)
- f) Sobre cualquier negocio que esté resuelto por sentencia judicial irrevocable (artículo 2958).

Como ya lo dijimos, en cuanto a la forma que debe revestir la transacción, la ley exige que se celebre por escrito si tiene como finalidad prevenir litigios y el interés del negocio excede de doscientos pesos (Artículo 2945).

Por lo anterior, sí puede celebrarse verbalmente una transacción cuando el interés del negocio no pase de la cantidad mencionada o se trate de dar por concluido un litigio presente; sin embargo, dado que en el Derecho mexicano la generalidad de los procedimientos judiciales son por escrito, la transacción respecto de este tipo de conflictos, deberán celebrarse por escrito para que surtan efectos dentro del proceso.

En ese sentido, si una de las finalidades primordiales de la transacción es evitar litigios futuros o dar por terminados los ya planteados, debiera exigirse que en todo caso este contrato se celebre por escrito; porque lo importante en toda transacción no es determinar o probar que la misma se celebró, sino indagar y probar en qué términos se llevó a cabo y la prueba más idónea, que evita dificultades y nuevos litigios, es precisamente la instrumental o documental.

e) Ejecución

Nuestro Código Civil encuadra a la transacción, no en el capítulo relativo a la forma de extinguir las obligaciones, sino en capítulo diverso destinado a los contratos, cuyo título es el Décimosexto de la segunda parte del Libro Cuarto, esto es, del artículo 2944 al 2963.

De conformidad con el Ordenamiento señalado, esta figura produce respecto de las partes que la celebran, los mismos efectos de una sentencia judicial contra la cual no procede ningún recurso, es decir, la transacción genera los efectos de cosa juzgada (artículo 2953).

Atento a lo dispuesto en los artículos 500 y 533 del Código de Procedimientos Civiles, pensamos que para ejecutar un convenio de esta índole procede la vía de apremio. El primer numeral establece literalmente que: *“procede la vía de apremio a instancia de parte, siempre que se trate de la ejecución de una sentencia o de un convenio celebrado en el juicio...”*. Por su parte en el segundo precepto se indica: *“Todo lo que en este capítulo se dispone respecto de la sentencia, comprende las **transacciones**, convenios judiciales y los laudos que ponen fin a los juicios arbitrales”*.

Es conveniente resaltar sobre este punto lo que en realidad pasa en la práctica, pues de conformidad con lo preceptuado por los numerales transcritos nada parece oponerse a la ejecución de los convenios de transacción que soliciten las partes al juez, -celebrados incluso fuera de juicio-; sin embargo nos enfrentamos a una exigencia no contemplada en la Ley de que dicho pacto tenga que aprobarse previamente por el órgano jurisdiccional que corresponda para que pueda ejecutarse ya que así se le da carácter de convenio judicial, lo cual obviamente vulnera el derecho de las partes.

La situación descrita sucedía con los convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor, pues habiéndose resuelto la controversia ante dicha institución y acudir cualquiera de las partes ante el Juez a pretender ejecutar dicho instrumento, no se le daba entrada porque no estaba contemplada en la ley dicha situación. Posteriormente, al incluirse expresamente en el artículo 444 del Código Procesal ese caso particular, procede

desde luego la vía de apremio para ejecutar tales convenios. Así, podemos observar que actualmente la redacción de dicho precepto es la siguiente:

“Las sentencias que causen ejecutoria y los convenios judiciales, *los convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor*, los laudos que emita la propia Procuraduría y los laudos o juicios de los contadores, motivarán ejecución, si el interesado no intentare la vía de apremio”; lo cual quiere decir que el interesado podrá optar por la ejecución forzada del convenio, o en su caso, iniciar diverso juicio especial.

Por lo anterior, a manera de conclusión podemos decir que para que procediera la ejecución de un convenio transaccional directamente a través de la vía de apremio sin necesidad de aprobación o ratificación alguna por parte del órgano jurisdiccional ante quien se presente la solicitud respectiva; debería modificarse desde luego el último precepto señalado a manera que se incluya en forma expresa el caso de las transacciones.

Enseguida se transcriben las siguientes tesis de jurisprudencia para observar lo que hemos venido manifestando:

TRANSACCIÓN, CONTRATO DE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO. El artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que por transacción debe entenderse el contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura; por su parte, el diverso artículo 2953 del referido Código Civil previene que la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada. Ahora bien, al ser esencial que este tipo de contrato sea bilateral, como consecuencia necesaria de la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes, lo que supone la existencia o incertidumbre de un derecho dudoso, de un derecho discutido o susceptible de serlo, y que origine obligaciones de dar, hacer o no hacer que correlativamente se imponen los contratantes, pues precisamente su objeto es el de realizar un fin de comprobación jurídica; esto es, de establecer la certeza en el alcance, naturaleza, cuantía, validez y exigibilidad de derechos, cuando se celebra, las personas que en dicho contrato intervienen están obligadas a lo expresamente pactado. Es por lo anterior que lo establecido en los artículos 500 y 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuando previenen, el primero, que la vía de apremio procede a

instancia de parte cuando se trate de la ejecución de una sentencia y, el segundo, que todo lo dispuesto en relación con la sentencia comprende los convenios judiciales y las transacciones, las cuales deberán ser de aquellas que ponen fin a una controversia presente o previenen una futura, controversia que forzosa y necesariamente debe existir, es aplicable al contrato de transacción, pues reúne las condiciones apuntadas, y ante ello es claro que puede exigirse su cumplimiento en la vía de apremio.

Contradicción de tesis 79/98. Entre las sustentadas por el Segundo y Quinto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 22 de noviembre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

Tesis de jurisprudencia 41/2000. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintinueve de noviembre de dos mil, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Novena Epoca, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIII, Febrero de 2001, Tesis: 1a./J. 41/2000, Página: 55

CONVENIO DE TRANSACCIÓN CELEBRADO EXTRAJUDICIALMENTE. SU EJECUCIÓN EN VÍA DE APREMIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUINTANA ROO). Una interpretación de lo dispuesto en los artículos 3134 y 3141 del Código Civil, así como 441 y 445 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del Estado de Quintana Roo, permite concluir que la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura y que respecto de ellas tiene la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada, de tal suerte que para el cumplimiento de una transacción extrajudicial, sólo procederá la vía de apremio cuando el Juez, a solicitud de las partes, siempre que no la estime contraria a derecho, la haya homologado obligando a quienes la pactaron a estar y pasar por ella con esa autoridad de cosa juzgada. En ese contexto, una transacción extrajudicial celebrada para prevenir una controversia futura no debe entenderse como el documento que trae aparejada ejecución a que se refiere el diverso numeral 440, fracción VI, del código adjetivo, que conternpla como tales a los convenios celebrados en el curso del juicio ante el Juez, porque aquélla es equiparada tanto por el derecho sustantivo como por el procesal a las sentencias ejecutoriadas, siempre que haya sido judicialmente aprobada y elevada a esa categoría, por lo que atento su naturaleza homóloga de sentencia que causó ejecutoria, motiva su ejecución en vía de apremio, conforme a lo dispuesto por los artículos 441 y 455 del citado ordenamiento procesal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 407/2000. María Minerva Hernández Trejo. 12 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús González Ruíz. Secretaria: María Guadalupe Gutiérrez Pessina.

Novena Epoca, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Noviembre de 2001, Tesis: XIV.2o.97 C, Página: 498

CONVENIO JUDICIAL O TRANSACCION. NECESARIAMENTE DEBE SER APROBADO POR EL JUEZ ANTE QUIEN SE REALIZA. Si el artículo 2843 del Código Civil vigente en el Estado de Chihuahua, establece

los casos en que las transacciones resultan ser nulas, lógico es que la transacción o convenio judicial, necesariamente debe ser aprobado por el Juez del proceso, ya que dicho Juez puede y debe advertir si la transacción o convenio judicial sometido a su aprobación, se encuentra o no prohibido por la ley; si dicho convenio reúne o no la forma precisada por la ley procesal, si las partes contratantes tienen o no capacidad jurídica o autorización judicial para celebrarla, etc., requisitos estos que bajo ningún concepto deben quedar sujetos a la voluntad de las partes intervinientes en el convenio judicial.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 202/96. Dulces Nombres Fierro Erivez. 12 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Gómez Molina. Secretario: Jorge Luis Olivares López.

Novena Epoca, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Noviembre de 1996, Tesis: XVII.2o.10 C, Página: 418

CONVENIOS Y TRANSACCIONES JUDICIALES. PROVEIDO QUE NIEGA O DECRETA SU APROBACION, LO RIGE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. No basta que se celebre un convenio o transacción en el que los interesados se hagan recíprocas concesiones para terminar una controversia presente o prevenir una futura, y que lo ratifiquen ante la presencia judicial, para que tales operaciones se tengan por perfeccionadas válidamente, ya que es necesario que el referido convenio o transacción judiciales vincule exclusivamente a las partes en conflicto y no rebase lo pedido por éstas, pues de no ser así, tanto dichas convenciones como el proveído que aprobara cualquiera de ellas resultarían contrarios al principio de congruencia. Por tanto, si en un convenio o transacción judiciales se introducen terceras personas que no formaron parte de la relación jurídica procesal, y se pactan créditos, además del reclamado en el juicio, que no fueron objeto de la reclamación en el citado procedimiento, es obvio que el juez del conocimiento sólo tiene jurisdicción para denegar, aprobar y, en su caso, ejecutar lo concerniente a las cuestiones que le fueron planteadas por las partes en el juicio, mas no para resolver, aprobar y ejecutar cuestiones que son ajenas al citado juicio, pues de hacerlo, además de que se contrariarían las normas que regulan el procedimiento, se violaría el principio de congruencia de las resoluciones judiciales.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3475/95. Arrendadora Efisa, S.A. de C.V. 6 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Adriana Alicia Barrera Ocampo. Secretario: Sergio Darío Maldonado Soto.

Amparo en revisión 915/95. Bancomer, S.A. 8 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Adriana Alicia Barrera Ocampo. Secretario: Juan José Altamirano Ochoa.

Novena Epoca, Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, Agosto de 1995, Tesis: I.5o.C.17 C, Página: 491

f) Importancia de la Transacción

Ahora bien, este acuerdo de voluntades es de gran utilidad y beneficio social, porque evita o pone fin a dispendios, disgustos y otros inconvenientes que producen los procesos, pudiendo citar al efecto lo que comúnmente se dice en el argot jurídico: "Vale más una mala transacción (o mal arreglo), que un buen pleito".

La conveniencia social de eliminar, mediante una transacción entre las partes, los litigios ya iniciados, es reconocida expresamente por el Estado al facultar a los funcionarios judiciales a que durante el procedimiento, exhorten *"en todo tiempo a las partes a tener un avenimiento, sobre el fondo de la controversia, resolviendo sus diferencias mediante convenio con el que pueda darse por terminado el litigio"* (Art. 55, Código de Procedimientos Civiles). Es más, en algunos procedimientos no solo es facultad, sino imperativo hacia el juez como en el caso de las controversias familiares o del arrendamiento inmobiliario. En el primer caso, en su parte conducente el artículo 941 del Código Procesal establece que en todos los asuntos del orden familiar, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento. En el segundo caso, la fracción I del artículo 961 dispone que el juez deberá estar presente durante toda la audiencia y exhortará a las partes a concluir el litigio mediante una amigable composición.

2.3 HETEROCOMPOSICIÓN

Se compone de dos palabras: del griego *heteros* que significa *lo que viene de fuera*, y *composición* que significa solución de litigio; por lo tanto podemos decir que esta figura constituye la solución del litigio por alguien ajeno o diferente a las partes. Las únicas figuras heterocompositivas son el arbitraje y el proceso jurisdiccional.

A. ARBITRAJE

a) Concepto

Es una forma heterocompositiva de solucionar litigios llevada a cabo a través de un árbitro y mediante la emisión de un laudo.

Para BRISEÑO SIERRA⁵³ el arbitraje es un procedimiento jurídico que se tramita, desarrolla y resuelve por particulares. Al igual que en el proceso jurisdiccional, en esta figura intervienen tres sujetos: las dos partes que están en el mismo plano y el árbitro que se ubica en el vértice de la relación triangular, mismo que es ajeno a los intereses en conflicto y que es llamado por las partes involucradas para solucionar el litigio que se le plantea.

En palabras de LUIS DIEZ-PICAZO, el arbitraje siempre recae sobre un litigio, es decir, sin litigio un arbitraje no se comprende, precisamente porque esa figura “es una institución por virtud de la cual las partes encomiendan a un tercero la composición del litigio”,⁵⁴ entendido éste, como un desacuerdo.⁵⁵

Por su parte el laudo debe constar por escrito y debe ser firmado por el árbitro o árbitros designados; asimismo dependiendo de lo pactado en el contrato de arbitraje, el árbitro podrá emitir un laudo ajustado a Derecho –que debe estar debidamente fundado y motivado-; o en su caso, un laudo dictado en conciencia, amigable composición o en equidad, que no necesita de una justificación razonada.⁵⁶

Pero ¿qué pasa si las partes son omisas en establecer el tipo de laudo que ha de emitir el árbitro?, hay dos opciones: que éste decida el litigio conforme a la equidad que es la

⁵³ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje comercial*. Doctrina y Legislación. Segunda edición. Edit. Limusa. México, 2001. p. 12

⁵⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Edit. Bosch. España, 1957. p. 74

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ BRISEÑO SIERRA, Humberto. op. cit. p. 43

justicia para el caso concreto; o por el contrario, que se constriña a las reglas frías del Derecho. Parecería mejor la primera alternativa, sin embargo, de conformidad con nuestro sistema procesal, ante dicha situación la regla que impera es que el árbitro debe decidir conforme a Derecho y sólo cuando expresamente las partes lo convengan, su decisión será de diversa manera. Así lo establece el artículo 628 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que indica: *Los árbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que, en el compromiso o en la cláusula, se les encomendara la amigable composición, o el fallo en consecuencia.*

No puede dejarse de lado además, que aún y cuando el laudo sea dictado en equidad, el árbitro no puede prescindir de observar ciertas normas que son de orden público o que constituyen el fundamento de ciertas instituciones.⁵⁷

b) Formas en que surge el Arbitraje (Compromiso en árbitros, cláusula arbitral y Contrato de Arbitraje)

En sus orígenes, el arbitraje se presentó de manera natural y simple: las partes en conflicto acudían normalmente a una persona de experiencia que obviamente inspiraba respeto, a manera que de que los orientase o decidiera la contienda. En nuestro país e Iberoamérica, refiere KELLEY HERNÁNDEZ,⁵⁸ era común que el carácter de árbitro se lo confirieran los trabajadores involucrados en algún conflicto a su patrón, incluso en conflictos de su propia familia.

En la actualidad, todo juicio arbitral presupone y se funda en la existencia de los siguientes contratos, que por lo regular se hacen constar en un mismo documento:

- 1) **El ACUERDO ARBITRAL** que es el que da origen al arbitraje, puede realizarse a través del *compromiso arbitral* o una *cláusula compromisoria* que celebran las partes "contendientes". Por virtud de éste, dos o más personas que tienen entre ellas o puedan tener en el futuro un determinado litigio, se obligan a solucionarlo por medio de

⁵⁷ CARNACINI, Tito. Arbitraje. Trad. Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina, 1961. p. 143

⁵⁸ KELLEY HERNÁNDEZ, Santiago Alfredo. op. cit. p. 103

la decisión de un árbitro, de acuerdo a un procedimiento convencional permitido por la ley de la materia, y a cumplir el laudo que dicho árbitro emita.

- 2) El **CONTRATO DE ARBITRAJE** que celebran los "compromitentes" y el árbitro, mediante el cual se regula la actuación y la remuneración de éste.

Una definición de compromiso arbitral, nos las proporciona el jurista italiano ALBERTO TRABUCCHI⁵⁹ quien indica que dicha figura es un contrato o acuerdo entre dos partes, cuyo objeto es la atribución de un poder [al árbitro para solucionar su litigio], por tanto contiene su renuncia recíproca de recurrir a la autoridad judicial para la decisión del pleito. Sin embargo, --agrega-, si alguno de ellos vulnera dicho pacto acudiendo al órgano jurisdiccional, su co-contratante puede oponer como excepción la celebración del compromiso arbitral y el efecto será que el juez deje de conocer el asunto.

Al respecto BECERRA BAUTISTA⁶⁰ explica que la diferencia entre el compromiso en árbitros y la cláusula compromisoria estriba en el momento en que se realizan; esto es, cuando ya existe la controversia y las partes celebran un convenio para que un tercero decida, se denomina compromiso en árbitros; en cambio, no existiendo pleito aún, pero sí una relación contractual de la que pueda derivar un conflicto, puede establecerse en dicho pacto una cláusula compromisoria; que obligará a los contratantes a acudir al arbitraje como medio para solucionar su controversia.

Así pues, decidido por las partes el sometimiento al arbitraje, el contrato que en su momento realicen con el árbitro designado, estableciendo su aceptación, derechos y deberes correspondientes, se denomina Contrato de Arbitraje.⁶¹ En éste debe establecerse además, la forma en que ha de llevarse el procedimiento, así como su duración; en caso de no hacerlo, deberá seguirse la ley procesal y su duración será de sesenta días.

⁵⁹ TRABUCCHI, Alberto. op. cit. p. 369

⁶⁰ BECERRA BAUTISTA, José. *El proceso civil en México*. op. cit. p. 403

⁶¹ *Ibidem*. p. 405.

Para BRISEÑO SIERRA⁶² por medio de la cláusula compromisoria únicamente se expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que pudieran surgir con motivo del contrato en que dicha cláusula se encuentra inmersa. En cambio, en el compromiso, nos encontramos propiamente frente a un contrato, en el cual se especifica la controversia ya suscitada, las partes, el nombre del árbitro, leyes aplicables, reglas del procedimiento a seguir, así como el tipo de resolución que deberá emitir el árbitro, etc.

Nos explica el autor colombiano RAFAEL GAMBOA SERRANO,⁶³ que de acuerdo a la legislación de ese país, en el compromiso arbitral se deben expresar en forma clara, precisa o específica, las diferencias o controversias actuales o potenciales que serán objeto del arbitraje; es decir, indicando las pretensiones y en su caso excepciones, así como los hechos relativos. Pues de acuerdo a su Ordenamiento procesal si el árbitro concede más o menos de lo que le piden las partes, estaría violando el principio de congruencia. Por otro lado, si se trata de la cláusula compromisoria, es innecesario establecerla en alguna forma especial o sacramental, simplemente debe indicarse que las partes desean someter todas o algunas diferencias derivadas del contrato que celebran a la decisión de un árbitro; en este caso, si no se especificaran las controversias, se entenderá que quedan comprendidas todas las que surjan de esa relación contractual.

Sólo para precisar: hemos dicho que el arbitraje puede surgir únicamente de dos formas: pactando ambas partes un compromiso en árbitros o mediante la estipulación de una cláusula compromisoria en el contrato que celebren. Pero técnicamente ¿desde cuándo se da inicio propiamente al procedimiento arbitral? Compartimos la idea del autor TITO CARNACINI⁶⁴ quien sostiene que el elemento esencial perfeccionador del nacimiento de este procedimiento así como de todos sus efectos, es la aceptación del árbitro para desempeñar el cargo conferido; en sus palabras indica: "podemos, pues, sentar como firmes que, tanto si el arbitraje proviene de compromiso como si proviene de cláusula

⁶² BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje Comercial*. op. cit. p. 27

⁶³ GAMBOA SERRANO. Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Bogotá, Colombia, 1992. pp. 36-38

⁶⁴ CARNACINI, Tito. op. cit. pp. 38, 39

compromisoria, es siempre la aceptación de los árbitros el acto que, haciendo perfecto el vínculo compromisorio, marca el momento inicial del proceso arbitral".⁶⁵

Confirma lo anterior las ideas plasmadas al inicio de este inciso, en donde manifestamos que el arbitraje presupone siempre un acuerdo arbitral (compromiso en árbitros o cláusula compromisoria) y en su momento el contrato de arbitraje respectivo que celebran las partes conjuntamente con el árbitro designado; por tanto es obvio que sin el primero no puede haber arbitraje, pero sin el segundo el procedimiento arbitral no podría verse materializado.

En nuestra opinión, el compromiso en árbitros constituye un contrato por virtud del cual dos o más personas denominadas "compromitentes" se obligan a sujetar sus actuales o futuros litigios de un asunto determinado, a la decisión de un árbitro. El laudo que se dicte en este caso tiene el carácter de cosa juzgada, siempre y cuando las partes hayan renunciado a la apelación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 619 del Código de Procedimientos Civiles. Siendo importante destacar a este respecto que aún y cuando la ley permita hacer renuncia de dicho recurso, de actualizarse tal supuesto se vulneraría una de las garantías esenciales del procedimiento que es precisamente el derecho de las partes de impugnar o combatir las resoluciones del órgano decisor, lo cual sería anticonstitucional. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 632 del Ordenamiento mencionado, su valor y eficacia no requiere homologación del Juez, sino tan solo que se presente ante dicho funcionario para que éste ordene su ejecución. (*art. 632. - Notificado el laudo, se pasarán los autos al juez ordinario para su ejecución, a no ser que las partes pidieren aclaración de sentencia...*).

En cuanto a la naturaleza o clasificación del compromiso en árbitros, puede decirse que se trata de un contrato atípico porque no está regulado expresamente por la Ley; bilateral porque genera derechos y deberes para ambas partes; oneroso en atención a que genera derechos y gravámenes recíprocos; conmutativo porque las prestaciones se conocen desde el momento de su celebración; formal en los casos expresados por la ley (art. 611

⁶⁵ Ibidem. p. 41

CPCDF.- el compromiso puede celebrarse por escritura pública, por escritura privada o en acta ante el juez cualquiera que sea su cuantía); preparatorio cuando verse sobre prevención de un litigio y definitivo cuando éste ya existe; principal porque no requiere de otro acto para su existencia; *intuitu personae* en los casos en que la calidad o características particulares del árbitro es esencial. En este sentido es un contrato similar a la transacción, que también tiene la fuerza de cosa juzgada.

c) Naturaleza jurídica del procedimiento arbitral

Básicamente existen dos posturas completamente opuestas que versan sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: una que lo considera eminentemente de carácter privado o contractual, en donde el árbitro sólo es un particular cuya decisión se impone a los contendientes porque ellos así lo han querido, lo mismo que si se tratara de un contrato cualquiera; otra postura en cambio, le da el carácter de un verdadero procedimiento jurisdiccional. Al respecto el citado autor GAMBOA SERRANO,⁶⁶ explica que esta diferencia de criterios se da porque cada autor estudia su propia legislación y ésta es muy variable. Por ejemplo en su país, no hay duda que el arbitraje es de carácter eminentemente jurisdiccional, ven a los árbitros como verdaderos jueces y reconocen la fuerza vinculativa del laudo para las partes como se da en el caso de las sentencias; agrega además, que con esta función se da una subrogación de competencia y no una derogación de jurisdicción, pues los árbitros están investidos de esa facultad de acuerdo a la ley al igual que los jueces, pero sólo la pueden ejercer o tendrán competencia cuando han sido designados para ello.

Contrario a lo que se ha dicho en el sentido de que el procedimiento arbitral no puede ser considerado como una actividad o función pública porque deviene de un pacto entre particulares; UGO ROCCO⁶⁷ sostiene la tesis de que esto es un equívoco, pues verdaderamente no se puede pensar que las partes confieran al árbitro un poder --

⁶⁶ GAMBOA SERRANO, Rafael H. op. cit. pp. 77-78

⁶⁷ ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T. I. op. cit. pp. 138

jurisdiccional que ellas mismas no tienen. En efecto, dice el citado autor,⁶⁸ existe una facultad del Estado conferida a los particulares de que sometan sus controversias a terceras personas diferentes de los órganos jurisdiccionales, reconociendo con ello la licitud de la función del árbitro. Por lo demás, con la celebración del convenio arbitral, se producen diversos efectos entre las propias partes, e indirectamente efectos de derecho público, que en este caso lo es la facultad conferida al árbitro por parte del Estado para resolver el litigio y la correspondiente obligación de este ente para respetar esa actividad. Por las razones expresadas, concluye dicho autor que: “el laudo arbitral es, y continúa siendo, una sentencia, es decir, un acto de declaración de certeza del derecho, emitido por órganos privados que asumen la función jurisdiccional, [por tanto] de la necesidad del decreto de ejecutoriedad no se puede inferir nada en favor de la no jurisdiccionalidad del arbitraje y de la función de los árbitros”.⁶⁹

Una tercer opinión de carácter ecléctico que es conveniente señalar, la proporciona el jurista MANUEL DE LA PLAZA,⁷⁰ quien le da el carácter de figura *sui generis* pues no se puede encuadrar por completo en uno u otro ámbito; por esa razón le denomina jurisdicción convencional.

El autor FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO⁷¹ de igual modo establece en su obra que existen dos teorías que le dan un carácter diferente a la figura analizada; una de ellas denominada teoría híbrida o mixta sostiene que ambos aspectos –jurisdiccional y contractual- pueden conciliarse pues no puede negarse que el proceso arbitral requiere y depende tanto de elementos contractuales como jurisdiccionales. La otra teoría denominada autónoma, ve a esta figura únicamente por lo que hace, lo que se busca lograr con ella, cómo y porqué funciona de la forma en que lo hace; en otras palabras enfoca su atención en el papel de esta figura en el ámbito legal y empresarial para resolver los problemas prácticos.

⁶⁸ ROCCO, Ugo. T. I. op. cit. pp. 139-140, 144

⁶⁹ Ibidem. p. 141

⁷⁰ Citado por SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje comercial internacional en México*. Colección Estudios Jurídicos. Segunda edición. Edit. Oxford University Press. México, 2001. pp. 167-168

⁷¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Primera edición. Edit. Porrúa. México, 2004. pp. 15-17

En nuestro país, -explica el autor JORGE ALBERTO SILVA SILVA-,⁷² antes de la firma de la Convención de Nueva York la tesis que imperaba era la contractualista; sin embargo posterior a ello se le dio el carácter de verdadero procedimiento jurisdiccional. Asimismo en su opinión, dicho autor establece que la naturaleza de la figura en estudio no deviene de analizar su origen o sus consecuencias, sino su esencia misma; bajo ese tenor, es innegable que participa de un acuerdo de voluntades y de un carácter jurisdiccional al resolver la controversia. Agrega además, que aunque si bien el árbitro carece de *imperium* eso no le quita la naturaleza jurisdiccional que tiene, por tanto concluye de manera categórica: "una cosa es resolver la controversia; y otra, muy distinta, ejecutar lo decidido. La actividad jurisdiccional se define por la función decisoria, no por la ejecutiva".⁷³

Tesis contraria sostiene COUTURE⁷⁴ al expresar que el juicio arbitral si bien tiene forma de proceso, su naturaleza no es jurisdiccional porque los árbitros carecen de *imperium*, el cual es un atributo de la jurisdicción.

Nosotros coincidimos con SILVA SILVA, pues efectivamente la resolución del litigio se da con la emisión del laudo en el proceso arbitral y con la sentencia en el proceso jurisdiccional; en la que el árbitro y juzgador fallan la controversia en favor de los intereses de alguna de las partes involucradas, aplicando las normas generales al caso concreto. Posterior a su emisión, la vía de apremio o fase ejecutiva para materializar la decisión podrá darse o no atendiendo a lo que la parte interesada desee, pero el conflicto ya está resuelto; en otras palabras, "la ley ha hablado".

d) Clases de Arbitraje

- Arbitraje Civil
- Arbitraje Comercial
- Arbitraje Comercial Internacional
- Arbitraje Internacional o Interestatal

⁷² SILVA SILVA, Jorge Alberto. op. cit. p. 169

⁷³ Ibidem. p. 170

⁷⁴ COUTURE, Eduardo. op. cit. p. 35

El Arbitraje Civil se regula en los Códigos de Procedimientos Civiles de cada Estado y del Distrito Federal (arts. 609 a 636 CPCDF)

El arbitraje Comercial se regula en el Código de Comercio que es de carácter federal; se da entre comerciantes nacionales, es decir, en nuestro territorio nacional (arts. 1415 a 1422 del Código de Comercio).

El Arbitraje Comercial Internacional se da entre dos sujetos de nacionalidades diferentes y comprende las materias civil y mercantil; asimismo lo regula el Derecho internacional privado.

El Arbitraje Interestatal por último, se da cuando las partes son dos Estados, pero cuyas decisiones finales, por falta de un órgano ejecutivo supranacional, se corre el peligro de quedar sin cumplirse si el Estado vencido no lo acepta, como ocurrió durante mucho tiempo en el famoso caso del Chamizal cuyo laudo dictado en favor de México y en contra de Estados Unidos, fue incumplido durante más de medio siglo por dicho país.

A su vez, estos arbitrajes pueden ser de dos tipos:⁷⁵

- El arbitraje "Ad hoc", casuístico o eventual, pues las propias partes son las que van a designar al árbitro y el procedimiento que se va a seguir en el caso concreto; la actuación del árbitro o árbitros designados por los compromitentes no está sujeta a vigilancia o revisión de una entidad superior.
- El arbitraje administrado o institucional es el que se realiza a través de Instituciones previamente establecidas y supone cierta permanencia; como ejemplo tenemos a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (Cámara Internacional de Comercio), con sede en París, Francia; cuyas funciones no son para tramitar ella misma el

⁷⁵ ZEPEDA TRUJILLO, Jorge Antonio. *El Arbitraje y la Mediación*. "Primer Simposio Regional de Derecho Procesal" Sinaloa, México, 2000. Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Escuela Libre de Derecho de Sinaloa. pp. 127-128

procedimiento arbitral y emitir al final de él el laudo correspondiente, ya que tales funciones jurisdiccionales competen solo a los árbitros designados, quienes las ejercen con sujeción al Reglamento de Arbitraje de la CCI. La actuación de la Corte es de otra índole, porque aprueba ella el nombramiento de los árbitros hecho por las partes comprometidas; declara la instalación del Tribunal arbitral; vigila que el laudo se emita en tiempo; revisa el proyecto de laudo que dicho tribunal debe presentarle para que si procede se hagan a él modificaciones de forma únicamente proponga adecuaciones de fondo; y fija bajo la inspiración de un arancel, los honorarios de los árbitros. Este tipo de arbitraje también se usa para arbitrajes internos y no solo para los internacionales.

Amén de lo anterior, dicho organismo provee árbitros imparciales y profesionales, auxilia a las partes en el nombramiento de dichos árbitros, así como para reemplazarlos; en conclusión, su papel es la de facilitar que el arbitraje se lleve a cabo de manera oportuna y eficiente, pues brinda apoyo administrativo a los árbitros, facilita la comunicación entre éstos y las partes, etc.

Otra institución existente en América, es la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) cuya función es trascendente pues habiéndose omitido por las partes un acuerdo expreso en cuanto a la forma en que se tramitará el procedimiento, supletoriamente tendrá aplicación obligatoria el reglamento de este Organismo.⁷⁶

e) Modos de Terminación

Pueden enumerarse como los más importantes:

- El modo ordinario y natural de terminación del compromiso que consiste en la emisión y cumplimiento del laudo

⁷⁶ SANTOS BELANDRO, Ruben. *Arbitraje Comercial Internacional*. Tercera edición. Edit. Oxford University Press. México, 2003. p. 219

- La muerte del árbitro designado por las partes si no tuviere sustituto (622-I CPCDF), pero si se trata de la muerte del árbitro designado por el juez, se procede a la sustitución del mismo por acuerdo de ambas partes y en su defecto por uno de los que figuren en las listas oficiales y sea designado por el juez (622-I, 220 y 221 CPCDF).
- La excusa del árbitro o árbitros después de que hubieran aceptado (622-III CPCDF), causa que al parecer sólo se permite cuando es por motivo de enfermedad del árbitro y una de las partes, o por necesidad del árbitro de tener que ausentarse del lugar. La excusa es distinta de la falta de aceptación a la que impropriamente el legislador le llama renuncia (222 in fine, CPCDF).
- La recusación del árbitro designado por el juez (622-III, CPCDF), siendo las causas de recusación las mismas que las de un juez (623 CPCDF).
- Cuando el árbitro designado ha sido nombrado funcionario judicial o funcionario público y las funciones de éste sean incompatibles con las de árbitro (622-IV CPCDF).
- El vencimiento del plazo fijado por las partes, o en su defecto, el plazo supletorio fijado por la ley (617 CPCDF), (deben tenerse presente las causas de suspensión y de prórroga de dicho término.- 622 frac. V; 624 y 627 CPCDF).
- Por nulidad del compromiso, cuando no se designe el negocio o negocios que se sujeten al juicio arbitral (art. 616 CPCDF)

f) El Árbitro

Se puede definir al árbitro, según el autor GABRIEL BUIGUES OLIVER, como “aquel sujeto (o sujetos) que intervienen en un determinado asunto, de modo imparcial, y al que en algunos casos se solicita una opinión sobre el mismo; [en donde] esta opinión revestirá la forma de sentencia”.⁷⁷

⁷⁷ BUIGUES OLIVER, Gabriel. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: el Arbitr Ex compromisso*. Edit. Montecorvo. Madrid, 1990. p. 25

Así también, en el estudio que hace el autor citado,⁷⁸ la intervención del árbitro desde sus orígenes en el Derecho Romano quizá fue en tres estadios: primero como simple testigo, después tomando parte en el proceso por habérselo pedido alguna de las partes para ayudarlo y por último, actuando como juez para decidir o solucionar el conflicto.

¿Qué se necesita para poder fungir como árbitro? La respuesta la encontramos analizando el sistema jurídico del lugar que deseemos, así por ejemplo en Colombia se necesita precisamente ser ciudadano colombiano en pleno ejercicio de sus derechos, además de ser Abogado en ejercicio de la profesión para el caso de que el laudo deba ser dictado conforme a Derecho.⁷⁹

En nuestro sistema jurídico, no encontramos disposición específica en algún Ordenamiento que regule expresamente los requisitos necesarios para tener la calidad de árbitro; sólo se hace alusión a la necesidad de estar en pleno ejercicio de los derechos civiles por parte de las personas que deseen someter sus diferencias ante un árbitro (art. 612 del Código de Procedimientos Civiles que establece: *"Todo el que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios..."*); por esa razón, desde nuestro particular punto de vista sólo será requisito para poder fungir como árbitro, el que se cuente con capacidad plena (de goce y de ejercicio) (arts. 22, 23 y 24 del Código Civil para el Distrito Federal); excepción hecha de la limitación que la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal establece en su capítulo denominado *De las incompatibilidades e incapacidades*, concretamente en el artículo 25 que prohíbe a los servidores públicos de la administración de justicia ser árbitros.

B.- EL PROCESO JURISDICCIONAL

En cuanto al origen del proceso jurisdiccional podemos decir que habiendo surgido a lo largo del desarrollo de la convivencia humana diversas formas en que los individuos han tratado de resolver sus enfrentamientos de intereses tales como la autocomposición o

⁷⁸ BUIGUES OLIVER, Gabriel. op. cit. p. 27

⁷⁹ GAMBOA SERRANO, Rafael H. op. cit. pp. 46-47

justicia por sí mismo, así como el arbitraje cuyos resultados no fueron tan certeros o provechosos, se dio cabida a una forma mucho mas segura y determinante para las personas: el proceso jurisdiccional, pues se dio intervención a un órgano estatal con el objeto de crear certeza en que la resolución se respetaría y cumpliría aún en contra de la voluntad del derrotado. Este órgano precisamente es un Tribunal cuya actividad, a través de los jueces consiste en decidir los litigios y obligar al condenado a cumplir con lo sentenciado. Lo anterior el autor CARLOS CORTÉS FIGUEROA lo explica de la siguiente manera: "el proceso se presentó como fórmula de salvación cuando, cualquier otra forma de arreglo o de composición de controversias se advirtió que dejaba bastante que desear, lo que equivale a entender que dejaba las cosas en peores condiciones a causa del sacrificio realizado (renuncia, transacción, sometimiento), o a causa del poco respeto que mereciera –sobre todo a posteriori- la intervención de un componedor, árbitro o juzgador improvisado. Se requería pues, de un mecanismo imperativo que tuviera el sello de imprescindible y de respetable; imprescindible desde el momento en que los mismos integrantes de una sociedad (colectividad) convinieron en autoprohibirse la venganza de propia mano; respetable porque lo que se decidiera tendría el sello de esa otra creación humana que es el Estado. Así el proceso vino a constituir tal mecanismo de composición de conflictos de intereses y de suministro de justicia, no justicia ideal ni divina, sino de justicia mínima pero considerada, aunque sea convencionalmente, como lo mejor que es dable alcanzar y que lo que así se logre será indisputable y firme".⁸⁰

De la misma manera por ser realmente descriptiva de las ideas señaladas, podemos transcribir literalmente la cita que nos brinda al respecto el excelente jurista ALCALÁ-ZAMORA en su obra intitulada *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*: " 'Los hombres, que en su primitivo estado natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban por consiguiente autorizados para hacerlo por sí mismos: la experiencia les hizo entender los graves daños a que los conducían estos medios; pues o no podían defenderse por sí mismos, o excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, a que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los

⁸⁰ CORTÉS FIGUEROA, Carlos. op. cit. pp. 75-76

riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en paz y en justicia' ".⁸¹

Ahora bien, para determinar en qué consiste el proceso citaremos al autor BARRIOS DE ÁNGELIS quien nos proporciona diversas definiciones al expresar que el proceso en un sentido real o vital corresponde a la actividad de los jueces, conjuntamente con las partes, peritos, testigos, etc. en ese sentido se dice que el proceso es " 'un momento de la vida , para la afirmación del derecho, ante y por los tribunales' ".⁸²

En otra concepción virtual o ideal, se le define como "la sucesión de actos interdependientes coordinados para obtener la satisfacción jurídica mediante el ejercicio de la jurisdicción".⁸³

El maestro PALLARES⁸⁴ por su parte manifiesta que el proceso en sentido amplio significa un conjunto de fenómenos, actos y acontecimientos que suceden en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vinculación, en este sentido - se habla de procesos químicos, físicos, biológicos, etcétera. Proceso jurídico se define como el conjunto de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos, como por ejemplo los procesos legislativos, administrativos, judiciales. Y proceso jurisdiccional en consecuencia, sería aquél proceso jurídico que se lleva a cabo ante los órganos jurisdiccionales, o sea ante los encargados de administrar justicia.

Para FLORES GARCÍA⁸⁵ el proceso jurisdiccional o juicio es "el proceso contencioso desde que se inicia en cualquier forma hasta que se dicte la sentencia definitiva"; de este

⁸¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. op. cit. pp. 51-52

⁸² BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. Introducción al estudio del Proceso. Ediciones Depalma. Argentina, 1983. p. 98

⁸³ Idem.

⁸⁴ PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Edit. Porrúa. México, 2000. p. 636

⁸⁵ FLORES GARCÍA, Fernando. op. cit. pp.34, 419-420

modo, todo proceso requiere un heterocomponedor o tercero imparcial, ajeno al pleito que arregla el litigio. Por esa razón el proceso puede definirse como un instrumento creado para resolver los litigios o satisfacer las pretensiones, lo que implica desde luego una serie de actos graduados o concatenados que tienen íntima conexión.

Por su parte BECERRA BAUTISTA⁸⁶ establece que el proceso judicial es la actitud jurídica de las partes y del juez para obtener una resolución vinculativa; en razón de ello el fin del proceso lo será precisamente la obtención de una sentencia que en forma vinculativa resuelva entre partes una controversia sobre derechos substanciales. Explica además el autor citado, que los conceptos juicio y proceso son sinónimos, solo que la palabra proceso es más técnica, indica una relación jurídica que implica cooperación de voluntades encaminadas a la obtención de una sentencia.

En su concepción, COUTURE sostiene que el proceso, dentro del cúmulo de actos jurídicos, es “un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por acto de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica”.⁸⁷

Tomando como base el concepto de jurisdicción, que la identifican como la facultad o función jurídica del Estado de crear normas jurídicas individuales,⁸⁸ los autores ENRIQUE AFTALIÓN, JOSÉ VILANOVA y JULIO RAFFO, definen al proceso como “el conjunto de actos mediante los cuales se manifiesta o ejercita la jurisdicción; es decir, se llega a la creación de la norma individual (sentencia)”.⁸⁹

Similar concepto nos proporciona UGO ROCCO al afirmar que en el campo del Derecho, el proceso constituye el desenvolvimiento de una de las tres funciones del Estado, concretamente la función jurisdiccional. Por tanto, define al proceso (civil) como “el

⁸⁶ BECERRA BAUTISTA, José. *El proceso civil en México*. op. cit. pp.1, 55

⁸⁷ COUTURE, Eduardo J. op. cit. p. 10

⁸⁸ AFTALIÓN, Enrique R; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*. Tercera edición. Edit. Abeledo-Perrot. Argentina, 1999. p. 925

⁸⁹ Idem.

conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional”.⁹⁰

En nuestra opinión efectivamente se trata de una serie de actos concatenados que realizan las partes conjuntamente con el juez, correspondiéndole a este último decidir el litigio aplicando una norma general al caso que se le plantea. Por esa razón, preferimos el concepto que proporciona el maestro CIPRIANO GÓMEZ LARA al indicar que el proceso es “un conjunto complejo del actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo”,⁹¹ en tal sentido, es evidente que el proceso concluye con una decisión final que emite el órgano jurisdiccional denominada sentencia y no precisamente con el fin de *satisfacer las pretensiones de las partes* como lo refiere el autor KELLEY HERNÁNDEZ,⁹² pues con la simple emisión de la sentencia –a nuestro modo de ver-, no se satisface en estricto sentido lo querido o pretendido por los sujetos de la relación, ya que las pretensiones se satisfacen con el pago.

Al respecto podemos citar al jurista TAMAYO Y SALMORÁN que sostiene que “la forma en que el proceso jurisdiccional termina una controversia es emitiendo una decisión dotada de autoridad”,⁹³ es decir, una sentencia.

En cuanto al fin o función del proceso, que para nosotros es dirimir la controversia o solucionarla mediante una sentencia, es importante destacar el estudio que hace COUTURE⁹⁴ a este respecto, pues indica que esta figura tiene dos funciones a la vez: una privada y otra pública. Mediante la primera, se satisface un interés individual, esto es, la persona halla en el proceso un instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su

⁹⁰ ROCCO, Ugo. T. I. op. cit. p. 113

⁹¹ GÓMEZ LARA, Cipriano. op. cit. p. 95

⁹² KELLEY HERNÁNDEZ, Santiago Alfredo. op. cit. p. 103

⁹³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho. (Introducción al Estudio de la ciencia jurídica)*. Reimpresión a la segunda edición. Edit. Themis. México, 2001. p. 450

⁹⁴ COUTURE, Eduardo J. op. cit. pp. 145-147

interés legítimo o aspiraciones de que se le haga justicia, (-mas no de sus pretensiones- podríamos agregar). La función pública por su parte, satisface un interés social, en tanto cuanto asegura la efectividad del Derecho, buscando con ello paz jurídica. Donde cabe aclarar, ambas funciones o fines se encuentran en el mismo plano, es decir, no puede haber preponderancia de uno u otro.

II. FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE LOS LITIGIOS.

Bajo el pensamiento de CARNELUTTI, al lado del proceso jurisdiccional como forma heterocompositiva de solución de litigios, se encuentran los equivalentes jurisdiccionales,⁹⁵ que según el autor FLORES GARCÍA⁹⁶ en la actualidad se les ha dado el nombre de medios alternativos para solucionar los conflictos de intereses; mismos que tienen como característica común el que no intervenga un órgano jurisdiccional (dependiente del propio Estado) como en el proceso.

En otras palabras, aunque no actúa el interés público -a través de los jueces-, a ciertas figuras se les reconoce de alguna manera su idoneidad para alcanzar el mismo fin que persigue la jurisdicción: declarar el Derecho o solucionar litigios.

Algunos autores contemporáneos⁹⁷ incluso, han manifestado que ciertas figuras como la mediación, la conciliación y el arbitraje constituyen actualmente *nuevas formas* de resolución de conflictos; indicando que dichas figuras se contraponen de una manera general a la confrontación judicial y ofrecen a las partes opciones más expeditas y menos dolorosas y desgastantes que un juicio; además de un impacto de largo plazo que garantiza el cumplimiento de los acuerdos que se logren.

⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1997. p. 16

⁹⁶ FLORES GARCÍA, Fernando. op. cit. p. 82

⁹⁷ RODRIGUEZ VILLA, Berta Mary; PADILLA DE TRAINER, Ma. Teresa. *Mediación en el Divorcio: Una alternativa para evitar las confrontaciones*. Segunda edición. UNAM. México, 2001. pp. 15-16

En nuestra opinión, es errónea la anterior apreciación en cuanto a considerar al arbitraje como una *nueva forma* para la solución de conflictos, ya que esta figura ha existido y fue utilizada desde mucho tiempo antes que surgiera el proceso jurisdiccional; en otras palabras, puede decirse que fue la primer forma heterocompositiva de solucionar los litigios; por tanto no puede dársele una connotación de algo recién creado en nuestros días nada más porque ciertas figuras se están rescatando en cuanto a su aplicación, haciéndolas parecer mejor que los juicios ante los Tribunales en donde se destacan también innumerables deficiencias.

Otro equívoco en que se incurre, insistimos, es que se habla de conflictos y no de litigios, englobando con el primer concepto de una manera general a cualquier situación problemática de la vida común entre sujetos particulares, grupos sociales o naciones,⁹⁸ así como ciertas reacciones emocionales de los individuos en particular como el estrés, enojo, agresividad, soledad, etc.⁹⁹ que ninguna trascendencia jurídica tienen, siendo esta característica lo esencial de todo litigio.

Ahora bien, se dice¹⁰⁰ que bajo la denominación de *Resolución alternativa de disputas o formas alternativas de solucionar conflictos* se incluyen todas las formas en que se previene y se resuelven los conflictos que no pasen por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o su abandono; constituyendo además, una reforma y modernización de lo que es la justicia en nuestros días. Dichas figuras son la conciliación, la mediación y el arbitraje,¹⁰¹ así como la negociación,¹⁰² mismas que han ganado un gran número de adeptos principalmente por parte de trabajadoras sociales, psicólogos, o psiquiatras, quienes las han canalizado en mayor medida a las cuestiones familiares.

⁹⁸ GREIF, Jaime. op. cit. p. 45

⁹⁹ CURES, Susana I. op. cit. p. 25

¹⁰⁰ ALVAREZ, Gladis S.; HIGHTON, Elena I. "Resolución alternativa de conflictos, estado actual en el panorama Latinoamericano". California Western International Law Journal. Vol. 30, No.30; Spring, 2000; San Diego, California E.U. p. 409

¹⁰¹ GREIF, Jaime. op. cit. p. 44

¹⁰² HENÓN, Jorge. *La Negociación, mediación y arbitraje como métodos alternativos de resolución de conflictos*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Tomo 82. Nos. 1 al 12. Enero a diciembre de 1996. Montevideo, Uruguay. pp. 22-23

Pensamos que su utilización está trascendiendo porque al ser comparadas con el proceso jurisdiccional encuentran mayores ventajas en cuanto a las relaciones interpersonales, al tiempo que se emplea y a la calidad de las propuestas o soluciones que se generan, muy diferentes a los juicios. Pero ¿cuáles han sido en verdad las causas o a qué se atribuye la marcada discriminación en nuestros días del proceso jurisdiccional en comparación con la utilización de los medios alternos de solución de controversias?

Una de las principales razones que se argumentan es que no se consigue una justicia real para cada caso, sino sólo una justicia legal completamente alejada de los verdaderos intereses de las partes. En sus palabras, las autoras GLADIS STELLA ÁLVAREZ y ELENA INÉS HIGTON, dicho argumento lo expresan así: "Se reconoce así que el sistema formal y tradicional de la justicia no siempre es el más adecuado para resolver los conflictos jurídicos y que los conceptos de *justicia* y de *administración de la justicia* deben ser redefinidos con criterios más amplios y abarcativos. Así por ejemplo cuando se sostiene que *sólo a través del pronunciamiento de los jueces los ciudadanos pueden acceder a la justicia*, se está operando sobre el concepto de *justicia legal* y dejando de lado la justicia intrínseca del caso que puede ser encontrada y satisfecha por las partes involucradas, sin intervención del estado, cuando no está de por medio el orden público u otras razones superiores al interés individual."¹⁰³

En otra opinión,¹⁰⁴ se dice que en nuestra sociedad actual la resolución de los problemas impuesta por un tercero, ya no alcanza a dar respuesta a toda la conflictiva del hombre, por esa razón este personaje busca algo diferente para resolver sus conflictos; pretendiendo verse y ver a su semejantes precisamente como lo que son: unas personas o seres humanos, no enemigos.

Otros más¹⁰⁵ dicen que no es su pretensión sustituir al proceso jurisdiccional, pero opinan que éste debe mejorarse, y en otro aspecto, principalmente debe cambiarse o evolucionar la mentalidad de los abogados; ya que su actividad y conducta ha hecho que los

¹⁰³ ÁLVAREZ, Gladys S. y HIGTON, Elena I. op. cit. pp. 409-410

¹⁰⁴ CURES, Susana I. op. cit. p. 25-26

¹⁰⁵ RODRIGUEZ VILLA, Berta Mary; PADILLA DE TRAINER, Ma. op. cit. pp. 15-16

justiciables ya no tengan interés en acudir a los Tribunales “asesorados” o representados por éstos, pues convierten en un “campo de batalla” lo que puede ser una situación simple, con posibilidad de tener solución de una manera amigable en que ambas partes obtengan mayores beneficios y no sólo una de ellas; evitando que haya un vencedor y un vencido. Asimismo, dado el gran número de asuntos que se ventilan en los Juzgados, evidentemente una sentencia puede tardar mucho tiempo en ser emitida, y en su opinión, con ella no se resuelve el conflicto definitivamente, porque el problema se acaba hasta que se concrete o materialice lo decidido por el Juez, lo cual también puede durar eternidades.

Similar pensamiento encontramos en ZULEMA WILDE¹⁰⁶ pues sostiene que debido a las críticas tan duras que ha recibido el sistema tradicional de resolución de conflictos en cuanto al retraso en las causas judiciales, así como por el elevado costo que implican; se ha provocado un mayor interés hacia otros métodos diferentes al proceso que se ventila en tribunales.

Por su parte, ENRIQUE GONZÁLEZ CALVILLO¹⁰⁷ manifiesta de igual manera, que en las formas alternas de solución de controversias –y concretamente en la mediación-, no se da un ámbito de enfrentamiento entre las partes como en el proceso jurisdiccional en que necesariamente una de ellas tiene que perder.

Por último, en opinión del autor argentino ENRIQUE M. FALCÓN,¹⁰⁸ son tres las causas por las que se buscan nuevos métodos para solucionar los conflictos: la primera es que el sistema judicial ya fue rebasado en cuanto al límite de causas que puede conocer; la segunda es que la oficina judicial es obsoleta y la tercera es que no todos los magistrados se ocupan debidamente de las cuestiones planteadas, ni están calificados para resolverlas.

¹⁰⁶ WILDE, Zulema. op. cit. p. 7

¹⁰⁷ GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique. *La mediación en México*. Revista JURÍDICA. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. No. 29, 1999. México, D.F. p. 177

¹⁰⁸ FALCÓN, Enrique M. *Mediación Obligatoria en la ley 24.573*. Edit. Abeledo-Perrot. Argentina, 1997. pp. 11-12

Como podemos observar, las justificaciones mencionadas tienen algo de razón en cuanto a resaltar la existencia de diversos problemas que se dan en los Tribunales y papel incorrecto que desempeñan algunos abogados; sin embargo no podemos dejar de mencionar que tan malo es lo anterior, como el considerar únicamente dicha labor como causa del problema. Éste se origina —en nuestra opinión—, fundamentalmente por la falta de conciencia, responsabilidad, preparación y educación de toda la sociedad para afrontar los problemas con una cultura de valores que desafortunadamente se están perdiendo, y cuyo rescate no depende de unos cuantos, sino de todos.

Por esa razón, sin menospreciar la utilidad que pudiesen llegar a tener las formas alternativas de solución de controversias, nosotros creemos que el proceso jurisdiccional es por antonomasia, la mejor forma de solucionar los litigios. En otras palabras, es innegable que dichas figuras ofrecen cosas buenas que quizá puedan repercutir en el logro de una solución, pero en última instancia, la misma tiene que atender siempre a ciertos criterios de orden jurídico denominados normas de orden público o interés general; asimismo en cierto momento tiene que recurrirse a los Tribunales, quieran o no las partes, para ejecutar lo convenido cuando alguna de ellas no quiera cumplir lo que le corresponde.

En conclusión, nos atrevemos a afirmar que con dichas figuras (a excepción del arbitraje) jurídicamente no se solucionan los litigios, sólo ayudan o contribuyen a que las personas que están involucradas en una situación de conflicto, ya no acudan al órgano jurisdiccional por haberse resuelto la cuestión emocional que tal vez era el origen de la situación anómala que tenían.

En otro orden de ideas, enseguida nos referiremos a cada figura en particular pues al existir rasgos comunes entre ellas, ha hecho que se les confunda. Así por ejemplo, algunos¹⁰⁹ sostienen que la negociación es el género (el resultado a conseguir) y que tanto la conciliación como la mediación son las formas para poder lograrlo.

¹⁰⁹ FALCÓN, Enrique M. op. cit. pp. 13,16,18

Otros,¹¹⁰ por el contrario, opinan que la conciliación y la mediación son procedimientos para lograr un acercamiento óptimo entre las partes y buscar con ello, la mejor alternativa para la solución del conflicto, haciéndolo, obviamente a través de la negociación que es una técnica.

1.- ARBITRAJE

Ya hemos visto que la mayoría de los autores que hablan de las formas alternas de solución de conflictos, incluyen al arbitraje dentro de este campo argumentando que tiene tal carácter porque se da de manera extrajudicial. Entre ellos se encuentra GOZAÍNI quien lo define textualmente como: "un método o técnica por medio del cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resuelva".¹¹¹

Agrega además, que es la figura que mayor aproximación tiene con el modelo adversarial del litigio común.¹¹²

Incorre en un equívoco el autor mencionado porque su lenguaje es impropio al confundir las formas en que se resuelven los litigios con el contenido mismo; en otras palabras, el contenido del arbitraje como del proceso jurisdiccional es el litigio, sin este último no podrían existir tales procedimientos heterocompositivos; por lo que no se puede hablar de arbitraje como sinónimo de litigio.

Por lo demás, hemos visto también que el arbitraje no es un método o técnica, sino un procedimiento de carácter eminentemente jurisdiccional en cuanto a que tiene como fin, -al igual que el proceso jurisdiccional-, solucionar litigios mediante la emisión de un laudo que tiene la misma fuerza que la sentencia.

¹¹⁰ GOZAÍNI, Osvaldo A. op. cit. pp. 12-14, 23, 29

¹¹¹ Ibidem. p. 17

¹¹² Idem.

Por las razones expresadas, no nos detendremos en mayores explicaciones al respecto, pues ya en capítulo diverso estudiamos el concepto, naturaleza y características de esta figura.

2.- NEGOCIACIÓN

Establece ENRIQUE M. FALCÓN que de una manera general la negociación consiste en “el hecho de plantear ante otro, de quien se quiere obtener una conducta, un resultado, o una cosa, una serie de propuestas tendientes a que el mismo otorgue voluntariamente aquello que queremos, en razón de nuestra oferta.”¹¹³

Para EVA JOSKO DE GUERÓN,¹¹⁴ la negociación constituye una modalidad de decisión social que se traduce a su vez, en una decisión interdependiente. Lo anterior quiere decir que las decisiones de los individuos involucrados en una situación de pugna, no son unilaterales, sino dependientes una de otra; es decir, existe una inter-relación de respuestas y conductas de ambos individuos. En otras palabras, “los resultados para cada cual dependen no sólo de su propia acción, sino de lo que hizo o dejó de hacer su contraparte”.¹¹⁵

Por su parte RANDOLPH LOWRY¹¹⁶ sostiene que la negociación es el proceso de comunicación en el cual hay un dar y un recibir. Pronunciándose en el mismo sentido JORGE HENÓN RISSO¹¹⁷ al expresar que la negociación es simplemente comunicación entre dos partes para alcanzar un acuerdo. Bajo esa tesitura todos negociamos, siempre lo estamos haciendo.

¹¹³ FALCÓN, Enrique M. op. cit. p. 13

¹¹⁴ JOSKO DE GUERÓN, Eva. *La mediación, la negociación y los negociadores*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Año XL, No.96, 1995. Caracas, Venezuela. p. 323

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ LOWRY, Randolph. *Puliendo un diamante; cómo preparar a un cliente para participar en una mediación*. Revista La Ley. Suplemento, 8 octubre, 1999. Buenos Aires, Argentina. p. 3

¹¹⁷ RISSO, Jorge H. *Teoría de la mediación*. Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Año. XXXIV No.55 Julio-Diciembre, 1994. La Plata, Argentina. p. 233

GOZAÍNI robustece lo anterior al decir que “la vida misma es una negociación permanente”;¹¹⁸ en todas las relaciones humanas se da este fenómeno que se convierte en un hábito de conducta, un método para lograr la felicidad común y se compone de ofrecimientos y compromisos recíprocos para lograr un acuerdo.¹¹⁹

Debido a las características mencionadas, JAIME GREIF afirma que la mayoría de los autores equiparan a la negociación con una transacción, definida esta última como “el intercambio de una cosa por otra”.¹²⁰

En nuestra opinión, efectivamente la negociación (comunicación en sí) forma parte de nuestra vida cotidiana, pues en todas las relaciones que tenemos, ya sea en la familia, en el trabajo, en las relaciones comerciales, etc. constantemente manejamos propuestas y recompensas o compromisos particulares con el objeto de lograr ciertas conductas o reacciones de nuestro interlocutor, tratando también que se presenten beneficios recíprocos; así por ejemplo, el hijo que pide permiso a sus padres para acudir a una fiesta, a su vez propone un compromiso de su parte para “arreglar su cuarto todos los días”. En el área laboral, encontramos al jefe que le propone como recompensa a su secretaria la concesión de un día de descanso que ella elija si a cambio se queda a trabajar más tiempo del obligado en determinado día porque existe una situación extraordinaria. El comerciante que “rebaja” el precio de su producto con el ánimo de que el comprador lo adquiera; por la petición de éste último que solicita tal rebaja con el compromiso de que se llevará una cantidad considerable de dicho producto. Como podemos observar, existe una interacción de ideas y conductas con el ánimo de que las partes involucradas en la comunicación logren un acuerdo mutuamente aceptable sobre determinada situación.

3.- CONCILIACIÓN

Tomando en cuenta que para FALCÓN¹²¹ la negociación implica siempre una conducta de plantear ante otra persona diversas propuestas con el fin de que ésta reaccione de la

¹¹⁸ GOZAÍNI, Osvaldo. op. cit. p. 23

¹¹⁹ Ibidem. p. 29

¹²⁰ GREIF, Jaime. op. cit. p. 48

¹²¹ FALCÓN, Enrique M. op. cit. p. 18

manera que nosotros queremos; la conciliación en su concepto, viene a ser nada mas que una variante o especie de la negociación.

De conciliación se puede hablar en dos sentidos –indica GOZAÍNI,¹²² en una primera acepción se hace referencia al acuerdo de voluntades en que los intereses contrapuestos encuentran puntos de coincidencia pero sin que en dicho acuerdo intervenga un tercero; en otra acepción, se le ve como una actividad de un tercero ajeno a las partes que busca aligerar sus tensiones y desacuerdos. Proviene de la palabra latina *conciliatio* que significa composición de ánimos en diferencia, esto es, implica o trae consigo el ánimo de arreglar pacíficamente el problema, ya sea dentro o fuera del proceso, incluso antes de iniciarlo o durante su desarrollo.

Otros como OVALLE FAVELA,¹²³ definen a la conciliación como el procedimiento voluntario en el que un tercero ajeno e imparcial – denominado conciliador -, propone a las partes formas alternativas de solucionar el litigio. Debido a ello, sus características esenciales son que puede darse fuera o dentro del proceso jurisdiccional; así como que el conciliador propone alternativas de solución, pero serán las partes quienes determinen si las toman o no.

En el artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se encuentra regulada una Audiencia denominada Previa y de *Conciliación* que se verifica de la siguiente manera: Se debe señalar dentro de los diez días siguientes a la contestación de la demanda o en su caso de la reconvención; si una de las partes o ambas no concurren sin causa justificada, el juez las sancionará con una multa pasando a depurar el juicio. En caso de que ambas partes concurren, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal procediéndose enseguida a procurar la conciliación que estará a cargo del CONCILIADOR adscrito al juzgado quien debe preparar y proponer a las partes alternativas de solución al litigio. De llegarse a un convenio, el juez lo revisará y aprobará si no es contrario a Derecho, elevándose a la categoría de cosa juzgada. Si no se logra

¹²² GOZAÍNI, Osvaldo. op. cit. pp. 12-13, 39

¹²³ OVALLE FAVELA, José. op. cit. p. 23.

dicho acuerdo, la audiencia proseguirá y el juez examinará las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada con el fin de depurar el procedimiento.

Como podemos observar, la ley establece que la conciliación estará a cargo de un funcionario especial adscrito al juzgado, cuyo papel precisamente es procurar que las partes logren un convenio que termine con sus diferencias, para lo cual necesita estudiar el asunto previamente para proponerles alternativas de solución como lo dispone la ley. Sin embargo, en la práctica es triste observar que la figura en estudio no se verifica de la manera señalada, pues las personas que tienen el cargo de conciliadores ni estudian el expediente, ni les interesa formular propuestas de solución ya que por regla general no cuentan con la experiencia y conocimientos suficientes para ello; por tal motivo sólo se concretan a preguntar a las partes si "ya platicaron" e independientemente de la respuesta continúan con la audiencia.

¿Qué se debe hacer entonces? Obviamente resaltar la importancia de la conciliación procurando principalmente elegir un personal adecuado que cuente con la experiencia, conocimientos e interés suficientes para desempeñar un trabajo como éste pues de acuerdo a la Ley Orgánica, actualmente sólo se exige para ser conciliador: a) ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles, b) ser licenciado en Derecho con cédula profesional expedida por la autoridad o institución legalmente facultada para ello; y c) No haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión, pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, quedará inhabilitado para el cargo, cualquiera que haya sido la pena. (arts. 19 y 22 se excluye la práctica profesional)

A más de lo anterior, se debe buscar que los aspirantes a dicho puesto y los que lo ocupan tengan un mejor sueldo, tengan una experiencia de cinco años mínimo, así como una capacitación previa a ocupar el cargo y cursos de actualización constantes.

4.- MEDIACIÓN

La Doctora MARIA GUADALUPE MÁRQUEZ ALGARA dice que la mediación “es un procedimiento no adversarial, pacífico, voluntario y cooperativo de resolución de conflictos al que las partes recurren para lograr un acuerdo facilitado por el mediador”.¹²⁴

LINO ENRIQUE PALACIO¹²⁵ sostiene también que la mediación es un procedimiento. Un procedimiento en el cual interviene un tercero que se limita a sugerir a las partes la conveniencia de concretar una solución amigable utilizando tácticas de comunicación y entendimiento entre ellas y que eventualmente concluye con la celebración de un acuerdo que soluciona el litigio.

Mediar, según el multicitado autor OSVALDO GOZAÍNI,¹²⁶ es interceder o rogar por alguien; también puede pensarse que se presenta cuando una persona se interpone entre dos o más que riñen, procurando su reconciliación o unirlos en amistad.

Por su parte la autora MARÍA ALBA AIELLO DE ALMEIDA,¹²⁷ en un estudio realizado al respecto, nos dice que la mediación es un método, quizá el mejor de los denominados “alternativos para la solución de conflictos”, ya que favorece la comunicación y permite la instauración de la paz social, misma que consiste fundamentalmente, en un clima de sana convivencia en la que impera la justicia, a través de la solidaridad.

Es posible definir a la mediación, -dice el autor JAIME GREIF-, como un mecanismo mediante el cual los involucrados en el problema conjuntamente con otra persona neutral, y teniendo un sentido de responsabilidad propia para tomar decisiones, “aíslan

¹²⁴ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe. *Mediación familiar y comportamiento prosocial*. Revista Jurídica. Nueva época. Año XII, No.22, octubre-marzo, 2002. Aguascalientes, México. p. 40

¹²⁵ ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997. p. 566.

¹²⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. op. cit. p. 71

¹²⁷ AIELLO DE ALMEIDA, María Alba. *Mediación: Formación y algunos aspectos claves*. Edit. Porrúa. México, 2001. p. 3

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...”¹²⁸

También se define a la mediación como “una técnica o un método para resolver conflictos a través del acuerdo y la participación activa a las partes involucradas y que es conducido por una tercera parte neutral que no tiene facultades de decisión”.¹²⁹ Según las autoras que proporcionan esta definición, la importancia de la mediación radica principalmente en que reduce significativamente los costos emocionales y económicos, ofrece un espacio privado para ventilar los asuntos personales, es una técnica flexible y adaptable para cualquier tipo de población y por último, puede emplearse en diferentes ámbitos como son el penal (víctima-ofensor), económico (consumidor-proveedor), ámbitos comunitario, escolar y familiar. Así, al tener la mediación un sentido más cooperativo, esto es, al no existir fórmulas para su implementación, trae como resultado que el mediador no busque respuestas que resuelvan el conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libres y voluntariamente concertadas que aligeren sus diferencias. En otras palabras, se trata de eliminar el pensamiento de un enfrentamiento, de que la otra persona es un adversario al cual aniquilar; por el contrario, debe considerársele como alguien con quien ha de encontrarse coincidencia, ya que con él debe continuar en relación y convivencia social.¹³⁰

Por su parte, JORGE HENÓN RISSO establece que la mediación “es un proceso en el cual una tercera parte neutral asiste a dos o más partes en conflicto para lograr resolver sus diferencias mediante un acuerdo voluntario y negociado”.¹³¹ Entre algunas de sus características señala que el tercero que se coloca entre las partes, no tiene facultades de decisión; asimismo que el propósito de la mediación no es juzgar sobre la culpabilidad o inocencia de las personas, ni decidir si a alguno de ellos le asiste la razón; más bien su finalidad consiste en dar oportunidad a los involucrados de expresar sus sentimientos,

¹²⁸ GREIF, Jaime. op cit. p. 44

¹²⁹ RODRÍGUEZ VILLA, Berta Mary; PADILLA DE TRAINER, Ma. Teresa. op. cit. p. 18

¹³⁰ Idem.

¹³¹ RISSO, Jorge H. *Teoría de la Mediación*. op. cit. p. 231

aclarar malos entendidos, esclarecer cuáles son sus intereses, encontrar las áreas en que puedan lograr un acuerdo; así como el logro de dichos acuerdos por las propias partes.¹³²

De nueva cuenta observamos que bajo el pensamiento del argentino ENRIQUE M. FALCÓN¹³³ la mediación es una especie del género negociación: “una negociación asistida” porque existe un tercero neutral sin facultades de decisión, que ayuda a las partes –a través de facilitarles la comunicación-, a encontrar cooperativamente los puntos de controversia y de armonía del conflicto; haciéndoles ver que ambos ganarán con el resultado que logren.

Creemos que en virtud de que el acuerdo que se logra con la mediación es provocado, decidido y elaborado por las propias partes, GONZÁLEZ CALVILLO¹³⁴ le da a esta figura el carácter de procedimiento autocompositivo, cuya característica fundamental es que interviene entre las partes un tercero llamado mediador que cuenta con los conocimientos y experiencia suficientes para lograr establecer una buena comunicación y acercamiento entre las partes involucradas en algún conflicto con el objeto de que lo arreglen de acuerdo a sus necesidades específicas, mediante la celebración de un convenio de transacción.

Similar opinión vierte la autora MAGDALENA BEATRIZ GIAVARINO cuando afirma categóricamente que “hablar de mediación es hablar de ‘autocomposición del conflicto’ ”¹³⁵

Señala de igual manera que la mediación constituye una alternativa extrajudicial o prejudicial para lograr la justicia. Destacando el hecho que tanto la informalidad, la confidencialidad, neutralidad del mediador, oralidad y carácter obligatorio de los acuerdos

¹³² Idem.

¹³³ FALCÓN, Enrique M. op. cit. pp. 16-17

¹³⁴ GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique. *La mediación y la creación del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C.* Revista El Foro. Undécima época. T. XII, No. 2, 1999. México, D. F. p. 217

¹³⁵ GIAVARINO, Magdalena Beatriz. *La Mediación: Hacia un nuevo perfil profesional.* Revista Foro Económico. Año. II; No. 3, noviembre, 1996. Buenos Aires, Argentina. p. 127

que se logren, son algunas de las características que hacen de esta figura una buena alternativa para solucionar los conflictos –y con ello- lograr la paz social.¹³⁶

MARIA ELENA CARAM¹³⁷ por su parte señala y explica que las características de la mediación son las siguientes:

- Voluntariedad, porque en todo momento interviene la decisión de las partes para establecer primero, si acuden a la mediación, posteriormente para ver si llegan a un acuerdo y en caso de ser así, establecer sus términos.
- Confidencialidad, porque todo lo que se diga permanece en secreto entre las partes y el mediador, impidiéndoles llevar dicho conocimiento a otros ámbitos.
- Flexibilidad, porque el mediador determinará o guiará el procedimiento a manera de que exista una buena comunicación entre las partes.
- Autocomposición, en virtud de que ambas partes en forma cooperativa establecen su propia solución, en donde nadie está por encima del otro, o frente al otro; por el contrario uno está con el otro, en el mismo plano, ayudados por el mediador.
- Mirada al futuro, porque se pretende hacer a un lado las cuestiones pasadas que influyan de manera negativa en la relación, mirando siempre hacia un mejor futuro para ambas partes.
- Énfasis en las necesidades reales; porque no se trata de indagar o entrar en controversia sobre los hechos que sustentan las partes y sus reclamos, sino en lo que verdaderamente necesitan con relación a los mismos.
- El papel del mediador se constriñe a reinstalar el diálogo entre las partes, ayudándolas a avanzar en la reflexión de su conflicto, evaluando la realidad en que se encuentran y proyectando una salida; pero sin jamás dar o proponer soluciones. No tiene poder entre las partes, pero su presencia y confianza en el rol que desempeña, así como sus cualidades para escuchar, para mantenerse neutral sin perder sensibilidad y el respeto debido, intenta crear un clima óptimo para el logro del resultado que las partes establezcan y no el que él en su momento hubiera considerado mejor.

¹³⁶ Ibidem. pp. 128-129

¹³⁷ CARAM, María Elena. *Hacia la mediación penal*. La Ley, Suplemento; 20 marzo, 2000. Buenos Aires, Argentina. p. 2

Para terminar de enunciar sus características, basta señalar la opinión de FRANKLIN M. OBARRIO¹³⁸ quien sostiene que la mediación no tiene nada de jurídico, en virtud de que se trata de un proceso de carácter privado y no jurisdiccional, pues las partes en conflicto deciden por voluntad propia [en ejercicio de la autonomía de la voluntad] intentar la búsqueda de una solución en forma por demás cooperativa, con la ayuda de un tercero denominado mediador. En tal sentido, ni durante, ni al final de dicho proceso se presenta alguna cuestión de índole jurisdiccional, aún cuando posteriormente se llegara a dar intervención a los tribunales para solicitar la homologación del acuerdo.

Ahora bien, establecidos los conceptos de mediación, conciliación y negociación, así como las principales características de cada figura, analicemos sus diferencias:

Para el autor BARRIOS DE ÁNGELIS, en la mediación el mediador sí propone medios de solución aceptables una vez que logra la comunicación entre las partes; por tal razón conceptualiza al mediador como “un tercero que intenta comunicar a las partes entre sí, por propia iniciativa o por la de las partes o la de otro tercero; [...] de modo que el éxito de su gestión termina en una solución de orden contractual”,¹³⁹ y tal acuerdo conlleva a su vez, una renuncia total, parcial o por el contrario, en concesiones recíprocas.¹⁴⁰

En cuanto a la conciliación, el referido autor¹⁴¹ señala que dicha figura está matizada de contenido jurídico, pues cada propuesta que formula el conciliador a más de que se adecua a las posibilidades reales de los oponentes, no contraría al orden jurídico ni a las buenas costumbres.

Para ARMIENTA CALDERÓN¹⁴² la diferencia entre estas dos figuras es que mientras en la conciliación el conciliador se centra en el objeto por decidir, en la mediación el mediador

¹³⁸ OBARRIO, Franklin M. *Algunos aspectos institucionales de la mediación*. Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires. Vol. 55, No. 1, julio, 1995. Buenos Aires, Argentina. pp. 15, 16, 17

¹³⁹ BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. op. cit. pp. 12-13

¹⁴⁰ Ibidem. p. 13

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M. *Teoría General del Proceso*. Edit. Porrúa. México, 2003. p. 102

dirige su atención a las personas involucradas facilitándoles la comunicación con la exposición de sus necesidades e intenciones respectivas.

¿Porqué se confunden ambas figuras? Porque en las dos existe un ánimo pacifista de solucionar el conflicto, así como una persona que se ubica entre las partes para ayudarlas a encontrar la solución a su problema; sin embargo, podemos decir que la diferencia estriba en el papel que cada una de esas personas realiza al encontrarse entre las partes. Para nosotros, el conciliador interviene activamente proponiendo soluciones, en cambio el mediador no lo hace, su papel consiste fundamentalmente en facilitar la comunicación entre ellas, no se detiene en el contenido del problema, sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto. En ese sentido, por intervenir entre las partes procurando su acercamiento, al mediador se le ve como un negociador que busca despejar la crisis entre las partes; pero su función, ya lo hemos dicho, consiste en interceder entre las partes para que ellas mismas encuentren -- un acuerdo mutuamente satisfactorio. Efectivamente tiene habilidades, un conocimiento técnico de cómo aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilitan alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes, pero ello no le faculta a resolver el problema, solamente sugiere caminos a fin de hacer que las partes puedan tener una buena comunicación (negociar), son ellas las que intervienen en el procedimiento negociando según sus propios intereses y no delegando el control en un tercero.

Por las consideraciones mencionadas, podríamos decir a manera de conclusión que entre la conciliación y la mediación efectivamente existe una diferencia trascendental referente al desempeño o papel que tiene el tercero que se coloca entre las partes con el fin de solucionar el litigio: proponiendo alternativas en la primera y absteniéndose de formular propuestas en la segunda. No obstante ello, existe un factor común en ambas, para lograr un avenimiento lo hacen a través de la negociación.

En otro orden de ideas, es importante discernir sobre cuál es la naturaleza de estas figuras pues dadas sus características cabe preguntarse: ¿se trata de simples procedimientos

privados sin ningún contenido jurisdiccional? ¿en verdad solucionan *litigios*?, ¿podrá dárseles la connotación de procedimientos jurisdiccionales por *solucionar conflictos*? ¿son figuras autocorpositivas como lo refieren algunos autores?.

En nuestro parecer, la negociación, la mediación y la conciliación "no solucionan litigios", ni constituyen procedimientos jurisdiccionales como son desde el luego, el proceso y el arbitraje en donde sí se declara el Derecho.

No solucionan litigios, pues recordemos que conforme a un lenguaje netamente jurídico impuesto por Carnelutti y Alcalá-Zamora,¹⁴³ éste consiste en un conflicto de intereses calificado por la pretensión de una de las partes y la resistencia de otra, cuya característica esencial es que tiene trascendencia jurídica y es susceptible de solucionarse a través del proceso (y el arbitraje como figuras heterocompositivas), la autocomposición y la autodefensa. Por tal motivo, es determinante que las llamadas *formas alternativas de solución de conflictos* no solucionan litigios, pero sí pueden ayudar a que los involucrados en algún conflicto (que es genérico) lo den por terminado. En efecto, los autores que hablan de *conflicto*, no se refieren técnicamente a un choque de intereses de contenido jurídico, incluyen en este concepto todo tipo de enfrentamiento que surge de la convivencia normal entre los hombres, ya sea de índole sentimental, psicológico, de comunicación, humanístico, etc. verbigracia un matrimonio que tiene diferencias en cuanto a decidir a qué escuela acudirán sus hijos, a quién le pertenecen los juguetes si ambos hijos se los disputan, o si permitirán a los que son adolescentes acudir a una fiesta. En el plano social podemos observar los conflictos de comunicación derivados por la enemistad entre dos familias que son vecinas. A simple vista en dichos planteamientos no se pueden encontrar indicios o caracteres que los hagan presumir de índole jurídico, pues aunque si bien existe un choque -de ideas o sentimientos-, no ha existido modificación alguna en algún Ordenamiento Jurídico; y mucho menos es necesaria la intervención de un órgano investido de jurisdicción que decida a quién le asiste la razón.

¹⁴³ Supra. p.1

En un caso de divorcio por ejemplo, en donde los autores dicen que se presenta con mayor frecuencia la mediación para solucionar el conflicto, no es cierto que éste se resuelva en un sentido jurídico, pues quien resuelve el litigio es el juez (que representa la potestad del Estado) a través de su sentencia en la que declara que ha quedado disuelto el vínculo matrimonial, que la custodia la tiene el padre o la madre, que el porcentaje de pensión alimenticia será de tal o cual monto; etc. y aunque las partes hubiesen platicado anteriormente llegando a un acuerdo, necesariamente también este acuerdo debe ser sancionado por el juez para vigilar que no se violen normas de orden público o las buenas costumbres. En otras palabras, aunque las partes hubiesen convenido en divorciarse o renunciado a ciertos derechos con el ánimo de no seguir en pleito, su solo deseo no es suficiente para transformar una situación jurídica; esencial es que se de intervención al órgano jurisdiccional para que declare el Derecho. Por tanto con la mediación sólo se ayuda a que las partes no se vean involucrados en sentimientos adversos hacia su pareja, que tengan una fácil y buena comunicación para que se vean y traten como simples seres humanos en constante convivencia y que traten con madurez ciertas situaciones, entre otras cosas; pero jamás se soluciona el litigio.

Ahora bien, hemos afirmado que aunque no solucionan litigios, dichos procedimientos –y mas propiamente la labor del mediador o el conciliador-, sí pueden llegar a contribuir para que los conflictos desaparezcan o se hagan más llevaderos entre los individuos. Como estamos inmersos en una sociedad, es muy probable que por las constantes relaciones con nuestros semejantes nos veamos implicados en alguna situación de enfrentamiento pero sin contenido jurídico, por tanto, resulta muy favorable la existencia de las figuras objeto de nuestro estudio porque pueden ayudarnos a entablar una buena comunicación con la otra persona si a nosotros se nos dificulta hacerlo, con el objeto de encontrar una solución antes de acudir a los tribunales; ahorrándonos con ello un juicio más que sería ocioso pues la situación conflictiva deviene de una situación emocional que sí se puede hacer a un lado por uno mismo o con la ayuda de otra persona que nos haga ver nuestra realidad. Dicho lo anterior, podemos observar que los procedimientos de comunicación o negociación que tengamos con nuestro semejante, el pedimento de ayuda a otra persona para que intervenga entre los dos y las decisiones que se tomen a fin de solucionar el

conflicto, son cien por ciento de naturaleza privada; no tiene injerencia alguna el Estado como órgano que ejerce el poder público y que es el único facultado para dirimir los litigios (a través de las personas que ejercen jurisdicción). Por tanto, en nuestra opinión, las denominadas formas alternativas de solucionar conflictos no son procedimientos jurisdiccionales aún cuando ayuden en algunos casos a desaparecer la situación anómala en el individuo o individuos logrando mantener la paz social, precisamente porque no interviene en la decisión ningún personaje dotado de jurisdicción. Podemos decir que son simples procedimientos privados, que surgen de la libertad del individuo para imponerse sus propias normas; en ese sentido el acuerdo que lograren tendría la naturaleza de norma jurídica individualizada como los contratos. Son las mismas partes las que lo solucionan, a través de las formas autocompositivas. Bajo ese tenor, si alguna de las partes no quiere cumplir su compromiso, hasta ese momento surgiría en sí, propiamente un litigio que tendría que llevarse ante los Tribunales para que el juez lo resolviera mediante la aplicación de una norma general al caso concreto.

Hemos hecho referencia constantemente al concepto de jurisdicción como un elemento del que no participan la mediación, conciliación y negociación, pero ¿en qué consiste? Veamos lo que nos dice COUTURE¹⁴⁴ en su obra *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*: Establece que este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones, una que lo considera como ámbito territorial, como competencia, como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público y/o como una función pública de hacer justicia. En su primera acepción se refiere a los límites territoriales en que se puede ejercer esa función, lo cual es incorrecto. Hablar de competencia como sinónimo de jurisdicción también es un equívoco pues la competencia se define como el ámbito dentro del cual un órgano de autoridad puede ejercer válidamente sus atribuciones, en otras palabras, todos los jueces tienen jurisdicción pero pueden no ser competentes para decidir determinado litigio atendiendo a ciertos criterios de carácter objetivo y subjetivo como el territorio, cuantía, materia y grado (en el primer caso) e impedimentos (en el segundo). Equiparándolo con un poder o autoridad de ciertos órganos que por lo general se relacionan con el poder judicial, tampoco es correcto pues la jurisdicción no solo implica un

¹⁴⁴ COUTURE, Eduardo. op. cit. pp. 27-30, 33-34

poder sino también un deber de dichos órganos, aunque algunos órganos ejerzan la función jurisdiccional estructuralmente no pertenecen al Poder Judicial. Por lo que la acepción correcta es considerar a la jurisdicción como una función del Estado de administrar justicia, misma que tiene esencialmente tres elementos: a) una *forma* que se refiere a los procedimientos establecidos por la ley, así como la presencia de las partes y el juez; b) un *contenido* que siempre es un litigio con relevancia jurídica que debe ser solucionado por un órgano jurisdiccional, y c) una *función* que consiste en asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos mediante la aplicación del Derecho, incluso en forma coercible en algunos casos.

En virtud de la explicación anterior, el autor citado concluye en la siguiente definición de jurisdicción: "es una función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".¹⁴⁵

Para el maestro CIPRIANO GÓMEZ LARA¹⁴⁶ la jurisdicción constituye una función soberana del Estado cuyo fin es dirimir o solucionar litigios, mediante la aplicación de una ley general al caso concreto y concluye con la emisión de una sentencia.

Tomando en cuenta las ideas plasmadas, para nosotros la jurisdicción consiste simplemente en una facultad o potestad que tiene el Estado a través de los órganos jurisdiccionales para solucionar litigios. Bajo ese concepto, consideramos improcedente que se catalogue a la conciliación, mediación y arbitraje –y principalmente a las dos primeras-, como alternativas cuasi-jurisdiccionales bajo el argumento de que se parecen al proceso jurisdiccional simplemente porque interviene un tercero imparcial diferente a las partes en conflicto.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Ibidem. p. 40

¹⁴⁶ GÓMEZ LARA, Cipriano. op. cit. p. 113*

¹⁴⁷ GREIF, Jaime. op. cit. p. 56

Insistimos que en ello no estriba la esencia de lo jurisdiccional, es decir, no porque intervenga un personaje diferente a las partes el acto o figura tendrá ese carácter, su naturaleza jurisdiccional deviene nada más de la función de decidir la cuestión planteada.

Por otro lado, es de destacarse que si no se trata técnicamente de litigios, no podemos hablar tampoco de la conciliación, mediación o negociación como figuras autocompositivas. Es cierto que las propias personas buscan una solución a sus desavenencias, pero ese resultado se da, ya lo hemos dicho, por el ejercicio de la libertad contractual que conlleva la decisión de obligarse o no obligarse; así como la autonomía de la voluntad para hacerlo en los términos que deseen siempre y cuando no se vulneren o contravengan normas de orden público o las buenas costumbres.

5.- ÁMBITOS O ASPECTOS EN DONDE SE PRACTICAN ESTAS FIGURAS

Es en materia familiar, y principalmente en las cuestiones que tienen que ver con el divorcio, en donde la mediación se está utilizando en mayor medida pues al decir de algunos autores,¹⁴⁸ se busca reducir el número elevado de casos que existen en la actualidad; y en el supuesto de que proceda, se busca generar en los individuos un sentimiento mejor y no de derrota, pues habiendo intervenido en el acuerdo para solucionar su situación, los ayuda a confiar en sí mismos. Dicen que es el mejor camino para solucionar los conflictos familiares, ya que es una manera diferente de enfrentar la separación, implica la posibilidad de que una pareja, con dificultades para comunicarse, pueda trabajar unida por última vez para enfrentar los problemas que sobrevienen al divorcio; pero eso no implica que sea una terapia, sino que ambas figuras pueden complementarse porque de igual manera se atienden asuntos emocionales, para lograr el fin que se persigue con la mediación. Por lo demás, en contraposición con el papel del abogado, resaltan que la actitud del mediador es mejor porque se centra en el beneficio de todos los integrantes de la familia y no sólo en el de su cliente; por último, presenta una

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ VILLA, Berta Mary; PADILLA DE TRAINER, Ma. Teresa. op. cit. pp. 63-66

ventaja de tipo económico puesto que desde el inicio el profesional acuerda con la pareja el número de sesiones que tendrán y por tanto, desde ese momento se sabe el costo final que tendrán que pagar por el servicio.

Para otro autor, -GAMEZ PEREA CLAUDIO-¹⁴⁹ efectivamente la mediación en el divorcio no constituye una terapia de pareja, de lo que se trata dice, es colocarse en medio de las partes en conflicto a fin de sentar bases de entendimiento. Les devuelve a los cónyuges su derecho o confianza en tomar sus propias decisiones en el problema que los envuelve; les permite negociar su propia separación, ellos mismos se imponen los acuerdos que logren porque el mediador no tiene ninguna facultad de decisión.

Si lo que se manejan son sentimientos y reacciones emocionales de los divorciantes con el objeto de erradicarlos para que pueda darse una buena comunicación entre ambos, contrario a lo que sostienen los autores mencionados, nosotros consideramos que esta figura sí puede ser concebida como una terapia, ya que en ella el profesional ayuda al individuo a conocer su problema emocional, así como la forma en que puede superarlo. En ese sentido, los mediadores en casos de divorcio siempre manejan emociones, tratando de disminuirlos o alejarlos para que las partes puedan "entenderse"; por esa razón, deben saber cuál es el mejor momento para dar inicio a su labor, ya que en materia de divorcio se habla de tres momentos: el pre-divorcio, donde la pareja se encuentra debatiendo internamente su destino; el divorcio propiamente dicho en donde la separación comienza a ejecutarse con la salida del hogar de uno de ellos por ejemplo; así como el post-divorcio, en donde se dan los arreglos en cuanto a su vida ya separados. Dice el autor EDUARDO JOSÉ CÁRDENAS¹⁵⁰ que este es el momento indicado para llevar a cabo la mediación porque las emociones de los divorciantes han bajado de intensidad e impera la razón. Como puede verse, los aspectos psicológicos de la conducta y reacciones de los individuos juegan un papel muy importante en la mediación como en una terapia.

¹⁴⁹ GÁMEZ PEREA, Claudio Raymundo. *La mediación en el proceso familiar*. Revista Jurídica. Nueva época. Año XII, No.22, octubre-marzo, 2002; Aguascalientes, México. pp. 48-49

¹⁵⁰ CÁRDENAS, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*. Lo que hay que saber. Edit. Lumen-Hymanitas. Argentina, 1998. p. 63

En resumen, la mediación tiene lugar en múltiples situaciones que tienen relación con la familia como desavenencias por los bienes en casos de divorcio, por la convivencia con los hijos, o aspectos de carácter financiero o económico respecto de su manutención, etc.

También se ha pretendido llevar a cabo en cuestiones de índole penal, buscando entre otros, los siguientes objetivos:¹⁵¹ a) que se provoque la intervención activa de las partes en el tratamiento de su conflicto, alejándose de la actitud pasiva que se observa en los procesos; b) Intentar un acercamiento o contacto recíproco entre las partes dentro de ciertos límites para despejar temores y mitos acerca de las personas; c) Incorporar la percepción del otro, que conduce a un intercambio de reflexiones y explicaciones acerca de los hechos; d) Buscar soluciones conjuntas, relacionadas más que nada a aliviar o reparar las consecuencias producidas en ambos sujetos y no a imputar culpas; e) Generar conciencia social en ambas partes; f) Evitar la revictimización de quien se siente afectado, pues mucho se habla de un mayor sufrimiento posterior al que se recibió con los hechos directos, así como de que el agresor se convierte en víctima si la decisión judicial no es la adecuada porque le será difícil volver a reintegrarse a la sociedad; g) Alcanzar una solución más completa, pues con la decisión judicial no se abarca el conflicto en forma integral, ocasionando resentimientos e insatisfacciones en los individuos que hacen que el conflicto aumente. En suma, la mediación es útil en este campo cuando existan diferencias, desencuentros y malos entendidos entre las personas que muy difícilmente con la sentencia pueden desaparecer.

Existen otros ámbitos en los que principalmente se utiliza la mediación para ayudar a solucionar las situaciones problemáticas que ahí se presentan, en tal sentido se habla de una mediación escolar, una mediación comunitaria, mediación comercial y hasta mediación en políticas públicas.¹⁵²

¹⁵¹ CARAM, María Elena. op. cit. pp. 3-4

¹⁵² MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe. *Pronunciamientos del I Congreso Nacional de Mediación. Una vía hacia la cultura de la paz.* Revista Jurídica. Nueva época. Año XII, No.22, octubre-marzo, 2002. Aguascalientes, México. pp. 27-30

En cada una de estas áreas se hicieron diversos pronunciamientos en el Primer Congreso Nacional de Mediación¹⁵³ que tuvo verificativo del 7 al 10 de noviembre del 2001 en el Estado de Sonora, de la República Mexicana. A manera de resumen los enunciamos en las siguientes líneas:

❖ **MEDIACIÓN FAMILIAR.**

- Promueve la integración familiar cuando se le utiliza con un enfoque educativo y socializador.
- En los casos de divorcio, su aplicación permite frenar la destrucción de las relaciones entre la pareja y de ellas hacia sus hijos, evitando que tengan un comportamiento antisocial.
- Favorece la comprensión de la igualdad de género con una visión madura que permite un equilibrio entre la pareja.
- Se establece el acuerdo de apoyar su desarrollo en los Ordenamientos jurídicos correspondientes.

❖ **MEDIACIÓN ESCOLAR**

- En esta área la mediación favorece valores y actitudes en concordancia con un ideal de construir sociedades democráticas, en las que se mantenga un ambiente de armonía y concordia.
- Su empleo en las escuelas contribuye a evitar que se utilice la violencia como forma de enfrentar los conflictos que ahí surgen principalmente por diferencias culturales, intolerancia, o emociones no controladas.
- Promueve el mejoramiento del ambiente escolar al facilitar la comunicación entre los integrantes de dicho sistema, habilitando a los alumnos en las cuestiones de negociación y solución de problemas.
- Se pugnaría porque la Secretaría de Educación Pública impulse el modelo de *escuela pacífica*, capacitando a los docentes y directivos.

¹⁵³ Idem.

- Lograr que los programas de capacitación en mediación también involucren a los padres de familia.
- Pugnar para que en la legislación educativa se contemple el derecho de los educando a formarse en un ambiente de paz, con principios, hábitos y valores que permitan la existencia permanente de la paz social.

❖ MEDIACIÓN COMUNITARIA

- Se reconoce la práctica de la mediación en los espacios comunitarios como un poderoso instrumento que coadyuva en el mejoramiento de las relaciones vecinales, escolares y familiares; así como la prevención de conductas antisociales.
- Se crea el compromiso de promover la capacitación en la figura de la mediación en las instancias públicas y privadas dedicadas a elaborar programas de seguridad pública y el arraigo de una cultura de respeto a los derechos humanos.
- Generar iniciativas tendientes a que los gobiernos acuerden con organizaciones ciudadanas el diseño de políticas de seguridad pública en que la mediación sirva como estrategia de prevención de delitos.
- Impulsar el desarrollo de la mediación comunitaria mediante programas de capacitación en barrios y colonias de todo el país.

❖ MEDIACIÓN COMERCIAL

- Se recomienda el empleo de la mediación en las instancias que atienden conflictos laborales, así como al interior de las empresas; en pro de que exista un clima favorable que beneficie la productividad.
- Se hace necesario impulsar y regular la mediación comercial para institucionalizar la práctica de métodos colaborativos entre los agentes de comercio, pues ello les ofrece la oportunidad de no entorpecer sus relaciones comerciales.
- Se sugiere que los organismos empresariales y el Estado promuevan programas de capacitación a los miembros de las Cámaras empresariales para que conozcan la mediación como alternativa de solución de conflictos.
- Debe implementarse como un procedimiento previo al jurisdiccional.

❖ MEDIACIÓN PENAL.

- Como método preventivo del delito, la mediación debe aplicarse en todo conflicto particular o grupal que pueda conducir a la violencia y a la manifestación de conductas antisociales.
- En los delitos de querrela, la mediación favorece la administración de justicia. No significa que se deje de aplicar la sanción correspondiente, sino que el agresor al pedir perdón al ofendido *le ayude a restaurar sus heridas*.
- Se reconoce la mediación penal como una estrategia de control social que coadyuva con la procuración de justicia, impidiendo la venganza privada; por esa razón debe aplicarse en centros de justicia vecinal.
- Se propone que se incluya en las políticas de seguridad pública que contemple una capacitación en mediación al personal para multiplicar acciones tendientes a la prevención del delito.

❖ MEDIACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

- La mediación debe aplicarse como herramienta preventiva, ya que su utilización representa una gran utilidad en el combate a los niveles de corrupción.
- La saturación de los órganos responsables de procurar y administrar justicia y sus consecuentes efectos, justifican el empleo de métodos alternos como la mediación; por lo que se recomienda que las políticas públicas consideren la implementación de mecanismos e instancias que puedan abordar sin dilación las quejas de los ciudadanos.
- Inducir a la Procuraduría General de Justicia, de los Estados y del Distrito Federal a utilizar la conciliación y mediación en la averiguación previa.
- Promover dentro del sistema penitenciario, capacitación de mediadores institucionales y voluntarios.
- Se propone que el Plan Nacional de Desarrollo así como los planes estatales especifiquen el interés del Estado de fomentar el paradigma de una cultura de la paz que privilegie el diálogo y que promueva la solución de conflictos en forma pacífica y cooperativa, así como el compromiso de reconocer la justicia alternativa en el ámbito constitucional como un derecho ciudadano.

- En la atención de los conflictos derivados de la instrumentación de políticas ambientales, el Estado debe privilegiar la participación de la comunidad en la toma de decisiones y solución de los mismos, aplicando la mediación como método alternativo.

CAPÍTULO III.

REGULACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

Como lo hemos venido manifestando, actualmente la utilización del arbitraje, de la mediación, conciliación y negociación ha cobrado importancia en muchas legislaciones; derivándose de ello múltiples reformas a sus ordenamientos jurídicos para establecerlos como medidas preventivas a la solución de conflictos, y aún más, en algunos de ellos, han sido implantados como procedimientos obligatorios antes de acudir a los Tribunales.

En nuestro país, Estados como Nuevo León, Morelos, Quintana Roo, Colima y Querétaro, han dado auge a estas figuras como una buena alternativa a la solución de litigios.

En **NUEVO LEON** por ejemplo, se estableció de manera expresa en su Código Penal, la obligación del Ministerio Público de procurar la conciliación entre las partes en los delitos que se persiguen por querrela, que tengan penalidades que no rebasen los tres años de prisión y que no se trate de delitos graves, de tal manera que al conciliar las partes, operen los efectos del perdón y como consecuencia de ello, el sobreseimiento.

En **MORELOS** de igual manera puede verificarse la conciliación tanto en la averiguación previa como en la etapa de instrucción, y según estudios realizados ha tenido buenos resultados.

El principal Estado que ha regulado estas figuras, podemos decir que es **QUINTANA ROO**, cuenta con una Ley denominada "Ley de Justicia alternativa del Estado de Quintana Roo", para su entrada en vigor fue menester en primer lugar, hacer diversas reformas a la

Constitución local, en el año de 1997 se hicieron adiciones tanto al artículo 7 como al 99 de dicho Ordenamiento, para quedar en los siguientes términos:

Art. 7 “[...] Todos los habitantes del estado de Quintana Roo tienen derecho, en la forma y términos establecidos en esta Constitución y la ley, a resolver sus controversias de carácter jurídico, mediante la conciliación, la que podrá tener lugar antes de iniciarse un juicio o durante su tramitación. Cuando los interesados así lo determinen, habrá lugar a la conciliación en la fase de ejecución.”

Art. 99 “[...] El Tribunal Superior de Justicia proporcionará a los particulares medios alternativos de solución de sus controversias jurídicas, tales como la conciliación o el arbitraje, de acuerdo a procedimientos de mediación. La ley establecerá la competencia e integración de la Institución que brindará estos servicios, así como los procedimientos y eficacia de sus acuerdos y resoluciones. Esta institución brindará servicios de defensoría de oficio y de asistencia jurídica a sectores sociales desprotegidos.”

La Ley en estudio consta de siete capítulos, el primero se refiere a generalidades; el segundo al Centro de Asistencia Jurídica; el tercero a la Integración y funcionamiento del Centro de Asistencia Jurídica; el cuarto se refiere a las funciones del Centro de Asistencia Jurídica; el quinto determina las facultades y obligaciones del Director del Centro de Asistencia Jurídica; el sexto trata lo referente a las medidas de apremio y ejecución de resoluciones; por último, el capítulo siete trata en sí de los procedimientos alternativos (conciliación, mediación y procedimiento arbitral).

Por lo que se refiere al procedimiento instaurado por esta Ley, podemos decir que se verifica de la siguiente manera:

- En primer lugar, se mandará citar a quien se señale como parte obligada, apercibiéndosele que en caso de no asistir, se le impondrán los medios de apremio necesarios (art. 16)
- Si no asiste la persona citada después de habersele aplicado los medios de apremio correspondientes, o ante su negativa de someterse a los procedimientos previstos en la

Ley, se le brindará orientación jurídica a la persona que solicitó el servicio para que éste ejerza las acciones respectivas ante la autoridad o autoridades competentes (art. 17)

- Las controversias de carácter privado que admitan conciliación y que se inicien con una demanda ante el Juez competente, podrán ventilarse ante dicho Centro, pero antes de vencerse el término para hacer la contestación. En este caso, es decir, cuando intervenga el Centro de Asistencia Jurídica, se suspende dicho término (art. 18)

- Para el caso de que comparezca la persona citada, el conciliador designado procurará avenir a las partes, haciéndoles saber las ventajas que se logran a través de un arreglo convencional o transaccional.

- Si las partes no llegan a un acuerdo, el conciliador deberá mediar entre ellos proponiéndoles u ofreciendo diversas alternativas de solución viables, armonizando sus intereses y explorando fórmulas de arreglo, asistiéndolos para elaborar el documento idóneo que dé una solución adecuada para ambas partes.

- Se debe levantar un acta para tal efecto, haciéndose constar las bases del arreglo convencional o transaccional en su caso, o la negativa de alguna de ellas para llegar a un arreglo, así como las razones para ello. La simple negativa para avenirse se tomará en cuenta para condenar en costas a aquélla parte que resulte vencida en juicio.

- De no llegarse a un arreglo, debe celebrarse una audiencia en la que cada parte exponga lo que a su derecho convenga, ofrezca sus pruebas y se desahoguen las mismas. El conciliador en esta audiencia debe hacer del conocimiento de las partes acerca de las ventajas del procedimiento arbitral, proponiéndoles esta alternativa para la solución de su conflicto; en caso de ser aceptado, les presentará tanto la lista de árbitros del Centro de Asistencia Jurídica o de árbitros externos, para que designen uno o más. Para el caso de que no se pudieren de acuerdo, el conciliador, a propuesta de las partes, será quien designe al árbitro o árbitros.

- Una vez que se determine quién o quiénes serán los árbitros y éstos acepten el cargo respectivo, deberán dictar el laudo en un término no mayor de quince días hábiles.

Otro Estado importante es **QUERÉTARO**, en donde en el año de 1999 se elaboró un Proyecto preliminar para la creación del CENTRO DE MEDIACIÓN, como un organismo dependiente del Poder Judicial de dicho Estado, cuya finalidad principal era la de apoyar a

los órganos jurisdiccionales de primera instancia y mixtos municipales en el desahogo de la enorme carga de trabajo que se presentaba en ellos.

Fue concebido como un organismo que permitiera a la ciudadanía tener acceso a otras formas o métodos de solución de conflictos y entre sus principales objetivos se establecieron:

- Que se ampliaran los métodos de resolución de controversias,
- Que se redujera el exceso de trabajo de los tribunales judiciales, reduciendo con ello de igual manera, los costos y el tiempo que implica,
- Que la sociedad participara en mayor medida en los procesos de solución de controversias,
- Que se agilizara la resolución de los conflictos,
- Coadyuvar al mejoramiento de la impartición de justicia,
- Contribuir a la preservación de las relaciones familiares, vecinales, comerciales y entre grupos sociales,
- Contribuir a la preservación de recursos humanos, judiciales y de la sociedad en su conjunto.

El procedimiento a seguir sería de la siguiente forma:

- En cuanto una persona con conflictos ha sido orientada acerca de los medios que se ofrecen en el CENTRO DE MEDIACIÓN y es su deseo hacer uso de ellos, se le entrega una solicitud.
- Una vez que el orientador recibe la solicitud, manda llamar a la parte complementaria (contraparte del solicitante) mediante una invitación, ya sea que el propio solicitante se la haga llegar, o bien a través de otro funcionario del Centro, pudiendo también contactarlo vía telefónica.
- El mediador debe procurar que el contacto con la parte complementaria se haga dentro de los tres días hábiles siguientes, para de igual manera, informarle de los medios alternativos que proporciona el Centro.
- En el supuesto de que no comparezca la persona de la cual se pide su presencia, el orientador informará al solicitante para que tome la decisión que más convenga a sus

intereses; pudiendo éste por única vez solicitar de nueva cuenta se le mande otra invitación.

- Para el caso de que la persona citada acepte participar en la mediación, el orientador lo hará del conocimiento del solicitante; designándose al mediador y fijando la cita para dar inicio al procedimiento. Sin embargo, si el orientador se percatara de que existen circunstancias que de algún modo pudieran hacer inconveniente el desarrollo de un procedimiento de mediación en un determinado conflicto, lo hará del conocimiento del Director del Centro, quien determinará lo conducente.

- Antes de que se de inicio a la primer reunión con el mediador, las personas involucradas en el conflicto deben firmar un convenio sobre prestación de servicios.

- El procedimiento de mediación se desarrollará siguiendo las técnicas y políticas aplicables, cuidando en todo momento que se sigan los principios de agilidad, flexibilidad y confidencialidad.

- En el supuesto de que alguna de las personas acudan asesoradas de abogados, el mediador debe procurar que si intervienen, su participación sea constructiva y que colaboren eficazmente para el logro del fin que se pretende.

- El mediador puede suspender la audiencia o dar por terminado el procedimiento cuando vea que alguna de las personas involucradas tenga temor del otro (su contraparte), que sea posible la existencia de alguna agresión física o de otra índole de alguna de las partes hacia el mediador o entre ellas mismas, así como haber desinterés evidente de dichas personas.

- Cuando el solicitante y la parte complementaria acuerden recurrir a la conciliación, serán aplicables las disposiciones relativas a la mediación, sólo que en este caso, el conciliador si debe participar en forma activa en la búsqueda de propuestas para la solución del conflicto.

- Si se obtiene un acuerdo entre las partes, el conciliador o el mediador redactarán el convenio correspondiente, respetando los términos aducidos por las partes, mismo que será firmado en dos originales, entregándose uno a cada parte.

- Si la materia del acuerdo es objeto de un proceso judicial, derivado por el juez, se le informará del resultado del procedimiento.

Para el efecto de que el proyecto de creación del Centro de mediación en comento se encontrara dentro del marco legal, se hizo necesario proponer reformas a la Constitución del Estado, así como crear la Ley y Reglamento respectivos.

Así tenemos por ejemplo, una propuesta para reformar el artículo 10 constitucional, en el sentido de que se permitiese a las personas "acudir a los medios alternativos de resolución de conflictos que prevea la ley para resolver sus controversias de forma pacífica y de común acuerdo, sin necesidad de recurrir al proceso judicial".

Por lo que hace a la Ley Orgánica del poder Judicial (artículo 71), se propuso que al Centro de mediación se le diera el carácter de órgano auxiliar administrativo del Poder Judicial, asimismo se dieron las bases para crear la Ley de medios alternativos de resolución de conflictos para el Estado de Querétaro.

En materia penal se propuso que los delitos perseguibles por querrela también pudiesen ser sometidos a los medios alternativos de justicia.

Así también, para las materias civil, familiar y mercantil, se propuso la modificación al artículo 57 del Código de Procedimientos Civiles en el sentido de que los jueces, a petición de parte o bajo su prudente arbitrio, podrían recomendar a las partes el acudir a otras instancias alternas para solucionar su conflicto; esto es, tratándose de derechos renunciables, las partes pueden resolver su controversia con alguno de los medios alternos de solución de conflictos que la ley regula.

De igual forma, en cuanto a la suspensión del proceso, pretendían una adición referente a que se podía suspender el proceso cuando las partes por sí mismas o por intervención del juez decidieran intentar resolver el conflicto por los medios alternos de solución de conflictos. En este caso, el juez daría tres días para que se hicieran las manifestaciones respectivas, pero si las partes o alguna de ellas no quisiese acudir a dichos medios, o no manifestaren nada en los tres días concedidos, se entendería que no es su deseo usar estas formas alternativas. En caso contrario, es decir, que manifiesten su aceptación, el juez decretará la suspensión del procedimiento por quince días. Por último, para que no

operara la caducidad, también debía hacerse una adición en este sentido, en el numeral correspondiente.

La Ley de medios alternativos de resolución de conflictos que se propuso para este Estado, comprende cinco capítulos, en los cuales se establecen principios generales; se definen las figuras consideradas como medios alternos de solución de conflictos (negociación, mediación, conciliación, arbitraje); se determina la forma de cómo se puede comparecer a dichos procedimientos; la forma en que se pueden incorporar casos a los medios alternativos; y por último, del sistema estatal de dichos medios alternativos.

En el primer rubro se establece expresamente que sólo las figuras señaladas como medios alternos de solución de conflictos tendrán precisamente ese carácter; que dichos medios estarán protegidos por el principio de confidencialidad, en tal sentido, no podrán ser utilizados como prueba en ningún proceso judicial, asimismo que los conciliadores y mediadores no podrán ser llamados como testigos en los procesos que hayan de resolver una cuestión que previamente fue sometida ante ellos. Ya en líneas anteriores, transcribimos los conceptos de las figuras consideradas como medios alternativos de solución de conflictos. En otro apartado (capítulo III) se determina que las personas físicas puedan comparecer personalmente en los procedimientos o por conducto de un apoderado con facultades para transigir; para el caso de las personas jurídico-colectivas se necesita la comparecencia de la persona facultada de acuerdo a sus Estatutos o mediante un apoderado con facultades para transigir. En cuanto al siguiente capítulo referente a la incorporación de los casos a los medios alternativos de resolución de conflictos, se determina que las partes en un proceso jurisdiccional en materia civil o familiar podrán acudir a un medio alternativo hasta antes de que se ejecute la sentencia dictada en el asunto respectivo; en materia penal, por su parte, el imputado y el ofendido podrán hacerlo hasta antes de que se declare ejecutoriada la sentencia. Es importante señalar que en este apartado se determina que los jueces y Magistrados pueden recomendar a las partes de un proceso judicial que acudan a un medio alternativo, asimismo dicha facultad también la tiene el Ministerio Público en las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal. Por último, en el capítulo final, se establece que los medios señalados podrán ser operados tanto por centros oficiales como privados,

mismos que de manera facultativa conformarán el Sistema Estatal de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, siendo facultad del CENTRO DE MEDIACIÓN coordinar dicho sistema a través de las siguientes actividades: fomentar la comunicación entre los operadores de los Medios alternos, instrumentar programas de formación, capacitación y actualización de los operadores, difundir entre la comunidad las características de dichos medios mediante la realización de foros, ciclos de conferencias, etc., fomentar la cultura de la resolución pacífica de conflictos, y celebrar acuerdos con los demás centros oficiales y particulares para que se logren los fines antes señalados.

Por otro lado, el Reglamento del Centro de Mediación de Querétaro comprende seis capítulos, el primero de ellos se refiere a principios generales; el segundo se refiere al funcionamiento del Centro de Mediación; el tercero regula lo concerniente a los servidores públicos de dicho Centro; el cuarto y quinto establecen la forma de llevar a cabo los procedimientos de mediación y conciliación, así como su finalización, y por último, el sexto se refiere a las sanciones aplicables.

De los dos procedimientos descritos, vigentes en Querétaro y Quintana Roo, podemos destacar como principales diferencias las siguientes, mismas que se confrontan en un cuadro comparativo para su mejor comprensión:

| QUERETARO Centro de Mediación | QUINTANA ROO Centro de Asistencia Jurídica |
|--|---|
| Las partes lo solicitan o el juez puede orientarlas para que acudan a los medios alternos. | Puede solicitarse por las partes en cualquier momento del procedimiento, incluso en la etapa de ejecución. |
| No impone sanciones en caso de no comparecer | Establece sanciones e impone en caso de que el citado no comparezca |
| No se lleva una audiencia, sólo una comparecencia ante el mediador | Se lleva una audiencia en que se ofrecen pruebas y se desahogan |
| Se firmará el convenio por duplicado en caso de lograrse. | Si no se lograra un arreglo en esta audiencia, el conciliador propondrá el procedimiento arbitral, en caso de que se acepte, el laudo debe dictarse en 15 días. |
| | No se establece nada en el supuesto de que las partes no acepten el procedimiento arbitral |

En el Estado de **COLIMA** también se observa la intención de reformar su Constitución para establecer o regular la “justicia conciliatoria” y la “justicia alternativa”.

La propuesta respecto de la primera es en el sentido de que “resultaría obligatorio” para las partes en juicio, agotar previamente a la sentencia, una audiencia de conciliación, la que podrá tener carácter de cosa juzgada (sic) cuando las partes de común acuerdo así lo soliciten al juzgador. En materia penal dicha audiencia sólo sería obligatoria en los delitos que admitan el perdón; en las materias civil, mercantil y laboral sería obligatoria en todos los casos.

Respecto a la segunda –justicia alternativa- se tomaría como un derecho constitucional para tener acceso amplio a la justicia, se pretende reformar su Constitución en los siguientes términos: “Todos los habitantes del Estado de Colima tienen derecho, en la forma y términos establecidos por la Ley, a resolver sus controversias de carácter jurídico mediante la justicia alternativa, con procedimientos no jurisdiccionales.” (art. 1º)

“El Poder Judicial del Estado se deposita en el Supremo Tribunal de Justicia, Juzgados de Primera Instancia; Juzgados Mixtos de Paz, Jueces Penitenciarios y en el organismo descentralizado denominado CENTRO ESTATAL DE MEDIACIÓN, el que funcionará en los términos que establezca la Ley de Justicia Alternativa.” (art. 67)

En los Estados de **BAJA CALIFORNIA SUR** y **AGUASCALIENTES** se han elaborado ya proyectos para la creación de sus respectivos Centros de Mediación, asimismo se preparan cursos de capacitación para profesionales interesados en aprender las técnicas y herramientas de la mediación.

En el estado de **PUEBLA** también se elaboró un anteproyecto¹⁵⁴ para reformar diversas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles a manera de que se incluyeran las figuras de la mediación, conciliación y arbitraje en un capítulo especial denominado

¹⁵⁴ PACHECO PULIDO, Guillermo. *Mediación: cultura de la paz. Medio alternativo de administración de justicia*. Universidad Autónoma de Puebla. Dirección General de Fomento Editorial. Puebla, México, 2004. pp.18-20

precisamente “medios alternativos a la administración de justicia”; proponiéndose una reglamentación que a la fecha ya se encuentra en vigor con la publicación del nuevo Código para esa entidad federativa (entró en vigor el primero de enero del dos mil cinco). Dicho Ordenamiento contempla entre otras cosas, las siguientes definiciones y procedimiento:

El artículo 832 establece que “los medios alternativos son los mecanismos informales a través de los cuales, puede resolverse un conflicto de intereses en forma extraprocesal, coadyuvando así, a la justicia ordinaria”

El siguiente precepto (art. 833) indica que tendrán tal carácter la mediación, la conciliación; las prácticas, usos, costumbres, tradiciones y valores culturales de los pueblos y las comunidades indígenas; así como el arbitraje.

Principalmente se hace referencia a la Mediación (arts. 835-846) como un procedimiento mediante el cual las personas que tienen un conflicto entre sí, solicitan la intervención de un tercero que facilite la comunicación para que de manera conjunta y pacífica obtengan un acuerdo satisfactorio, evitando el proceso jurisdiccional. En dicha actividad imperan los principios de Voluntariedad, en contraposición a la obligatoriedad; Confidencialidad en cuanto a que no se puede divulgar lo que se dice en las sesiones; Flexibilidad en cuanto a que no se exigen formalidades; Neutralidad por lo que hace al mediador para mantener una conducta equilibrada y no intervenir en la decisión conforme a su criterio propio; Equidad porque el mediador debe procurar que el acuerdo sea justo para ambas partes; Legalidad porque sólo deben atenderse los problemas que conforme a la Ley pueden ser mediables; Honestidad en cuanto a que el mediador debe abstenerse de intervenir en el asunto cuando se ubique dentro de alguna de los impedimentos que establece la ley para los funcionarios judiciales.

Por su parte, el órgano encargado para llevar a cabo la negociación es el Centro estatal de Mediación y sus Dependencias regionales; sin perjuicio de que puedan intervenir organismos como la Procuraduría del Ciudadano, los jueces municipales del interior del Estado, los jueces de paz, los jueces indígenas y los notarios del Estado. (No se incluyó a los organismos particulares que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia autorizara para ello, tal como se había propuesto en el anteproyecto).

En cuanto al procedimiento se señala que si comparecen ambas partes, el mediador tratará de avenirlos a fin de que se llegue a un acuerdo, mismo que tendrá el carácter de cosa juzgada si se realizó en el Centro Estatal de Mediación; si se hizo ante diverso organismo, los acuerdos necesitan ser homologados ante juez competente dentro de los cuarenta días naturales siguientes a su firma (en el anteproyecto se propusieron sesenta días) y su ejecución se ventilará ante juez competente.

Por lo que respecta a la conciliación, el artículo 847 establece únicamente que dicha figura pretende solucionar un conflicto por voluntad de las partes, poniéndole fin. En ella, se observarán las disposiciones de este Código que regulan el juicio. Tales disposiciones se encuentran en los artículos 218, 219, 220, 222 y 223 que establecen por una parte, la obligatoriedad del órgano jurisdiccional para ordenar en el auto que admita la demanda, la citación al demandado a una audiencia de conciliación procesal, apercibiendo al actor o su representante con facultades para transigir en el sentido de que si no comparece se decretará el sobreseimiento del juicio y por lo que respecta al demandado, dada su incomparecencia, se entenderá como negativa para conciliar y se ordenará emplazarlo.

De esta manera, la conciliación viene a ser la fase procesal que pretende solucionar un conflicto por voluntad de las partes poniendo fin al mismo. Procede en todos los juicios, con excepción de aquellos en que se traten derechos intransigibles y puede llevarse a cabo en cualquier etapa del procedimiento a instancia de alguna de las partes o del propio tribunal.

¿Cómo se realiza la conciliación? Los artículos 221, 222 y 223 prescriben que en esta audiencia el tribunal –sin especificar si a través de un Conciliador, el Secretarios de Acuerdos o el propio Juez-, procurará avenir a las partes, escuchándolas y haciéndolas reflexionar sobre la conveniencia de evitar el juicio; de manera breve les hará saber sus respectivas pretensiones, escuchará las propuestas que en su caso hagan y tendrá facultades para que en equidad, sin externar opinión sobre el posible resultado del juicio, proponga alternativas con el fin de que los interesados se hagan concesiones recíprocas y solucionen su conflicto. En caso de que se llegue a un arreglo, en el mismo acto se redactará el convenio, el juez lo examinará y si hay legitimación de las partes, no siendo contrario a Derecho tal pacto, lo aprobará elevándolo a la categoría de cosa juzgada. Por

el contrario, si no se logra un avenimiento, lo alegado por las partes no se asentará en el expediente, ni producirá efecto alguno dentro del procedimiento o fuera de él.

En cuanto a los procedimientos de justicia indígena, el artículo 848 establece que la justicia indígena es el medio alternativo de la justicia ordinaria, a través del cual el Estado garantiza a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas el acceso a la jurisdicción, basado en el reconocimiento de los sistemas que para ese fin se han practicado dentro de cada etnia, conforme a sus usos, costumbres, tradiciones y valores culturales, observados y aceptados ancestralmente. Para la solución de los conflictos que surjan entre los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, se aplicarán las normas de derecho consuetudinario de observancia general en el seno de la etnia, sin más límite que el respeto a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución General, la del Estado y los Tratados Internacionales. Por lo demás, sus procedimientos no están sujetos a formalidades, se sustanciarán de acuerdo a las costumbres de la comunidad y en su defecto, o a falta de éstas, serán preferentemente orales, se procurará que se desahoguen respetando el derecho de oír a cada una de las partes, recibiendo las pruebas que ofrezcan, mismas que se desahogarán en una sola audiencia, resolviéndose enseguida lo que conforme a la tradición y en conciencia corresponda.

Por último, en cuanto al arbitraje, se determina en el artículo 863 que se trata de un procedimiento voluntario, adversarial, que se constituye por compromiso entre las partes con el fin de sujetar sus diferencias a la decisión de un tercero.

En el **DISTRITO FEDERAL** no se contemplan disposiciones específicas en algún Ordenamiento referentes a los medios alternos de solución de conflictos; sin embargo, contagiados por la actividad de algunos Estados, recientemente se creó el **CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA** donde se ventilan cuestiones de índole familiar.

En el ámbito internacional, países como Argentina, Uruguay, Colombia y Perú, han adoptado estas figuras como mecanismos alternativos en la solución de conflictos.

Como resultado de ello, por ejemplo en **ARGENTINA** se logró reducir en un 50% los asuntos que llegaban a los despachos. Este país desde 1991 ha practicado la mediación, pero no fue sino hasta la emisión del Decreto 1480/92 por el poder Ejecutivo en que fue declarada de interés nacional, ordenándose la formación de un Cuerpo de Mediadores del sector público, la creación de la escuela de mediadores, así como la implementación de un programa piloto de mediación vinculado con juzgados civiles del Distrito de Buenos Aires.

Por otro lado, mediante la Ley número 24.573 de Mediación y Conciliación, en vigor desde 1995, otorgó a la mediación el carácter obligatorio de esta figura previamente al proceso jurisdiccional, salvo el caso en que las partes acrediten que con antelación acudieron a algún mediador privado, reconocido por el ministerio de Justicia; asimismo se descartan de esta obligatoriedad los asuntos relativos a las cuestiones penales, separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, amparo, procesos de declaración de incapacidad, juicios sucesorios y voluntarios, concursos preventivos y quiebras, así como las cuestiones en que el Estado sea parte.

Referente a la conciliación, se creó una audiencia de apertura a prueba en la que el juez debe exhortar a las partes a solucionar su asunto, pudiendo todos ellos proponer soluciones, sin perjuicio de que el propio juez pueda en todo momento hacer comparecer a las partes para intentar una conciliación y en caso de llegarse a un acuerdo, se seguirá el procedimiento de ejecución de sentencia para su cumplimentación.

Como dato adicional, se creó el registro de mediadores que está a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación y como requisito necesario para poder tener el carácter de mediador es poseer título de abogado, además de recibir la capacitación respectiva.

En **URUGUAY** existe regulada la conciliación previa al proceso y la que se desarrolla dentro de él; la primera está a cargo de los Jueces de Paz y la segunda a cargo del Juez que conoce del litigio. Como podemos observar, se le da el carácter de conciliador al propio juez como promotor del diálogo entre los interesados, sugiriendo diversas alternativas de solución al problema.

En **COLOMBIA** por su parte, desde el año de 1991 se implementaron diversos Centros de Mediación y Conciliación, con el fin de resolver o lograr la conciliación en un conflicto antes o durante el proceso. Lo trascendental de esta regulación, es que erróneamente se establece que el conciliador puede ser investido transitoriamente de la función de administrar justicia, -mediante reforma a su Constitución (art. 166)-, dicho precepto establece "los particulares pueden ser 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 Ley".

Así también, referente al ámbito comercial se autorizó a las entidades gremiales, cámaras de comercio y colegios profesionales para que realizaran Centros de Conciliación para resolver extrajudicialmente los conflictos.

En **PERU**, se estableció dentro del proceso una etapa obligatoria de conciliación, a diferencia de **BOLIVIA** que estatuye la conciliación previa al proceso (Ley de Arbitraje y Mediación).

En **CHINA** la figura que mas se utiliza es la mediación, con la cual se ha logrado reducir el número de asuntos a tramitarse en un proceso jurisdiccional. Funciona de dos maneras: una denominada popular y previa, y otra reglamentada que se da durante el proceso. La primera no forma parte de la Administración de Justicia institucionalizada; es voluntaria y se lleva a cabo ante Comités de Mediación, integrados por personas del pueblo elegidas cada cuatro años; tomándose en cuenta para su elección sus dotes personales, si son pacientes, si cuentan con conocimientos psicológicos o de Derecho; en suma, que tengan fuerza moral e influencia suficiente sobre las personas de la comunidad. Se puede plantear de manera verbal o por escrito, no siendo requisito acudir a una mediación previa para iniciar el juicio correspondiente; en ella, los mediadores electos fungen como asesores de las personas y concurren y platican con los involucrados tantas veces sea necesario, realizándose tales actuaciones sin asistencia de profesionales en Derecho. Si se logra un acuerdo, éste tendrá carácter de contrato.

En la mediación reglamentada por su parte, es el juez quien realiza el papel de mediador, incluso puede sugerir a las partes acudir a la mediación para solucionar su conflicto; equiparándose a una sentencia el acuerdo que se logre. Amén de la labor que realizan en los juzgados, los jueces también llevan a cabo prácticas de prevención de conflictos realizando visitas por las calles, barrios y edificios para conocer los problemas y cómo se comportan los vecinos entre ellos.

Los conflictos que pueden ser objeto de mediación son problemas de vecindad, esto es, conflictos matrimoniales y de familia en donde caben las cuestiones de los menores; problemas de índole económico; sucesorios (con las limitaciones legales) disputas derivadas de la construcción; así como pequeñas infracciones penales como difamación, injurias y disputas callejeras.¹⁵⁵

CAPÍTULO IV.

PROPUESTAS

Siendo un factor importante dentro de la sociedad el que se prevengan situaciones que puedan derivar en conflictos, consideramos básico inculcar en las personas la alternativa que significan la negociación, mediación y conciliación como forma pacífica y eficaz de mantener la paz social.

Sin embargo, consideramos que independientemente de que se rescaten valores dentro de la familia, escuelas y comunidades en general, debe recapitularse en la labor de los abogados, pues son ellos, principalmente, los que tienen en sus manos la difícil labor de orientar a la gente y poder determinar cuándo es necesario iniciar un proceso jurisdiccional como última opción para dar fin a la controversia.

La mayoría de las veces que la gente se ve involucrada en problemas, pero no sabe si puede implicar o no consecuencias legales, por regla general acude a un profesional para

¹⁵⁵ MARABOTTO LUGARO, Jorge A. *La mediación en la República Popular China*. Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Nos. 2-3, 1994. Montevideo, Uruguay. pp. 158-160

que le indique cuál es el mejor camino, y con tristeza vemos que la mayoría de éstos ven a las personas “como un asunto mas” que les va a dejar una remuneración y no como seres humanos que están atravesando por situaciones emocionales muy difíciles y dañinas tanto en su persona como para su familia que se pueden arreglar a lo mejor única y exclusivamente con una simple plática. No obstante lo manifestado, creemos que el papel de mediador lo puede ejercer mejor un abogado que cualquier otro profesional en virtud de que nadie mejor que él conoce el marco legal existente en relación a los asuntos que pueden ser mediables u objeto de conciliación y los límites para el caso de llegar a un acuerdo; asimismo cuenta con preparación en el manejo de las relaciones humanas, y en ese sentido, siempre está en contacto con técnicas de negociación tan indispensables para lograr acuerdos.

Por lo manifestado, aún y cuando bajo nuestro pensamiento en los abogados radica la solución a muchos problemas, no menos cierto es que otras Disciplinas como la Psicología y Trabajo Social, contribuyen enormemente al tratamiento y solución de diversos conflictos; por ello, al crearse Centros o Institutos de Mediación, deben estar conformados por profesionales de esas áreas para estudiar los problemas desde diversos ámbitos y de una manera integral.

En otro orden de ideas, siendo una de las características de estas figuras el que se acuda a ellas de manera voluntaria, sólo debe informarse a las personas de su existencia, cómo funciona y las ventajas de acceder a ellos; pero no consideramos conveniente que se les imponga como un paso previo, obligatorio o condicionante para poder tener acceso a la justicia que brinda el Estado.

Por lo demás, en nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal la mayoría de los juicios contemplan la importancia de tales figuras estableciendo una fase del proceso para que se lleve a cabo la conciliación por conducto de un funcionario específico; y en algunos otros, se faculta o impone al propio juez el deber de procurar un avenimiento entre las partes.

En el caso de la Audiencia previa y de Conciliación que se verifica dentro del proceso, es de suma importancia la elección de las personas que pretendan ocupar el cargo de conciliadores, pues deben contar con una experiencia mínima de cinco años, deben acreditar tener los conocimientos suficientes para desempeñar ese cargo en un curso de capacitación y actualizaciones constantes que les permitan en verdad formular propuestas viables y no simples opiniones sin fundamento. Por esa razón se propone la asignación de un mejor sueldo y cursos constantes de capacitación y actualización a manera de que obtengan una mayor experiencia en el manejo de los litigios.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Las formas de solucionar los litigios son la Autotutela, la Autocomposición y dentro de ella, el desistimiento de la pretensión y la transacción; así como la Heterocomposición donde se comprende al arbitraje y al proceso jurisdiccional.

SEGUNDA

Dentro de las llamadas *formas o medios alternativos de solución de conflictos (litigios)* se incluyen el arbitraje, la negociación, la conciliación y la mediación. Sin embargo, consideramos que es indebido lo anterior en cuanto al arbitraje, pues éste constituye una forma de solucionar litigios que ha existido incluso antes del proceso como lo vimos en el desarrollo del presente trabajo.

Por otro lado, se dice que *las formas alternativas de solucionar conflictos (litigios)* son procedimientos informales que coexisten al lado del proceso jurisdiccional, cuyo fin es solucionar *conflictos* de una manera pacífica, rápida y eficaz. Sin embargo, bajo una concepción eminentemente jurídica, dichas figuras ni son procedimientos jurisdiccionales, ni sustituyen al proceso y mucho menos solucionan litigios; pues al referirse de una manera general al *conflicto* no se hace alusión a ese choque de intereses de contenido jurídico; por el contrario, se engloban un sinnúmero de situaciones ya sea de índole

sentimental, psicológico, de simple comunicación o humanístico por ejemplo, que ninguna trascendencia tiene en el ámbito jurídico y mucho menos se hace necesaria la intervención de un órgano jurisdiccional para solucionarlo. Pero tampoco puede negarse la gran utilidad que representan dichas figuras para los involucrados en una situación problemática cualquiera pues les ayuda a extinguirla o aminorarla. En suma, podemos definir a las figuras en comento como simples procedimientos privados en los que imperan los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad puesto que sólo las partes y sólo ellas pueden decidir si se quieren obligar o no; así como en qué forma o términos, claro está, con las limitaciones que la ley establece para ciertos casos.

TERCERA

Contrario a lo que sustentan diversos autores contemporáneos, las figuras de la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje, no pueden ser consideradas como una cuestión novedosa, ya que siempre han existido en virtud de la convivencia humana.

CUARTA

Puede decirse que la MEDIACIÓN constituye un procedimiento en el cual interviene un tercero ajeno a las partes pero sin facultades de intervención para proponer soluciones o alternativas; su papel se constriñe a tratar de lograr un acercamiento entre las partes, es decir, que tengan una buena comunicación con el objeto de que sean ellas mismas quienes se impongan la mejor solución para que la cumplan a conciencia. Papel muy diferente al que desempeña el conciliador en la CONCILIACIÓN pues este tercero que interviene entre las partes sí propone alternativas de solución al litigio. Por su parte, la NEGOCIACIÓN puede concebirse como simple comunicación, es una constante interrelación de propuestas y recompensas que forma parte de nuestra vida cotidiana con el objeto de obtener beneficios recíprocos.

QUINTA

La figura de la conciliación se regula dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 272-A que se refiere a la Audiencia Previa y de Conciliación, misma que se compone a su vez, de diferentes fases como la depuración del procedimiento, la

conciliación propiamente dicha, así como el estudio de las excepciones procesales entre otras. Hemos visto que la Audiencia de mérito es de vital importancia dentro del proceso pues persigue diferentes fines, sin embargo podemos decir que en lo que toca a la conciliación no se ha aprovechado de la manera en que se pensó, debido a que las personas que ocupan tales cargos no cuentan con la experiencia, conocimientos e interés en estudiar los casos y mucho menos para proponer alternativas de solución como lo ordena la ley. En razón de ello, urge rescatar tal figura mediante la elección de un personal adecuado que tenga por lo menos una experiencia mínima de cinco años en la práctica profesional; que acredite los cursos de capacitación y actualización correspondientes que les permitan formular en verdad propuestas viables y no simples opiniones sin fundamento; para lo cual también se propone la asignación de un mejor sueldo a dichos funcionarios.

SEXTA

En virtud de que es más conveniente tratar los problemas de una manera integral, la mejor opción para ayudar a las personas involucradas en un litigio y que deseen someterse a un procedimiento alternativo, es que se creen Centros o Instituciones de carácter multidisciplinario en los que se les oriente previamente para no tener que llegar a un proceso jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

- AFTALIÓN, Enrique R; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*. Tercera edición. Edit. Abeledo-Perrot. Argentina, 1999.
- AIELLO DE ALMEIDA, María Alba. *Mediación: Formación y algunos aspectos claves*. Edit. Porrúa. México, 2001.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. Primera reimpresión. Edit. UNAM. México, 2000.
Estudios de Teoría general e Historia del Proceso (1945-1972).
 T. II. UNAM. México, 1992.
- ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M. *Teoría General del Proceso*. Edit. Porrúa. México, 2003.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Introducción al estudio del Proceso*. Ediciones Depalma. Argentina, 1983.
- BECERRA BAUTISTA, José. *El proceso civil en México*. Décimosexta edición. Edit. Porrúa. México, 1999.
La Teoría general del Proceso aplicada al proceso civil del Distrito Federal. Edit. Porrúa. México, 1993.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Cíviles*. 4ª. edición Edit. Oxford University Press. México, 1998.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje comercial*. Doctrina y Legislación. Segunda edición. Edit. Limusa. México, 2001.
- BUIGUES OLIVER, Gabriel. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: el Arbitr Ex compromisso*. Edit. Montecorvo. Madrid.
- CÁRDENAS, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*. Lo que hay que saber. Edit. Lumen-Hvmanitas. Argentina, 1998.
- CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal*. T.I. Primera edición. Edit. Cárdenas. México, 1998.
Instituciones de Derecho Procesal Civil. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1997.
- CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina, 1961.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral*. T. II. Derechos reales. Derecho de obligaciones. Instituto editorial Reus. Madrid, 1941.

- CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico. Estructura, Vicios, Nulidades*. Edit. Astrea. 1ª reimpresión; Argentina, 1994.
- CORTÉS FIGUEROA, Carlos. *En torno a Teoría General del Proceso*. Tercera edición. Edit. Cárdenas, México, 1994.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición póstuma. Ediciones Depalma. Argentina, 1997.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. El contrato en general. Sexta edición. Edit. Tecnos. España, 1990.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Edit. Bosch. España, 1957.
- DORANTES TAMAYO, Luis. *Teoría del Proceso*. Novena edición. Edit. Porrúa. México, 2004.
- ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997.
- FALCÓN, Enrique M. *Mediación Obligatoria en la ley 24.573*. Edit. Abeledo-Perrot. Argentina, 1997.
- FLORES GARCÍA, Femando. *Teoría general de la composición del Litigio*. Edit. Porrúa. México, 2003.
- GAMBOA SERRANO. Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Bogotá, Colombia, 1992.
- GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Novena edición. Edit. Oxford University Press. México, 2001.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Primera edición. Edit. Porrúa. México, 2004.
- GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Ediciones Depalma. Argentina, 1995.
- KELLEY HERNÁNDEZ, Santiago A. *Teoría del Derecho procesal*. Tercera edición. Edit. Porrúa. México, 2001.
- ORTIZ-URQUIDI, Raúl. *Derecho Civil. Parte General*. Tercera edición. Edit. Porrúa. México, 1986.
- OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. Segunda edición. Edit. Harla. México, 1994.

- PACHECO PULIDO, Guillermo. *Mediación: cultura de la paz. Medio alternativo de administración de justicia*. Universidad Autónoma de Puebla. Dirección General de Fomento Editorial. Puebla, México, 2004.
- PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Edit. Porrúa. México, 2000.
- PELÁEZ, Francisco J. *La Transacción. Su eficacia procesal*. Primera edición. Edit. Bosch. España, 1987.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T.I. Parte General. Segunda reimpresión. Edit. Temis Bogotá y Depalma, Buenos Aires; 1993.
- RODRÍGUEZ-ARIAS, Bustamante. *La Tutela*. Barcelona, 1954.
- RODIGUEZ VILLA, Berta Mary; PADILLA DE TRAINER, Ma. Teresa. *Mediación en el Divorcio: Una alternativa para evitar las confrontaciones*. Segunda edición. UNAM. México, 2001.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Decimoséptima edición. Edit. Porrúa. México, 1999.
- SANTOS BELANDRO, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional*. Tercera edición. Edit. Oxford University Press. México, 2000.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje comercial internacional en México*. Colección Estudios Jurídicos. Segunda edición. Edit. Oxford University Press. México, 2001.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho. (Introducción al Estudio de la ciencia jurídica)*. Reimpresión a la segunda edición. Edit. Themis. México, 2001.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. T. II. Obligaciones y contratos. Sucesiones 'mortis causa'. Donaciones. Trad. de la décimo quinta edición italiana por Luis Martínez-Calcerrada. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1967.
- VIZCARRA DÁVALOS, José. *Teoría General del Proceso*. Quinta edición. Edit. Porrúa. México, 2002.
- ZEPEDA TRUJILLO, Jorge Antonio. *El Arbitraje y la Mediación*. "Primer Simposio Regional de Derecho Procesal" Sinaloa, México, 2000. Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Escuela Libre de Derecho de Sinaloa.

REVISTAS

ALVAREZ, Gladis S.; HIGHTON, Elena I. Resolución alternativa de conflictos, estado actual en el panorama Latinoamericano. California Western International Law Journal. Vol. 30, No.30; Spring, 2000; San Diego, California E.U.

CARAM, MARÍA ELENA. Hacia la mediación penal. La Ley. Suplemento, 20 marzo, 2000. Buenos Aires, Argentina.

CURES, SUSANA I. La Mediación. Prudentia Iuris. No.44, septiembre, 1997. Buenos Aires, Argentina.

GÁMEZ PEREA, Claudio Raymundo. La mediación en el proceso familiar. Revista Jurídica. Nueva época. Año XII, No.22, octubre-marzo, 2002; Aguascalientes, México.

GIAVARINO, MAGDALENA BEATRIZ. La Mediación: hacia un nuevo perfil profesional. (revista) Foro Económico. Año.II, No. 3, noviembre, 1996. Buenos Aires, Argentina.

GONZÁLEZ CALVILLO, ENRIQUE. La Mediación y la creación del Instituto Mexicano de la Mediación A.C. Revista El Foro. Undécima época. T.XII, No. 2, 1999, México, D.F.

La Mediación en México. (revista JURÍDICA) Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. No. 29, 1999, México, D.F.

GREIF, JAIME. Conciliación, mediación y arbitraje como formas alternativas de solucionar conflictos de familia. Revista Uruguaya de Derecho Procesal. No.1; 1995 Montevideo, Uruguay. (temas: Derecho de familia, solución alternativa, divorcio-conciliación)

HENON RISSO, JORGE. Teoría de la Mediación. Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Año. XXXIV No.55 Julio-Diciembre, 1994; La Plata, Argentina.

La negociación, mediación y arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. T.82, Nos.1 al 12, enero-diciembre, 1996. Montevideo, Uruguay.

JOSKO DE GUERÓN, EVA. La mediación, la negociación y los negociadores. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Año XL, No.96, 1995. Caracas, Venezuela.

LOWRY, RANDOLPH. Puliendo un diamante: cómo preparar a un cliente para participar en una mediación. La Ley. Suplemento, 8 octubre, 1999; Buenos Aires, Argentina.

MARABOTTO LUGARO, JORGE A. La mediación en la República Popular China. Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Nos. 2-3, 1994, Montevideo, Uruguay.

MÁRQUEZ ALGARA, MA. GUADALUPE. La necesidad de la incorporación de la mediación a la administración de justicia de Aguascalientes. Revista Jurídica. Nueva época. Año XI. No.16, septiembre-marzo,2000. Aguascalientes, Ags., México.

Pronunciamientos del I Congreso Nacional de Mediación. Revista Jurídica. Nueva época. Año XII, No.22, octubre-marzo, 2002; Aguascalientes, Ags. México.

OBARRIO FRANKLIN M. Algunos aspectos institucionales de la mediación. Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires. Vol. 55, No. 1, julio, 1995. Buenos Aires, Argentina. (temas: solución alternativa de controversias, abogacía)

WILDE, ZULEMA. Mediación y Conciliación. Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires. Vol. 55, No. 1, julio 1995. Buenos Aires, Argentina.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

LEY DE NAVEGACIÓN.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE PUEBLA.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE QUINTANA ROO.