



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y NEGOCIACIÓN COMO
FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS EN MÉXICO.

SAMSE GABRIEL CASTILLO GALINDO

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Enero de 2004.



53343





UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA

**MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y NEGOCIACIÓN COMO
FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS EN MÉXICO.**

SAMSE GABRIEL CASTILLO GALINDO

**Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.**

Zapopan, Jal., Enero de 2004.

CLASIF: ^{TE} ~~DER. 1404 CAS~~
ADQUIS: 53343 . qj
FECHA: 15/06/04
DONATIVO DE _____
\$ _____

173p.

I. ACCIÓN Y DEFENSA (DELECHO)

500 CASOS DE TITULACIÓN

CONTIENE: DISQUETE



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

ESCUELA DE DERECHO

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. SAMSE GABRIEL CASTILLO GALINDO

Presente

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y NEGOCIACIÓN COMO FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MÉXICO.** Presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



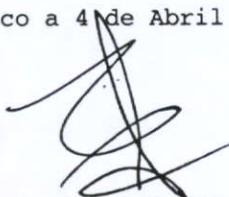
LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

A quien corresponda:

Por medio de la presente manifiesto haber recibido y revisado el trabajo de tesis profesional titulado "**Mediación, conciliación y negociación como formas alternativas de solución de controversias en México**" presentado por el alumno **Samse Gabriel Castillo Galindo**, y vistos los contenidos y la forma del mismo doy el **visto bueno** al referido trabajo en mi calidad de Director de tesis, para efectos que el alumno pueda seguir con el trámite de titulación.

Atentamente

Guadalajara, Jalisco a 4 de Abril de 2002.



Vo. Bo. Dr. José de Jesús Covarrubias Dueñas

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN.....	7
I. SOLUCIONES ALTERNATIVAS DE LITIGIOS.....	10
1. Consideraciones generales.....	10
2. Causas por las cuales no se ha recibido la idea de las "Soluciones Alternativas de Litigios" (SAL) en algunos sistemas jurídicos.....	14
A. Errónea concepción del litigio.....	14
B. Instrucción para pleitos; no para acuerdos....	17
C. Algunos casos simplemente no son aptos para ser resueltos mediante alguna Solución Alternativa de Litigios.....	19
D. El procedimiento no es distinto de un proceso jurisdiccional.....	21
E. Nadie asegura que se logre efectivamente una solución al litigio mediante las Soluciones Alternativas de Litigios.....	23
F. Si las partes acuden ante un abogado, es porque no quieren llegar a un arreglo.....	26
G. El Estado es el único facultado para administrar justicia.....	27
H. Si se implementan soluciones alternativas, las partes podrían perder atribuciones legales.	28
3. Breve análisis de la Solución Alternativa de Litigios en la experiencia internacional.....	29
A. Norteamérica.....	30
B. Perú.....	31
C. Colombia.....	32
D. Argentina.....	33
E. Chile.....	34
II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LOS ANTECEDENTES DE LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS.....	36
1. Algunos ejemplos bíblicos.....	36
2. Iglesia cristiana primitiva.....	36
3. Derecho consuetudinario europeo.....	38
4. Equity inglés.....	40
5. Breve semblanza en Estados Unidos de Norteamérica...	42
III. MEDIACIÓN.....	44
1. Principios generales.....	44

2. Concepto.....	47
3. Características de la mediación.....	49
A. Confidencialidad.....	49
B. Voluntariedad.....	51
C. Flexibilidad.....	51
D. Creatividad.....	52
E. Rapidez y bajo costo económico.....	53
4. El mediador.....	54
5. El procedimiento de la mediación.....	57
IV. CONCILIACIÓN.....	62
1. Concepto.....	62
2. Modalidades de la conciliación.....	64
A. Conciliación preprocesal.....	64
B. La conciliación procesal.....	69
3. Procedimiento en la audiencia de conciliación.....	73
4. Efectos de la audiencia conciliatoria.....	75
V. OTROS PROCESOS ALTERNATIVOS.....	77
1. Consideraciones generales.....	77
2. Estados Unidos de Norteamérica.....	78
A. La <i>early neutral evaluation</i> o la figura del oyente neutral.....	80
B. El dictamen de peritos.....	81
C. El <i>mini trial</i>	83
D. La Adjudicación.....	85
E. El arbitraje delegado.....	86
F. El <i>Summary jury trial</i>	86
VI. CONCILIACIÓN EN MÉXICO.....	90
1. Conciliación en el derecho civil.....	90
2. Conciliación en derecho laboral.....	93
3. Conciliación en el derecho mercantil.....	95
4. Conciliación en el derecho agrario.....	96
5. Conciliación en algunos procesos administrativos....	97
6. Eficacia jurídica.....	99
VII. LA NEGOCIACIÓN.....	101
1. Técnica de negociación.....	102
2. Negociación por posiciones vs negociación de principios.....	105
A. Negociación por posiciones.....	105
a) Negociar sobre posiciones no produce los mejores resultados.....	105
b) Negociar sobre posiciones es ineficiente.....	106
c) La negociación sobre posiciones pone en	

peligro una relación activa entre las partes.....	107
B. Negociación de principios.....	107
a) Persona, separar el problema de las personas....	108
b) Intereses, enfocarse en los intereses y no en las posiciones.....	109
c) Opciones, generar una variedad de posibilidades antes de decidir qué hacer.....	110
d) Criterio, insistir que el resultado debe estar basado en estándares objetivos.....	112
3. La negociación y su relación con los procesos alternativos de solución de controversias....	116
VIII. PROFESIONALIZACIÓN DE LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (ADR).....	117
1. Centros de conciliación en Colombia.....	117
2. Profesionalismo de la Solución Alternativa de Disputas en Norteamérica.....	119
3. Escuela de mediadores en la República de Argentina.	121
4. Centros de conciliación en el Perú.....	122
5. Experiencia en México.....	123
IX. SUGERENCIA.....	125
CONCLUSIONES.....	128
1. El conflicto es una realidad dinámica del hombre...	128
2. Los métodos alternativos de solución de controversias.....	129
2.1. La mediación.....	129
2.2. La conciliación.....	130
2.3. La negociación.....	131
3. La solución alternativa de disputas no ha sido bien recibida en México.....	132
4. Profesionalización de los métodos alternativos de solución de controversias.....	132
ANEXOS.....	134
ANEXO 1 ESTATUTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN COLOMBIA.....	135
ANEXO 2 ESCUELA DE MEDIADORES EN ARGENTINA.....	146
GLOSARIO.....	163
BIBLIOGRAFÍA.....	170

INTRODUCCIÓN

*Bienaventurados los que tienen hambre y sed
de justicia porque ellos serán saciados.
Bienaventurados los pacificadores
porque ellos serán llamados hijos de Dios.
Mateo 5. 6,9*

Desde el inicio de la historia del hombre el conflicto ha sido parte de su desarrollo, lo ha motivado a implementar instituciones de manera creativa con el objetivo de resolver de la mejor manera posible tales conflictos. En el presente trabajo se parte de esta perspectiva, y a partir de aquí se esgrimen los argumentos tendientes a justificar la incursión de alternativas de solución de conflictos (también llamados disputas, controversias o litigios), a las maneras convencionales en que los mismos se solucionan en nuestra sociedad y sistema jurídico. Tales alternativas son conocidas genéricamente como *soluciones alternativas de litigios*, concepto en el cual caben varias instituciones que ya se desarrollan en varios lugares del mundo.

En el trabajo que nos ocupa, se limitará el concepto de *Solución Alternativa de Litigios* a tres figuras: *mediación, conciliación y negociación*, mismas que serán analizadas desde su definición hasta su aplicabilidad en el sistema jurídico mexicano. No obstante, se hará mención de algunas otras instituciones que actualmente son utilizadas en otros sistemas de derecho, aunque se prescindirá de su análisis ya que por su naturaleza no podrían caber en la estructura del derecho mexicano.

Así como los elementos estructural e institucional son indispensables para que existan alternativas en la solución de conflictos, también lo es el elemento volitivo de la persona que se encuentra dentro de una situación litigiosa, pues el éxito de las instituciones, figuras y métodos de solución de conflictos dependerá de la actitud con la cual los individuos enfrenten tal conflicto, y la voluntad que tengan en llegar a una solución real. Lamentablemente nuestra sociedad actual adolece de una cultura pacifista o conciliadora, el triunfo aparejado de la derrota del rival es lo único que importa y es la única manera en que se puede satisfacer a individuos mucho más preocupados en obtener ventaja del conflicto y su rival, que en resolver el conflicto y restituir la armonía y la relación existentes. Es por esto que a lo largo del presente trabajo se hace énfasis en la necesidad de un cambio radical en las concepciones de litigio, arreglo, victoria, armonía y justicia entre los miembros de la sociedad y más especial e imperiosamente entre los profesionales del derecho, para que promuevan la paz mayormente que el conflicto.

La negociación se presenta como el corazón de los métodos alternativos de solución de controversias, y a su vez como una figura autónoma para el efecto, la cual, con todas sus connotaciones y en los diferentes campos de aplicación de la misma debería enfocarse hacia la búsqueda de alternativas de solución al conflicto; sin embargo, al interior de la negociación, se pueden desarrollar una serie de técnicas y artilugios cuya finalidad no es restablecer la armonía, sino sacar ventaja del conflicto y de la contraparte para el provecho personal, con lo cual no hay tal solución al conflicto sino una transferencia del mismo desde las instituciones establecidas para el efecto hasta la misma mesa de las

negociaciones. Por lo anterior es muy importante que la negociación vaya enfocada a resolver el conflicto y a salvaguardar los intereses de las partes negociantes para que todas ellas alcancen un beneficio con la solución.

Con las consideraciones y el análisis que de la negociación se hace en el presente trabajo de investigación se pretende convencer al lector de la importancia de la misma y de la conveniencia y eficacia de la técnica propuesta.

Es mi deseo que mi propuesta contenida en las páginas siguientes aporte algo a la formación de una cultura de paz, de armonía, de solución de controversias de manera ágil y no contenciosa, para que los órganos jurisdiccionales se aboquen a aquellos supuestos en los cuales la intervención estatal sí es necesaria para que la justicia sea impartida, y la sociedad goce de relaciones auténticas que fomenten la paz y la justicia social.

I. SOLUCIONES ALTERNATIVAS DE LITIGIOS

1. Consideraciones generales

Es derecho fundamental de todos los individuos en México la administración de justicia de manera pronta, completa e imparcial según el texto constitucional en su artículo 17, por lo cual los tribunales encargados de administrar la justicia deben actuar de manera eficiente para garantizar el derecho fundamental mencionado; cuando los tribunales se ven rebasados en su capacidad de respuesta por el gran cúmulo de asuntos que deben desahogar, el derecho a una justicia pronta, completa e imparcial del individuo se ve afectado, y en consecuencia se buscan alternativas, no a la administración de justicia, sino a la manera de solución de la controversia.

Las *Soluciones Alternativas de Litigios*¹, son una serie de mecanismos tendientes a resolver los conflictos que se presenten entre dos o más partes producto de una relación de cualquier índole. Estos mecanismos han venido siendo desarrollados como apoyo del sistema tradicional de justicia; es por eso que reciben el nombre de *alternativos* porque representan en sí mismos una alternativa al procedimiento convencional de solución de controversias prestado por el Estado. Dentro de las *Soluciones Alternativas de Litigios*, existen varias figuras e instituciones, aunque en el presente trabajo sólo se hará énfasis en la mediación, la conciliación y la negociación como figuras aplicables en México; se mencionarán otras aunque prescindiendo de un análisis exhaustivo de las mismas, algunas por ser instituciones profusamente estudiadas (tal es el caso del arbitraje), otras

¹ También conocidas como Soluciones Alternativas de Conflictos o Soluciones Alternativas de Controversias (SAC), Resolución Alternativa de Conflictos (RAC), Soluciones Alternativas de Disputas (SAD), o *Alternative Dispute Resolution* (ADR) por sus siglas en inglés. Los nombres mencionados son utilizados indistintamente en singular o plural.

por ser inaplicables en el sistema jurídico mexicano, (tal es el caso del *mini trial*, *summary jury trial*, *adjudication*, y la *early neutral evaluation* por ejemplo).

Comencemos considerando algunas definiciones para las ideas de mediación, conciliación y negociación a fin de establecer de manera clara la diferencia entre éstas, como medidas alternativas de solución de litigios.

La mediación es definida por la Enciclopedia Salvat de la siguiente manera:

Acto, proceso e institución de origen consuetudinario por la que un órgano nacional o internacional...o incluso una persona de cierto prestigio o autoridad interviene como componedora en la solución pacífica de un conflicto... El órgano mediador carece de interés directo en el asunto... y normalmente comienza sus buenos oficios ofreciéndose para la mediación o aceptando el requerimiento de las partes en tal sentido. Para la solución del conflicto no se sigue un procedimiento jurídico ni formalista. Se trata de acercar a las partes mediante un compromiso recíproco y una acción en pro de concesiones mutuas y evitación de enfrentamientos...no se falla con arreglo a derecho, sino según la oportunidad y habilidad del mediador. No se recurre a sanciones directas ni indirectas, sino a la conciliación de intereses y al mutuo desagravio.²

Encontramos en la anterior definición varios elementos importantes y representativos de la institución como son la falta de procedimientos y coacción, lo cual será objeto de un análisis posterior.

Por otro lado encontramos la palabra conciliación definida en el Diccionario Jurídico mexicano como el "acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que

² Enciclopedia SALVAT, Diccionario, Tomo 8, Salvat editores, S.A., España, 1971, p. 2203.

permite resulte innecesario el proceso. Es asimismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas."³

En cuanto a la negociación, la encontramos definida por Rafael De Pina de la siguiente manera: "... Cambio de impresiones y de puntos de vista dirigidos a llegar a un acuerdo..."⁴

De la anterior definición se puede extraer la idea de dos partes intercambiando de manera libre información y pretensiones, sin limitaciones ni restricciones en cuanto a la renuncia de sus derechos con la finalidad de poner fin a un conflicto.

Presentamos a las tres instituciones anteriormente definidas como las opciones más representativas para la *Solución Alternativa de Litigios (SAL)*, excluyendo de manera intencional al arbitraje, por ser ésta una manera de solución a conflictos profusamente estudiada, análoga a la función jurisdiccional, la cual ha sido incorporada de manera definitiva en nuestro actual sistema de derecho, aunque es justo decirlo, ha dado buenos resultados en cuanto a dirimir litigios se refiere, pero enfocaremos esfuerzos al estudio particular de la mediación, la conciliación y la negociación. No obstante, enseguida se define la institución del arbitraje, y sirva para dejarla enunciada y asimismo dejar plasmada la idea que sobre el arbitraje se tendrá a lo largo de las páginas siguientes:

³ *Diccionario Jurídico mexicano*, tomo A-CH. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Porrúa-UNAM, México, 1993, p. 568.

⁴ DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1991, p. 379.

(Del latín *arbitratus*), es una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial un Juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes (en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional), siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo que el del procedimiento del proceso jurisdiccional, la resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo.⁵

Baste lo anterior como apuntalamiento de la idea de los distintos medios de solución al litigio que encontramos como viables en nuestro derecho mexicano.

Lamentablemente en la actualidad las figuras de la mediación, conciliación y negociación, son muy poco usadas y lo que es más preocupante aún, son muy poco o nada promovidas tanto por los abogados postulantes, como por aquellos que tienen a su cargo la instrucción y adiestramiento de los estudiantes de derecho. Siendo un poco más pesimistas, diremos que estas instituciones no sólo no son promovidas, sino que además son menospreciadas, y hechas a un lado por la falta de preparación y cultura de algunos abogados, que en lugar de tomarlas en cuenta como una opción de solución de conflictos viable y útil, las ignoran, enfocando sus esfuerzos en la solución contenciosa-jurisdiccional.

Analícemos a continuación algunas de las causas por las cuales no se ha desarrollado la cultura de la solución de litigios o conflictos, sino que por el contrario ha prevalecido la cultura del no arreglo; del pleito; del vencedor y del vencido.

⁵ *Diccionario Jurídico mexicano*, tomo A-CH, p.198.

2. Causas por las cuales no se ha recibido la idea de las Soluciones Alternativas de Litigios(SAL) en algunos sistemas jurídicos

A. Errónea concepción del litigio

Para muchas personas y desafortunadamente para muchos abogados postulantes la idea de litigio expresa una contienda jurisdiccional, sin embargo litigio es todo conflicto de intereses entre dos o más partes que requiera de una solución.⁶ Se dice que hay litigio desde el mismo momento en que surge la discrepancia de pretensiones entre dos o más personas, aun antes de que esas personas acudan ante un profesional del derecho a solicitarle que lleve su caso ante los tribunales. En este orden de ideas nos aclara Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que existe diferencia entre el litigio, y el proceso jurisdiccional propiamente dicho, pues éste puede cesar sin que haya habido pronunciamiento alguno sobre aquél, aunque también establece que existen figuras comunes tanto al proceso como al litigio, como son la sentencia que pone fin al proceso y a la vez resuelve sobre la cuestión litigiosa, o como la autocomposición, siempre que ésta venga con posterioridad al inicio de un proceso de índole jurisdiccional, puesto que clausura al proceso y por supuesto resuelve el conflicto de intereses o la cuestión litigiosa.⁷

Como hemos afirmado la idea de litigio se ha pervertido hasta el extremo de llegar a ser sinónimo de procedimiento contencioso jurisdiccional, y para muestra de lo anterior, se transcriben a continuación algunos conceptos que popularmente

⁶ Cfr. OVALLE FAVELA, José. *Teoría general del Proceso*. 4ª. ed. Oxford University Press-Harla de México, S.A. de C.V., México, 1998, pp. 5-6.

⁷ Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Imprenta Universitaria, México, 1947, pp.67-69.

se dan a la idea del litigio; analicemos las distintas definiciones que nos ofrecen algunas enciclopedias de la lengua española, y un diccionario jurídico mexicano respecto al concepto de litigio.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define litigio en primer lugar como "pleito, altercación en juicio", y en segundo lugar, como "disputa, contienda".⁸

La enciclopedia del *Reader's Digest*, lo define de manera lacónica y escueta de la siguiente manera: "Pleito judicial, disputa, contienda"⁹

Por su parte la Enciclopedia autodidáctica Quillet, nos dice que el factor común de los litigios es el planteamiento de la demanda ante el Poder Jurisdiccional, veamos: "lo común en todos los litigios... es la perturbación jurídica producida, la personalidad del actor... la competencia del tribunal a que el actor se dirige."¹⁰

El Diccionario de Derecho de Rafael De Pina igualmente confunde la idea de proceso jurisdiccional con la de litigio: "...Pleito, controversia o contienda judicial."¹¹

Por su parte en el derecho norteamericano pareciera no haber diferencia entre el litigio y el proceso jurisdiccional, según se desprende de la definición para litigio del "*Black's law dictionary*": "Litigation. A law suit. Legal action, including all proceedings therein. Contest in a court of law for the purpose of enforcing a right or seeking a remedy. A judicial contest, a judicial controversy, a suit at law."¹²
(Litigio. Demanda. Acción Legal, incluyendo todos los

⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Primera Edición, Tomo II, ed. Espasa Calpe, S.A., Madrid, España. 1992.

⁹ *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, Tomo VII, Selecciones del *Reader's Digest*, España, 1981, p. 2208.

¹⁰ *Enciclopedia Autodidáctica Quillet*, Tomo IV, Aristides Quillet, México, 1960, p. 225.

¹¹ DE PINA, Rafael, *Op. Cit.*, p. 361.

¹² *Black's Law Dictionary, Sixth Edition*, West Publishing Co., St. Paul, MN, USA, 1990, p. 934.

procedimientos en ella. Disputa en una corte con el propósito de hacer cumplir un derecho o buscar un remedio. Una disputa judicial, controversia judicial, demanda de derecho).

Por último, el Diccionario Larousse, nos reitera el erróneo concepto que se tiene entre la gente sobre la idea de litigio: "Pleito, altercación judicial (sinónimo *Proceso*)".¹³

Basten las anteriores definiciones para ilustrarnos el mal concepto referido, sin embargo, llega a ser entendible que tal idea de litigio sea tergiversada por las personas que no están familiarizadas con el estudio del derecho, y que por ende sus concepciones en tales menesteres resulte simplista y equivocada, sin embargo, lo que realmente alarma, es el hecho de que profesionales del derecho tengan el mismo equivocado y simplista concepto sobre el litigio, incluyéndose aquí, jueces, magistrados, profesores, doctrinistas, abogados postulantes (aquellos que exponen causas en la corte, por no llamarles litigantes), consultores, asesores, investigadores, notarios, corredores, y aun aquellos que teniendo estudios profesionales de derecho no practican como abogados en una de las tantas ramas de la materia.

La cuestión alarmante sobre el particular, no es que tales profesionales del derecho tengan equivocado un concepto, en este caso el del litigio, sino que debido a ese mal concepto, están cerrando el campo de acción del abogado, pues excluyen la mediación, la conciliación y la negociación como medidas para resolver litigios, relacionando enseguida el asunto con la corte o juzgado correspondiente, la acción que procede y la vía o procedimiento que utilizarán para llevarla a cabo, antes de ver la mejor manera de resolverlo.

¹³ *Pequeño Larousse Ilustrado*, Ediciones Larousse, México, 1983, p. 632.

No es la intención de estas consideraciones promover la ignorancia y conformismo entre abogados, en el sentido que pierdan de vista el procedimiento y acciones correspondientes en cada caso que se les presente; de ninguna manera, antes bien, es el deber del abogado, cualquiera que sea su rama, conocer las alternativas legales y jurisdiccionales que se le presentan para resolver el problema, sin embargo, esto no excluye que en su mente, también se encuentre la idea de llegar a una solución del conflicto sin la necesidad de agotar un procedimiento judicial. Tal vez más de alguno sentenciará que esa no es la labor del abogado, opinión que al término del trabajo que nos ocupa quisiera que desapareciera, apelando a la apertura de criterios y a la inteligencia característica del ser humano instruido en la ciencia jurídica.

El erróneo concepto que se tiene sobre la idea del litigio, es pues una limitante severa en el éxito de la mediación y conciliación como medidas alternativas de la solución de conflictos o dicho de otra manera, de la solución alternativa de litigios.

B. Instrucción para pleitos; no para acuerdos

Una de las razones más obvias para que la solución alternativa de litigios vía mediación y conciliación no funcione, es que el abogado es instruido para buscar el pleito, no como pacificador. El abogado postulante que se desempeña en las cortes de justicia, toma cada nuevo caso con una filosofía de "yo gano, tu pierdes". El concepto de dos ganadores es anatema entre estos profesionales del derecho, y harán lo que sea por derrotar a la contraparte en juicio. Sin embargo, todos los abogados debiéramos examinar nuestras conciencias, para encontrar si realmente se están representando los

intereses del cliente en juicio, o si es solamente un pretexto para exhibir nuestras cualidades de litigante dentro del procedimiento, a cambio de la respectiva retribución. En algunos casos, durante el proceso jurisdiccional, surgen momentos en que sería mejor o más viable la conciliación, sin embargo, hay situaciones en las que tal conciliación nunca se llevará a cabo, porque los abogados, en su ánimo de pelear, están ahí, listos para prometer lo imposible a su cliente, listos para dividir, y matar cualquier esperanza que pudiera haber de resolver el pleito de manera rápida y benéfica para ambas partes.

Sin embargo, el que los abogados enfrenten cada nuevo litigio con esa filosofía, no es algo que debiera sorprendernos, pues así han sido formados e instruidos a lo largo de una educación universitaria, en la cual, por lo general se alaba la terquedad de un alumno para aferrarse a una idea o concepto sin importar si tiene o no razón, y comúnmente se deja de lado la instrucción en la cultura del arreglo y la formación del estudiante como un profesional en la solución de los conflictos.

Hoy en día muchas escuelas se encuentran atrapadas entre dos ánimos; por un lado, desean sinceramente que sus graduados, sean profesionistas decentes, honestos, que realicen su trabajo con capacidad, conocimiento, y por supuesto con justicia; pero por otro lado, como lo hemos venido mencionando, generalmente instruyen a sus alumnos exclusivamente para contender en tribunales y juzgados, para saber imponer sus ideas sobre la de sus colegas y obtener lo que quieran. No se pretende condenar la habilidad de imponer y obtener, simplemente señalar que no se enseña al abogado a ser un pacificador, una persona que pueda ser capaz de conciliar las pretensiones más difíciles, de

mediar en procedimientos de difícil solución; capaz de agotar todos los medios extra e intra procesales, con un solo propósito bien definido en su mente, procurarle justicia a su cliente sobre cualquier sentimiento propio o interés particular, sino que muchas veces se forma al estudiante para crear conflictos más que para resolverlos.

No es la intención buscar culpables de lo descrito en párrafos precedentes, aunque es necesario señalar que en nuestro sistema educativo en derecho, no hay otra manera de instrucción, no hemos sido lo suficientemente creativos como nación para idear soluciones a la necesidad de formar conciliadores, profesionistas capaces de prevenir y solucionar conflictos. Son las instituciones educativas las encargadas de promover esta cultura de solución de conflictos, aunque lamentablemente en nuestro país pocas instituciones se han dado a la tarea de promoverla. Para probar lo anterior, se puede hacer un rápido análisis sobre los planes de estudios de las universidades en México que hoy ofrecen sus servicios en el área de instrucción jurídica, sin necesidad de mencionar nombres, prestigio, estadísticas, duración de la carrera, y otras características irrelevantes a lo que nos ocupa, encontraríamos que ninguna ofrece un curso sobre la solución alternativa de litigios, sino que todas enfocan sus esfuerzos a formar profesionales dedicados a pelear, muchas veces incapaces de lograr arreglos en las situaciones litigiosas que se les presentan.

C. Algunos casos simplemente no son aptos para ser resueltos mediante alguna Solución Alternativa de Litigios

Algunos abogados, sobre todo norteamericanos, país donde está floreciendo de manera profusa la solución alternativa de

litigios, han afirmado como argumento en contra de la Solución Alternativa de Litigios el hecho de que algunos casos no admiten soluciones alternativas, y los litigios han de resolverse de manera contenciosa ante tribunales jurisdiccionales, "... certain types of cases are simply not suitable for ADR. For example... employment disputes involving discrimination... health care context... dissolution of custody disputes, are so imbedded in the parties that ADR techniques will not facilitate resolution." ("...ciertos tipos de casos simplemente no son viables para ADR. Por ejemplo... disputas laborales que envuelven situaciones de discriminación... en el contexto del cuidado de la salud... disputas por disolución de custodia, están tan incrustados en las partes que las técnicas de ADR no facilitarán la resolución."¹⁴ Es asimismo difícil, buscar soluciones alternativas vía mediación, conciliación o negociación en casos de custodia de menores, casos de contenido penal, como por ejemplo aquellos en que alguien ha sido ofendido severamente en su persona o salud o en la de algún familiar. Coincidimos en que efectivamente en estos casos la negociación, mediación o conciliación, pudieran llegar a ser una solución poco apropiada, pues no son sólo los intereses particulares los que se verían afectados sino también el interés público, por lo cual sobre los intereses en cuestión, no se podría negociar.

No obstante lo mencionado, es necesario agregar que en lo que más condenan los más acérrimos rivales de la solución alternativa de litigios, ponen en entredicho su propia postura, pues si bien es cierto (y así lo reconocimos), en situaciones extremas la Solución Alternativa de Conflictos no es

¹⁴ MOOHR, Geraldine, *Arbitration isn't always appropriate*, s.e., Texas, USA, 2000, s.p. Apud BADER, Reece. "ADR is fine but not always welcome as an alternative to battle in court, a litigator's perspective", *Dispute Resolution Magazine*, USA, Volumen 6, Número 3, Spring 2000, 2000, pp. 21-22.

conveniente o apropiada, también es cierto que la gran mayoría de casos que se presentan ante tribunales no contienen situaciones extremas o difíciles por definición, sino que más bien son cuestiones en las cuales muchas personas se han encontrado en algún momento de su vida, por lo cual la solución alternativa de litigios se presenta como una opción viable para aquellos que buscan una solución a sus conflictos pero se resisten a agotar un procedimiento jurisdiccional por malas experiencias previas o por inseguridad sobre la eficiencia del referido proceso.

Encontramos esta razón, débil en sí misma para desechar de plano la solución alternativa de conflictos; sin embargo, no por eso debe dejar de tomarse en cuenta, pues como ya vimos tiene gran actualidad entre los abogados del mundo.

El problema consiste en que el abogado al momento de que una persona con alguna pretensión se acerca a su despacho para ser asesorado o representado, decide unilateralmente que la cuestión que se le plantea debe llevarse ante los tribunales sin valorar un posible acercamiento con la persona que tiene una pretensión encontrada con la de su cliente, o simplemente decidiendo que la cuestión litigiosa no es susceptible de composición no jurisdiccional.

D. El procedimiento no es distinto de un proceso jurisdiccional

Muchos abogados han desistido en su intento por solucionar de una manera alternativa los litigios, al darse cuenta que los procedimientos son casi tan engorrosos y tardados como los procesos jurisdiccionales. Tomemos el ejemplo norteamericano en donde la solución alternativa de disputas se ha venido convirtiendo en un formalismo, pues los abogados representan a

sus clientes con las mismas técnicas y herramientas que usarían en un proceso jurisdiccional, lo cual por supuesto, pervierte la naturaleza de la solución alternativa, pues ya no se ahorra tiempo, esfuerzos, o dinero. Si a un abogado, que normalmente cobrará su trabajo por horas, le toma el mismo tiempo ir ante una corte en un proceso jurisdiccional o ir ante un mediador a conciliar los intereses de su cliente, entonces para este último, no hay ninguna diferencia y la institución de la solución alternativa de litigios perderá sentido e interés entre la gente.¹⁵ Aunado a esto, recordemos que en la Solución Alternativa de Litigios, por lo general hay concesiones en las pretensiones de las partes en conflicto, mientras que en el procedimiento jurisdiccional no las hay.

No podemos reconocer como válido este argumento en su totalidad, aunque reconocemos que no le falta razón. En efecto, los procedimientos arbitrales, en los cuales, en lugar de juez, hay un árbitro como persona encargada de dirimir las controversias, llegan a ser en gran manera difíciles, tanto para las partes como para el mismo árbitro, pues la misma ley impone estos requisitos gravosos para el procedimiento arbitral,¹⁶ que provoca en muchas ocasiones que lo único que distinga al arbitraje del proceso sea la figura encargada de dirimir las diferencias. Es por esta razón que se ha argumentado en contra de la solución alternativa de litigios, diciendo que no es más que un proceso jurisdiccional llamado de otra manera, pues "si parece pato, y grazna como pato, debe ser un pato."¹⁷

¹⁵ Cfr. *Idem*.

¹⁶ Vid. Título IV del Código de Comercio, titulado *Del arbitraje Comercial*.

¹⁷ Cfr. MOOHR, Geraldine, *Arbitration isn't always appropriate*, s.e., Texas, USA, 2000, s.p. Apud BADER, Recce, "ADR is fine but not always welcome as an alternative to battle in court, a litigator's perspective, *Dispute Resolution Magazine*, USA, Volumen 6, Número 3, *Spring 2000*, 2000, pp. 21-22.

En descargo de la opinión anterior, debemos decir que existen disposiciones legales que establecen la posibilidad que en un procedimiento arbitral sean las propias partes quienes determinen el procedimiento a seguir, otorgando la posibilidad de agilizar el procedimiento en la medida de la conveniencia y posibilidad de las partes en conflicto. Tal es el caso del título decimosexto del Código Civil del Estado de Jalisco referente al contrato de compromiso arbitral, en el cual se contiene la facultad de las partes de fijar el procedimiento, las obligaciones del árbitro con respecto a las partes, etcétera.

Sin lugar a dudas, la solución alternativa de litigios, pudiera presentar una perversión hasta llegarse a confundirse con otras instituciones, sin embargo esta posibilidad, no debe ser obstáculo para intentar llevarla a cabo, sino que por el contrario, al ser una posibilidad que pudiera darse, se debería enfrentar la idea pensando que se puede mantener la naturaleza de tal institución.

E. Nadie asegura que se logre efectivamente una solución al litigio mediante las Soluciones Alternativas de Litigios

En cuanto al presente punto, nos manifestamos abiertamente de acuerdo, pues al ser una situación futura, ningún ser humano se puede manifestar de manera fehaciente en el sentido de que sí se ha de lograr la solución al litigio, así como tampoco se podrían manifestar en sentido contrario, es decir, en el sentido de que no se ha de lograr una solución. Normalmente los abogados piensan que al someter las pretensiones de sus clientes al proceso jurisdiccional, obtendrán una solución al litigio; sin embargo, por ser ésta también una situación

futura, tampoco se puede asegurar que así será, pues muchísimas situaciones de hecho pudieran llegar a presentarse, y en un determinado momento hacer imposible que el litigio se dirimiera, enunciar siquiera tales situaciones sería una tarea ociosa, pues se caería en un casuismo, que es precisamente lo que la postura enunciada en este apartado propone como argumento desacreditante de la solución alternativa de litigios.

Veamos en la siguiente gráfica que muestra una estadística de 118 casos llevados ante un mediador en el Circuito Judicial decimosexto del Estado de Illinois en la Unión Americana, el porcentaje de acuerdos, acuerdos parciales, y no acuerdos. No se pretende afirmar temerariamente que esta estadística representa de manera fehaciente la actividad mediadora en el mundo, ni siquiera creemos que en los Estados Unidos de Norteamérica, sin embargo, es un botón de muestra sobre los infundados temores del fracaso de la Solución Alternativa de Litigios.

MEDIADOR	ACUERDO		ACUERDO PARCIAL		NO ACUERDO		TOTAL
	No.	Porcentaje	No.	Porcentaje	No.	Porcentaje	
A	5	38%	2	15%	6	46%	13
B	2	67%	0	0%	1	33%	3
C	0	0%	0	0%	2	100%	2
D	1	50%	0	0%	1	50%	2
E	1	33%	0	0%	2	67%	3
F	1	25%	0	0%	3	75%	4
G	2	67%	0	0%	1	33%	3
H	8	67%	0	0%	4	33%	12
I	3	50%	1	17%	2	33%	6

J	8	47%	2	12%	7	41%	17
K	2	29%	1	14%	4	57%	7
L	2	67%	0	0%	1	33%	3
M	1	100%	0	0%	0	0%	1
N	2	100%	0	0%	0	0%	2
O	2	50%	0	0%	2	50%	4
P	2	50%	1	25%	1	25%	4
Q	1	50%	1	50%	0	0%	2
R	2	50%	0	0%	2	50%	4
S	2	33%	0	0%	4	67%	6
T	0	0%	1	17%	5	83%	6
U	0	0%	1	25%	3	75%	4
V	1	100%	0	0%	0	0%	1
W	3	60%	0	0%	2	40%	5
X	1	50%	0	0%	1	50%	2
Y	1	100%	0	0%	0	0%	1
Z	0	0%	0	0%	1	100%	1
TOTAL / OVERALL %	53	45%	10	8%	55	47%	118

Fuente: sitio de internet del "Center for Analysis of Alternative Dispute Resolution System" o Centro para el análisis del sistema de Resolución Alternativa de Disputas (<http://www.caadr.org/statics/16med.htm>)

La gráfica anterior nos demuestra cómo casi la mitad de los casos llevados ante un mediador en aquel Estado se han logrado solucionar, y un porcentaje menor, ha logrado un acuerdo parcial, lo que por ningún motivo podría considerarse un fracaso, antes bien, es una victoria parcial, pues logró conciliar a dos partes con intereses contrarios, en un aspecto

de sus diferencias, lo que sin dudas deja sentado un sano precedente para futuros acercamientos entre las partes.

Además si la Solución Alternativa de Litigios fuera tan incierta como para que no valiera la pena intentarla, no nos explicaríamos la existencia de más de 400 firmas en los Estados Unidos de Norteamérica dedicadas exclusivamente a brindar este tipo de servicios (mediación, conciliación, negociación), o el *Center for Public Resources* (Centro de recursos Públicos), ubicado en la Ciudad de Nueva York, el cual ha logrado que una buena cantidad de empresas importantes, decidan someter sus litigios en primera instancia siempre a la Solución Alternativa. A manera de ejemplo citamos algunas compañías: American Express, Coca-Cola Co., Chase Manhattan, IBM, Ford, Sony, Xerox, Sears, entre otras.¹⁸

F. Si las partes acuden ante un abogado, es porque no quieren llegar a un arreglo

Nada más alejado de la realidad que la afirmación que sirve de título al presente apartado, y de argumento a los enemigos de la Solución Alternativa de Litigios, pues cuando un particular acude ante un profesional del derecho, por lo general, acude para disipar dudas sobre los alcances de la situación o conflicto que se le ha presentado, aunque desgraciadamente, por lo general también, concluye su entrevista con la certeza de que debe acudir a un proceso contencioso jurisdiccional para hacer valer sus derechos y lograr que se le administre justicia.

En una cantidad inmensa de procesos, algunas personas pueden llegar a sentirse arrepentidas de haber iniciado una

¹⁸ FLOYER ACLAND, Andrew, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidós, Barcelona, España, 1993, p. 35.

acción jurisdiccional y por lo tanto buscan cualquier solución a su litigio, incluso abandonando el caso, o soportando sentencias en contrario que por justicia no les corresponderían. Esto no debiera ser así, el abogado al ser consultado, debe saber que lo último que tiene que sugerirle a su cliente es el pleito en tribunales (aunque debe estar preparado para éste), y debe considerar como aspecto de gran valía y consideración el patrimonio y las situaciones personales de quien lo consulta para emitir su opinión sobre el procedimiento a seguir en un litigio. En este orden de ideas, un grupo de juristas, miembros del *International Bar Association* (Asociación Internacional de Barras de Abogados) preocupados por los aspectos éticos de la profesión, redactaron el Código Internacional de Deontología Forense, el cual en su artículo décimo establece que el abogado no debe darle primacía al litigio (aquí entendido como proceso jurisdiccional), sino que debe procurar por todos los medios lícitos posibles la solución del litigio, siempre en beneficio de su cliente, procurando que se le administre justicia en sus derechos violentados, de la manera más rápida posible.¹⁹

G. El Estado es el único facultado para administrar justicia

Como un intento de desacreditar a la Solución Alternativa de Litigios, se argumenta que la Constitución no autoriza a ninguna persona a administrar justicia, y que la misma debe administrarse desde los órganos creados *ex profeso*. En cuanto al punto en cuestión, no hay nada que argumentar en contrario, pues la Solución Alternativa de Litigios, no busca dotar a las

¹⁹ Cfr. GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Deontología Jurídica*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España, 1991, pp. 186-190.

partes, o a un tercero, de capacidad alguna para administrar justicia, tampoco despojar al Estado de su función jurisdiccional, sino que busca que las partes en conflicto diriman sus controversias de manera pacífica, eficaz, legítima y legal, precisamente para que no tengan que acudir a que el Estado les administre justicia.

H. Si se implementaran soluciones alternativas, las partes podrían perder atribuciones legales

El presente argumento es el que mayor fuerza presenta en contra de las soluciones alternativas, pues el supuesto que plantea es una pérdida o menoscabo de facultades, atribuciones, poderes y privilegios de las partes al optar por un procedimiento alterno antes que un proceso contencioso jurisdiccional, por ejemplo, si el conflicto es por un crédito quirografario vencido garantizado con un pagaré y las partes deciden iniciar negociaciones, se corre el riesgo que las mismas duren más de tres meses y por consecuencia caduque la acción cambiaria del acreedor,²⁰ con lo cual el deudor puede verse en una situación ventajosa que sin haberse iniciado un método alternativo no existiría. Lo mismo sucede con la vía ejecutiva, la prescripción y la caducidad de acciones.

El anterior ejemplo nos demuestra que los derechos de las partes pueden llegar a verse afectados cuando una de ellas acude a los métodos alternativos de solución de controversias de mala fe, como una manera de sacar un provecho frente a su contraria. Si bien es cierto es un buen argumento para desechar a los métodos alternativos, lo es más para buscar soluciones,

²⁰ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Art. 160.- "La acción cambiaria...caduca... V.- Por no haberse ejercitado la acción dentro de los tres meses que sigan a la fecha del protesto.."

herramientas legales que permitieran la aplicabilidad de los mismos, pero sin perjuicio de los derechos de las partes.

Con los argumentos anteriores en contra del SAL es suficiente para dejar en claro que el tema no es situación desconocida o ajena a la conciencia de los abogados alrededor del mundo, sino que por el contrario, es algo muy actual en los litigios que se presentan hoy en día entre los particulares, y se perfila como una opción importante de la práctica del abogado, pues la labor de éste, es precisamente la solución de litigios defendiendo el interés de su cliente, ya sea dentro o fuera de un proceso. Además, el mundo ha venido presentando un portentoso avance en materia de tecnología, y esto afecta por supuesto las relaciones particulares; como ejemplo tenemos al comercio electrónico, a través de la publicidad, la compraventa y transacción de mercancías, el cual constantemente está teniendo mejoras y adiciones en cuanto a su funcionamiento, lo cual requiere como es lógico pensarlo, soluciones rápidas, justas, concretas que permitan su desenvolvimiento, pues de otra manera los avances tecnológicos se volverían inoperantes al no existir mecanismos de solución de controversias que les permitieran subsistir.

3. Breve análisis de la Solución Alternativa de Litigios en la experiencia internacional

Algunas legislaciones han dado ya un paso grande al contemplar dentro del sistema jurídico de la nación la figura de la Solución Alternativa de Conflictos; hemos hablado ya en varias ocasiones del caso de los Estados Unidos de Norteamérica, que se han tomado muy en serio este sistema desde hace varios años, con muy buenos resultados.

A. Norteamérica

Norteamérica es el país en el cual se ha desarrollado más ampliamente la Solución Alternativa de Litigios, y existen además de las maneras convencionales y comunes de resolver los litigios, algunas otras técnicas e instituciones desarrolladas creativamente para tales efectos.

Así existe en dicho país, además del arbitraje, el *summary jury trial*, procedimiento por el cual las partes hacen una breve exposición de sus respectivos casos ante un jurado, el mismo que dicta un veredicto que, aunque no obligatorio, le otorga a los abogados y a sus clientes una evaluación de lo que un jurado podría decidir, facilitando de esta manera un posible acuerdo.

El *early neutral evaluation* es otro método aplicado en los EE.UU. que consiste en la evaluación que sobre el caso hace un abogado neutral especializado en la materia de que trata la controversia, evaluación que facilita la solución del problema sin necesidad de acudir a la Corte.

Además existe el *mini trial* que no constituyendo un juicio, combina elementos de la negociación y mediación, y el *Ombusperson* por el cual se designa a una persona neutral que luego de escuchar a las partes promueve la solución del conflicto²¹

Como podemos observar muchos de estos procedimientos ideados en Norteamérica, no constituyen en sí mismos soluciones a los conflictos, pero ayudan para facilitar un acuerdo entre las partes, evitando de esta manera que las partes en conflicto se enfrenten a un proceso jurisdiccional, con un costo económicamente alto para las partes y para el aparato jurisdiccional del Estado.

Asimismo, en este mismo país, la Resolución Alternativa de Disputas (ADR por sus siglas en inglés), es una rama importante

²¹ ZAMBRANO ORTÍZ, Luis Fernando, "La conciliación extrajudicial. Mecanismo alternativo de solución de conflictos", s.e., Perú, 2000, s.p.
<http://www.peru.derecho.org/articulos>

y formalmente activa dentro del *American Bar Association* "ABA" (Asociación Americana de Barras de Abogados), y las expectativas con que fue creada hace seis años han sido superadas con creces, logrando un puesto de importancia entre las demás secciones de la ABA y llegando a ser de gran importancia en los programas que la citada asociación desarrolla entre profesionistas de todo el mundo y escuelas de derecho.²²

No sólo la Unión Americana ha desarrollado métodos y proyectos para la Solución Alternativa de Litigios, sino que otras naciones han imitado su ejemplo, países como Perú, Chile, Colombia, Argentina, por mencionar latinoamericanos solamente, han decidido que es importante proporcionar a los particulares, alternativas viables en la solución de sus litigios.

B. Perú

Perú ha desarrollado dispositivos tendientes a agilizar la solución de los litigios.

El gobierno, auscultando la gran problemática por la que atraviesa el Poder Judicial, nada menos como consecuencia de una serie de factores, entre otros, la quiebra de valores que no nos permiten vivir en armonía, tranquilidad, sosiego, es decir, en paz; asimismo, por contar con una gran carga procesal sin resolver en el Sistema Administrativo Judicial, ha expedido dispositivos signados con los números 26872 del 13-11-97 y 001-98 JUS, Ley y reglamento de Conciliación, respectivamente. Como estrategia complementaria, mediante Resolución Ministerial No. 262-98-JUS, se dispone difundir las bondades y ventajas que ofrece el Proceso de Conciliación, como

²² Cfr. ALFIN, James, "Section Leads collaborative initiatives among American Bar Association entities", *Dispute Resolution Magazine*, USA, Volumen 6, Número 3, Spring 2000, 2000, p. 2.

un mecanismo alternativo para la solución de conflictos y con la finalidad de revitalizar valores que propicien una cultura de paz.²³

En Perú, no sólo enunciaron las posibilidades para la alternatividad en la solución de conflictos, sino que elevaron la institución a ley mediante la Ley de Conciliación y su reglamento, vigentes a partir de Enero de 1998. En dicha ley se ha establecido como obligatoria la conciliación extrajudicial, imponiendo un conciliador calificado y registrado, así como un conjunto de formas con un fin claro que es la disminución de los procesos ante tribunales.²⁴ Es sin duda un gran y buen esfuerzo por perfeccionar la impartición de justicia en aquel país.

C. Colombia

Colombia es otra nación que ha visto la profunda necesidad de la solución alternativa de disputas y se ha decidido por hacer algo al respecto, pues como veremos en los siguientes párrafos, ha desarrollado un ingenioso sistema para asegurarles a sus ciudadanos la oportunidad de acceder a los medios necesarios para solucionar sus diferencias.

Los esfuerzos hechos en Colombia nos dejan un ejemplo de la factibilidad de crear centros cuya única finalidad sea la reconciliación de los particulares mediante la conciliación.²⁵

La experiencia colombiana en materia de conciliación extrajudicial es muy importante. Toda vez que en este país mediante la Ley 23 de 1991, se crearon los Centros de Conciliación y Amigable

²³ CASTILLO AGUILAR, Hipólito, "La Conciliación extrajudicial como sistema", s.e., Perú, 2000, s.p.
<http://www.peru.derecho.org/articulos>

²⁴ Cfr. ÁLVAREZ TRONGÉ Manuel, "La conciliación extrajudicial. Una herramienta eficaz para la productividad del Perú", s.p.
<http://www.peru.derecho.org/articulos>

²⁵ A este respecto, puede verse el Anexo I del presente trabajo, en el que se transcribe el acuerdo que los crea.

Composición... en dichos centros se concilian todas las materias susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación judicial, ofreciendo un procedimiento ágil y económico. Además pueden ser creados como órganos anexos a los Despachos Judiciales o como entidades privadas autónomas, pero bajo la supervisión y control del Estado.

Otra de las figuras contenidas en dicha legislación es la de los conciliadores en equidad. Estos conciliadores pueden ser abogados o estudiantes del último año de derecho y ofrecen sus servicios gratuitamente.²⁶

D. Argentina

La figura de la mediación en Argentina ha sido un importante logro del aparato de impartición de justicia en aquel país, pues ha logrado incorporar la idea de que es importante buscar una solución consensada antes de agotar el procedimiento jurisdiccional.

En Argentina, por Ley 24.573 se instituyó con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, estableciendo un procedimiento que promueve la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia...

En Argentina la reciente implantación de este sistema está teniendo buenos resultados, cumpliendo una de sus principales metas, cual es descongestionar los despachos judiciales. Se sabe incluso que su acogida ha dejado de lado el arbitraje, método alternativo muy reconocido.

Es de destacar que el gobierno argentino declaró de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos, encomendando al Ministerio de Justicia de dicho país la formulación de proyectos

²⁶ ZAMBRANO ORTÍZ, Luis Fernando. *Op. cit.*, s.p.

legislativos y el dictado de normas reglamentarias para la puesta en marcha de dicha institución.²⁷

Sin duda el caso de Argentina es digno de ser imitado²⁸, pues evidentemente la solución de controversias entre los particulares, independientemente de la forma que estos revistan, debe ser de interés nacional, pues al Estado le conviene que las disputas que se den entre sus ciudadanos se arreglen lo más rápido posible facilitando así el desarrollo del pueblo, y por otro lado descongestionando el habitual sistema en las cortes, lo cual a la larga beneficiará a la nación, pues este servicio le cuesta a los contribuyentes.

E. Chile

El caso de Chile, es particular, pues establece un criterio económico y de justicia social como principales argumentos para procurar la solución alternativa de conflictos.

Se analizan los principales aspectos conceptuales y políticos subyacentes en la resolución de conflictos alternativos al estrictamente jurisdiccional. Se afirma que dichos sistemas, como la mediación y el arbitraje, poseen importantes ventajas para unapolítica de justicia eficiente y socialmente adecuada.

Las condiciones sociales inducidas por los procesos de modernización exigen redefinir el óptimo social en materia de justicia hasta incluir una oferta heterogénea de protección y tutela.

La justicia no constituye desde el punto de vista económico, un bien público, sino un bien privado. Se trata de un bien que, al ser consumido o utilizado, importa necesariamente exclusiones de otros sujetos que, por ese solo hecho, no puedan ya consumirlo o utilizarlo. Es decir, el uso del sistema de administración de

²⁷ *Idem.*

²⁸ Para ver los términos exactos y el alcance del acuerdo que crea a la escuela de mediadores, ver Anexo 2 del presente trabajo.

justicia posee externalidades negativas (la exclusión que se traduce en que los más pobres subsidien a quienes logran acceder al sistema). Esta es una poderosa razón para introducir y generalizar el arbitraje como mecanismo alternativo.²⁹

²⁹ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, "Sistemas Alternativos de resolución de Conflictos: antecedentes teóricos, empíricos y dogmáticos", Estudios sociales, Santiago, Chile, Número 88, Trimestre 2, 1996, pp. 91-166.
<http://www.congreso.cl/biblioteca/estudios/justmedi.html>

II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LOS ANTECEDENTES DE LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS

1. Algunos ejemplos bíblicos³⁰

En la sociedad judía del antiguo testamento bíblico, la figura del mediador no era una figura desconocida, ya que los sacerdotes o levitas fungían precisamente como mediadores entre el pueblo y Jehová para interceder ante Jehová por el pueblo a fin de que los pecados del pueblo fueran expiados y no recibieran el castigo ordenado en la ley divina otorgada a Moisés. En tal sentido encontramos el siguiente versículo bíblico: "Y dijo Moisés a Aarón: acércate al altar, y haz tu expiación y tu holocausto, y haz reconciliación por ti y por el pueblo, haz también la ofrenda del pueblo, y haz la reconciliación por ellos como ha mandado Jehová."³¹

De la misma manera dentro de la vida privada del pueblo se seguía el mismo principio conciliatorio tal y como nos lo narra Guillermo Margadant: "En materia privada cada pater familias tenía que observar que se cumpliera con la ley mosaica dentro de su hogar; en caso de pleitos entre dos familias funcionaba como árbitro un consejo de vecinos ancianos. Parece que no hubo jueces estatales para las controversias civiles."³²

2. Iglesia cristiana primitiva

Dentro del primer siglo de la era cristiana, encontramos un ánimo conciliatorio en los escritos del apóstol San Pablo, tal es el caso de la primera carta a los corintios, la cual en el capítulo sexto establece

³⁰ Las porciones bíblicas citadas en el presente apartado así como las referentes al siguiente, tienen como única finalidad ilustrar algunos casos en que la mediación y conciliación tuvieron un papel importante resolviendo conflictos entre el pueblo judío y cristiano, con el propósito de ubicar las figuras en la historia de la tradición judeo-cristiana, fundamento de nuestra cultura. En ningún caso se pretende con el presente capítulo o con las referencias bíblicas justificar o desacreditar instituciones sociales o determinada teología. Reiteramos que el uso de las mencionadas citas obedece a una mera referencia histórica sin ninguna otra connotación.

³¹ LA SANTA BIBLIA, Levítico 9:7, Sociedades Bíblicas Unidas, p.108.

³² MARGADANT F., Guillermo, *Panorama de la historia universal del derecho*, p.51.

algunos imperativos en relación con los litigios delante de los incrédulos o no creyentes, es decir, delante de aquellos que no profesaban la fe cristiana. Al respecto, se transcriben a continuación los cinco primeros versículos del capítulo mencionado:

¿Osa alguno de vosotros cuando tiene algo contra otro, ir a juicio delante de los injustos, y no delante de los santos? ¿o no sabéis que los santos han de juzgar al mundo? Y si el mundo ha de ser juzgado por vosotros ¿sois indignos de juzgar cosas muy pequeñas? ¿o no sabéis que hemos de juzgar a los ángeles? ¿cuánto más a las cosas de esta vida? Si pues tenéis juicios sobre cosas de esta tierra ¿ponéis para juzgar a los que son de menor estima en la Iglesia? Para avergonzaros lo digo, ¿pues que no hay entre vosotros sabio, o aun uno que pueda juzgar a sus hermanos?...³³

Es claro el sentido del mandamiento paulino, pues exhortaba a los creyentes a dirimir sus controversias entre ellos, prescindiendo de los tribunales convencionales, aunque evidentemente no por alguna razón pragmática, sino por causas teológicas en virtud de las cuales se consideraba como de mayor estima lograr un mutuo acuerdo, incluso sufrir el agravio, que acudir ante los tribunales,³⁴ lo cual era digno de reproche.

Encontramos también otro reproche del apóstol San Pablo, y esto para aquellos que no fungían como "juzgadores" de sus hermanos teniendo que hacerlo por los dones de sabiduría que les habían sido otorgados por Dios. Si bien es cierto el término *juzgador* aquí utilizado no se refiere a la actual figura del juez sino a la de un mediador, pues lo que decidiera éste entre los hermanos, obligaría sólo en conciencia en virtud

³³ LA SANTA BIBLIA, 1º. Corintios 6:1-5, Sociedades Bíblicas Unidas, Corea, 1997, pp. 1433-1434.

³⁴ Vid. LA SANTA BIBLIA, 1º. Corintios 6:7-8.

de la calidad del mediador, pues no era propiamente una sentencia.

Si como ya vimos, la mediación o conciliación en este contexto, no era promovida por una idea pragmática sino teológica, no por esto dejó de tener un gran peso en el desarrollo de la iglesia cristiana primitiva, pues la asimilación de la doctrina cristiana se llevó a cabo principalmente por algunos textos que hoy conocemos como bíblicos, tales como los evangelios y las cartas paulinas, entre otros. Debido a esto la idea de la solución pacífica, amigable, a los litigios entre los creyentes cristianos, fue creciendo a la par de la doctrina cristiana.

3. Derecho consuetudinario europeo

Durante los siglos XI y XII, en Europa, dentro de lo que se conoce como derecho consuetudinario, floreció el concepto de la composición de disputas de una manera distinta a los procedimientos jurisdiccionales; así surgió la idea del amor como una alternativa a los litigios ante tribunales. Si bien este concepto inició como una respuesta a las exigencias religiosas de la época, poco a poco fue creciendo su aceptación por las ventajas prácticas que representaba frente a los procedimientos jurisdiccionales convencionales, por ejemplo, que la disputa quedara efectivamente solucionada, sin que alguna de las partes pensara en causar disturbios por haber quedado inconforme con alguna sentencia.³⁵

Al respecto encontramos un código de Eitelredo, el cual contemplaba la posibilidad de que las partes en conflicto escogieran qué vía habían de escoger para resolver su

³⁵ Cfr. BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Tr.:Mónica Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 84-85.

conflicto, el amor, o los procedimientos ante tribunales, sin tener el derecho de agotar ambos.³⁶

Un siglo después, un manual llamado *Leyes de Enrique I (Leges Enrici Primi)*, sostenía repetidas veces que el derecho inglés prefería el acuerdo amistoso al litigio, *amor o amicitia* a *iudicium*.³⁷ Esta idea surgió de un documento cuyo autor se desconoce, pero se cree formaba parte de la corte inglesa, el cual decía:

Todas las causas...preferiblemente serán arregladas por concordia amistosa (*pax*)...Aquellos a quienes el tribunal del condado encuentre en disputa mutua, los unirá en acuerdo amistoso (*amor*)... Se recomienda aquel a quien se hace la oferta que deje toda la cosa y no conserve para sí ninguna sugestión de la afrenta... cuando cualquiera de ellos tenga la opción de un acuerdo amistoso...este será tan obligatorio como una decisión legal (*iudicium*).³⁸

Como podemos ver, en esta etapa de la evolución jurídica, los acuerdos entre las partes eran no solamente recurridos sino que además promovidos por las autoridades sociales, y además bien llevados a cabo por personas cuya función era la de promover tales acuerdos, es decir, por los buenos oficios de mediadores quienes eran conocidos como "amigos y vecinos".³⁹

El derecho europeo tuvo en esta época mucho en común con algunas filosofías del medio oriente, en las cuales el valor de la reconciliación entre las partes era superior a los conceptos de justicia e injusticia, entendidos estos como la idea romana de dar a cada quien lo suyo, por lo cual la labor de los

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Cfr. WITHE, Stephen, "Pactum...legem vincit et amor iudicium, the settlement of disputes by compromise in eleventh-century western France", *American Journal of legal history*, USA, No. 22, 1978, pp. 301-302, *Apud* BERMAN, Harold. *Op. Cit.* p. 85.

tribunales era promover y buscar dicha reconciliación. Al respecto las tradiciones orientales contaban una serie de relatos exaltando la finalidad de esta idea:

El quejoso habla tan persuasivamente que Nasrudin exclama: "creo que tienes razón". El amanuense del tribunal le pide contenerse, pues hay que oír al acusado. Al escuchar los argumentos del acusado, Nasrudin vuelve a entusiasmarse tanto que grita: "creo que tienes razón". El amanuense del tribunal no puede tolerarlo. "Su señoría" le dice "no pueden tener razón ambos", "creo que tienes razón" replica Nasrudin. Ambos están en lo correcto, pero no pueden tener razón ambos. Y la respuesta no se encontrará haciendo la pregunta ¿quién tiene razón?, se encontrará salvando el honor de ambos lados, y así restaurando la relación que debe haber entre ellos.⁴⁰

4. *Equity*⁴¹ inglés

Desde el siglo XII en Inglaterra, la administración de la justicia en todo el país era a cargo del Rey, quien en su carácter de fuente de toda justicia la administraba directamente o por medio de los jueces y tribunales de la Corona, razón por la cual los viejos tribunales locales fueron dejando de operar para abrir paso a los constituidos por el rey, estableciéndose así el conjunto de acciones y procedimientos conocidos como *common law*⁴², que serían el derecho nacional del reino.⁴³

⁴⁰ BERMAN, Harold, *Op. cit.*, p. 89.

⁴¹ Literal: "equidad". Concepto que desde un punto de vista jurídico-filosófico, podría identificarse con la *epiqueya* aristotélica, es decir, el término medio entre la justicia natural y la severidad y rigidez de la justicia positiva. De esta manera lo equitativo sería lo justo, pero lo justo que va más allá o que sobrepasa la ley escrita, la cual es demasiado general. Equidad incluiría indulgencia, bondad de la intención, consideración de los antecedentes del acusado, y una preferencia por el árbitro que por el Juez. *Cfr.* URSÚA-COCKE, Eugenio. *Elementos del sistema jurídico anglosajón*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, pp. 218-219.

⁴² Según una definición de Oscar Rabasa, el *common law* es la jurisprudencia de los jueces ingleses basada en los usos y costumbres primitivos de los pobladores anglosajones, daneses y normandos. *Vid.* RABASA, Oscar. *El Derecho Angloamericano*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, p. 67.

⁴³ *Cfr.* RABASA, Oscar, *Op. Cit.*, p. 138.

La equidad comenzó a aplicarse desde los comienzos mismos del *common law*, aunque al principio de forma ética y moral, sin contenido jurídico, según las propias ideas y valores que sobre justicia abstracta y derecho natural tenían los jueces, y con la finalidad de flexibilizar los rígidos preceptos del derecho positivo. Posteriormente los jueces comenzaron a aplicar el derecho de manera estricta abandonando la práctica de resolver conforme a la equidad, razón por la cual las personas considerando que esta práctica producía injusticias, deciden acudir directamente al rey, en su carácter de fuente de la justicia, quien ejercía su potestad a través del canciller del reino. De esta manera el canciller comenzó a aplicar la equidad a los casos que se le presentaban, fuera de la esfera del *common law*, como ordenamiento supletorio y correctivo de las deficiencias del mismo. Las resoluciones adoptadas por el canciller eran sin sujetarse a principios ya establecidos, sino según concepciones personales sobre lo bueno y lo malo, según la razón y la conciencia.⁴⁴

Gracias a esta labor, la cancellería se fue convirtiendo poco a poco en un tribunal de equidad llamado *Court of Chancery* (Corte de la chancillería), "con jurisdicción extraordinaria para enmendar a través de sus mandamientos y resoluciones, las injusticias que resultaban de la aplicación de la ley rígida e inflexible, resolviendo las controversias independientemente de las normas positivas del derecho común (*common law*) o aun contra el tenor de sus rígidos principios."⁴⁵

Finalmente a finales del siglo XV y principios del XVI, la cancellería fue teniendo funciones de un gran tribunal de equidad (*Court of Chancery*), con sus propias reglas de

⁴⁴ Cfr. RABASA, Oscar, *Op. Cit.*, pp. 136-140.

⁴⁵ RABASA, Oscar, *Op. Cit.*, p. 139.

procedimiento, y cuerpo de magistrados, convirtiéndose entonces en un ministerio de estado, con facultades para emitir mandamientos, dictar órdenes y hacer cumplir sus determinaciones de manera coercitiva mediante el *injunction*⁴⁶ tal y como los jueces de los tribunales del derecho común podían hacerlo mediante el auto de ejecución.⁴⁷

5. Breve semblanza en Estados Unidos de Norteamérica

La práctica de métodos alternativos de solución de controversias en el continente americano tiene como antecedente a ciertos grupos religiosos y étnicos venidos a América del Norte procedentes de Europa desde el siglo XVI, quienes preocupados por mantener su unidad e identidad resolvían sus diferencias de manera pacífica y dentro de sus propias comunidades mediante la labor e intervención de ministros religiosos o bien ancianos de la comunidad. La misma práctica se siguió desarrollando debido a que distintos sectores industriales americanos, a través de sus respectivas asociaciones de comercio, decidieron implementar sus propios sistemas de solución de conflictos; tal es el caso de la industria de las pieles y las sedas, el sector marítimo y el mercado de valores. Asimismo, en 1768 la Cámara de Comercio de Nueva York, dio origen a una vía propia de solución de controversias, la cual se basaba en los usos y costumbres mercantiles de la época, más que en la propia legislación.

Posteriormente durante las décadas de los treinta y cuarenta, se desarrollaron rápidamente mecanismos de solución de disputas en el ámbito laboral, pues los conflictos que en

⁴⁶ "*Injunction: a court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or injury.*" (*Injunction: una orden de la corte prohibiendo a alguien hacer algún acto específico o mandando a alguien deshacer algo daño o perjuicio. Vid. Black's Law Dictionary, p. 784.*

⁴⁷ *Cfr. RABASA, Oscar, Op.Cit., pp. 140-142.*

esta rama surgían necesitaban de soluciones prontas, pacíficas y equitativas entre trabajadores y patrones. La anterior tendencia impactó a los sectores educativos, y las universidades y escuelas públicas adoptaron las vías pacíficas para solventar contiendas.⁴⁸ Fue en el seno de la educación donde en 1976 surgió la teoría del tribunal multi-puertas ("multi-door courthouse"), desarrollada por Frank Sander, profesor de la escuela de leyes en Harvard, la cual sostenía que las cortes en los Estados Unidos de Norteamérica debían ofrecer a las partes en conflicto una amplia gama de opciones para resolver sus conflictos, desde la mediación, negociación asistida, conciliación, arbitraje y por supuesto el proceso jurisdiccional convencional.⁴⁹

A partir de 1976, y gracias a la teoría de Sander, las técnicas no adversariales de solución de controversias fueron ampliamente desarrolladas en los Estados Unidos; así, de 1981 a 1996 fueron creados más de trescientos cincuenta centros vecinales de justicia que actúan como instancias conciliatorias entre los particulares en conflicto. También las distintas facultades de derecho y un buen número de escuelas de empresa, política y comercio, ya incluyen en sus programas de estudio cursos sobre la Solución Alternativa de Conflictos.⁵⁰

⁴⁸ Cfr. IRURETAGOYENA QUIROZ, Amelia. "La solución pacífica de conflictos; esbozo de los métodos no litigiosos", s.p.

<http://ags.acnet.net/stjeags/RevistaJuridica/sep-mzo->

⁴⁹ Cfr. TOBEN, Steve. "ADR in the year 2010: Reflections on a decade of progress", *Dispute Resolution Magazine*, USA, 1992, p.6.

⁵⁰ Cfr. IRURETAGOYENA QUIROZ, Amelia, *Op. cit.*, s.p.

III. MEDIACIÓN

Una vez analizadas las distintas causas por las cuales no ha sido aceptado el sistema de Solución Alternativa de Litigios analicemos cuáles son las distintas facetas que este sistema nos presenta, enfocándonos como líneas arriba lo mencionamos a la mediación, a la conciliación, y a la negociación como las instituciones más importantes en cuestión de resolución de litigios de una manera distinta al proceso jurisdiccional.

Comencemos pues con la mediación.

1. Principios generales

Para que pueda existir la mediación, como lo hemos venido afirmando, es necesario que exista previamente un conflicto de intereses entre dos o más partes, las cuales pretenden algún bien o derecho, o por lo menos, es necesario que exista la percepción de ese conflicto o divergencia de intereses.⁵¹

Se dice que el conflicto en sí mismo ha venido siendo un motor o generador de evolución del ser humano en lo individual y en lo social,⁵² ante lo cual en lugar de anatemizar al conflicto entre los hombres, lo aclamamos como un impulsor del desarrollo (más que de evolución) del ser humano y sus relaciones. Sin embargo, el conflicto en sí mismo, no tiene la potestad de llevar al hombre al punto final del desarrollo, sino que da pie para que el ser humano intente solucionar las diferencias que surgen del conflicto, y una vez que lo logran, entonces podemos afirmar que es el momento en que se dará el desarrollo del ser humano.

⁵¹ Cfr. RUBIN, *Conflict from a Psychological Perspective*. Apud HALL, Lavinia, *Negotiation Strategies from mutual gain- the basic seminar of the program on negotiation at Harvard Law School*, Sage Publications, Newbury Park, California, 1993, pp. 123.137. Apud DUPUIS, Juan Carlos, *Mediación y conciliación*, Abeldo-Perrot, Argentina, 1997, p. 37

⁵² Cfr. *Ibidem*, pp. 37-39.

El eje central de los conflictos entre los seres humanos es la pretensión de la persona en contra de las pretensiones de otra u otras personas. Veamos lo que dice Gozáini respecto a esto, "las pretensiones son el más claro ejemplo del viejo concepto que acuña el proceso judicial como un campo de batalla, donde el derecho lo obtiene quien mejor defiende sus intereses, aun cuando ellos no sean justos o razonables."⁵³

Con una visión clara sobre la falla de los procesos jurisdiccionales al autor citado entiende que gran parte del fracaso en la solución de litigios, (dentro o fuera de juicio), se debe a la postura que se toma en los conflictos por las partes y sus abogados, el ideal de cada parte es simplemente ganar, algunas veces dependiendo de las ideas y concepciones mezquinas sobre justicia, el ideal se alarga hasta pisotear al oponente, o como en muchas ocasiones se le ve, al enemigo en el conflicto.

Quizá pueda parecer ociosa tanta explicación sobre el conflicto, sin embargo es necesaria, pues como ya vimos el conflicto en sí mismo es el presupuesto para toda actividad humana tendiente a resolverlo, ya sea mediante los procesos jurisdiccionales o mediante la Solución Alternativa de Litigios.

Los litigios, al ser solucionados, pueden presentar tres variantes básicamente: pérdida para ambas partes; pérdida para una parte con victoria para la otra; victoria para ambas partes. Cuando una persona decide acudir a un tribunal para dirimir una controversia, por lo general lleva en la mente la idea de vencer, sin considerar la posibilidad de que tanto su interés como el de su contraparte, dejen de ser satisfechos, es decir, de que ambos bandos pierdan; nadie con una idea de esa magnitud en la cabeza iniciaría un proceso judicial, en el que además perderá dinero por los gastos propios del juicio, y los honorarios de la persona que lo representará. Lamentablemente, tampoco entra al juicio con la idea de

⁵³ GOZÁINI, Oswaldo, *Formas Alternativas para la Solución de Conflictos*, Depalma, Argentina, 1997, p. 26.

compartir la victoria con la contraparte, pues se tiene la concepción incorrecta de que si uno gana, el otro por necesidad pierde.

El abogado como especialista, profesional, perito en derecho, es el encargado de promover la cultura de la solución de conflictos y una correcta concepción de lo que es y representa un litigio, así como la manera en que éste se resolverá, apelando siempre a los principios éticos de la profesión, y rehusándose a engañar a su cliente prometiéndole la tutela de la ley a favor de sus pretensiones y en detrimento de las de su contraria cuando no tiene la manera de saberlo o cuando lo dice intentando lograr un ánimo en su cliente. Es momento de un argumento de descarga en favor del profesional del derecho, pues si bien es cierto que recurre a su amplio conocimiento de la ley para convencer al cliente, muchas veces lo hace porque el cliente, recurre a escuchar precisamente que su pretensión será satisfecha y no así las pretensiones de la contraparte, y al momento de poner a su abogado al tanto de las situaciones de hecho que motivaron el litigio en cuestión, da un panorama parcial y poco objetivo sin mencionar algunas cuestiones que de conocerse en muchos casos pudieran llegar a ser trascendentales, que harían del litigio en cuestión, un conflicto con justicia bilateral, pues debieran ser satisfechas las pretensiones tanto de una parte como de la otra.

Actualmente con los esfuerzos de muchos doctrinistas, y colegios de abogados, el concepto de conflicto y su solución ha tomado nuevas dimensiones hasta el punto en que se ha llegado a la conclusión de que las ideas falsas deben morir para abrir paso a la verdad sobre los litigios, la cortina de humo negro que por años ha entorpecido la correcta visibilidad sobre la solución de los conflictos, debe ser disipada para que la luz entre de nuevo a iluminar al ser humano y pueda ver que a su alrededor hay personas con los mismos derechos que él mismo,

que merecen ser tratados como a iguales. Es tiempo de "olvidarse del éxito individual para solidarizar soluciones".⁵⁴

Para finalizar con estas concepciones sobre la idea de litigio o conflicto, baste una última justificación a la remarcada y multicitada idea de que deben resolverse en justicia, pues el litigio, al ser una apreciación de un conflicto de intereses por parte de dos o más personas, es susceptible de gestarse en cualquier esfera de las relaciones humanas, tanto familiares, laborales, comerciales, e incluso afectivas, por lo cual para que la sociedad y el ser humano funcionen de manera adecuada es necesario que solucionen sus diferencias y conflictos de manera en que ambas partes salgan beneficiadas con tal arreglo, y de hecho es así como el ser humano acepta como la mejor manera de solucionar sus conflictos emocionales y familiares, despojándose de la idea de vencer en un duelo, y acogiendo la de beneficiarse mutuamente en una situación difícil.

2. Concepto

Sobre el concepto de mediación, se nos presentan algunas opciones de varios tratadistas, de las cuales vertimos a continuación las que consideramos más aceptadas.

"Mediar es interceder o rogar por alguien, también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad".⁵⁵

"La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable... la mediación implica la intervención de un tercero aceptable, imparcial, y

⁵⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 71.

neutro, que carece de poder de decisión y habilitado para ayudar a las partes... a alcanzar voluntariamente el arreglo mutuamente aceptable de los temas en discusión."⁵⁶

El procesalista Ovalle Favela, expone hablando de la mediación y de la labor del mediador que "la función de éste, puede limitarse a propiciar la comunicación la negociación entre las partes, para tratar de llegar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. En este caso, el tercero será simplemente un mediador, que al hacer posibles las condiciones para que las partes intercambien sus puntos de vista sobre el litigio y al invitarlas para que lleguen a un acuerdo, hace propicia la solución."⁵⁷

"La mediación es en esencia una negociación, a través de la tutela de un tercero. Este tercero facilita el arreglo de la disputa ayudando a las partes a encontrar terreno común para negociar."⁵⁸

Tal y como se advierte de los conceptos vertidos arriba, la mediación es un procedimiento o una actividad en que las partes se acercan para solucionar un conflicto. Dicha actividad, es presidida o regulada por un tercero quien será el mediador, a quienes las partes debieron haber aceptado de antemano.

El mediador al desarrollar su actividad no es un juez o no actúa con funciones decisorias tal y como lo haría un juzgador o un arbitro, sino que su labor se limita a facilitar a las partes el acercamiento y crear el ambiente propicio para la negociación, y posterior arreglo o solución del conflicto.

⁵⁶ DUPUIS, Juan Carlos, *Op. cit.*, p. 46

⁵⁷ OVALLE FAVELA, José, *Op. Cit.*, p.25

⁵⁸ Cfr. FREER, Richard, COLLINS, Wendy, "Civil Procedure, Cases, materials and questions", Third Edition, Anderson Publishing Co., USA, 2001, p. 12.

3. Características de la mediación⁵⁹

Dependiendo de la labor del conciliador, serán las características que la misma revista, y precisamente para lograr una buena reconciliación de intereses es necesario que el procedimiento sea flexible y que se de carta abierta al mediador para que la conduzca como mejor convenga a los intereses; sin embargo, en el fondo subyacen características o cualidades que deben ser observadas en todo procedimiento conciliatorio. A continuación se mencionan de modo enunciativo, no limitativo, pues reconocemos que los cambios sociales y legales pueden orillar a desarrollar más características que deban revestir estos procedimientos. Tenemos pues las siguientes características:

A. Confidencialidad. La confidencialidad es el derecho-obligación del cual depende que cierta información permanezca sin ser conocida por más personas que aquellas que por necesidad la deban de conocer. Esta característica es quizá una de las más importantes, pues si no existe un ambiente de confianza en el que se sepa que la información allí vertida no será divulgada, difícilmente se podrá lograr negociación alguna. Esta cualidad se desarrolla en una triple faceta, frente a terceros, frente a la contraparte, y frente al mediador.

Frente a terceros, parece obvia la disposición; sin embargo, se estira este concepto hasta llegar a representar una especie de secreto profesional, pues el mediador, suscribe un convenio de confidencialidad con las partes, el cual lo sujeta a responsabilidad en los términos del convenio, y además le

⁵⁹ Cfr. DUPUIS, Juan Carlos, *Op. cit.*, pp. 48-54.

permite excusarse⁶⁰ si alguna de las partes lo intentara citar a juicio cuando no se llegara a un arreglo. Esto le brinda seguridad jurídica a las partes, las cuales saben que pueden hablar y exponer sus pretensiones con toda y absoluta confianza, sabiendo que lo que se dijo en el procedimiento de mediación, no podrá ser usado por ninguna persona en perjuicio de las partes.

El deber de confidencialidad frente a la contraparte, se manifiesta, en que el mediador no puede revelar lo que las partes le exponen en privado, en sesiones separadas, cuando así lo soliciten, por lo delicado de la cuestión o lo comprometedor de la información; de allí que el mediador debe preguntar en tales sesiones privadas lo que puede y no puede revelar a la contraparte.

La confidencialidad del mediador frente a sí mismo, es otro aspecto importante, pues si no se llegó a un acuerdo entre las partes, el mediador está impedido de conocer después como juez, o ser el representante legal de alguna de las partes en la solución jurisdiccional del litigio que no fue resuelto en la mediación.

Además de las cuestiones legales que se presentan en el pacto de confidencialidad del mediador, se presentan a la vez las mismas obligaciones pero como deberes éticos, pues si bien es cierto que tales actitudes las debe observar por existir un acuerdo o pacto de confidencialidad, también debe hacerlo, y mayormente, por razones de conciencia, por ética profesional, pues estas cuestiones son mera deontología jurídica que el mediador no debe ignorar.

⁶⁰ El término excusarse aquí empleado, se utiliza en el mismo sentido que el deber que tienen los jueces de excusarse según los artículos 184 y 185 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, es decir, en el hipotético caso que una de las partes quisiera citarlo a declarar dentro de un procedimiento contencioso jurisdiccional, él tendría un motivo legal para no hacerlo, en virtud del convenio suscrito con las partes.

B. Voluntariedad. Ánimo de someter el litigio a la labor de un mediador. Este aspecto de la mediación es de suma importancia, pues son las partes las que deben tomar la decisión, ya *a priori*, ya *a posteriori*, de ir a exponer sus puntos de vista frente a un mediador que les facilitará el llegar a un acuerdo, y es que entender la mediación como obligatoria, es ir contra natura pues sin voluntad no es posible que exista arreglo. Es posible que ésta sea una de las causas por la cual las audiencias de conciliación en los procesos jurisdiccionales no hayan tenido éxito, pues se obliga a las partes a agotar un procedimiento o mejor dicho una audiencia de conciliación, la cual les es presentada a las partes como un requisito necesario para poder ir a pleito, en lugar de promover y convencer de las bondades de los procedimientos conciliatorios mediante la mediación en este caso.

Dentro de este apartado, encontramos que quien acude a la mediación debe manifestar su voluntad en dos momentos: el primero es cuando surge el conflicto y se decide por la mediación, es decir, decide voluntariamente acudir a intentar solucionar el litigio ante un mediador. El segundo momento es durante la realización del procedimiento de mediación, pues durante el mismo es posible que se den situaciones en que las partes tienen que decidir por propia voluntad si siguen en el procedimiento o simplemente dimiten en su intento por solucionar su conflicto dejando a salvo sus derechos para hacerlos valer en la instancia jurisdiccional que corresponda.

C. Flexibilidad. El mediador no debe sujetar el procedimiento de mediación a estrictos requisitos y pasos tales como los que un abogado en juicio seguiría. En los procesos jurisdiccionales impera el principio de orden, bajo el cual las

partes no pueden pasar a una determinada etapa si antes no han agotado la correspondiente anterior. En el caso de la mediación no es así, puesto que el mediador es libre de elegir la manera en que ha de conducir la actividad mediadora, siempre y cuando la actividad ayude a un acercamiento de las partes, pues serán ellas las que decidan la manera en que el conflicto habrá de solucionarse.

Otro aspecto a considerar en la flexibilidad como característica de la mediación, es que el mediador también debe ser flexible y emitir su opinión técnica cuando las partes se la soliciten, pues el mediador para poder desarrollar su trabajo, debe ser además de abogado, instruido en la materia que se va a mediar, pues muchas veces su opinión puede ayudar a las partes a formar un mejor concepto de la situación. Sobre el último comentario, cabe aclarar que esta opinión debe ser imparcial, totalmente responsable y con conocimiento de causa para que la figura del mediador y por consiguiente la de la institución de la mediación no se pervierta.

D. Creatividad. La búsqueda de las soluciones al litigio se hace por las partes, pero con la ayuda del mediador, por lo cual éste debe ser creativo al proponer y propiciar acercamiento, diálogo, negociación.

El mediador, por lo tanto debe agilizar su mente y tener un acervo grande de opciones en la búsqueda de soluciones, que motiven a las partes a hacer lo mismo, y no enclaustrarse en su pretensión inicial.

La presente característica obliga también a los abogados en caso de que la mediación se haga a través de representante debidamente expensado para ello, pues el abogado deberá buscar por todos los medios que la mediación llegue a feliz término, para lo cual deberá desplegar una amplia gama de recursos para

lograr por medio de imaginación, de inventiva y de visión una solución distinta al procedimiento contencioso jurisdiccional. Es pues esta característica una excelente oportunidad para que los abogados desarrollen sus habilidades en la ciencia de la conciliación de intereses más que en la promotoría de conflictos.

E. Rapidez y bajo costo económico. Los puntos de comparación en estos rubros entre los procesos jurisdiccionales y la mediación, nos arrojan una disparidad enorme que además es necesaria y correcta.

Hablando de la rapidez, un proceso jurisdiccional, en México, está sujeto a términos y plazos forzosos para los litigantes, mismos que son establecidos por ley y que fijan un mínimo de duración en tales procesos. Como botón de muestra veamos lo que se establece para el juicio ordinario en el estado de Jalisco: una vez presentada la demanda, se emplazará a los demandados para que la contesten en un término de 8 días⁶¹; una vez contestada la demanda, el Juez citará a las partes en conflicto a una audiencia de conciliación misma que tendrá verificativo dentro de los quince días siguientes⁶², en caso de que no hubiera arreglo entre las partes, el juez de oficio concederá a las partes un término de 10 días para que ofrezcan pruebas y una vez transcurrido dicho plazo se desahogarán las mismas dentro de lo que la ley establece como "término probatorio"⁶³, pudiendo ser éste ordinario o extraordinario. La duración del ordinario será de cuarenta y cinco días y el extraordinario de hasta 120 días⁶⁴, concluido el término probatorio, el juez pondrá los autos a la vista de

⁶¹ Cfr. Artículo 268 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

⁶² Cfr. Artículo 282 bis del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

⁶³ Cfr. Capitulo Tercero del Titulo Sexto del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

⁶⁴ Cfr. Artículos 299 y 302 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

las partes para que presenten sus alegatos y citará para sentencia, la cual será dictada dentro de los 30 días siguientes⁶⁵. Como vemos, el proceso jurisdiccional seguido en todas sus etapas y según los plazos y términos establecidos por ley puede durar de 108 a 183 días dependiendo si el término probatorio es ordinario o extraordinario, lo cual comparado con un procedimiento de mediación es un término exagerado, pues se pueden resolver litigios en una sola audiencia de mediación.⁶⁶

El factor temporal señalado en el párrafo anterior, va ligado con el factor económico, pues entre más largo sea un proceso, más costoso se vuelve para quien lo financia, hablando de particulares se vuelve costoso para las partes en conflicto quienes habrán de contratar los servicios profesionales de abogados y costear los gastos que se originen de la tramitación propia del proceso; por otro lado, hablando a nivel gubernamental, es costoso para el Poder Judicial, y por consiguiente para la sociedad que indirectamente financia los servicios de impartición de justicia mediante sus contribuciones.

4. El mediador

Analicemos ahora la figura del mediador, la cual se presenta como uno de los elementos indispensable para el éxito de la mediación como medida alternativa de solución de litigios, y es así, porque el mediador tiene un papel fundamental en el procedimiento de la mediación, y por lo tanto no se le debe encomendar tal misión a cualquier persona, sino a

⁶⁵ Cfr. Artículo 419 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

⁶⁶ En los tiempos referidos no se toma en consideración el tiempo necesario para que el órgano jurisdiccional reciba las promociones de los litigantes y acuerde lo conducente, el tiempo que pudiera transcurrir en caso de que las partes interpusieran recursos en contra de la autoridad, y el tiempo necesario para que la sentencia cause estado, tiempos que de considerarse, incrementarían los días de duración de los procesos jurisdiccionales.

aquella persona que reúna determinados requisitos para llevar a feliz término la labor.

El tratadista Gozaíni nos enumera las siguientes cualidades como definitorias del *perfil del mediador*:⁶⁷ confiable; buen oyente; perceptivo; conocedor del conflicto; poseedor de una seria intención de ayudar; hábil para la comunicación, imaginativo; flexible; neutral; imparcial; paciente; de buen humor; sigiloso (respeto la confidencialidad y las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto); creativo; capta los intereses distinguiéndolos de las posiciones; conciliador; eficaz; conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto.

Sin lugar a dudas y siguiendo el criterio de las características que el mediador tiene, es un profesional con un gran sentido del deber y compromiso con los valores que rigen su trabajo, y con gran conciencia del compromiso que representa su función.

Aunque en el listado anterior no se menciona, es importante que el mediador sea de preferencia abogado, pues conocer las leyes y los procedimientos da una plusvalía, un valor agregado a su servicio que será sin duda de gran ayuda en la solución del litigio.

Desarrollando un poco más el perfil del mediador, Dupuis nos menciona lo siguiente:

El mediador será el canal a través del cual, en ocasiones, se comunicarán las partes. Él deberá estar adiestrado en técnicas específicas, que incluyen la dramatización, para saber percibir -más allá de las posiciones de las partes- los intereses subyacentes que los guían en su accionar.

⁶⁷ GOZAÍNI, Oswaldo, *Op. cit.*, p. 95.

Deberá ahondar el problema a fin de establecer los intereses comunes de las partes y tratar de relativizar los encontrados. Habrá de infundir confianza en ellas, cuidando de no perder el equilibrio en la conducción de la mediación.

Cuidará de brindar idénticas oportunidades expositivas, de no tomar por ciertos hechos discutidos. Y si algún aporte hace, éste será sobre la base de los datos objetivos, que no puedan ser cuestionables, puesto que de otro modo perderá credibilidad. Y si ello ocurre es muy probable que la mediación fracase.

La imparcialidad y la neutralidad lo deben distinguir en todo momento. A ese fin deberá involucrarse en el conflicto. Y aun cuando él crea en lo más íntimo de su ser, en la verdad de las razones esbozadas por una de las partes, deberá tener en cuenta que esa es su opinión personal y que en el procedimiento de la mediación él no es juez, por lo que nada habrá de decidir.

Si alguna solución hay, ella provendrá de las partes, por lo que su función es tratar de guiarlas a un punto de equilibrio, que ellas mismas sabrán encontrar.⁶⁸

Encontramos al mediador bajo la opinión de Dupuis, una vez más como una persona comprometida, no con una idea o concepto de lo que es la mediación, ni con un autoconcepto del mediador, sino comprometida con un estilo de vida que le permita acceder al cargo de mediador, que le de la autoridad moral para que dos personas con intereses aparente o efectivamente encontrados decidan acudir a él para exponerle sus argumentos y llegar a un acuerdo bajo el cobijo de su actividad.

No obstante, las cualidades natas del mediador como persona, muchas veces no serán suficientes para lograr su objetivo, por lo que debe observar una preparación en la materia. Al respecto, en Argentina por resolución 8 del Ministerio de Justicia publicada del 12 al 17 de enero de 1995, se creó la escuela de mediadores la cual está encargada de

⁶⁸ DUPUIS, Juan Carlos, *Op. cit.*, p. 69.

preparar juristas y adiestrarlos para que puedan cumplir con las exigencias que la práctica de la mediación les plantea.⁶⁹

5. El procedimiento de la mediación

Como hemos venido sosteniendo, la mediación presenta como nota característica la flexibilidad, que denota una relajación contraria a la rigidez del proceso jurisdiccional, sin embargo, a pesar de esta característica, todo proceso de mediación debe observar un esquema básico, es decir, no puede prescindir de algunas cuestiones que si bien es cierto no son en sí mismas etapas procesales, sí son situaciones convenientes para lograr el fin de la mediación.

En este orden de ideas y siguiendo el criterio de Dupuis, la mediación suele tener el siguiente esquema:⁷⁰

a) sesión conjunta inicial; b) relato de antecedentes y posiciones de las partes; c) generación de opciones; d) búsqueda de la solución; e) solución definitiva al problema.

En lo referente al primer inciso, es decir, la sesión de inicio, es de suma importancia, pues es aquí en donde se establecerá el ambiente bajo el cual se desarrollará la mediación, y será aquí donde el mediador instruya a las partes sobre los datos necesarios para contribuir al acercamiento y negociación de las partes. En esta sesión inicial, es importante que el mediador defina de manera clara y precisa su actividad dentro del procedimiento y sus responsabilidades dentro del mismo, aunque las partes ya estén enteradas al respecto con anterioridad. Debe cuidar los aspectos más finos, y hasta el más mínimo detalle para que su actuación no se vea manchada por suposiciones de las partes, por ejemplo, el lugar

⁶⁹ Vid. Anexo 2 del presente trabajo.

⁷⁰ Cfr. DUPUIS, Juan Carlos, *Op. cit.*, pp. 55-67.

de acomodo de los mediados, su postura, los tiempos de intervención de cada parte, etcétera.

En cuanto al relato de antecedentes y posiciones de las partes, se puede afirmar que es el momento decisivo en el planteamiento del problema, pues puede suceder que si el mediador no es lo suficientemente hábil, la negociación no llegue a feliz término, por la banal razón de que no pudieron llegar a un acuerdo sobre lo que no estaban de acuerdo.

Es conveniente que el mediador, busque de todas las maneras posibles obtener la información que necesita para su función, para lo cual considero vital que sostenga reuniones con las partes por separado antes de llegar a la audiencia en que ambas partes definirán su postura, pues esto le daría luz al mediador sobre la postura de las partes sin ninguna influencia de tipo emocional.

Una vez que la sesión ha iniciado el mediador dará la oportunidad a las partes para que de viva voz manifiesten su pretensión y los hechos que le dieron origen. En este punto, se hará necesaria la prudencia y justicia como cualidades del mediador, pues por los propios temperamentos humanos, habrá partes que quieran dominar la reunión con sus ideas y argumentos y otras que sentirán limitación a hacerlo por poseer un carácter tímido; también el hecho de que sea una persona en lo individual quien va a exponer sus diferencias ante el mediador, y la contraparte sea una corporación que va representada por un equipo de abogados bien entrenados en imagen y tácticas intimidatorias, produce cierta desventaja de origen que el mediador debe tratar de salvar para que la mediación no resulte ociosa o injusta.

La labor de los abogados que acompañan a sus clientes hasta este punto, debe ser lo más ecuánime posible, y olvidar

todas aquellas tácticas propias de un tribunal o de un campo de batalla, y enfocarse hacia la asesoría pacífica a su cliente, proporcionándole datos suficientes no para una actitud triunfalista del cliente (muchas veces ilusoria), sino para una actitud realista que redundará en un éxito rotundo de las sesiones.

La generación de opciones se ofrece como la coincidencia de las partes en la búsqueda de la solución; es el punto en el que se deberá alcanzar la unidad de dos o más partes que permanecían divididas de origen, para que todas juntas tiren hacia un mismo lado, y con esto se logre el acuerdo.

El mediador deberá buscar la manera en que las partes tomen de manera objetiva el conflicto y no lo identifiquen con la persona, comenzando con esto una sesión de ataques personales infructuosa.

Después el mediador invita a las partes a que propongan soluciones realistas al litigio en cuestión, las cuales serán escuchadas atentamente y valoradas de la misma manera, por si de ellas emanara la definitiva.

Por último, la sesión definitiva será aquella cuyo contenido sea el acuerdo final al cual llegaron las partes, y este acuerdo puede ser tan amplio como opciones hayan desarrollado los mediados, desde un acuerdo en que seguirán en desacuerdo hasta un acuerdo en que todas las partes se den por satisfechas con lo acordado y se consideren beneficiadas con el arreglo.

En caso de que no se de el arreglo, es obligación del mediador aclarar la situación jurídica de la cuestión controvertida y proponer las medidas que él crea conveniente para la solución del litigio.

En cuanto al procedimiento de la mediación que comúnmente se desarrolla en la Unión Americana, se siguen las siguientes etapas. Aunque es conveniente aclarar que ni la legislación ni las reglas o circulares para los distintos Distritos Judiciales han establecido de manera clara y fehaciente una serie de pasos a seguir en el desasolve de los procesos de mediación; sin embargo, la práctica ha mostrado que es bueno que se incluyan las siguientes.

- a) Introducción (*Introduction*).- El mediador explica los alcances de su labor, el contenido de la sesión y lo que se pretende lograr con ella así como la secuencia que se seguirá y el procedimiento a observar.
- b) Postura de las Partes (*Parties Statements*).- Cada parte tendrá un tiempo razonable para exponer su postura ante la otra parte y ante el mediador estableciendo de manera fehaciente su pretensión y la razón por la cual cree tener derecho a ella.
- c) Interrogatorios (*Cross-Talk*).- Cada parte podrá formular a la otra la cantidad necesaria de preguntas y repreguntas para determinar claramente el objeto del litigio y las prestaciones reclamadas.
- d) Negociación (*Negotiation*).- Las partes en función de lo expuesto y razonado, determinarán cuáles de sus posturas y pretensiones pueden ceder y en cuáles no, a fin de que ambas partes sean beneficiadas con el acuerdo.
- e) Acuerdo por escrito (*Agreement-writing*).- Una vez negociadas las posturas y llegado a un arreglo, se procede a establecer tal arreglo por escrito, signándolo cada parte así como el mediador que intervino.

f) Suspensión de la sesión (*Adjournment*).- Si las partes no llegaron a un acuerdo, o si llegaron a uno de manera parcial y existe la posibilidad real de llegar a él con posterioridad, se ordenará suspender la sesión por un lapso de tiempo y continuarla después.

Las estadísticas demuestran que el tiempo que toma llegar a un acuerdo entre dos partes que se han sometido a la figura de la mediación es de dos horas y media.⁷¹

Existen algunas cuestiones que conviene aclarar en cuanto al desenvolvimiento del procedimiento de mediación, así tenemos que existen diversos principios procesales que aplican a la mediación, por ejemplo, el principio de economía procesal que ya estudiamos líneas arriba,⁷² y la duración de las audiencias de conciliación, pues no es bueno que tales audiencias se dilaten durante horas, días e incluso meses, interrumpiéndose cada vez y provocando temor entre las partes. Al respecto los Estados Unidos de Norteamérica, han previsto que los centros de mediación resuelvan los litigios de las partes, en un máximo de dos audiencias que no tomarán más de tres semanas, con sesiones máximas de hora y media.⁷³

En el mismo tenor de ideas la República de la Argentina ha dispuesto que "el juez podrá disponer la sumisión de la cuestión a mediación por un plazo que no exceda de cuarenta y cinco días".⁷⁴

⁷¹ COHN, Lynn, "Mediation: a Fair and Efficient Alternative to Trial", USA, 1996.

<http://www.caadrs.org/studies/lynncohn.htm>

⁷² *Supra*, p. 24

⁷³ Cfr. GOZAÍNI, Oswaldo, *Op. cit.*, p. 90.

⁷⁴ *Idem*.

IV. CONCILIACIÓN

Analicemos ahora otro de los métodos viables en la solución de litigios, la conciliación, figura que ha sido ampliamente recurrida en las diversas legislaciones del mundo, y cuya finalidad es poner de acuerdo lo que no está de acuerdo y debiera estarlo.

1. Concepto

Etimológicamente "conciliato" proviene del verbo Conciliare que significa concertar, poner de acuerdo, componer o conformar a dos partes que se debaten en una controversia de intereses o en disidencia. Desde el punto de vista comercial se puede definir a la conciliación como un mecanismo mediante el cual las partes entre quienes existe un conflicto susceptible de transacción, originado en un negocio mercantil o derivado de actividades comerciales, tratan de superar la controversia existente, con la colaboración de un tercero experto, objetivo e imparcial, quien orienta a aquellas en las fórmulas propuestas por todos, con la finalidad de acabar el conflicto y evitar que llegue a la justicia ordinaria o arbitral.⁷⁵

La conciliación desde el punto de vista de psicología, consiste en un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por manejo de la comunicación y propone las formulas de arreglo, todo lo

⁷⁵ JUNCO VARGAS, José Roberto, *La conciliación, aspectos sustanciales y procesales*, Jurídicas radas, Santa Fe, Bogotá, Colombia, 1994, pp. 8-9 Apud ZAMBRANO ORTÍZ, Fernando, *Op. cit.*, p. 1.

anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio básico de solución.

Jurídicamente podemos decir que la conciliación es el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un acuerdo de todo aquello susceptible de transacción permitido por la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada.⁷⁶

Como vemos las ideas vertidas en torno a la conciliación, nos dan la idea de un papel más activo del conciliador con respecto del mediador, y en ese sentido se pronuncia el procesalista José Ovalle Favela, estableciendo lo siguiente

El tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel más activo (que el del mediador), consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. En esta hipótesis el tercero asume el papel de conciliador y a su función se le denomina conciliación. El conciliador no se limita a mediar entre las partes, sino que les debe sugerir fórmulas específicas para que puedan llegar a un convenio entre ellas.⁷⁷

Ampliando un poco más este concepto, Gozáini, introduce el elemento volitivo en el presente método de solución alternativa de litigios, al establecer que en

⁷⁶ ZAMBRANO ORTÍZ, Luis Fernando, *Op. cit.*, p. 1.

⁷⁷ OVALLE FAVELA, José, *Op. cit.*, p. 25.

la conciliación "está presente la intención de solucionar pacíficamente el problema que afrontan voluntades encontradas; arreglo que se puede lograr dentro o fuera del proceso, y antes o después del mismo".⁷⁸

Sirvan las anteriores ideas para dejar asentada la idea de conciliación con la cual comulgamos en el presente trabajo.

2. Modalidades de la conciliación

Como vimos en la definición dada por Gozáini, la conciliación puede ser procesal y realizarse en las entrañas mismas de un proceso contencioso, o bien, puede darse de manera preprocesal, es decir, fuera de la función jurisdiccional, ajena al proceso judicial, por lo cual se encuadrará dentro de los mecanismos alternativos para la solución de litigios. Visto lo anterior, enfocaremos esfuerzos a desarrollar esta última, por ser directamente relacionada con el tema que nos ocupa, aunque no por eso abandonaremos a la conciliación procesal, por compartir con la preprocesal la esencia misma de la institución, y ser de utilidad al entender el desarrollo histórico y finalidad de la misma.

A. Conciliación preprocesal

La conciliación preprocesal también es conocida con el nombre erróneo de conciliación extrajudicial, ya que tiende a resolver el conflicto prescindiendo de los órganos estatales dedicados a la impartición de justicia, mediante la aplicación de técnicas y fórmulas tendientes a lograr un acuerdo entre las

⁷⁸ GOZÁINI, Oswaldo, *Op. cit.*, p. 39.

partes que termine total o parcialmente con el litigio entre ellas.

Ahora bien, la función referida en este caso será llevada por un tercero a quien podrán nombrar libremente las partes o bien a través de organismos e instituciones creados *ex profeso* ya por el Estado, ya por la iniciativa de los particulares.⁷⁹

Sobre la incursión del Estado en la conciliación preprocesal, consideramos que pueden sostenerse dos posturas, una sustentando el principio de que aquellos litigios que quieran ser resueltos mediante la conciliación extrajudicial sólo interesan a las partes, por lo cual el Estado debe abstenerse de participar de manera alguna, y en el otro extremo la postura, que sostiene que el Estado como encargado de la función jurisdiccional, tiene un interés grande en que los litigios se resuelvan antes de llegar a la instancia judicial, consideramos esta última como la más acertada pues cada juicio le cuesta al Estado y por ende a la sociedad una cantidad importante de recursos, y en la medida en que las controversias entre los particulares se resuelvan sin tener que recurrir al Estado, la prestación de dicho servicio será de un costo más reducido, y de mayor calidad. Sin embargo, cabe la aclaración que no será en ninguna manera un servicio que el Estado preste de manera exclusiva, sino que permitirá a las instituciones privadas participar en la prestación de la conciliación como medio alternativo de solución de litigios lo cual coadyuva con el Estado para cumplir con los fines de eficientar la impartición de justicia en el país.⁸⁰

⁷⁹ Como ejemplo de lo anterior encontramos en los Estados Unidos de Norteamérica, a las "multi-door court house" (ver GLOSARIO), como instituciones creadas por el gobierno y el "Center for Public Resources" (*infra* p. 77) como un ejemplo de institución particular, ambas instituciones dedicadas a proveer al particular del servicio de ADR.

⁸⁰ Cfr. ZAMBRANO ORTÍZ, Luis Fernando, *Op. cit.*, pp. 2-3.

Existen (como de la propia naturaleza de la institución se desprende) algunas semejanzas con la figura de la mediación, pues ésta es técnicamente una conciliación de intereses fuera del proceso judicial, es decir preprocesal, sin embargo la diferencia radica en que el mediador será simplemente un facilitador de un arreglo o negociación entre las partes, como lo hemos venido señalando, mientras que el conciliador, puede tener incidencia en la proposición de soluciones u orientando a las partes en el alcance de sus pretensiones por ejemplo. Asimismo, el conciliador puede tener facultad resolutoria por así habérselo otorgado las partes. En este sentido, la conciliación puede tener varias vertientes, ya sea como un mero procedimiento de acercamiento entre las partes, o bien como un procedimiento en el cual el conciliador oferta proposiciones sin decidir y sin revestir mayor compromiso en el resultado del procedimiento o bien como una avenencia entre las partes las cuales deciden que el resultado del procedimiento será acatado por ellas sin que pudieran interponer recurso alguno.⁸¹

Existe también dentro de este rubro de la conciliación extrajudicial, aquella que se impone como requisito para poder acceder al sistema de impartición de justicia de los tribunales del Estado, lo cual rompe con el aspecto volitivo de la conciliación, pues las partes en litigio acudirán a ella únicamente por salvar el requisito y poder llegar al proceso jurisdiccional.

Es cierto que en esta acepción de la conciliación preprocesal, resulta un tanto indefinida la línea que la divide de la conciliación dentro del proceso, pues en aquellos supuestos en los cuales es exigida la conciliación previa al proceso, se transforma en un requisito o presupuesto procesal

⁸¹ Cfr. GOZAÍNI, Oswaldo, *Op. cit.*, pp. 43-47.

para poder ejercitar la acción, y por lo tanto va ligada de manera inseparable al mismo, con lo cual se podría afirmar que entraría en el rubro de conciliación judicial o procesal. Para aclarar la cuestión aquí controvertida veamos como se nos define el proceso en la doctrina y en que momento se considera que existe uno.

Cipriano Gómez Lara, nos define al proceso como una operación aritmética en virtud de la cual la Acción más la Jurisdicción, más la actividad de terceros es igual al proceso⁸² de lo cual entendemos que los presupuestos procesales no forman parte en sí del proceso y por lo tanto la conciliación que se debe dar antes de iniciar la función jurisdiccional, es técnicamente extrajudicial.

Sin embargo otros tratadistas entienden al proceso como la manera de solucionar un conflicto por parte de un tercero (quien deberá ser el Estado) que además debe resolverlo por ministerio de ley y así mismo tiene potestad para hacer cumplir su resolución de forma coactiva, tal es el caso de Ovalle Favela,⁸³ quien así lo entiende, y no impone otros requisitos para definir al proceso, por lo tanto, en este tenor de ideas, no hay razón para entender a aquella conciliación impuesta como requisito necesario de ser agotado para ingresar a las cortes de justicia como una conciliación extrajudicial, sino judicial, pues la impone la ley, y además debe darse en el escenario en el cual se desarrolla la trama judicial, presidida por la persona encargada de llevar a cabo dicha actividad.

Otro argumento, en virtud del cual entendemos que en este caso específico no estamos ante una conciliación extrajudicial, sino ante una judicial, es el hecho de que una vez desarrollada

⁸² Cfr. GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Oxford University Press-Harla de México S.A. de C.V., México, 1998, p. 95.

⁸³ Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Op. cit.*, p. 31.

la audiencia, y llevada a feliz término, con el respectivo acuerdo, se deberá levantar un acta, y asentar de manera fehaciente y judicial que las partes lograron conciliarse, dicho acuerdo será un acuerdo judicial y siguiendo un estricto sentido de lógica jurídico-procesal, de un acto extrajudicial no puede derivarse un acuerdo judicial que toque el mismo acto y lo afecte jurídicamente.

Por otro lado, Dupuis nos dice que cuando se da una negociación extrajudicial, en la cual no intervienen personas ajenas a las partes, estamos hablando de transacción entre las mismas partes, mientras que cuando esta negociación se da de manera asistida, estamos ante la figura de la mediación, e incursiona a la conciliación exclusivamente como una medida de negociación a llevarse a cabo dentro del proceso, es decir, judicial.⁸⁴

De lo anterior podemos concluir diciendo que la conciliación *extrajudicial* solamente puede tener lugar cuando las partes de común acuerdo y sin obligación de hacerlo deciden someterse a un tercero imparcial, que ayudará a un acercamiento de las partes o propondrá soluciones para el litigio, lo cual en honor a la verdad no se distingue de la figura de la mediación, salvo en el caso específico de que las partes hayan acordado que la resolución del litigio sería definitiva e irrecurrible, esto es, dándole autoridad al tercero para que tenga incidencia y facultades resolutorias, lo cual sí dista mucho de la institución de la mediación, y no deja de ser una forma alternativa de solución de litigios.⁸⁵

⁸⁴ Cfr. DUPUIS, Juan Carlos, *Op. cit.*, p. 26.

⁸⁵ La diferencia entre el supuesto que nos ocupa, y el contrato de compromiso arbitral consignado en el Título decimosexto del Código Civil del Estado de Jalisco, es que no se trata de un árbitro y por lo tanto el conciliador no está sujeto a los requisitos establecidos para aquellos y por el hecho de ser una institución atípica, no hay más limitaciones o restricciones legales para su actividad que las de orden público. Por otro lado, reconocemos que si se va a dotar al conciliador de tan amplias facultades en una conciliación extrajudicial, no habría razón

Por otra parte, la conciliación que se realiza en una audiencia anterior al proceso propiamente dicho (mal llamada *extrajudicial*), como un requisito de procedibilidad de la demanda, no deja de ser preprocesal, aunque no es *extrajudicial*, sino judicial o jurisdiccional, por el órgano que la lleva a cabo y el contenido y alcances de la misma; así como preprocesal porque se da antes de que se inicie el proceso propiamente dicho.

B. La conciliación procesal

Ya imbuidas las partes en un proceso contencioso jurisdiccional, puede ser que opten por una conciliación de intereses lo cual por supuesto terminaría con el litigio y con el procedimiento de manera pacífica *a posteriori* ya que *a priori* la manera en que se buscó la solución fue evidentemente contenciosa. Se afirma que la solución será pacífica porque no habrá el sacrificio de los intereses sino que se dará la venia en los mismos, es decir, el mutuo ofrecimiento y sentimiento de beneficio con el acuerdo a que se llegue. Por otro lado y en lo que se refiere a la forma procesal que debe revestir el acuerdo conciliatorio, por ser un procedimiento ya iniciado ante autoridad jurisdiccional, el mismo debe respetar las formalidades y debe hacerse constar en un convenio judicial, mismo que al ser ratificado y aprobado por el juez se eleva a la categoría de sentencia ejecutoriada.⁸⁶

contundente alguna para no designar un árbitro, y seguir las reglas establecidas para el arbitraje, dándole a las partes la seguridad de una institución típica. Al final la voluntad de las partes para solucionar la controversia será lo que marcará el camino a seguir.

⁸⁶ Al respecto ver el Capítulo I Bis del Título Sexto del Código de Procedimientos Civiles de Jalisco, y la tesis de jurisprudencia publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo el Tomo IV de Noviembre de 1996, Tesis: XVII.2º. 10 C. Página 418, novena época, rubro: "Convenio Judicial o transacción. Necesariamente debe ser aprobado por el juez ante quien se realiza."

El hecho de que la conciliación se de al interior de un proceso judicial, no es razón para menospreciarla, antes bien, por el contrario, es razón de loa para las partes por haber logrado decidir que su litigio puede ser resuelto de manera que ambas partes obtengan el beneficio.

Es momento para aclarar que con la solución alternativa de litigios no se pretende desacreditar al sistema judicial, ni sostener su imposibilidad para impartir justicia, pues se caería en una postura extremista y por demás injusta, atentando contra la legalidad en un Estado de derecho. Antes, se sostiene que a la par de la actividad estatal jurisdiccional dirimiendo controversias, pueden coexistir de manera armónica y funcional otras instituciones como las que aquí se tratan. Esta es la razón para sostener que dentro de un proceso judicial puede llegarse a un acuerdo de voluntades sin que la autoridad judicial deba desplegar toda su habitual función en la solución de controversias.

Aclarado lo anterior, sigamos con el análisis de la conciliación *ad intra* proceso, la cual puede darse en distintos momentos a saber:

a).- *En cualquier etapa del juicio*

Es posible que las partes por común acuerdo soliciten al juez quien está conociendo del caso, que ordene una audiencia de conciliación a fin de que las partes se hagan concesiones mutuas y de este modo se termine el litigio; o bien, el juez visto el Estado de los autos que del juicio se desprenden, ordene que se celebre la audiencia mencionada, con lo cual se cumpliría de igual manera con el fin de la conciliación.

Sin embargo, la presente manera de que se logre una conciliación es una situación extremadamente inusual, pues confluyen varios obstáculos para que se lleve a cabo, entre los

cuales contamos a la desinformación como uno de los primeros, pues muchas veces aunque las partes tengan algún interés en solucionar vía transacción su controversia, no saben que pueden hacerlo, y se tiene la creencia generalizada de que si ya se inició con el juicio, la única manera de concluirlo es con la sentencia que resuelva la cuestión litigiosa.

Otra de las causas por las cuales no se lleva a cabo la conciliación de este modo es por la ardua labor de muchos abogados, que lejos de propiciar una solución bilateralmente adecuada, promueven el espíritu belicoso y la animadversión a las pretensiones de la contraparte y muchas veces también a la persona de la contraparte. Lo cual sin duda es entendible (no por esto justificable) por la manera en que los abogados contabilizan sus honorarios y el amor que le tienen a los mismos (no que sea malo cobrar honorarios, sino amar el dinero más que otros valores espirituales del hombre⁸⁷), pues si el cobro de tales será mediante una cuota fija mensual o iguala, entre más se dilate el proceso mejor para ellos, máxime si el cobro es por hora de trabajo, o si por otro lado, los honorarios se devengan en función de un porcentaje de lo que se logre recuperar al cliente, entonces entre más se recupere más cobra el abogado, y por consiguiente no le conviene sugerir una audiencia en la que se harán concesiones mutuas que terminarán probablemente con una cantidad menor que la reclamada en la demanda en los bolsillos del patrocinado.

Pero las anteriores razones no son las únicas por las cuales no se logra la conciliación, sino que existen además otras en las cuales es directamente responsable el aparato jurisdiccional del Estado, así por ejemplo, vemos que el cúmulo de trabajo de los tribunales hacen materialmente imposible que

⁸⁷ Vid. LA BIBLIA, I^o. Ti. 6. 10.

un funcionario, en este caso el Juez o su secretario de acuerdos, ponga tal atención en los detalles del proceso en cuestión como para determinar que se puede llegar a un arreglo o que las partes pueden conciliar sus intereses, además de lo relativamente sencillo de seguir cada caso como todos los demás, es decir, emitiendo acuerdos de trámite a cada promoción y actuación de las partes, dándole el curso normal al proceso, sin siquiera imaginar que por ahí más de algún litigio podría dirimirse en conciliación y por consiguiente el proceso se terminaría.

b).- *Como audiencia obligatoria*

En cierto tipo de procesos, por ministerio de ley debe haber una audiencia conciliatoria en la cual el juez invitará⁸⁸ a las partes a que se desistan en su intento de agotar la vía jurisdiccional y que vean en el acuerdo o conciliación el medio idóneo para solucionar su conflicto. Esta audiencia por lo general se verifica después de que la parte demandada ha sido emplazada.⁸⁹

La presente fórmula ha tenido sin dudas mucho mayor éxito que la anterior, puesto que todas las partes intervinientes en el juicio, así como el órgano jurisdiccional y las representaciones legales de las partes, saben que deben hacerlo, pues la ley se los exige, y dicha audiencia es *ex profeso* para buscar que se de la conciliación.

Sin embargo y a pesar del éxito que ha tenido esta fórmula comparada con la anterior, tampoco ha sido explotada y aprovechada de la mejor manera posible, pues aun ahí, en la

⁸⁸ En su *Derecho Procesal Civil*, José Ovalle Favela menciona la inconveniencia de que sea el propio juez quien presida las audiencias de conciliación obligatorias, toda vez que el juez debe asumir a lo largo del procedimiento una postura imparcial, y por tanto no estaría en condiciones de procurar convencer a las partes ni de hacerles propuestas concretas para llegar a la conciliación. *Vid.* OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, Cuarta Edición, Harla, S.A. de C.V., México, 1991, p. 117.

⁸⁹ *Cfr.* OVALLE FAVELA, José, *Op. Cit.*, p. 116.

audiencia, sin tener nada más que hacer que conciliar, no desempeñan adecuadamente su función, ni las partes, ni sus representantes y patrocinadores, ni las autoridades encargadas de que se lleve a cabo.

En efecto, la falta de profesionalización en los funcionarios judiciales para promover y llevar a cabo la conciliación es una desventaja importante, pues por más buenas intenciones que se tengan para conciliar, será difícil que se logre la conciliación debido a la falta de técnicas y adiestramiento de los funcionarios en esta materia, ya que por lo general quienes desahogan estas audiencias son los secretarios del juzgado, quienes tienen por función primordial acordar las cuestiones procedimentales que vayan surgiendo en el juicio a través de sus diferentes etapas, y no la de conciliar las partes.⁹⁰ No se pretende asentar que así deba ser, simplemente se menciona un aspecto lamentable de la realidad de nuestro actual sistema de solución de controversias.

3. Procedimiento en la audiencia de conciliación

Otro aspecto importante en la audiencia de conciliación que se da al interior del proceso jurisdiccional, es el funcionamiento, operatividad o procedimiento de la misma, el cual se presenta con una serie de características particulares que la distinguen de otras instituciones alternativas para la solución de disputas como lo son la negociación, la mediación y

⁹⁰ Lo anterior a pesar de que tanto en el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) como del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco (CPCJ) se establecen figuras especializadas para cumplir esta función. Así por ejemplo, el referido código federal establece en el artículo 272-A que quien se encargará de realizar la conciliación será el "conciliador adscrito al juzgado", y el código en Jalisco establece en el artículo 282 Bis que será el "Secretario Conciliador". No sólo por el hecho de que reciban estos nombres significa que cuenten con la preparación adecuada para desempeñar dicha función, o que efectivamente la realicen.

la misma conciliación preprocesal la cual ya vimos anteriormente.

Tenemos pues que al interior de la audiencia en la que se pretende conciliar a las partes, se pueden incluir situaciones variadas, tales como la formulación de proposiciones tendientes a incitar a las partes a conciliar a partir de una base concreta; explicaciones jurídicas amplias sobre la naturaleza de las etapas procesales en un juicio, a fin de que las partes sepan ante qué supuestos se encuentran y, por supuesto al darse al interior de un proceso judicial, también pueden presentarse situaciones en las cuales el juez pueda dictar correcciones disciplinarias a fin de asegurarse la asistencia de las partes a la audiencia.⁹¹ Por lo demás, no debe privársele a esta fórmula conciliatoria, de la cualidad imprescindible en toda negociación: la informalidad. Al respecto, Gozaíni, nos indica que la informalidad de la reunión debe mantenerse en las relaciones que se den dentro de ésta, pues si las partes esgrimen sus argumentos por escrito y con formalidades que se observan en el procedimiento contencioso, entonces, el Juez deberá observar ese mismo procedimiento al admitir tales escritos, pues sería desventajoso para una de las partes acudir a conciliar y no saber lo que su contraria pide o menciona en su escrito.⁹²

En cuanto al tiempo de duración y de resolución del acto, éste debe ser con la mayor celeridad posible, toda vez que las partes ya están enteradas de lo que la otra requiere, y los alcances de sus pretensiones, sin mencionar por supuesto que en el derecho procesal las audiencias no deben ser interrumpidas

⁹¹ Al respecto tanto los artículos 272-A del CFPC y 282 Bis del CPCJ establecen que el juzgado citará a las partes a la audiencia de conciliación y tiene la facultad de imponer multa a la parte que falta sin causa justificada. El código adjetivo de Jalisco prevé la posibilidad de duplicar la multa si la parte que faltó reincide.

⁹² *Cfr.* GOZAÍNI, Oswaldo, *Op. cit.*, p. 60.

ni suspendidas, sino que deben tener continuidad. Por lo tanto lo ideal es que en una sola audiencia se resuelva la cuestión litigiosa, ya sea en el sentido de conciliar, o bien en el sentido de que no se habrán de conciliar. Y en cuanto a la forma, debe hacerse mediante lo que se denomina convenio judicial, es decir, un convenio en virtud del cual el juez o la autoridad jurisdiccional, acredita que las partes han llegado a un común arreglo de sus diferencias, y el mismo queda elevado a la categoría de sentencia ejecutoriada.

4. Efectos de la audiencia conciliatoria

Cuando se ha llevado a cabo la audiencia conciliatoria, puede ser que se den tres supuestos básicos, uno que importa el no convenio o el fracaso de la audiencia, otro, el éxito de la misma, y por último, un híbrido de los anteriores, aquél en el cual las partes llegaron a un acuerdo parcial.

En el primer caso, el procedimiento simplemente seguirá tal y como se había desarrollado, con el asentamiento en el acta de que tal procedimiento (el de conciliación) se llevó a cabo, sin que hubiera un arreglo de las partes, luego de lo cual cada parte se enfocará a proseguir el procedimiento en la etapa correspondiente.

En caso de que se logre un arreglo, como antes lo mencionamos, el juzgador asentará lo respectivo en el acta y se levantará el convenio judicial para dar por terminada la controversia, y el proceso como lógica consecuencia.

Y por último en el caso de que se logre un acuerdo o arreglo parcial, también deberá asentarse esta situación en el acta respectiva, a fin de que la autoridad jurisdiccional, y las partes sepan sobre que pretensiones seguirá el litigio, y

que figura sustantiva se habrá de aplicar a su convenio, ya sea la compensación, renuncia, desistimiento, etcétera.

Una vez finalizada la audiencia y realizada la conciliación asentada en el convenio, el mismo "deberá sujetarse a la aprobación del juez, y en el evento que éste otorgue dicha aprobación, el convenio tendrá la autoridad y eficacia de una sentencia firme, por lo que, si aquél es incumplido, la parte interesada podrá solicitar su ejecución en la vía de apremio."⁹³

⁹³ OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, p. 117.

V. OTROS PROCESOS ALTERNATIVOS

1. Consideraciones generales

Conviene que estudiemos algunas otras instituciones que han venido funcionando como métodos alternativos para la solución de controversias, algunas de las cuales fueron explicadas someramente en el capítulo primero relativo a la Solución Alternativa de Litigios⁹⁴ y que revisten gran importancia en la experiencia de otros países. Cabe aclarar que más que alabar la institución misma utilizada en el derecho extranjero, se menciona la experiencia como mera ilustración de capacidad y creatividad, de voluntad jurídica y compromiso con la justicia, para buscar ésta por encima de cualquier otro interés mediante la creación de figuras alternativas para dar a los particulares una gama de opciones amplia y que ellos con libertad y responsabilidad decidan el camino que han de seguir.

Otra aclaración importante, es que muchos de los procedimientos aquí mencionados, no son en sí mismos una solución al litigio, sino una herramienta sumamente útil a aquellas que sí han de resolver el litigio de manera definitiva como las analizadas con antelación. Sobra añadir que las figuras que se estudiarán corresponden casi en su totalidad al sistema judicial de los Estados Unidos de Norteamérica, pues es este país el que ha desarrollado mejor el concepto e instituciones tendientes a lograr el fin de la solución alternativa de conflictos.

La razón para que surgieran estas instituciones según lo entiende el tratadista argentino Gozaíni, es la siguiente:

⁹⁴ *Supra*, p. 29.

Las formas alternativas para resolver conflictos entre los hombres tienen en común la idea de separar al método judicial de los posibles arreglos que las partes eventualmente encuentren en cada modalidad dispuesta.

Una vez más se observa como el régimen adversarial característico del proceso disuade la confianza del justiciable, que en los hechos ve a las formas y solemnidades del juicio como un sistema huidizo propio solamente de profesionales altamente capacitados para entender sus vericuetos.

Pero también la desconfianza asienta en otras disfunciones del sistema, tales como la lentitud y onerosidad, contingentes que llevan la crisis del modelo, mucho más cuando éste se sostiene en la escrituración absoluta de sus pasos y en los regímenes de permanente confrontación que reglamenta.

En vista de estos padecimientos, se ensayan procedimientos alternos a la mecánica reconocida...⁹⁵

2. Estados Unidos de Norteamérica

Comencemos estas consideraciones con el estudio y análisis de las figuras que se han desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica, en el entendido que no se considerará en detalle en el derecho procesal vigente en tal país, sino únicamente algunas figuras que por su naturaleza resultan pertinentes al tema del presente trabajo.

Para entender la gran diversidad y funcionamiento de los procedimientos alternativos para la solución de disputas en Norteamérica, debemos entender que el sistema jurisdiccional en EE.UU. es en gran medida distinto que los imperantes en los países de cultura latina, y acentuamos la diferencia en la figura de la autoridad jurisdiccional, pues mientras que en los países con tradición latina, el juez encuentra solución al conflicto sin tener que verificar siquiera la identidad física

⁹⁵ Cfr. GOZAÍNI, Oswaldo, *Op. cit.*, p. 315.

de las personas, en Norteamérica el juez conoce personalmente a las partes durante el desarrollo del proceso jurisdiccional; así pues, en el sistema jurídico mexicano encontramos que el juez tiene la facultad para resolver un conflicto sin haber estado al tanto de las situaciones particulares de las partes.

Por otro lado, el juez en Norteamérica, parte del supuesto de que debe tener un acercamiento con las partes desde las primeras actuaciones dentro de un juicio, y no sólo se limita a hacer acto de presencia, sino que además dirige la actividad de las partes en juicio, dándole la oportunidad de verles cara a cara, y de participar en las emociones que tengan dentro del juicio, lo que sin duda le da una visión clara de la postura de las partes, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino anímico, psicológico, económico, social, que redundará en una gran sensibilidad para determinar si es viable o no un arreglo entre las partes.

No es intención del presente trabajo, determinar qué sistema es el más conveniente para el aparato judicial del Estado, sino únicamente señalar las características de cada cual que ayuden a solucionar la controversia sin tener que agotar todo el proceso.

Podría argumentarse en contra de la posibilidad de que el juez conozca a las partes personalmente podría pervertir la idea de imparcialidad, pues podría dar lugar a simpatías y por consiguiente antipatías hacia las partes, cediendo a situaciones como el carisma, posición económica, grado de preparación, etcétera, lo cual por supuesto sería un duro golpe al espíritu conciliatorio dentro de un litigio dado.

A. La *early neutral evaluation* o la figura del oyente neutral

En virtud de esta figura, el tercero neutral, quien es un especialista en la materia en litigio, debe, primero que nada, gozar de la confianza de las partes, para que libremente se acerquen a darle sus respectivas opiniones sobre el caso, y la propuesta que sugieren a su contraparte. Una vez que tiene las propuestas, las evalúa conforme a su pericia, y determina cuáles son realmente dignas de tomarse en cuenta y sobre éstas propondrá un acuerdo que las partes discutirán y finalmente suscribirán en caso de satisfacer sus intereses.

Al respecto el *Center for Public Resources*⁹⁶, sugiere un modelo a seguir en las propuestas que al especialista neutral se le propongan. En el modelo se encuentran los siguientes criterios:

- a) Si la cifra propuesta por el reclamante es menor que la cifra propuesta por la reclamada, se acepta como debida la cifra menor más la mitad de la diferencia;
- b) si las cifras se encuentran separadas por una cierta diferencia determinada de antemano (v.gr., 10%) las partes instruyen al oyente neutral para que medie entre las partes y procure un arreglo amistoso de la diferencia;
- c) si las propuestas de las partes exceden el porcentaje de diferencia aceptado, las partes pueden acordar la presentación de una nueva propuesta al oyente neutral.⁹⁷

La confidencialidad es uno de los aspectos importantes a cuidar en este tipo de procedimiento, y el tercero neutral se

⁹⁶ Literalmente: "Centro de Recursos Públicos", es una institución domiciliada en la ciudad de Nueva York, que se encarga de proveer recursos (tales como mediadores, conciliadores, salas de sesiones, investigaciones, documentos, etc.) con el fin de proveer a la comunidad de herramientas para ADR.

⁹⁷ CUETO RÚA, Julio, *Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los estados Unidos*, La Ley, 1991-B, pp. 785 y ss. *Apud* GOZAÍNI, Oswaldo, *Op. Cit.*, pp. 319-320.

obliga a guardar el secreto profesional de lo que escuchó y vio en la audiencia, y responde de su incumplimiento.

En cuanto a la manera de cubrir los honorarios del tercero, lo harán las partes dividiéndose entre el número de éstas el monto total que se fije.

Como podemos observar, esta forma de solución de conflictos, tiene como finalidad inmediata el que las partes lleguen a un arreglo con la ayuda del experto neutral. No es otra cosa que una mediación, pero con el ingrediente extra de que la persona encargada de realizar la mediación, tendrá un papel más activo que el de simplemente propiciar un ambiente de negociación, sino que escucha las propuestas y emite su opinión en cuanto al caso evaluando las pretensiones de manera realista y así haciéndoselo saber a las partes para que estas propongan soluciones y en conjunto las evalúen con el tercero neutral y así definan el acuerdo. Por otro lado, no es tan activa esta figura, hasta el punto de que pueda ser confundida con la figura del conciliador, pues recordemos que este puede llegar a tener facultades de incidencia y resolutorias frente a las partes que así lo hayan convenido, con lo cual su dictamen podrá ser inatacable por las partes.

B. El dictamen de peritos

El funcionamiento de este procedimiento, es sumamente fácil de entender, pues en nuestro sistema jurídico funciona de la misma manera, es decir, un "juicio emitido por personas que cuentan con una preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte, con el objeto de esclarecer algún o algunos de los hechos materia de la controversia."³⁹ Las diferencias que

³⁹ BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, 6ª. Ed., Porrúa, México, 1977, p. 123. *Apud* OVALLE FAVELA, José, *Op. Cit.*, p. 159.

encontramos con la figura que conocemos, es que este dictamen se rendirá antes de iniciado el juicio y como manera preventiva, no dentro del mismo como estamos acostumbrados, asimismo, el pronunciamiento que realice el perito podrá revestir dos modalidades, una en la cual dicho pronunciamiento tendrá un carácter meramente indicativo, enunciativo; y otra en la cual será obligatorio para las partes, sobra aclarar que las partes en conflicto escogen cual modalidad les aplique.⁹⁹ De cualquier modo, este dictamen puede ser usado en juicio por cualquiera de las partes, lo cual es un arma de doble filo, porque por un lado la que salió desfavorecida con el dictamen, naturalmente querrá negociar y llegar a un convenio, mientras que por otro lado, la parte que resultó beneficiada, sentirá el derecho de su lado, para poder acudir ante la corte y reclamar todas sus pretensiones. Sin embargo, el espíritu de esta institución sigue siendo el mismo, el que las partes concilien sus diferencias, por lo tanto, este procedimiento debe suponer partes en conflicto suficientemente maduras para entenderlo así, y abogados representantes suficientemente responsables para lograr un arreglo, que a la larga resultará más benéfico incluso para la parte que obtuvo el dictamen pericial a su favor.

Como pudimos observar esa institución no representa un procedimiento conciliatorio en sí misma, sino que propicia, mediante la opinión de un experto en la materia, un espíritu de disposición para resolver su controversia, lo cual podrá ser posteriormente mediante la figura de la mediación o de la conciliación en cualquiera de sus variantes.

⁹⁹ Cfr. GOZAÍNI, Oswaldo, *Op. Cit.*, pp. 320-321.

C. El *mini trial*¹⁰⁰

En este tipo de procedimientos, quienes conducen y deciden el rumbo de la negociación son los abogados de las partes, pues de su actuación depende el éxito de este procedimiento o su fracaso. Veamos.

Quizá el nombre de la institución en cuestión nos de una falsa imagen de lo que es en realidad, pues no se trata de un *pequeño juicio* como su nombre lo sugiere, sino que se trata de una sesión de negociación, en la cual los abogados de cada parte citan a su cliente para una sesión en la cual el abogado de la actora expondrá de manera clara y concreta el punto litigioso, mencionando aquellas normas aplicativas para el caso, y señalando las pruebas que a favor de su dicho tenga. Acto seguido, el abogado de la contraparte procederá a exponer de igual manera sus argumentos y manifestar las pruebas que posee para hacerlos válidos, es importante que no se tome tal reunión como pretexto para discutir posiciones, sino para exhibir las pruebas que a favor de su dicho tenga cada cual.

Después de esto (recordemos que las partes en litigio se encuentran presentes), se intentará encontrar acuerdos satisfactorios entre todos los presentes, en un ambiente cordial y de informalidad propicio para el acercamiento de las partes. Los tiempos de las reuniones y el número de ellas no debe estar sujeto a mínimos puesto que depende en grande de la cantidad de pruebas que haya por desahogar.

"La clave de la fórmula se encuentra en la oportunidad que suministra a todos los interesados de ganar una visión esclarecida y fundada de la disputa, con percepción de la fortaleza y debilidad de las pretensiones contrapuestas de las

¹⁰⁰ La traducción literal sería la de "pequeño juicio", aunque formalmente no se trata de un pequeño juicio en la acepción de proceso jurisdiccional, sino en un procedimiento conciliatorio vía negociación de pretensiones.

partes. El realismo resultante permite acercar las pretensiones y encontrar una solución mutuamente satisfactoria."¹⁰¹

Como podemos ver, en el presente procedimiento, no interviene autoridad judicial alguna, o tercero ajeno a las partes, sino que son los abogados o los representantes de las partes quienes desarrollarán todo el proceso y de su compromiso con el cliente y con la idea de buscar soluciones efectivas y rápidas, dependerá el éxito de la negociación. Es particularmente novedoso que se confíe en el abogado como un negociador, pues como anteriormente dijimos, en las universidades los estudiantes de derecho venían siendo entrenados para pelear, para no detenerse ante nada, sin embargo algunas universidades en Norteamérica¹⁰² ya han incorporado a sus planes de estudio programas sobre mediación y negociación avizorando el futuro de oportunidades para el abogado negociador que desplazará en muchos casos al abogado pleiteante.

Sin duda esta figura beneficia a aquellas personas que desarrollan sus relaciones en países en los cuales el compromiso del abogado con la ética profesional, la justicia y su cliente están desarrollados y extendidos como actitudes a seguir entre los profesionales del derecho; no así en aquellos países en el cual los abogados (gran parte de ellos, por no ser injustos) viven ajenos a la búsqueda de la justicia, viven sin creer en los beneficios de la ética profesional, porque solamente saben traducir la palabra beneficio utilizando el lenguaje monetario, y por lo tanto no serán más que una carga más para el cliente que acudió a su patrocinio para que se le procurara justicia y se velara por sus intereses, sin darse

¹⁰¹ Cfr. GOZAÍNI, Oswaldo, *Op. Cit.*, pp. 320-321.

¹⁰² Tal es el caso de *Pepperdine University*

cuenta que muchas veces no lo logrará porque su abogado sencillamente no es capaz de llegar a una solución para su conflicto.

D. La Adjudicación

Esta figura fue creada *ex profeso* para resolver controversias en las cuales las partes quieren mantener a salvo de la otra cierta información, la cual pudiera afectar la imagen pública de alguna de las partes, o revelar aspectos íntimos, o bien porque se trate de aspectos técnicos cuya revelación represente una desventaja en el mercado.

El procedimiento a seguir es simple, las personas con intereses en contrario, entregan al *Adjudicator*¹⁰³ sus pretensiones y las probanzas para hacerlas efectivas, cada una por separado por supuesto, y corresponderá al *Adjudicator*, resolver la disputa emitiendo su resolución.

La resolución emitida por el *Adjudicator*, no tiene fuerza vinculatoria, ni puede ser alegada en un juicio posterior como prueba tendiente a demostrar la ventaja de una parte sobre otra. La función primordial de la resolución, es brindar a las partes una opinión calificada de su litigio, para redimensionar las posturas de las partes a la hora de intentar las negociaciones.

Observamos que la figura del *Adjudicator*, no es distinta que la del mediador, de hecho es un mediador, sólo que con la acepción de serlo en un procedimiento mucho muy específico donde el manejo de la información de manera discreta es el eje, motor y determinante del éxito de este método. Evidentemente será difícil que las partes se sometan de manera

¹⁰³ Literalmente se traduce como "adjudicador" *vid.* ALCARAZ VARÓ, Enrique, *Op. Cit.*, p. 16, sin embargo, debe entenderse como la figura de autoridad al interior de la institución a que el presente apartado se refiere.

total a lo que diga el *Adjudicator*, pero su dictamen servirá de base a futuras negociaciones que pueden terminar en una feliz negociación evitando de este modo un proceso contencioso ante tribunales jurisdiccionales.

E. El arbitraje delegado

Este otro procedimiento alternativo, tiene lugar hacia el interior de un proceso que haya sido instaurado como judicial, pues consiste en la derivación del asunto por parte del juez natural en el proceso hacia un árbitro que decidirá la controversia siguiendo los procedimientos para los juicios arbitrales. En este caso los árbitros serán abogados de la misma localidad en que se instaure el juicio.

El criterio para derivar la jurisdicción, es por lo general por la cuantía del asunto. En California, si el actor decide asumir la competencia arbitral, el demandado está obligado a someterse a ella.¹⁰⁴

Como se puede observar de la estructura, funcionamiento, y naturaleza de esta institución, representa más que una opción para evitar poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado, una opción para resolver la controversia una vez que ya se ha instaurado la acción ante una corte, sin embargo, no deja de ser una alternativa para la solución de disputas.

F. El *Summary Jury Trial*¹⁰⁵

En virtud de esta fórmula, se integra un jurado ficticio cuya finalidad es la de oír el caso motivo de la controversia entre las partes, y emitir un veredicto en función de lo alegado y probado por las partes, veredicto, que, aunque no ha

¹⁰⁴ *Cfr.* GOZAÍNI, *Op. Cit.*, pp. 320-321.

¹⁰⁵ La traducción literal sería "juicio sumario con jurado".

de tener el carácter de obligatorio, les sirve a las partes para determinar de qué manera resolvería un jurado integrado para oír la causa en un proceso judicial, así como para desarrollar un conocimiento de las partes sobre sus respectivas posiciones y la consistencia de las mismas.

Citando la obra de Cueto Rúa, Gozáini nos explica en que casos se puede dar esta figura,¹⁰⁶ que a primera vista parecería no tener un sustento lógico, máxime que lo que se quiere evitar es la dilación innecesaria de un proceso y el pago excesivo que esto generaría, y si lo vemos desde el punto de vista que las partes solamente se darán una idea de lo que un jurado real determinaría, concluiríamos que sería más tardado y más costoso, pues luego tendría que agotarse un proceso judicial. Sin embargo, veamos las causas que pueden llevar a un abogado a sugerir este procedimiento, y a su cliente a aceptarlo.

- a) Cuando las partes no estén de acuerdo de manera sustancial con lo que sus abogados les informan respecto de la magnitud de los daños a que se enfrentan.
- b) Cuando existen diferencias importantes entre los abogados de ambas partes, acerca de la actitud que debiera asumir el jurado ante los alegatos y probanzas de las partes, considerando el alcance de los hechos.
- c) Cuando alguna de las partes adolece de una concepción apegada a la realidad del valor e importancia del litigio en cuestión.
- d) Finalmente cuando alguna de las partes desea que su asunto sea sometido ante un jurado.

¹⁰⁶ Cfr. GOZÁINI, Oswaldo, *Op. Cit.*, pp. 320-321.

Cabe señalar que este procedimiento no carece de la representación judicial, pues el jurado falso (*mock Trial*), estará apoyado durante el procedimiento por un Juez quien supervisará la actuación, y el jurado será elegido de las listas comunes que se elaboran de personas que son llamadas para participar de ordinario en los procedimientos jurisdiccionales.

El orden de estos procedimientos es el siguiente; primero se elige al jurado según se explicó en el párrafo precedente, luego los abogados presentan de manera sucinta sus casos ante el jurado y el juez, contando con un tiempo no mayor a una hora para presentar su caso, sin añadir hechos que no sean susceptibles de ser probados, y presentando las pruebas de aquellos que sí han de serlo. Los abogados pueden objetar las pruebas de su contraria. Lo anterior permite al jurado formarse una idea clara de lo que pretenden las partes, y enfilarse con conocimiento de causa hacia un veredicto justo.

El juez una vez que los abogados hayan terminado con sus exposiciones, dará al jurado un cuestionario sobre los hechos en cuestión, la responsabilidad de las partes y sobre el monto de los daños y perjuicios. Las respuestas que el jurado de a los cuestionamientos anteriores, serán su veredicto, pero no obligarán ni a las partes ni al juez, sino que únicamente brindarán a las partes la opinión del jurado, la cual podrá ser cuestionada por los abogados de las partes a fin de llegar a una más precisa concepción de las razones que llevaron al jurado a decidir de determinada manera.

Hecho lo anterior, el juez citará a las partes a una audiencia en la que les transmitirá su opinión, su percepción y evaluación del caso para efectos de que con la información recibida pueda darse un arreglo que el mismo juez procurará.

De las seis figuras analizadas con antelación solamente podemos concluir que la capacidad creativa y la voluntad jurídica de seguir la justicia como valor estandarte hacen de cualquier litigio una oportunidad inmejorable para demostrar que el abogado debe ser una persona digna de ser respetada por su compromiso con lo justo objetivo, y cualquier persona que se acerque a solicitar sus servicios puede irse a descansar tranquila sabiendo que ha encomendado su caso a un abogado, capaz de buscar la mejor solución a su problema.

No que estas figuras resulten infalibles en su objetivo, ni que los abogados no sean muchas veces contrarios a lo que deberían, sino que este ideal de justicia expedita, mediante la solución alternativa de litigios debe ser seguido por todos aquellos que en sus manos sostengan la responsabilidad de interceder por otros a fin de lograr el respeto, reconocimiento o aplicación de un derecho subjetivo.

VI. CONCILIACIÓN EN MÉXICO

En este capítulo no se volverá a analizar de manera exhaustiva la figura de la conciliación, pues ésta ya ha sido motivo de consideraciones anteriores, sin embargo analicemos la conciliación desde el punto de vista de su existencia y aplicación en algunas áreas del derecho mexicano, sin ahondar en los mecanismos en que se desarrolla la conciliación en cada materia en particular, sino acotando brevemente su existencia y funcionamiento como botón de muestra de la necesidad de desarrollo de la materia, de acuerdo con la postura del presente trabajo.

1. Conciliación en el derecho civil

Es innegable la importancia que la figura de la conciliación ha ido tomando en los procesos civiles. Como muestra de lo anterior, al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco, se la ha adicionado un capítulo referente a la audiencia de conciliación dentro del título del juicio ordinario y dentro de este capítulo se reglamenta y obliga a las partes a asistir a una audiencia de conciliación so pena de multa. Al respecto el artículo 282 bis dice: "...el juez de oficio deberá citar a las partes a una audiencia conciliatoria...dentro de los quince días siguientes, sin que se suspenda el procedimiento ni los términos que están corriendo...en caso de no asistir...se les impondrá una multa hasta por el equivalente a 120 días de salario mínimo, multa que se duplicará en caso de reincidencia..." tal como se nos ofrece en el citado artículo, el legislador ha visto con buenos ojos obligar a las partes a una conciliación y reglamentó la manera en que esto debería hacerse.

No obstante lo anterior, la audiencia mencionada adolece de orden y sistematización, así como de los medios idóneos para conseguir sus fines, pues el referido artículo establece que quien deberá presidir la audiencia será el secretario conciliador, figura que aun no está suficientemente desarrollada en nuestro sistema de impartición de justicia, pues la persona encargada de presidir estas audiencias, no necesariamente ha sido entrenado en cursos de capacitación sobre negociación y conciliación para que su intervención dentro del juicio sea oportuna y eficaz, y por lo tanto su papel se limita a lo que en la ley se asienta como "exhortar a las partes a conciliar sus intereses y llegar a un convenio"¹⁰⁷, sin embargo se entiende que así de limitada sea su labor al advertir lo limitado de las disposiciones sobre la conciliación en el proceso civil.

En cuanto a la forma en que esta conciliación ha de llevarse a cabo, el mismo artículo 282 bis establece las reglas generales, asentando que el actor expondrá sus pretensiones al demandado y posteriormente éste hará lo mismo, dándosele también oportunidad a aquellos terceros comparecientes en el juicio para que expongan lo que a su derecho convenga. Acertadamente el referido artículo establece que las pruebas y preguntas tendientes a acreditar o desacreditar algún punto en conflicto del juicio quedarán excluidos de esta audiencia, pues como ya lo hemos mencionado la conciliación tiene por objeto la negociación de aquellas pretensiones de las partes por ellas mismas con independencia del resultado que el juicio pudiese arrojar.

Finalmente, en cuanto al resultado de esta audiencia, podemos resumir que sólo existen tres posibilidades finales a

¹⁰⁷ Cfr. Artículo 282 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

saber: no convenio, convenio o convenio parcial. En el primero de los casos mencionados, se levantará acta respectiva para dejar constancia en autos y se procederá con el juicio en su siguiente etapa procesal. En el caso que exista un convenio o un convenio parcial, se dejará constancia de éste y se pasará al juez para su aprobación, quedando el mismo elevado a la categoría de sentencia ejecutoriada. Aunque el artículo relativo a la audiencia no lo establece, si se llegara a dar un convenio entre las partes pero sólo parcial, se tendría que elevar tal convenio a la categoría de sentencia y el resto de las pretensiones no conveniadas por las partes tendría que ser motivo de prosecución en el juicio instaurado.

Como ya lo mencionamos esta audiencia de conciliación en Jalisco adolece de muchas cosas que la harían muy práctica y funcional, sin embargo, tal y como está pudiera llegar a funcionar mejor de lo que hasta ahora funciona. Y quizá uno de los problemas de que no funcione de manera óptima, sea la posibilidad legal de que las partes asistan a tal audiencia representados por apoderados suficientes, y no es que la posibilidad de la representación esté mal en sí misma, sino que pueden existir situaciones subjetivas en los representantes, en virtud de las cuales no les interese convenir, citemos como ejemplo, de ningún modo concluyente pero muy sugestivo al abogado cuyos honorarios son calculados por porcentaje de las pretensiones de su cliente, o por iguala o cuota fija mensual, o aquél que cobra por fase o etapa procesal del juicio; sin querer entrar en el fuero interno de cada abogado y sin una presuntuosa generalización, resulta hasta cierto punto lógico y entendible que estos profesionistas no busquen con ahínco la conciliación, sino por el contrario.

No se pretende afirmar con esto que sea una mala disposición el permitirles a los abogados representar a sus clientes en estas audiencias, a lo mucho cuestionar el compromiso de algunos abogados con el bienestar de su cliente, con la justicia, y quizá el método de cobro que algunos profesionistas usan, cuestiones éstas que no se abordarán más de lo que ya se han hecho.

Lamentablemente, a la fecha de impresión del presente trabajo, el Archivo del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco no contaba con estadísticas precisas sobre la cantidad de juicios que se resuelven en las audiencias de conciliación o el porcentaje de efectividad de éstas; sin embargo, gracias a testimonios de funcionarios judiciales y a la corta experiencia del autor del presente trabajo de investigación, se puede afirmar que la efectividad de tales audiencias en ningún modo es halagadora, y se considera como un mero trámite previo a proseguir el juicio.

2. Conciliación en derecho laboral

Es quizá la rama laboral la que más arraigada tiene la idea de la conciliación. La razón resulta hasta cierto punto lógica, pues las partes son obligadas a acudir forzosamente a esta audiencia de conciliación. La obligatoriedad de la audiencia de conciliación recae en este caso en cuestiones más prácticas ya que esta audiencia es trifásica, es decir, se compone según el artículo 875 de la Ley Federal del Trabajo (LFT), de tres fases: conciliación, demanda y excepciones, y ofrecimiento y admisión de pruebas, por lo cual las partes en conflicto deben acudir a la misma y agotar las tres etapas para obtener una resolución de la autoridad, en este caso un laudo, lográndose en muchas ocasiones la conciliación.

Un acierto de la LFT, es que establece en su artículo 876 fracción primera,¹⁰⁸ que a la etapa de conciliación en la referida audiencia trifásica deben acudir las partes personalmente sin abogados patronos, representantes o apoderados,¹⁰⁹ además que la función de la autoridad laboral no se limita exclusivamente a exhortar a las partes a llegar a un convenio sino que según lo establece el propio artículo 876 la autoridad debe además intervenir en las pláticas entre las partes para que éstas lleguen a un acuerdo, incluso se les permite diferir la audiencia para seguir intentando la conciliación.

En cuanto a los efectos del convenio si las partes se concilian, la ley menciona que el referido convenio surtirá todos los efectos de un laudo, y si no se concilian, es decir si no hay una conciliación, entonces las partes pasarán a la siguiente etapa de la audiencia trifásica, que sería la de demanda y excepciones.

Comenzamos este apartado aseverando que la materia laboral es quizá la que mayores frutos ha dado en tratándose de conciliación, y lo anterior puede deberse a la naturaleza y razón de ser de los pleitos que se llevan ante las autoridades del trabajo. En muchas ocasiones y por el carácter proteccionista del trabajador de la LFT, los trabajadores acuden ante abogados para solicitar sus servicios demandando a su patrón, con o sin mayor razón, y los patronos que hoy en día han aceptado y sufrido ese carácter proteccionista, prefieren conveniarse dentro de la etapa de conciliación con el único propósito de evitarse conflictos jurisdiccionales tardados y

¹⁰⁸ Art.876.- La etapa conciliatoria se desarrollará en la siguiente forma: I. Las partes comparecerán **personalmente** a la Junta, sin abogados patronos, asesores o apoderados. (Negritas del autor).

¹⁰⁹ Al respecto, el autor Alberto Trueba Urbina desapruueba esta disposición por considerarla inconstitucional y atentatoria en contra de los derechos e intereses de los trabajadores. Sobre el particular, véase el comentario que realiza al artículo 876 de la LFT, en su 80ª. edición comentada de la editorial Porrúa, México, 1999.

caros. Aunado a esto, encontramos la falta de cultura laboral de la mayoría de los patrones quienes no se preocupan por llevar un control legal de cada uno de sus trabajadores y de las prestaciones que a estos les corresponden, y comienzan y terminan relaciones laborales sin el mayor cuidado jurídico, lo que a la larga le ocasiona los problemas ante las juntas.

Por otro lado, dentro de las relaciones de trabajo y de los procesos productivos, lo mejor para los empresarios, inversionistas y patrones en general es la eficiencia de su negociación, la cual no lo será sin la debida intervención de los trabajadores, por lo cual es preferible arreglar de la mejor manera posible los litigios y conflictos de pretensiones con el único fin de ser más eficientes.

3. Conciliación en el derecho mercantil

Aunque la materia mercantil ofrece una gran flexibilidad para el desarrollo del proceso contencioso, el contenido de la conciliación en este derecho es distinto a las demás ramas del derecho. En materia mercantil, la ley faculta a las partes contendientes a establecer sus propios procedimientos y los términos en los que estos han de llevarse a cabo¹¹⁰; por lo tanto, viéndolo desde un punto de vista amplio, es una conciliación no sobre pretensiones sino sobre la manera en que tales pretensiones han de ser satisfechas a cada parte, sin por esto excluir la posibilidad de que durante el transcurso del juicio previamente convenido existan asimismo convenios producto de negociaciones y conciliaciones sobre las pretensiones mismas de las partes.

Es pertinente aclarar que lo mencionado en el párrafo anterior es en relación a lo que el Código de Comercio

¹¹⁰ Cfr. Artículos 1049 a 1055 del *Código de Comercio*.

establece como el *procedimiento convencional* en sus artículos 1051 y siguientes, pues además establece el procedimiento ordinario establecido por ministerio de ley para aquellos que no convenien sobre el procedimiento a seguir.

Es en este procedimiento convencional ante los tribunales mercantiles en donde encontramos una gran laguna, pues ni en el juicio ordinario ni en el ejecutivo contenidos en los títulos segundo y tercero del Código de Comercio, se establece la obligación, ni aun la existencia de una audiencia conciliatoria con el objeto de tratar de dirimir la controversia de las partes antes de iniciar con las distintas etapas del juicio, quizá se deba a lo antiguo del mismo y de sus disposiciones, o quizá solamente a una deficiente concepción de los litigios y su solución por parte de los legisladores, aunque de cualquier modo es una sensible y dolorosa omisión.

Cabe añadir que este hecho no es suficiente para concluir que la conciliación al interior de un proceso mercantil no se puede llevar a cabo, pues si las partes convenian y están de acuerdo en conciliar sus pretensiones, no habría razón para que se lo impidiera la ley o la autoridad, sino que por el contrario, tendrían que reconocérselo. Por lo tanto a lo que nos estamos refiriendo es a que no existe una etapa procesal específica para lograrlo, y si de por sí ya es difícil que las partes convenien habiendo las facilidades, cuando no las hay, pues es casi nula la opción de la conciliación procesal en un proceso jurisdiccional mercantil.

4. Conciliación en el derecho agrario

En materia procesal agraria, la situación es muy parecida a la materia laboral, pues existe una audiencia compuesta de varias fases, y el artículo 185 de la Ley Agraria, establece la

obligación para que el magistrado presidente exhorte a las partes a que lleguen a una composición amigable. Sin embargo, a pesar de que se menciona la disposición de que el Magistrado debe buscar que las partes se arreglen, esto no es del todo funcional, pues la conciliación no se establece como etapa específica de la audiencia, y el Magistrado no tiene facultades para intervenir más allá de la simple exhortación, aunque es evidente que el hecho de que se le obligue a exhortar a las partes sobre el particular es ya un avance significativo más no definitivo en la consecución de una cultura conciliatoria al interior de los procesos jurisdiccionales.

5. Conciliación en algunos procesos administrativos

Dentro de la esfera administrativa del derecho, los procedimientos conciliatorios están más y mejor regulados en las diversas leyes y reglamentos. Como sustento de la anterior afirmación veamos la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC), la cual en su sección segunda la cual comprende de los artículos 111 a 116, establece el procedimiento conciliatorio, en el cual la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (PROFECO) buscará que las partes logren un convenio satisfactorio para el reclamante. Existen dentro de esta ley algunos aspectos interesantes a considerar como lo son la falta de formalismos en el proceso y audiencias, la versatilidad de las disposiciones siempre con la idea de eficientar los procedimientos, así tenemos que para la audiencia conciliatoria, se señalará día y hora dentro de los cuatro días siguientes a la reclamación (art.111 LFPC) y en tal audiencia, no será necesario que las partes estén presentes, pues puede intentarse la conciliación por medios de telecomunicación como el teléfono u otros, como podrían ser las teleconferencias, o

la comunicación instantánea de datos entre las partes contendientes.

Cabe hacer mención que en este procedimiento ante la PROFECO la etapa conciliatoria es imprescindible, pues si el reclamante no asiste a dicha audiencia y no justifica su inasistencia en el término de 10 días se le tendrá por desistido de la reclamación, y si quien no asiste es el proveedor después de una medida de apremio se le tendrá por confeso de los hechos que se le imputan. Con las disposiciones mencionadas en este párrafo, se hace evidente que la principal función de los procedimientos ante la PROFECO es la conciliación de las partes contendientes y para lograrlo se emiten con acierto las medidas ya analizadas.

En lo que se refiere a otro de los procesos administrativos en los que la conciliación tiene gran ingerencia, encontramos a los procedimientos conciliatorios ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios del Sistema Financiero (CONDUSEF), pues en este procedimiento las partes pueden escoger entre la conciliación ante un amigable componedor o un conciliador, o bien irse a un arbitraje de estricto derecho.

Quizá uno de los pocos inconvenientes que se encuentran en los procesos conciliatorios, es precisamente la actuación del conciliador, pues si bien es cierto que su función es buscar el arreglo de las partes, difícil es separar de su función sus sentimientos naturales humanos, como lo son la empatía hacia alguna de las partes y lo anterior no por una vaga idea que se pudiera tener sobre el particular, sino que por lo general en estos dos tipos de procedimientos los reclamantes son los particulares y los reclamados son instituciones las cuales tendrán que comparecer en repetidas ocasiones para desahogar

este tipo de procedimientos, (tal es el caso de los bancos por ejemplo en los procedimientos ante la CONDUSEF) y estas instituciones comparecerán por medio de su apoderado quien podrá irse familiarizando con los funcionarios conciliadores, y, de ahí podría surgir alguna empatía, que bien podría cuestionarse por parte de los reclamantes y generar un clima de desconfianza para la conciliación. Por supuesto, el anterior cuestionamiento no es en modo alguno detonante de la desconfianza hacia los procedimientos conciliatorios, ni un argumento contundente para concluir que el aspecto emotivo del conciliador sea más poderoso que su compromiso profesional, sin embargo, no deja de ser un aspecto interesante a considerar.

6. Eficacia jurídica

53343

De lo expuesto con anterioridad, encontramos que la eficacia jurídica de la conciliación en los procedimientos jurisdiccionales es casi nula atendiendo a las posibilidades estrictamente jurídico-legales de las partes contendientes en juicio, no así en los procesos administrativos, pues como vimos es imprescindible la conciliación y en esa etapa se busca que se resuelvan la mayoría de los asuntos.

De una u otra manera, la conciliación carece de un marco legal colateral adecuado para hacer operativas las disposiciones legales que la permiten u ordenan pues si bien es cierto que se establece y nombra la misma, no se prevé que la persona encargada de promoverla esté lo suficientemente capacitada para lograrla, no se publicita en los medios de comunicación de esa manera, sino que se le da publicidad con un sentido más contencioso que conciliatorio, no se establece un procedimiento creativo sobre cómo ha de llevarse a cabo a fin de buscar siempre que las partes se concilien, limitándose las

partes a desarrollar un pobre procedimiento establecido por la ley, que por lo general carece de creatividad.

VII. LA NEGOCIACIÓN

La negociación es el medio alternativo de solución de controversias por excelencia, pues independientemente del tipo de proceso alternativo de solución de controversias que se desarrolle, como conciliación, mediación u otros, estos llevan inmersa una negociación entre las partes, sin la cual no podrían funcionar los procesos alternativos, además de que la negociación en sí misma es una forma particular o un medio autónomo de solución de controversias.

Intentando sintetizar el contenido de la negociación (entendida ésta como un proceso autónomo de solución de controversias) en una sencilla descripción de la misma, podríamos decir que la negociación es la reunión de las partes en conflicto "solas o con la asistencia de sus abogados, pero sin la participación de un tercero, y buscan resolver por sí mismas el o los asuntos que suscitaron el conflicto, dialogando e intentando convencer y persuadir a la otra parte para llegar a algún acuerdo."¹¹¹

El ser humano constantemente está negociando en las relaciones cotidianas de la vida en casi cualquier situación en la que intervenga más de una voluntad. Incluso para muchos abogados en todas partes del mundo, la negociación es una gran parte de su vida profesional (además de la personal) y de sus obligaciones. Tal y como la profesión del abogado se encuentra regulada hoy en día en México, resulta difícil imaginar a un profesional del derecho sin capacidad para negociar, desde un acuerdo de voluntades mediante un contrato, hasta transacciones comerciales a gran escala, y arreglos extrajurisdiccionales y jurisdiccionales.

¹¹¹ MARTÍNEZ DE MURGUÍA, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos*, p. 45.

Por lo anterior, resulta la negociación una herramienta indispensable para aquellos que buscan o de hecho laboran en cuestiones relacionadas a la composición de disputas, ya como asesores de las partes, ya como mediadores o conciliadores, además como se ha venido afirmando a lo largo de este trabajo de tesis, una persona que no este familiarizada con la negociación, con las técnicas de la misma y con el compromiso de actuar según el perfil del negociador, simplemente está destinada a fracasar en el ámbito de la solución alternativa de disputas.

1. Técnica de negociación

La manera en que una negociación ha de llevarse a cabo, es decir, el conjunto de principios, estrategias, procedimientos, y la pericia o habilidad para desarrollarlos es lo que se denomina técnica de la negociación, y la misma podemos enfocarla desde una amplia gama de perspectivas, desde los aspectos más intrincados de la política, hasta la más usual de las relaciones interpersonales. Así por ejemplo, existen en política numerosos principios tendientes a sentar la técnica correcta para negociar y lograr los mejores resultados en un campo que por sí mismo es delicado. Asimismo en el ámbito empresarial, una buena o mala negociación tiene repercusiones importantes, pues las mismas se traducirán al final en pérdidas o ganancias para las compañías en conflicto. Por otro lado podríamos hablar de las negociaciones que se dan al interior de un proceso jurisdiccional o administrativo, las cuales requerirán de una técnica especial por su propia naturaleza, a fin de salvaguardar el orden público de las instituciones ante las cuales se ventilan estos asuntos y no invadir las esferas de poder del Estado. Incluso en las relaciones cotidianas de

los individuos existen técnicas para negociar, principios, procedimientos, cuyo objetivo es la preservación de la interacción y la relación que entre los individuos exista o la expectativa de la misma.

Para efectos de estudio de la técnica de la negociación, existía la creencia generalizada de que la actitud adoptada por la persona en una negociación determinaría el resultado de la misma, lo cual implicaba que dependiendo de lo que se quisiera lograr en una negociación era la actitud que se debía adoptar, la dinámica que se seguiría en la negociación, y por lo tanto la posibilidad de llegar finalmente a un acuerdo.¹¹² La gente normalmente veía dos maneras para negociar: la *dura* y la *suave*, en virtud de las cuales, un negociador suave comprometería su causa por no tener la actitud de ir por todo y por estar ansioso por llegar a un acuerdo amigable rápido, mientras que un negociador duro por lo general actuaría de manera intransigente buscando absolutamente todo por lo que fue a la negociación y obteniendo la mayoría de sus pretensiones, sin embargo, esta última opción, por lo general culminaba sin un acuerdo o con un acuerdo al que se pudo haber llegado sin la necesidad de desgastar la relación entre las partes por la dureza en la negociación.¹¹³

Desde el punto de vista de la estrategia de las partes, la negociación puede ser entendida desde dos puntos de vista opuestos entre ellos, así hablamos de negociación competitiva y negociación cooperativa. La primera de ellas, es decir la competitiva, también llamada por posiciones (*positional bargaining*) está enfocada en la estrategia de lograr el máximo beneficio posible sin ceder nada más que lo

¹¹² Cfr. *Idem*.

¹¹³ Cfr. FISHER, Roger, *Getting to yes, Negotiating agreement with out giving it*, Penguin books, USA, 1991 p. xviii.

estrictamente imprescindible. Al seguir esta estrategia las partes no buscan el mejor acuerdo para todos, sino que desechan de plano la opinión, posición, interés y justificación de la contraparte, así como la relación que existe y que existiría con ella una vez que el conflicto entre las partes se dirimiera. Esta estrategia obstruye la posibilidad de la flexibilidad, y por ende en muchas ocasiones, la posibilidad de éxito en la negociación.

Por otro lado, la estrategia conocida como negociación cooperativa o negociación de principios (*principled negotiation*), consiste en que las partes se centren a la hora de negociar en localizar intereses comunes que les permitan llegar a acuerdos satisfactorios. Para lograr localizar los intereses comunes, las partes exponen sus pretensiones desde un principio, permitiendo que la otra parte conozca lo que se desea y así lograr un entendimiento. Por otro lado, ambas partes saben de antemano que tendrán que ceder en algunas de sus pretensiones con la finalidad de lograr el mejor arreglo amistoso, y conservar la relación, lo que probablemente dará mejores resultados a las partes que el obtener todo en la negociación.¹¹⁴

Esta estrategia de negociación de principios es resultado de un método de negociación desarrollado por el *Proyecto de Negociación Harvard (Harvard Negotiation Project)*, proyecto que buscaba una postura ecléctica entre las clásicas *dura* y *suave*, y así fue como nació esta estrategia de negociación, como un método *duro* en lo referente al fondo del conflicto, pero también como un método *suave* en lo que a las personas se refiere; este eclecticismo sugiere que se debe ver por intereses y ganancias comunes, y que donde exista un conflicto

¹¹⁴ Cfr. MARTÍNEZ De MURGUÍA, *Op. cit.*, pp. 46-47.

de intereses siempre debe insistirse en que el resultado esté basado en algún estándar de justicia o equidad independientemente de la voluntad de las partes.

A diferencia de otros métodos o técnicas de negociación, la negociación de principios no emplea posturas predeterminadas ni trucos de ninguna índole, sino que muestra mediante su propia técnica como obtener aquello a lo que se está legitimado sin rebasar los límites éticos y de decencia de la conducta.¹¹⁵

2. Negociación por posiciones vs negociación de principios

Como hemos visto en líneas anteriores la negociación por posiciones (con sus dos extremos -suave y duro-) se contrapone a la negociación de principios, siendo esta última la que se considerará como la negociación más adecuada en la resolución de conflictos en armonía con los principios de Soluciones Alternativas de Conflictos que a lo largo del presente trabajo se han venido mencionado. Se presentará a continuación una breve semblanza de las dos técnicas de negociación, desde el punto de vista de su funcionalidad y resultados.

A. Negociación por posiciones

a) Negociar sobre posiciones no produce los mejores resultados

Cuando los negociadores negocian sobre posiciones tienden a encerrarse dentro de esas posiciones. Tratan de poner en claro sus posiciones y defenderlas de los ataques del contrario, tratan de convencer a la contraparte de la imposibilidad de cambiar la posición que ha sido expuesta. Se identifica el ego de la parte o su orgullo personal con la

¹¹⁵ Cfr. FISHER, Roger, *Op. cit.*, p. xviii.

posición que se ha sentado para la negociación, y ceder en la misma implicaría ceder en el orgullo propio, lo cual alejará cada vez más cualquier acuerdo capaz de reconciliar los intereses originales de las partes.

Mientras más se centre la atención en las posiciones, menos atención se presta a los intereses subyacentes de las partes, como consecuencia cualquier acuerdo alcanzado reflejará un alejamiento mecánico de la diferencia entre las posiciones finales, más que solución cuidadosamente confeccionada para reunir los intereses legítimos de las partes. El resultado normalmente será un acuerdo menos satisfactorio para cada parte de lo que pudo haber sido.¹¹⁶

b) Negociar sobre posiciones es ineficiente

Negociar sobre posiciones al final resulta ineficiente e improductivo, pues en este tipo de negociación se trata de obtener el resultado más favorable posible partiendo de un inicio exagerado sobre la posición que se busca, de esta manera se pueden ir haciendo pequeñas concesiones con el fin de que la negociación no se entrampe, pero sin permitirle a la otra parte conocer realmente lo que se está buscando en la negociación. Estos factores tienden a interferir con el desarrollo de la negociación e impiden que se llegue a un pronto acuerdo, pues mientras más extremas sean las posiciones iniciales y menores las concesiones de las partes, mayor tiempo y costos se requerirán para conocer si las partes pueden o no llegar a un acuerdo.

Normalmente este tipo de negociación sobre posiciones requiere de un gran número de decisiones individuales que cada negociador debe tomar sobre qué ofrecer y qué rechazar, y sobre

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 4-5.

cuánto ha de estar dispuesto a conceder, decisiones que requieren ser valoradas a conciencia por los negociadores lo cual toma mucho tiempo y desgaste, además de las estrategias que los negociadores han de usar para tratar de convencer a la otra parte de las bondades de las propuestas. Por lo anterior este tipo de estrategia aumenta considerablemente el tiempo para alcanzar el acuerdo y por ende los costos de la negociación, lo que la convierte en una negociación ineficiente e improductiva.¹¹⁷

c) La negociación sobre posiciones pone en peligro una relación activa entre las partes

La negociación sobre posiciones por lo general llega a ser una contienda de voluntades, en la cual cada negociador hace valer lo que quiere y lo que no quiere, por lo que la tarea de alcanzar un acuerdo satisfactorio llega a ser una batalla entre las voluntades de las partes, pues cada una trata de hacer prevalecer la suya y trata de cambiar la de la otra parte. Así las relaciones comerciales, vecinales, maritales, etcétera, pueden llegar a deteriorarse o a terminarse por completo. Los sentimientos de animadversión entre ellos pueden prolongarse por mucho tiempo, producto de una negociación mal practicada, una negociación sobre posiciones.

B. Negociación de principios

La negociación de principios es el resultado del proyecto de negociación de Harvard como líneas arriba se afirmó¹¹⁸ y se presenta como una alternativa a la negociación por posiciones con sus dos vertientes la posición *suave* y la *dura*, este método

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 5-6.

¹¹⁸ *Supra*, p. 65.

alternativo de negociación fue expresamente diseñado para producir resultados sabios de manera eficiente y amigable. La negociación de principios puede reducirse a cuatro puntos básicos a saber: *persona*, *separar el problema de la persona*. *Intereses*, *enfocarse en los intereses y no en las posiciones*. *Opciones*, *generar una variedad de posibilidades antes de decidir qué hacer*. *Criterio*, *insistir que el resultado debe estar basado en estándares objetivos*. Aplicando estos cuatro principios se puede negociar en casi cualquier circunstancia con éxito obteniendo los mejores resultados.¹¹⁹

a) Persona; separar el problema de las personas

Este principio responde al hecho de que las personas somos seres humanos con fuertes emociones, las cuales afectan de una u otra manera la forma en la que nos relacionamos con otras personas. Las personas tenemos constantemente percepciones diferentes sobre una misma circunstancia y dificultad para comunicar eficazmente ese punto de vista. Tomar posiciones únicamente empeora la causa pues el ego de la persona llega a ser identificado con la posición que se adopta lo cual complica la búsqueda de soluciones, por lo tanto, el negociador debe separar a la persona del problema y enfrentar a éste juntamente con aquella.

Para lograr esta difícil tarea ambos negociadores deben estar de acuerdo, y deben enfrentar la negociación con una actitud de equipo, de estar trabajando lado a lado más que frente a frente. Por último, la tarea de separar el problema de la persona, no es algo que los negociadores hagan una vez durante el desarrollo de la negociación, sino es una actitud constante en la actividad del negociador ya que éste está de

¹¹⁹ Cfr. FISHER, Roger, *Op. cit.*, pp. 9-11.

acuerdo en que es el primer paso para lograr un acuerdo eficaz.¹²⁰

b) Intereses; enfocarse en los intereses y no en las posiciones

Este punto es básico para el éxito de la negociación de principios, y para lograr lo propuesto en este segundo punto, es necesario diferenciar plenamente los intereses de las posiciones, pues usualmente se confunden por las partes envueltas en una negociación, normalmente las posiciones con las que las partes comienzan una negociación no reflejan sus verdaderos intereses, sino que más bien sus posiciones están determinadas por sus intereses sin que por supuesto sean lo mismo. En la medida que las partes expongan abiertamente sus intereses independientemente de sus posiciones podrán alcanzar un acuerdo satisfactorio para ellas.

Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en el conflicto Egipto-Israel de 1978, cuando ambos países sostuvieron una reunión en Campo David, Estados Unidos, motivada por la ocupación israelí de la península de Sinaí desde la guerra de los seis días de 1967, y la inconformidad egipcia de la ocupación toda vez que tal península había pertenecido a Egipto desde algunos miles de años atrás. Los representantes de ambos países se reunieron en 1978 y expusieron sus posiciones para iniciar la negociación, las cuales por cierto eran irreconciliables, pues Israel se negaba a desocupar el territorio ocupado, y Egipto exigía la inmediata desocupación del mismo. Enfocar el problema en los intereses más que en las posiciones fue lo que permitió finalmente lograr un acuerdo satisfactorio para ambos, pues ambas partes

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 11, 17-39.

expusieron abiertamente el interés subyacente a sus posiciones, resultando que Israel se negaba a desocupar por cuestiones de seguridad, pues el hecho de que Egipto mantuviera tropas en la península representaba un serio problema de seguridad para Israel, y por otro lado Egipto tenía un interés exclusivo en la soberanía, porque el territorio en cuestión había pertenecido a Egipto desde el tiempo de los faraones, además después de siglos de dominación por los imperios griego, romano, turco, francés y británico, Egipto había logrado finalmente soberanía y no estaba dispuesto a cederla en parte de su territorio frente a una ocupación extranjera.

Finalmente un acuerdo plenamente satisfactorio fue alcanzado al reconocer ambas partes sus legítimos intereses, abandonar sus posiciones irreconciliables iniciales y negociar sobre las bases del respeto de los intereses de ambas naciones, con lo cual se regresó a Egipto el territorio, a cambio del desarme absoluto de la península en su frontera con territorio israelí, con lo cual se satisficieron ambos intereses y la negociación llegó a feliz término al solucionar el conflicto.¹²¹

Como se ha visto, por lo general detrás de posiciones opuestas entre sí, existen intereses perfectamente compatibles, así como intereses en conflicto, la labor del negociador será argumentar sobre los intereses evitando las posiciones separatistas y buscar mediante la reconciliación de intereses la perfecta solución al litigio en cuestión.

c) Opciones; generar una variedad de posibilidades antes de decidir qué hacer

Antes de alcanzar un acuerdo en la negociación se debe invertir tiempo suficiente en la invención de soluciones y

¹²¹ *Ibidem*, pp. 40-42.

opciones que al final dejen satisfechas a ambas partes. De los cuatro puntos básicos de la negociación de principios éste es el que más desarrollo, atención y trabajo requiere, pues mientras los demás tienen que ver mayormente con la voluntad de las personas envueltas en una negociación, el presente exige de las mismas creatividad, imaginación, disposición y cambio, desde la elección del lugar en el cual se ha de llevar a cabo la negociación, hasta el desarrollo de opciones sobre las cuales se ha de tomar el acuerdo final de la negociación.

Para desarrollar de una manera eficaz este punto es menester entender algunos vicios comunes que provocan un estancamiento en la creatividad de las personas dentro de una negociación. Por lo general no se buscan suficientes opciones al conflicto debido a prejuicios de las partes, ideas preconcebidas sobre la otra parte o sobre la manera en que se supondría la respuesta a una propuesta, etcétera, en general un juicio previo de la persona, circunstancia o propuesta oscurecen la capacidad creativa para crear soluciones adecuadas.

Otro vicio común es el ver los problemas de la otra parte como problemas que sólo le corresponderán resolverlos a ella, cuando muchas ocasiones pueden inventarse opciones creativas para ayudar a la otra parte a resolver sus problemas lo que al final ayudará a encontrar más fácilmente la solución al litigio entre las partes. Lo anterior debido a que en múltiples ocasiones los problemas expresados por alguna de las partes inciden de manera importante en el desarrollo de la negociación, y no se debe cometer el error de juzgar esos problemas como absolutamente ajenos.

Finalmente, es posible contar con los servicios de un facilitador¹²² que favorezca un ambiente de cooperación, en el cual las partes puedan llevar a cabo un despliegue de recursos creativos del cual resulten un gran número de opciones y propuestas para llegar a un arreglo, y éste pueda ser alcanzado después de haber seleccionado la mejor opción.¹²³

d) Criterio; insistir que el resultado debe estar basado en estándares objetivos

Independientemente del problema que se esté negociando, siempre debe evitarse el convertir la negociación en una contienda de voluntades, pues como ya vimos, de esta manera se convertiría la negociación en un problema personal. Por otro lado, cuando la negociación se basa en algún estándar objetivo, las partes ven al arreglo como una solución justa pues ninguno impuso su opinión, sino que ambas partes se dejaron guiar a través de un proceso regulado justamente por parámetros preestablecidos para el problema en cuestión.

Como hemos venido observando a lo largo de esta referencia a la negociación, las partes que se sientan a negociar por lo general tienen pretensiones encontradas, y cada una de ellas buscará satisfacer la propia; pero cuando para satisfacer la propia pretensión se apela únicamente a la voluntad, la negociación está destinada a fracasar, pues la voluntad de las partes es lo que las mantiene en desacuerdo, sin embargo,

¹²² Como hemos venido afirmando, la negociación es en buena parte el contenido de casi todas las soluciones alternativas de conflictos, y es en sí misma una manera alternativa de solución de conflictos, pero eso no excluye que otras figuras ya mencionadas como el mediador puedan intervenir en ella para apoyarla a conseguir sus fines. Por lo tanto la negociación no debe considerarse como autosuficiente para solucionar los conflictos de manera alternativa y debe apoyarse en otras figuras. En este caso el autor al cual se hace referencia maneja la posibilidad de que al interior de una negociación de principios intervenga un "facilitador", quien tendrá que ser un mediador sin facultades propositivas, a fin de que se pueda cumplir con el fin propuesto. Así como en la mediación subyace invariablemente una negociación, en el presente apartado de la negociación subyace una mediación.

¹²³ Cfr. FISHER, Roger, *Op. cit.*, pp. 56-80.

cuando las partes se despojan de sus posiciones y se someten a un estándar existente entonces la negociación tiene grandes posibilidades de llegar a feliz término. Consideremos el ejemplo de que un vehículo automotor es destruido y su propietario reclama a la empresa aseguradora su pago, el propietario lógicamente solicitará una cantidad igual o similar a la que pagó por el vehículo, y la compañía aseguradora tratará de pagar lo menos posible por el bien, si no existieran estándares objetivos sería muy difícil poder conciliar las pretensiones de las partes en la negociación, sin embargo, las partes podrían utilizar diversos criterios para fijar la cantidad que se deberá pagar al propietario, tales como: el valor original del bien menos la depreciación autorizada por ley, el valor en que el bien pudo ser vendido en el momento del siniestro, el valor que se maneja en el "libro azul"¹²⁴ de las aseguradoras dependiendo del año y modelo del bien, o el precio que un tercero independiente a ambas partes fije sobre la base de alguna labor de peritaje.¹²⁵

Hecho lo anterior ninguna parte percibirá el acuerdo como desventajoso para nadie, sino que por el contrario deberán reconocer la justicia del arreglo.

Es de suma importancia que las partes al negociar tengan bien presente que el interés mutuo debe ser satisfecho, y que para ello los estándares objetivos de justicia constituyen un excelente medio para determinar lo que es justo que se le asigne a cada parte y que al final ambas queden con la sensación o mejor dicho la certeza de haber obtenido más de lo

¹²⁴ El llamado "libro azul" es un catálogo de precios de los vehículos automotores, desarrollado por las compañías aseguradoras de acuerdo a diversos métodos de valuación, cuyo fin es fijar el valor de este tipo de bienes de acuerdo con el año, modelo y características de los mismos.

¹²⁵ Cfr. FISHER, Roger, *Op. cit.*, pp. 81-94.

que buscaban, lo que querían, o por lo menos un arreglo plenamente satisfactorio.

De otra manera si no se utilizara un estándar objetivo ambas partes quedarían con la sensación de que su interés no está siendo protegido o vigilado de alguna manera, y que la otra parte está sacando un mayor provecho de la situación, pues no existe una manera objetiva de medir lo justo que se debe a cada cual.

La siguiente gráfica nos presenta de manera esquemática las diferencias que hemos venido estudiando entre las distintas técnicas de negociación, y nos muestra de manera comparativa a la clásica posición *dura-suave* frente a la negociación de principios, dejando enunciado las ventajas que ya hemos analizado líneas arriba.

La gráfica nos presenta a la negociación por posiciones como el problema con el que los negociadores se encuentran, independientemente de la posición de estos, y asimismo nos presenta a la negociación de principios como la solución al problema. No que no sea posible llegar a acuerdos siguiendo el esquema tradicional de negociación, es decir, por posiciones, sino que con la negociación por principios se hace más eficiente el proceso de la toma de decisiones que importarán un arreglo satisfactorio entre las partes en conflicto. Por supuesto que la negociación de principios exige un esfuerzo considerable de las partes para permanecer objetivos frente al conflicto y anteponer el interés mutuo a la emoción personal, pero cuando el conflicto llegue a resolverse, el esfuerzo habrá valido la pena.

Problema : (Negociación por posiciones)		Solución : (Negociación de principios)
<p>Suave</p> <p>Los participantes son amigos.</p> <p>La meta es un acuerdo.</p> <p>Hacer concesiones para cultivar la relación.</p> <p>Ser suave con la persona y con el problema.</p> <p>Confiar en la otra parte.</p> <p>Cambiar las posiciones fácilmente.</p> <p>Hacer ofertas.</p> <p>Revelar su última oferta.</p> <p>Aceptar derrotas unilaterales para alcanzar un acuerdo.</p> <p>Buscar la única respuesta: la que la otra parte aceptará.</p> <p>Insistir en un acuerdo.</p> <p>Tratar de evitar un enfrentamiento de voluntades.</p> <p>Ceder a la presión.</p>	<p>Dura</p> <p>Los participantes son adversarios.</p> <p>La meta es ganar.</p> <p>Demandar concesiones como condición de la relación.</p> <p>Ser duro con la persona y con el problema.</p> <p>Desconfiar en la otra parte.</p> <p>Encerrarse en la posición.</p> <p>Hacer amenazas.</p> <p>Engañar sobre la última oferta.</p> <p>Demandar ganancias unilaterales como el precio de un acuerdo.</p> <p>Buscar la única respuesta: la que esta parte ha de aceptar.</p> <p>Insistir en una posición.</p> <p>Tratar de ganar en un enfrentamiento de voluntades.</p> <p>Aplicar presión</p>	<p>Principios</p> <p>Los participantes son "solucionadores de problemas".</p> <p>La meta es un acuerdo sabio alcanzado eficaz y amigablemente.</p> <p>Separar a la persona del problema.</p> <p>Ser suave con la persona y duro con el problema.</p> <p>Proseguir independientemente de la confianza.</p> <p>Enfocarse en los intereses, no en las posiciones.</p> <p>Explorar los intereses.</p> <p>Evitar tener una última oferta.</p> <p>Crear opciones de ganancia mutua.</p> <p>Desarrollar múltiples opciones para escoger; decidir después.</p> <p>Insistir en usar un criterio objetivo.</p> <p>Tratar de alcanzar un acuerdo basado en estándares independientes de la voluntad.</p> <p>Razonar y estar abierto a otros razonamientos; ceder al principio no a la presión.</p>

3. La negociación y su relación con los procesos alternativos de solución de controversias

La negociación es la médula de los procesos alternativos de solución de controversias, ya que al interior de los mismos y para que puedan ser llevados a cabo se desarrollan una serie de negociaciones entre las partes interesadas en resolver el conflicto.

Así por ejemplo en la mediación en cualquiera de sus variantes siempre existirá una negociación, y dependiendo de la labor del mediador la misma podrá ser entre las partes en conflicto exclusivamente o bien con el mediador proponiendo las bases de la negociación entre las partes.

Por otro lado, en la conciliación, para que la misma pueda llegar a feliz término, necesitará que se realice una negociación que sienta las bases para que las partes concilien intereses y diriman controversias, para lo cual el conciliador tendrá que trabajar en el ánimo de las partes para que negocien y para que lo hagan de manera adecuada en igualdad de circunstancias.

Por lo tanto, la negociación es en sí misma una manera en que las partes en conflicto diriman sus diferencias, pero también es el corazón de otros métodos de solución de controversias, los cuales sin la negociación, sin una correcta manera de negociar, serían inoperantes.

VIII. PROFESIONALIZACIÓN DE LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (ADR)

Para lograr un desarrollo adecuado de la función de la mediación, de la conciliación, de la negociación, así como de otros procesos, debe existir una profesionalización de tales funciones pues sin esta profesionalización, las soluciones alternativas de disputas no pasarán de ser buenas intenciones, y a la larga las ventajas de la misma, su practicidad y eficacia serán letra muerta de la teoría, pues las mencionadas soluciones no funcionan por sí mismas, sino por la labor de personas comprometidas con la idea, y dispuestas a capacitarse para que se logre este ideal.

1. Centros de conciliación en Colombia

En la República de Colombia, la profesionalización de la conciliación es ya todo un hecho, pues en el decreto número 1818 del año 1998, se crean centros de conciliación extrajudicial, como un mecanismo necesario para la puesta en marcha del *Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*. Dicho estatuto prevé que serán objeto de conciliación todas las materias que por su propia naturaleza lo permitan, y podrá llevarse a cabo dicha conciliación "válidamente ante un Centro de Conciliación autorizado o ante el funcionario público que conoce del asunto en cuestión..."¹²⁶

El referido estatuto, establece que la conciliación llevada a cabo ante estos centros suple a la audiencia de conciliación prevista en un código de procedimientos, lo cual no deja de ser un gran acierto y un gran avance en la

¹²⁶ <http://www.minjusticia.gov.co:9090/ows-do/43380/433802.html>

conjunción de esfuerzos entre la autoridad y la iniciativa privada para lograr desarrollar la idea de la Solución Alternativa de Conflictos (ADR).

El artículo 7 del estatuto mencionado establece que para que una persona pueda actuar en su carácter de conciliador, debe acreditar su capacitación, no sólo como conciliador, sino además en la materia que va a conciliar, en especial tratándose de materia laboral y familiar¹²⁷, asimismo, para que los centros de conciliación puedan operar será necesario que cuenten con un permiso especial, el cual expedirá el ministerio de justicia, y para obtener el cual deberán acreditar una serie de requisitos, entre los cuales está la capacitación previa de los que pretendan actuar como conciliadores, capacitación que debe aprobar el propio ministerio de justicia. Incluso, la posibilidad para la mediación se abre por ministerio de ley a las universidades y en lo particular a las escuelas de derecho¹²⁸, con lo cual se está logrando la difusión de la idea de la Solución Alternativa de Conflictos en Colombia.

El caso de Colombia, es un buen ejemplo de la conjunción de instrumentos y posibilidades jurídicas para permitir la creación de centros de conciliación, no meramente privados, sino colaboradores con el Estado en la búsqueda de la impartición de justicia, e involucrando en esto a los planteles educativos y a las escuelas de derecho, de donde saldrán los profesionistas más capacitados para enfrentar soluciones alternativas a los conflictos que se les presenten.

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ *Idem.*

2. Profesionalismo de la Solución Alternativa de Disputas en Norteamérica

Es este país el que quizá cuenta con la mayor profesionalización en la materia, pues los profesionistas enfocados a esta rama tienen una gran cantidad de opciones para la práctica de la Solución Alternativa de Conflictos, tanto en el sector público como en el privado. En el año de 1976 un profesor de la Universidad de Harvard, llamado Frank Sander, emitió su teoría del *tribunal multi puertas* o *multi-door courthouse*, teoría que trata sobre la variedad de opciones que se deben ofrecer al ciudadano en las cortes de justicia, pues además de ofrecer servicios de juicio tradicional, también deberían ofrecer servicios en el área de la mediación, el arbitraje, la conciliación, es decir, en el área de los procesos alternativos de solución de controversias (ADR).¹²⁹

Es en este país en donde más serios y concretos esfuerzos ha realizado el gobierno federal para promover la Solución Alternativa de Conflictos (ADR), como ejemplo, en 1998, la abogada General del Departamento de Justicia, Janet Reno, hizo un llamado ordenando la primera reunión del grupo de trabajo intersecretarial sobre ADR, este grupo de trabajo fue creado por el entonces presidente William Clinton mediante el acuerdo administrativo sobre Solución de Controversias en 1996, con un objetivo simple y bien determinado de promover activamente el uso de procesos de solución de controversias dentro del gobierno federal.¹³⁰

Los grupos de trabajo se conformaron por las compañías de abogados más importantes del país, y directores de cerca de 60 agencias federales, además de los 20 expertos más reconocidos

¹²⁹ Cfr. TOBEN, Steve, *Op. cit.*, p. 6.

¹³⁰ Cfr. STEENLAND, Peter, "Federal Agencies implementing Reno's vision for dispute resolution", *Dispute Resolution Magazine*, USA, 1992, pp. 23-25.

en la materia de Solución Alternativa de Disputas dentro del gobierno federal, muchos de los cuales ya habían desarrollado programas de ADR al interior de sus propias agencias. De las reuniones de este grupo de trabajo se reunió una vasta cantidad de recursos sobre el tema que a su vez seguirán funcionando como material de capacitación para quienes se interesen en la materia.¹³¹

Siguiendo con el amplio currículo de los Estados Unidos de Norteamérica en materia de Solución Alternativa de Controversias, cuentan con un serio y prestigioso colegio de abogados especializado por materias, conocido como la Barra Americana de Abogados (ABA por sus siglas en inglés), dentro del cual existe de manera independiente la sección de *Dispute Resolution* o *Solución de Disputas*, cuya finalidad es afiliar a todos los abogados y firmas de abogados especializados en la materia y certificar su seriedad y competitividad, con lo cual resulta evidente que existen en aquél país una gran cantidad de profesionistas del derecho capacitados y especializados en procedimientos alternativos de solución de controversias.

Cabe hacer mención que la idea de profesionalizar la actividad de la Solución Alternativa de Disputas, ya no es un punto a discusión en Norteamérica, sino que es desde hace un tiempo toda una realidad dinámica por lo cual las técnicas, proyectos, capacitaciones, filosofías y práctica de la misma ha ido evolucionando a gran velocidad, y ha sido capaz de convencer a grandes compañías de la viabilidad de su sistema, de la practicidad y efectividad de llevarse a cabo, con grandes y buenos resultados en materia comercial, laboral, familiar, ambiental, e incluso penal. Evidentemente no se ha visto a la

¹³¹ *Idem.*

profesionalización de la ADR como una opción que pudiera llegar a funcionar, sino como una verdadera necesidad a suplir.

3. Escuela de mediadores en la República de Argentina

Un ejemplo más sobre una respuesta práctica a la necesidad de la profesionalización de la Solución Alternativa de Conflictos (ADR) y quienes participan en ella, lo encontramos en un reglamento emitido por resolución número 8 de fecha 12 de Enero de 1995, expedido por el Ministerio de Justicia de Argentina, en el cual se crea la Escuela de Mediadores, la cual será responsable de la formación de mediadores dentro de la estructura orgánica de la dirección Nacional de Extensión Jurídica del Ministerio de Justicia, y será responsable de desarrollar programas de información, difusión e investigación de la labor mediadora.¹³²

Cabe hacer mención que esta escuela está plenamente incorporada a la administración pública de la república de Argentina, por lo cual cuenta con todo el apoyo y responsabilidades del aparato burocrático de la Argentina, de tal modo que su director está considerado al rango de Jefe de Departamento.¹³³

Los alumnos de esta escuela al graduarse podrán ingresar a desempeñar sus funciones en el centro de mediación, que prestan servicio público. Quizá lo más interesante de este reglamento además de la creación de la escuela de mediadores, sea la manera en que el gobierno coordina sus esfuerzos y prevé su actividad referente a la impartición de justicia, de tal manera que les fue viable desarrollar este programa que otorga a la comunidad jurídica argentina una plusvalía sobre muchos de sus

¹³² Cfr. GOZAÍNI, Oswaldo, *Op. cit.*, pp. 105-106.

¹³³ El equivalente en México a la figura de Secretario de Estado.

colegas en otros Estados, pues se les provee la posibilidad de una escuela bien reglamentada, con presupuesto suficiente, y con instalaciones y recursos adecuados para que los alumnos salgan bien capacitados, situación que en otros países no sucede (caso de México), en donde los interesados en este tipo de materias deben acudir a escuelas en el extranjero para capacitarse. Lo cual eleva considerablemente el costo de las capacitaciones y disminuye el interés por las mismas.

Argentina es pues otro ejemplo de preocupación estatal por el tema de la justicia y su impartición, que además realiza acciones concretas y eficaces para promover la Solución Alternativa de Controversias.

4. Centros de conciliación en Perú

El 13 de Noviembre de 1997 se publicó en Perú la Ley de Conciliación, sin volver sobre el contenido y finalidad de dicha ley, es menester reflexionar sobre una figura que la mencionada ley establece, que son precisamente los centros de conciliación, los cuales según la ley deberán contar con personalidad jurídica, es decir, estar constituidos como personas jurídicas de derecho público o privado sin fines de lucro, y que entre sus finalidades u objeto, se encuentre el ejercicio de la función conciliadora.¹³⁴

Desde un punto de vista muy estricto, no hay mucho de novedad, pues cualquier sociedad en México puede constituirse y establecer entre sus estatutos que tendrán funciones conciliadoras sin embargo, lo que establece la novedad y diferencia, es que el gobierno y los legisladores peruanos han visto a los centros de conciliación como:

¹³⁴ ZAMBRANO ORTÍZ, Luis Fernando, *Op. cit.*, p. 5.

Una eficaz ayuda para lograr que la justicia se administre pronta y cumplidamente, con lo cual se refuerza la democracia, la paz, y la convivencia social. El uso de los medios alternativos de solución de conflictos es la mejor fórmula para luchar contra el formalismo excesivo, la lentitud de los procesos judiciales, los gastos que demanda el litigio, el abuso del derecho de litigar y la falta de acceso a la justicia.¹³⁵

Por lo tanto, la visión peruana, ha sido incorporar al sistema de impartición de justicia a estos procedimientos alternativos de solución de controversias, bajo su supervisión y control, garantizando con esto una adecuada difusión de los mismos, su aplicabilidad y creando una esperanzadora perspectiva de funcionalidad de dichos procedimientos al interior de Perú, dando un buen ejemplo a otros países que viendo los resultados, quizá decidan implementar programas gubernamentales tendientes a afianzar la Solución Alternativa de Disputas como un eficaz medio de apoyo a la justicia en un país.

5. Experiencia en México

En Guadalajara, se ha creado por particulares interesados en la materia y comprometidos con la Solución Alternativa de Conflictos, un centro de resolución de conflictos, cuyo objetivo es "dar a conocer la cultura de la mediación, propiciando para ello un efecto multiplicador de las técnicas, aplicaciones y conceptos. La institución proporciona servicios de mediación y capacitación, realiza labores de investigación, lleva a cabo entrenamientos y supervisa pasantes interesados en el tema de la Resolución Apropiada de Conflictos."¹³⁶

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ <http://www.cnavid.com/>

Sin embargo, comparado con la funcionalidad de otros centros en lo que se refiere a la colaboración con el Estado en la impartición de justicia, aun está muy atrasado, y no porque su funcionamiento sea deficiente o la capacidad del personal sea poca, sino porque aun no se cuenta en México con instrumentos legales que regulen su actividad y aprovechen los conocimientos técnicos adquiridos por los directores del centro.¹³⁷

No obstante la clara limitación jurídica a la actividad del centro, éste ha podido desarrollar con éxito su función mediadora a nivel particular, y ha ido capacitando funcionarios públicos encargados de la impartición de justicia en los fundamentos de la mediación y en la conveniencia de la misma. Asimismo, ha celebrado convenios con distintas universidades públicas y privadas de la entidad para promover la mediación y las formas alternativas de solución de controversias entre la comunidad universitaria.

¹³⁷ La información que sobre el CENAVID se ha recopilado en el presente trabajo, ha sido mediante investigación de campo, y entrevistas con las personas encargadas de operar dicho centro. Lamentablemente aun no existe un medio de promoción o publicidad que le de la proyección entre los profesionistas e instancias gubernamentales interesadas.

IX. SUGERENCIA

El dotar a nuestras autoridades responsables de impartir justicia del conocimiento y las herramientas necesarias para que desarrollen la negociación, la conciliación y la mediación es una necesidad en aras de ampliar la gama de servicios prestados por el Estado para resolver las controversias entre los gobernados. Para lo anterior, es necesario se capacite a funcionarios cuya única función sea la de prestar este tipo de servicios a los particulares en conflicto. Así por ejemplo podría crearse una escuela de mediadores (como ya la hay en la Argentina), un Instituto de especialización de conciliadores o cursos para instruirlos en las técnicas correctas de negociación.

Se reconoce sin embargo que el costo para lograrlo sería elevado y quizá los profesionales en la Soluciones Alternativas de Conflictos no se darían abasto para atender a los gobernados que acudieran a solicitar de sus servicios, con lo cual caeríamos en lo que está actualmente viviendo el Poder Judicial: un atraso en los casos pendientes de solución, o una agenda sobresaturada que provocaría que quien acudiera a solicitar el servicio de solución de controversias, tuviera que soportar una espera larga, con lo cual la solución alternativa quedaría desprovista de un elemento fundamental y definitorio de la misma que sería la rapidez en la respuesta, y con ello perdería sentido acudir a dirimir una controversia mediante un método alternativo.

Para superar lo anterior, en el sector privado podrían crearse instituciones y centros que prestaran los servicios de mediación, conciliación, negociación, los cuales a pesar de no contar con el carácter de autoridad pudieran desarrollar

eficazmente los servicios para solución de controversias.¹³⁸ A la par de la creación de los centros mencionados, debiera existir una reforma a las legislaciones procesales del país para efectos que un acuerdo logrado ante un mediador, conciliador, o negociador pueda ser reconocido por la autoridad jurisdiccional o ejecutora y pueda ser cumplimentado con la misma efectividad que una sentencia ejecutoriada. Para lograrlo podrían implementarse una serie de mecanismos de control y vigilancia de los organismos privados encargados de prestar estos servicios, registros de prestadores de servicios y centros autorizados, reglamentación detallada de los servicios que podrán ser prestados en los centros, etc.

Con lo anterior no se pretende despojar al Estado de su labor de impartición de justicia, ni afirmar que de esta manera se perfeccionaría la misma, sino que al implementar las alternativas a la solución de controversias, el Estado podría descongestionar un poco los juzgados y aun seguir cumpliendo con su obligación constitucional de administrar justicia de manera pronta, completa e imparcial.

Por supuesto, se haría necesario la elaboración de reformas a los códigos sustantivos y adjetivos que actualmente rigen en los estados y en la federación, pues habría que garantizarles a las partes que mientras de mutuo acuerdo se sometan a un procedimiento alternativo de solución de controversias, los términos perentorios no correrán, y garantizar de este modo la oportunidad de la vía y acciones que se pudieran ejercitar.

¹³⁸ Como sustento de lo mencionado, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo relativo a la experiencia en México en la profesionalización de la solución de controversias. Baste decir que es una pena que los esfuerzos que actualmente se realizan en el área cuenten con apoyo de organizaciones, e incluso gobiernos extranjeros para la consecución de sus fines, y que el gobierno de nuestro país no ponga atención en esta área con grandes posibilidades de desarrollo.

No es una novedad en el mundo la privatización de los servicios de conciliación, mediación y negociación bajo la vigilancia y control del Estado, y la figura a probado ser útil y funcional en otros países (no por esto se deberá desprender que en México será igualmente eficaz), por lo cual bien valdría la pena arriesgarnos a crear una cultura de paz, de armonía, de solución de controversias en la sociedad mexicana.

CONCLUSIONES

1. El conflicto es una realidad dinámica del hombre

En toda actividad en que exista la interrelación interpersonal el conflicto estará presente, pues la convivencia de dos o más voluntades provoca que en algún momento una de ellas se manifieste en oposición a las demás. Sin embargo, el hecho de que el conflicto sea una realidad en la vida del ser humano no implica por necesidad un retroceso en el proceso relacional de las personas, sino que por el contrario ha sido, es y seguirá siendo un incentivo en el desarrollo del hombre, pues lo empuja a buscar soluciones que le permitan vivir en armonía.

Del conflicto como realidad humana es que han surgido los distintos mecanismos que el hombre conoce para resolver sus conflictos, ya sea entre las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero imparcial o bien bajo el poder del Estado. Sin embargo, a pesar de tantas maneras habidas de solución de conflictos entre las personas, las disputas siguen creciendo a la par que la sociedad humana se desarrolla, por lo que las maneras conocidas de solución de controversias resultan en ocasiones limitadas, pobres e ineficientes para resolver el conflicto en cuestión.

Es por el conflicto como realidad dinámica que el hombre se ve en la necesidad de implementar mecanismos nuevos que le provean una salida rápida y poco costosa de las controversias en las que se ve inmerso. Es por la realidad del conflicto que se ve impulsado a desarrollar y perfeccionar las técnicas, y mecanismos existentes de solución de controversias, pues así como el conflicto es una realidad del hombre, la presencia de

paz en sus relaciones será siempre una necesidad que debe ser suplida.

2. Los métodos alternativos de solución de controversias

Existe actualmente una tendencia mundial del ser humano de desarrollar métodos que provean de armonía entre sus iguales, para lo cual la solución de conflictos se ha erigido como una verdadera y funcional opción. Los métodos alternativos de solución de controversias son un conjunto de técnicas, instituciones y procedimientos cuya finalidad es la de proveer de una opción a los métodos que tradicionalmente el hombre ha venido utilizando, por ejemplo, la impartición de justicia por el Estado, a través de los órganos creados para ello.

Debido a la limitación en cuanto a recursos por parte del Estado y el constante desarrollo de la sociedad, los organismos estatales encargados de dirimir las controversias entre los particulares se han visto rebasados en su capacidad de administrar justicia lo cual ha provocado lentitud, falta de calidad y en ocasiones omisión en la impartición de justicia, por lo cual el particular se ha visto obligado a voltear hacia otras maneras de resolver sus conflictos que le garanticen efectividad, bajos costos, rapidez y seguridad jurídica.

2.1. La mediación

La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable... la mediación implica la intervención de un tercero aceptable, imparcial, y neutro, que carece de poder de decisión y habilitado para ayudar a las partes

contendientes a alcanzar voluntariamente el arreglo mutuamente aceptable de los temas en discusión.¹³⁹

Mediante la mediación las partes en conflicto podrán solucionar sus diferencias negociando y llegando a un acuerdo de manera amigable que asegure que la solución del conflicto se llevará en buenos términos buscando preservar la relación que previo al conflicto existía entre las partes.

2.2. La conciliación

Jurídicamente podemos decir que la conciliación es el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un acuerdo de todo aquello susceptible de transacción permitido por la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada.¹⁴⁰

En virtud de la conciliación, las partes en conflicto intentan conciliar sus intereses mediante una negociación asistida por lo general de un profesional cuya labor será la de proponer la conciliación de las partes, ya sea influyendo en el ánimo de ellas o bien en el fondo del problema entre ellas.

Esta figura ya tiene un tratamiento en la legislación mexicana, pues en casi todos los procedimientos jurisdiccionales (formales y materiales) se prevé que con

¹³⁹ DUPUIS, Juan Carlos, *Op. cit.*, p. 46

¹⁴⁰ ZAMBRANO ORTÍZ, Luis Fernando, *Op. cit.*, p. 1

antelación a la apertura del juicio propiamente dicho se lleve a cabo una audiencia de conciliación que promoverá que los litigantes desistan en el pleito y busquen un arreglo a sus pretensiones.

2.3. La negociación

La negociación es la reunión de las partes en conflicto "solas o con la asistencia de sus abogados, pero sin la participación de un tercero, y buscan resolver por sí mismas él o los asuntos que suscitaron el conflicto, dialogando e intentando convencer y persuadir a la otra parte para llegar a algún acuerdo."¹⁴¹

Existe un gran número de técnicas y estrategias para negociar, aunque la mayoría de ellas son técnicas adversariales y en ocasiones poco éticas, con lo cual el espíritu de la negociación se pervierte hasta degenerar en una contienda para ver quien obtiene más de la otra parte y cede menos en su posición. Sin embargo se ha desarrollado una técnica de negociación llamada *negociación de principios* que se enfoca en los intereses de las partes más que en sus posiciones y fomenta la búsqueda conjunta de la mejor solución para el conflicto, esta técnica o nueva manera de negociar constituye en sí misma una solución alternativa de disputas, pero a su vez facilita grandemente a las otras instituciones de solución de controversias estudiadas: la mediación y la conciliación, pues encaja perfectamente en el ánimo conciliador y pacifista de estas dos instituciones, además de que desarrollando cualquiera de éstas apoyándose en la negociación de principios, el éxito estaría casi asegurado.

¹⁴¹ MARTÍNEZ DE MURGUÍA, Beatriz, *Op. cit.*, p. 45.

3. La solución alternativa de disputas no ha sido bien recibida en México

A pesar de los aparentes beneficios de la solución alternativa de disputas, la misma no ha sido bien acogida en nuestro país, pues no existen esfuerzos gubernamentales serios que le den impulso e importancia a la buena convivencia de los particulares mediante la provisión de los mecanismos adecuados de solución de controversias.

Muchos son los factores que han influido para que no hayamos adoptado aún una cultura pacifista de solución de contiendas, la formación escolar, la manera en que los apoderados, representantes y patronos cobran por sus servicios, la concepción errónea del litigio, y la falta de interés por parte de las autoridades en proveer legislación y profesionalización en los métodos no adversariales, son situaciones que impiden que México reciba, practique y fomente los sistemas de solución alternativa de disputas.

4. Profesionalización de los métodos alternativos de solución de controversias

La profesionalización de las figuras que se engloban en la definición genérica de Solución Alternativa de Conflictos, específicamente de la mediación, la conciliación y la negociación es un paso indispensable en la aplicabilidad de dichas figuras al interior de nuestro sistema jurídico, y dicha aplicabilidad es necesaria para efectos de que en nuestra sociedad se vaya formando una cultura conciliadora y pacifista en cuanto a la solución de controversias o de litigios, en lugar de seguir considerando el conflicto humano (producto normal de las interrelaciones interpersonales) como un pretexto para contender, para dividir, para terminar relaciones, separar

personas o negocios y entorpecer un probable desarrollo cultural, comercial, social y por supuesto jurídico.

En algunos casos en el Poder Judicial de la Federación, y en los Poderes Judiciales de los estados, así como juntas locales y federales de conciliación, los mecanismos legales para que puedan conocer de procedimientos alternativos para solucionar controversias ya existen y por lo tanto pudieran comenzar a utilizarse.¹⁴² Sin embargo hay que reconocer que no existen iniciativas legales que a tales mecanismos le otorguen un carácter de función o servicio público, ni existe una carrera judicial enfocada a estos mecanismos de solución de controversias, lo cual sin lugar a dudas sería un paso grande e importante para lograr que los medios alternativos de solución de conflictos, en especial la mediación, la conciliación, y la negociación tengan cabida en el sistema jurídico mexicano.

¹⁴² Sobre el particular ver Anexo 4 del presente trabajo de investigación, en el cual el Lic. Carlos de Silva Nava, consejero del Centro de Arbitraje de México, trata sobre el particular de manera más amplia y detallada sobre el papel que juegan y pueden jugar los jueces mexicanos como autoridades jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial en la aplicabilidad de los medios alternativos de solución de controversias.

ANEXOS

ANEXO 1

ESTATUTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS EN COLOMBIA

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO
DECRETOS

DECRETO NÚMERO 1818 DE 1998

(septiembre 7)

*Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos
alternativos de solución de conflictos.*

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 166 de la Ley 446 de 1998, y

CONSIDERANDO:

Que la Ley 446 de 1998 en su artículo 166 facultó al Gobierno Nacional para que dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición de dicha ley, compile las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que se encuentren vigentes en esta ley, en la Ley 23 de 1991, en el Decreto 2279 de 1989 y en las demás disposiciones vigentes;

Que el presente decreto se expide sin cambiar la redacción, ni contenido de las normas antes citadas,

DECRETA:

ESTATUTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN

DE CONFLICTOS

PARTE PRELIMINAR

Fundamentos constitucionales y legales

Constitución política

"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".

(Artículo 116 inciso 4 Constitución Política de Colombia).

Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia"

"Artículo 8°. *Alternatividad.* La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por éstos servicios".

"Artículo 13. *Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares.* Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad".

PARTE PRIMERA DE LA CONCILIACIÓN

TÍTULO I

DE LA CONCILIACIÓN ORDINARIA

CAPÍTULO I

Normas generales aplicables a la conciliación ordinaria

Artículo 1°. *Definición.* La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. (Artículo 64 Ley 446 de 1998).

Artículo 2°. *Asuntos conciliables.* Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley (artículo 65 Ley 446 de 1998).

Artículo 3°. *Efectos.* El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo. (Artículo 66 Ley 446 de 1998).

Artículo 4°. *Clases.* La conciliación podrá ser judicial o extrajudicial. La conciliación extrajudicial será institucional cuando se realice en los Centros de Conciliación; administrativa cuando se realice ante autoridades administrativas en cumplimiento de sus funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad según lo previsto en esta ley.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional, dentro de los tres (3) meses siguientes a la sanción de la presente ley, expedirá el reglamento mediante el cual se categorizan los centros de conciliación extrajudicial, con el propósito de que únicamente aquellos de primera categoría puedan adelantar la conciliación contencioso administrativa.

Parágrafo 2°. Mientras el Gobierno Nacional expide el reglamento de que trata el parágrafo anterior, los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las Cámaras de Comercio podrán seguir realizando las conciliaciones contencioso administrativas. (Artículo 67 Ley 446 de 1998).

Artículo 5°. *Conciliación sobre inmueble arrendado.* Los Centros de Conciliación podrán solicitar a la autoridad judicial que comisione a los inspectores de policía para realizar la diligencia de entrega de un bien arrendado, cuando exista

incumplimiento de un acta de conciliación con un acta al respecto. (Artículo 69 Ley 446 de 1998).

CAPÍTULO II

De la conciliación extrajudicial

Centros de conciliación

Artículo 6°. En los centros se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación.

La conciliación prevista en materias laboral, de familia, civil, contencioso-administrativa, comercial, agraria y policiva podrá surtirse válidamente ante un Centro de Conciliación autorizado o ante el funcionario público que conoce del asunto en cuestión, cuando este no sea parte. Para los efectos de la conciliación en materia policiva sólo podrá tener lugar en aquellas materias que de conformidad con la legislación vigente admitan tal mecanismo.

La diligencia de conciliación surtida ante un centro debidamente autorizado, suple la establecida en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, pero no las demás diligencias previas previstas en la misma, para cuya evacuación deberá citar el juez. (Artículo 77 de la Ley 446 de 1998 que modifica el inciso segundo del artículo 75 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 7°. *Conciliadores en materias laboral y de familia.* Para que un Centro de Conciliación pueda ejercer su función en materias laboral y de familia, deberá tener conciliadores autorizados para ello por la Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho, quienes deberán acreditar capacitación especializada en la materia en

la que van a actuar como conciliadores. (Artículo 98 Ley 446 de 1998).

Artículo 8°. *Creación.* Las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán crear Centros de Conciliación, previa autorización de la Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Para que dicha autorización sea otorgada se requiere:

1. La presentación de un estudio de factibilidad desarrollada con la metodología que para el efecto disponga el Ministerio de Justicia y del Derecho.
2. La demostración de recursos logísticos, administrativos y financieros suficientes para que cumpla eficazmente con la función para la cual solicita ser autorizado.

La capacitación previa de los conciliadores podrán impartirla la Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho, los Centros de Conciliación, las Universidades y los Organismos Gubernamentales y no Gubernamentales que reciban el aval previo de la mencionada dirección.

Parágrafo. Los Centros de Conciliación que se encuentren funcionando con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, tendrán un plazo de seis (6) meses para adecuarse a los requerimientos de la misma. (Artículo 91 de Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 66 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 9°. *Centros de Conciliación de Carácter Universitario.* Las Facultades de Ciencias Humanas y Sociales podrán organizar sus Centros de Conciliación, en tanto cumplan los requisitos señalados en el artículo anterior. (Artículo 92 de la Ley 446 de 1998).

Artículo 10°. *Obligaciones de los Centros de Conciliación.* Los Centros de Conciliación deberán cumplir las siguientes obligaciones:

1. Establecer un reglamento que contenga la información mínima exigida por el Gobierno Nacional.
2. Organizar un archivo de actas con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional.
3. Contar con una sede dotada de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo al trámite conciliatorio y para dar capacitación a los conciliadores que se designen. Previo al ejercicio de su función, el conciliador deberá aprobar la capacitación.
4. Organizar su propio programa de educación continuada en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos.
5. Remitir en los meses de enero y junio de cada año, un índice de las actas de conciliación y de las constancias de las conciliaciones no realizadas a la Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Parágrafo. La Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho, tendrá funciones de control, inspección y vigilancia para velar por el cumplimiento de las obligaciones previstas en el presente artículo. El Gobierno Nacional expedirá el reglamento correspondiente. (Artículo 93 Ley 446 de 1998).

Artículo 11°. *Centros de Conciliación de Facultades de Derecho.* Las Facultades de Derecho podrán organizar su propio centro de conciliación.

Dichas Centros de Conciliación deberán conocer de todas aquellas materias a que se refiere el artículo 66 de la

presente ley, sin limitarse a los asuntos de competencia de los consultorios jurídicos. (Artículo 95 Ley 446 de 1998).

Artículo 12°. *Tarifas.* Los Centros de Conciliación deberán fijar anualmente sus tarifas dentro del marco que para el efecto determine el Ministerio de Justicia y del Derecho. Sin embargo, los Centros de Conciliación organizados en las universidades, en los términos de esta ley, prestarán gratuitamente sus servicios. (Artículo 96 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 72 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 13°. *Sanciones.* La Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho, una vez comprobada la infracción a la ley o a sus reglamentos, podrá imponer a los Centros de Conciliación, mediante resolución motivada cualquiera de las siguientes sanciones:

- a) Amonestación escrita;
- b) Multa hasta de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta la gravedad de la falta y la capacidad económica del Centro de Conciliación, a favor del Tesoro Público;
- c) Suspensión de la autorización de funcionamiento hasta por un término de seis (6) meses;
- d) Revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Parágrafo. Cuando a un Centro de Conciliación se le haya revocado la autorización de funcionamiento, sus representantes legales o administradores quedarán inhabilitados para solicitar nuevamente dicha autorización, por un término de cinco (5) años. (Artículo 94 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 67 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 14°. *Calidades del conciliador.* El conciliador deberá ser ciudadano en ejercicio, quien podrá conciliar en derecho o en equidad. Para el primer caso, el conciliador deberá ser

abogado titulado, salvo cuando se trate de Centros de Conciliación de facultades de derecho.

Los estudiantes de último año, de Psicología, Trabajo Social, Psicopedagogía y Comunicación Social, podrán hacer sus prácticas en los centros de conciliación, apoyando la labor del conciliador y el desarrollo de las audiencias. Para el efecto celebrará convenios con las respectivas facultades. (Artículo 99 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 73 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 15°. *Inhabilidad especial.* Quien actúe como conciliador quedará inhabilitado para actuar en cualquier proceso judicial o arbitral relacionados con el conflicto y objeto de la conciliación, ya sea como árbitro, asesor o apoderado de una de las partes.

Los Centros de Conciliación no podrán intervenir en casos en los cuales se encuentren directamente interesados los centros o sus miembros. (Artículo 97 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 74 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 16°. *La conciliación tendrá carácter confidencial.* Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el proceso subsiguiente cuando este tenga lugar.

A la conciliación las partes podrán concurrir con o sin apoderado. (Artículo 76 Ley 23 de 1991).

Artículo 17°. *Impedimentos y recusaciones.* Los conciliadores están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil. El Director del Centro decidirá sobre ellas. (Artículo 100 Ley 446 de 1998).

Artículo 18°. En la audiencia, el conciliador interrogará a las partes para determinar con claridad los hechos alegados y las pretensiones que en ellos se fundamentan, para proceder a

proponer fórmulas de avenimiento que las partes pueden acoger o no. (Artículo 79 Ley 23 de 1991).

Artículo 19°. *Inasistencia*. Si alguna de las partes no comparece a la audiencia a la que fue citada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si el citante o el citado no comparecen a la segunda audiencia de conciliación y no justifica su inasistencia, su conducta podrá considerarse como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos. El conciliador expedirá al interesado la constancia de imposibilidad de conciliación.

Esta disposición no se aplicará en materias laboral, policiva y de familia. (Artículo 78 de la Ley 446 de 1998 que crea el artículo 79A en la Ley 23 de 1991).

Artículo 20°. El procedimiento de conciliación concluye:

- a) Con la firma del acta de conciliación que contenga el acuerdo al que llegaron las partes, especificando con claridad las obligaciones a cargo de cada una de ellas, la cual hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo;
- b) Con la suscripción de un acta en la que las partes y el conciliador dejen constancia de la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. (Artículo 80 Ley 23 de 1991).

Artículo 21°. Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio no habrá lugar al proceso respectivo, si el acuerdo fuere parcial, quedará constancia de ello en el acta y las partes quedarán en libertad de discutir en juicio solamente las diferencias no conciliadas. (Artículo 81 Ley 23 de 1991).

CAPÍTULO III

De la conciliación judicial

Normas generales

Artículo 22°. Oportunidad. En los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, y que versen total o parcialmente sobre materias susceptibles de conciliación, habrá por lo menos una oportunidad de conciliación, a un cuando se encuentre concluida la etapa probatoria.

Para tal fin, de oficio o a solicitud de parte se citará a una audiencia en la cual el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento. El incumplimiento de este deber constituirá falta sancionable de conformidad con el régimen disciplinario. Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación.

Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso; en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado. (Artículo 101 Ley 446 de 1998).

ANEXO 2
ESCUELA DE MEDIADORES EN ARGENTINA

ESCUELA DE MEDIADORES EN ARGENTINA

DECRETO 1480/92, de fecha 19 de Agosto de 1992, publicado en el Boletín Oficial No. 27.456, del 24 de Agosto de 1992.

Visto el proceso de acumulación de causas judiciales que se incrementa día a día, lo que genera un grado de morosidad incompatible con las exigencias de una vida comunitaria armónica, y la consecuente necesidad de encontrar los medios apropiados para atender tal problema; y

Considerando:

Que las investigaciones empíricas llevadas a cabo para determinar la cantidad de procesos en trámite ante los tribunales de los distintos fueros y la *performance* de tales órganos jurisdiccionales, pone en evidencia el estado de colapso en que se encuentra el Poder Judicial, en atención a su congestiónamiento.

Que conforme con dichas determinaciones en el fuero civil, de la totalidad de las causas ingresadas en el año 1991, el sistema sólo puede atender, mediante una resolución conclusiva, y en igual lapso, tan sólo un 6%. Similares han sido las comparaciones efectuadas respecto del fuero comercial en el mismo año, 8,5%.

Que según las mismas fuentes, las causas civiles, comerciales y laborales, que son las que permiten la utilización de la mediación como método alternativo, constituyen en Capital Federal el 55% de la totalidad de los juicios iniciados, también en el año de 1991. El resto se divide entre el fuero contencioso administrativo con un 17% y el fuero penal con el 28% restante.

Que si observamos el fuero laboral de la Capital Federal, la antigüedad de los juicios en trámite presenta cifras sorprendentes. En el año 1991, el número de causas en trámite con una antigüedad menor a un año equivale a 59.421 -el 90% de las causas ingresadas-, las de más de un año ascienden a 35.558 -55% de las ingresadas-, las de más de dos años suman 16.184 -25% de las ingresadas-, y por último, las que tienen más de tres años antigüedad suman 8.900 -14% de las ingresadas.

Que en la ciudad de Córdoba, en el año 1991, del total de las causas ingresadas sólo tuvieron sentencia definitiva el 26,63%.

Que resultan interesantes las cifras referentes a la duración de los juicios de daños y perjuicios por accidentes de tránsito en Capital Federal; duran hasta un año el 2,81% de las causas, más de un año el 51,38%, más de dos años el 42,85%, más de tres años el 2,58% y más de cuatro años el 0,59%.

Que la magnitud del atraso y el grado de congestiónamiento que se deriva de dicho proceso de acumulación, convence acerca de la insuficiencia de cualquier solución de tipo convencional, como un aumento de los juzgados y cámaras existentes, puesto que aun cuando, por vía de hipótesis, se duplicaran o triplicaran los órganos, el problema, aunque atenuado, subsistiría. Por lo demás, se carece de presupuesto para atender tal tipo de solución.

Que modernamente, sin menoscabar la jurisdicción judicial se han arbitrado los medios alternativos a ella cuya finalidad es, precisamente, descongestionar los tribunales y proveer soluciones a los diversos conflictos jurídicos en el menor tiempo posible.

Que entre ello se señala, por su economía, rapidez y sencillez, la mediación, método no adversarial de resolución de conflictos.

Que en la mediación, un tercero imparcial ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable; no actúa como juez, pero sugiere a aquellas a ponerse de acuerdo, dado que no puede imponerles una solución si es que no actúan por mutuo consentimiento.

Que la adopción de tal medio se concibe a partir de la capacitación de abogados, a través de la Dirección homónima del Ministerio de Justicia, mediante cursos intensivos y práctica de pasantías en los centros de atención jurídica popular, habiéndose programado ya la Escuela de Mediación.

Que para la propuesta de tal medio alternativo de resolución de conflictos se ha tenido en cuenta la experiencia extranjera.

Que en efecto la mediación funciona con éxito en países como Estados Unidos de América, República Popular China, República de Colombia, Canadá, reino de Suecia, República Italiana, entre otros, sin pasar por alto a la República Francesa, que ya tiene su proyecto de ley de mediación, en vías de ser sancionado.

Que en los Estados Unidos de América comenzaron a aparecer los Centros Comunitarios de Mediación desde la década del 60.

Que en la República Popular China, debido a la superpoblación, la mediación constituye una pieza fundamental en el sistema legal, sin la cual se tornaría imposible la convivencia.

Que en el país precitado, los Centros de Mediación conducen a resolver alrededor de 10,8 veces el número de

conflictos vistos por los tribunales populares, durante un mismo periodo.

Que existen antecedentes ilustrativos como el caso de la República de Colombia, país en el cual la mediación ha dado un excelente resultado como método alternativo de solución de conflictos, y donde el cuerpo de mediadores se ha creado en el ámbito del Poder Ejecutivo, más específicamente, el ministerio de Justicia.

Que la similitud de los sistemas constitucionales argentino y norteamericano, país este último donde la mediación funciona perfectamente, sin haberse planteado su inconstitucionalidad, sino más bien su utilidad, a través de innumerables estadísticas.

Que según los antecedentes de experiencias en otros países, donde la mediación cumple eficazmente su función de alivianar la carga que pesa sobre los tribunales, el rol de mediador consiste en acercar a las partes, y no en decidir el conflicto como un juez ni en consecuencia disponer de los derechos de ellas.

Que sin perjuicio de lo manifestado en el considerando anterior, los acuerdos a que se arriben a través de la mediación, respetarán las limitaciones que, en cada caso establezcan las leyes de fondo.

Que el mediador trabaja para ayudar a que las partes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y la resuelvan por sí mismas.

Que las partes se someten con frecuencia a mediación, cuando no están dispuestas a conceder a un extraño poder para tomar una decisión que les obligue.

Que la mediación tiene una amplia gama de posibilidades de ser utilizada, ya sea antes e independientemente del juicio, o bien durante el transcurso del mismo.

Que el Poder Ejecutivo nacional cuenta para el dictado del presente decreto con las facultades que le confiere el artículo 86 inc. 1 de la Constitución Nacional.

Por ello...:

Art.1°.- Declárase de interés nacional, la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos.

Art.2°.- Encomiéndase al Ministerio de Justicia, la formulación de proyectos legislativos y el dictado de normas de nivel reglamentario, para la puesta en marcha de dicha institución.

Art.3°.- Créase el cuerpo de mediadores, que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia, el que reglamentará la composición, funcionamiento, y designará sus integrantes.

Art.4°.- Señálanse principios básicos de la institución, los siguientes:

- a) El procedimiento será voluntario para las partes.
- b) El procedimiento será absolutamente informal.
- c) Los plazos serán prorrogables, a juicio y voluntad de las partes.
- d) Las partes deberán concurrir personalmente a los actos que integran el procedimiento de mediación.
- e) Las actuaciones de mediación serán confidenciales, aun para los jueces de la causa.

- f) La actividad de los mediadores se desarrollará respecto de conflictos judiciales y extrajudiciales.
- g) El rol del mediador se limitará a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan.
- h) Quedarán excluidas del ámbito de la mediación todas las cuestiones penales.
- i) Los acuerdos arribados a través de la mediación respetarán en cada caso las limitaciones que establezca la ley de fondo.

Art.5°.- En el cumplimiento de su cometido, la conducta de los mediadores deberá ajustarse a la reglamentación, a las disposiciones administrativas que, para mejor desarrollo y control de la gestión, pueda establecer el jefe del cuerpo, y las reglas de la ética profesional.

Art.6°.- Delégase en el Ministerio de Justicia, la formulación del Programa Nacional de Mediación, y su implementación, pudiendo a sus efectos celebrar convenios con entidades nacionales, provinciales o municipales ya sean públicas o privadas.

Art.7°.- Al tiempo de reglamentar la composición del Cuerpo de Medidores, el Ministerio de Justicia promoverá la modificación su estructura, en cuanto correspondiere, con intervención de los organismos pertinentes.

Art.8°.- Créase una comisión, integrada por los Dres. Gladys S. Álvarez, Antonio Boggiano, Luis Mauricio Gaibrois,

Remo Entelman, Elena I. Highton de Nolasco y Mario Ernesto Kaminker, a efectos de promulgar el proyecto de ley Nacional de Mediación. Los miembros de la comisión desempeñarán su cometido *ad honorem*.

Art.9°.- El Ministerio de Justicia podrá solicitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que por sí, o por intermedio de las respectivas Cámaras nacionales de Apelaciones, designen tribunales de primera instancia en cada fuero, en los que se llevarán a cabo la experiencia piloto de mediación, siendo especialmente aconsejable establecer este proceder en el fuero civil, para todos aquellos asuntos en que se intenten acciones patrimoniales que contengan pretensiones indemnizatorias, y en las acciones de familia.

Art.10°.- Invítase a las provincias y, en su caso, a las municipalidades, a adoptar en sus respectivos ámbitos, normas similares a las contenidas en este decreto, en lo pertinente.

Art.11°.- Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

MENEM. León c. Arslanián.

RESOLUCIÓN 8- Ministerio De Justicia

MEDIACIÓN. Escuela de Mediadores. Reglamento

(del 12/1/95; publ. 17/1/95)

El Ministro de Justicia resuelve:

Art.1.- Apruébase el reglamento de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia, que como anexo I forma parte de la presente resolución.

Art.2.- Comuníquese.

BARRA.

Anexo I

REGLAMENTO DE LA ESCUELA DE MEDIADORES

Art.1.- La Escuela de Mediadores es responsable de la formación de mediadores, dentro de la estructura orgánica de la Dirección Nacional de Extensión Jurídica del Ministerio de Justicia.

Art.2.- La Escuela de Mediadores desarrolla las siguientes acciones:

- a) asistir a la Dirección nacional de Extensión Jurídica en el diseño de planes y programas de estudio, así como en los criterios de selección y evaluación para la formación de mediadores;
- b) seleccionar y proponer la designación de docentes;
- c) poner en marcha un centro especializado de información y documentación;
- d) desarrollar programas de investigación referidos a la mediación y temas afines;
- e) coordinar con el cuerpo de mediadores todas las acciones a desarrollar de conformidad con las necesidades detectadas;

- f) promover el intercambio de experiencias con otras escuelas similares a nivel nacional o internacional;
- g) intervenir articuladamente en la ejecución de acciones con los departamentos de Planificación y Ejecución de Programas y de Diseño y Difusión.

Art.3.- El coordinador es el representante de la Escuela de Mediadores y tiene jerarquía de jefe de Departamento. Dirige todas las actividades y es el responsable directo de su total desenvolvimiento ante la Dirección Nacional de Extensión Jurídica del Ministerio de Justicia.

Art.4.- Son funciones del coordinador: planificar, dirigir, y supervisar las acciones académicas y administrativas de la Escuela de Mediadores.

Art.5.- Son funciones del subcoordinador: asistir al coordinador en todas las tareas que éste le delegare y reemplazarlo en su ausencia.

Art.6.- El Consejo Académico estará formado por especialistas de reconocida trayectoria en el campo de la mediación designados por la Secretaría de Justicia, quienes actuarán en forma honoraria. Son funciones del mismo:

- a) recomendar acerca de las equivalencias y homologación de certificados expedidos por otras instituciones;
- b) recomendar soluciones a la Coordinación de la Escuela de Mediadores en los temas que ésta le solicitare.

Art.7.- Es función de los asesores: asesorar al coordinador sobre los aspectos pedagógicos y curriculares.

Art.8.- Es función de los profesores: dirigir e impartir personalmente la enseñanza.

Art.9.- Podrán postularse para ingresar a la Escuela de Mediadores los graduados de la carrera de abogacía, servicio social, psicología y otras que aquella determine de acuerdo con los alcances y ámbitos de aplicación de la mediación.

Art.10.- Las inscripciones en el Registro de postulantes se realizarán en los lugares, días y horarios que a tal efecto determine la Coordinación de la Escuela.

Art.11.- Para inscribirse en el registro de postulantes los aspirantes deberán:

a)completar un formulario que contendrá los principales datos curriculares;

b)exhibir título de grado y posgrado original o fotocopia legalizada;

c)entregar fotocopias legalizadas de los títulos originales;

d)exhibir los certificados analíticos de grado y posgrado en el caso que la Coordinación de la Escuela lo requiera;

e)presentar currícula actualizada siguiendo las indicaciones que a tal efecto establezca la Coordinación de la Escuela.

Art.12.- Las solicitudes que no estén acompañadas por toda la documentación requerida se tendrán por no presentadas.

Art.13.- La presentación a la selección de postulantes implica la aceptación de todas las obligaciones que el presente reglamento impone, incluso la de aportar los elementos que sean requeridos a los aspirantes para una mejor información de sus aptitudes y antecedentes.

Art.14.- La selección de postulantes se llevará a cabo a través de:

- a)Análisis de los antecedentes curriculares;
- b)entrevista para evaluar aptitudes y predisposiciones necesarias para ejercer la función de mediador.

Art.15.- En relación al plan de estudios de la Escuela de Mediadores se contemplan los siguientes niveles:

a)Nivel básico: Estará constituido por tres instancias sucesivas: Cursos introductorios, cursos teórico-prácticos de entrenamiento y pasantías.

b)Nivel de especialización: Cursos orientados hacia un área determinada (mediación patrimonial, familiar, escolar, laboral, etc.).

c)Nivel de formación de formadores: Cursos diseñados a quienes se ocuparán de la enseñanza de la mediación.

d)Nivel de actualización y formación continua: Destinados a mediadores en ejercicio con orientación interdisciplinaria.

Art.16.- Son objetivos del nivel básico de plan de estudios:

- a)cursos introductorios: introducir a los alumnos en el conocimiento del proceso de la mediación y sus ventajas en la solución de conflictos;

b) curso teórico-práctico de entrenamiento en mediación: facilitar el desarrollo en los alumnos de los conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para el ejercicio de la mediación;

c) pasantías: facilitar a los alumnos una aproximación práctica y vivencial al proceso de la mediación, a través de etapas progresivas de complejidad creciente.

Art.17.- Es objetivo del nivel de formación de formadores de plan de estudios: formar mediadores docentes capacitados para la enseñanza de la mediación en los diversos niveles e instancias del diseño curriculares.

Art.18.- Es objetivo del nivel de actualización y formación continua. Organizar y desarrollar diversas instancias de actualización según los requerimientos cambiantes del rol de mediador.

Art.19.- De acuerdo con el plan de estudios de formación de mediadores y dentro del nivel básico todos los aspirantes deberán cumplimentar un proceso de pasantías.

Art.20.- El proceso de pasantías consistirá en la asistencia a audiencias de mediación a cargo de un mediador certificado a reuniones periódicas de análisis y reflexión sobre contenidos y procedimientos de la mediación.

Art.21.- Los pasantes realizarán actividades de observación y co-mediación en forma sucesiva y gradual. El proceso de pasantía será abierto y flexible en cuanto a la duración de las actividades de observación y co-mediación, de

acuerdo a las características de las mediaciones asignadas. La pasantía constituirá un proceso de aprendizaje colaborativo entre el pasante y el tutor.

Art.22.- Podrán ingresar al proceso de pasantías todos los aspirantes que acrediten haber participado en cursos teórico-prácticos de entrenamiento en mediación.

Art.23.- Los medidores certificados a cargo de los pasantes, recibirán el nombre de tutores de la pasantía y serán responsables de:

a) planificar las actividades de mediación de los pasantes a su cargo;

b) incorporar gradualmente a los pasantes en el proceso de una o más mediaciones;

c) realizar evaluaciones formativas y sumativas del proceso de aprendizaje del pasante;

d) asesorar y orientar a los pasantes a su cargo;

e) elaborar un informe cualitativo de cada uno de los pasantes que entregará al final del proceso al coordinador de las pasantías.

Art.24.- Serán considerados pasantes todos los aspirantes que una vez aprobado el entrenamiento en mediación:

a) asistan en forma sistemática a las audiencias en mediación y a las reuniones programadas por el tutor;

b) preparen y presenten los materiales solicitados por el tutor;

c) encuadren la tarea dentro del Centro de Mediación de acuerdo a las normas previstas en el reglamento del Cuerpo de Mediadores;

d) colaboren en forma activa con las actividades asignadas por el tutor.

Art.25.- La Coordinación de la Escuela designará un coordinador de las pasantías. Éste será responsable de.

a) acordar con la/s autoridad/es del Centro de Mediación el ingreso ordenado y gradual de los pasantes;

b) velar por el resguardo de las normas que rigen las actividades de dicho Centro procurando que no se alteren o distorsionen las actividades del mismo;

c) coordinar con el personal administrativo la organización de los estados y registros administrativos de los pasantes y tutores;

d) elaborar conjuntamente con los tutores el programa de las pasantías;

e) asignar un máximo de cuatro pasantes por tutor;

f) elaborar el cronograma de las pasantías evitando superposiciones de acuerdo a las necesidades e infraestructura del Centro;

g) realizar el seguimiento de las pasantías manteniendo entrevistas periódicas con los tutores y pasantes;

h) distribuir los espacios físicos posibilitando las reuniones periódicas de los grupos de pasantes con su tutor;

i) convocar a los pasantes para informarles acerca de todas las normas que rigen las actividades que realizan, haciéndoles firmar un compromiso de cumplimiento.

Art.26.- Será obligatoria la asistencia a clases, seminarios o cualquier otra actividad que determine la Coordinación de la Escuela o los docentes a cargo de los

courses, en los horarios, fechas y modalidades que en cada caso se establezcan.

Art.27.- Los cursantes deberán cumplir con una asistencia del 90% a los efectos de obtener las certificaciones correspondientes a los cursos o actividades académicas que se encuentren desarrollando.

Art.28.- Aquellos cursantes que superen el 10% de las inasistencias perderán su condición de tales en los cursos o actividades académicas que estén realizando.

Art.29.- Las modalidades de evaluación y promoción serán establecidas por el coordinador de la Escuela conjuntamente con los docentes a cargo del dictado de los cursos, seminarios o cualquier actividad académica.

Art.30.- Un alumno podrá solicitar equivalencias de un determinado curso o entrenamiento cuando hubiere aprobado estudios de contenidos similares o equivalentes en otra institución, debidamente reconocida, oficial o privada, nacional o municipal, provincial o extranjera.

Art.31.- Las equivalencias se solicitan a la Coordinación de la Escuela a través de la presentación de una nota y del certificado correspondiente. En aquellos casos en que se solicite equivalencias para la totalidad de las instancias que conforman el nivel básico de la Escuela de Mediadores, el aspirante deberá presentar una certificación de la institución correspondiente en la cual conste que ha realizado mediaciones o ejercido la función de co-mediación.

Art.32.- El Ministerio de Justicia, con intervención de la Dirección Nacional de Extensión Jurídica, determinará la naturaleza de la relación y las modalidades bajo las cuales se desempeñarán los docentes en la Escuela de Mediadores.

Art.33.- En la Escuela de Mediadores funcionará una biblioteca a cargo de un administrativo responsable de la misma.

Art.34.- Todo el material bibliográfico con que contare la biblioteca será ordenado y clasificado.

Art.35.- En la Escuela de Mediadores se registrará la aprobación de los cursos, la expedición de acreditaciones y las equivalencias concebidas.

G L O S A R I O

A continuación se presenta un glosario de los términos más utilizados en el ámbito de la Solución Alternativa de Disputas a nivel internacional. Este glosario ha sido propuesto por la "Academia de Expertos" y publicitado en su página electrónica. Se publicó con un texto original en inglés, mismo que se transcribe inmediatamente después de su traducción al español. Varios de los términos incluidos se mencionan en el trabajo de investigación, otros no han sido incluidos, pero conviene que el lector conozca y se familiarice con otros términos que en la materia se utilizan. Finalmente cabe la aclaración que después de los términos propuestos por la "academia de expertos" se incluyen algunos otros términos que vienen incluidos en el trabajo y que su definición resulta conveniente conocer.

- **ABA American Bar Association (Asociación Americana de Barras de Abogados).**

Es la organización encargada de organizar a las colegiaciones de abogados en Estados Unidos de Norteamérica, además de ser la encargada de emitir regulaciones y recomendaciones para la sana práctica del derecho, trato con clientes, etc. En Estados Unidos de Norteamérica para que un profesional del derecho pueda practicar requiere estar afiliado a un colegio o barra de abogados.

- **ADR Solución Alternativa de Disputas.**

ADR siglas en inglés para la solución alternativa de disputas, definida como "cualquier método de resolución de un tópico susceptible de un acuerdo de conformidad a la ley, más que una decisión impuesta; por lo general, el uso de la palabra decisión significa la imposición a las partes de una

decisión autoritaria por medio de un tercero, ya sea un juez o un árbitro.

(Cabe añadir que el mismo concepto es conocido como **SAL** -Solución Alternativa de Litigios-, **RAD** -Resolución Alternativa de Disputas-, **MASC** -Medios Alternativos de Solución de Controversias-, **SAC** -Solución Alternativa de Conflictos-, **SAD** -Solución Alternativa de Disputas.

ADR stands for "Alternative Dispute Resolution" defined as "any method of resolving an issue susceptible to normal legal process by agreement rather than by an imposed binding decision" NB; in general usage "decision" means an authoritative decision imposed on the parties other than by their consent by a judge or arbitrator.

- **ADJUDICACIÓN**

"Ejercicio de poder delegado por virtud de un contrato a un tercero para resolver disputas en un intermedio de bases finales que las partes elaboran sin recurrir a un litigio formal o arbitraje."

ADJUDICATION. Exercise of a power delegated by contract to a third party to resolve disputes on an interim of final basis as they arise without recourse to formal arbitration or litigation".

- **AUDIENCIA EJECUTIVA O "MINITRIAL"**

Un procedimiento de resolución de controversias sin una formalidad judicial en el cual los abogados de las partes presentan el caso y argumentos de sus clientes a un panel compuesto por un ejecutivo quien toma la decisión representando a cada parte. Esto es seguido inmediatamente por una negociación directa. Las partes son comúnmente

asistidas por una persona que recuerda o las mantiene en las reglas y posturas que deben guardar y por una persona que asiste en negociaciones, y que puede dar su opinión sobre el desenlace en el caso de un litigio ante una corte.

EXECUTIVE HEARING (Also known as minitrial or executive tribunal). A without prejudice formalized settlement procedure in which advocates present their clients best case and reasons for settlement within strict time limits to a panel composed of one executive decision maker representing each party. It is followed immediately by direct negotiation. The parties are often assisted by a neutral retained, he may be requested to preside and maintain the rules and an agreed timetable, to assist with negotiations and, if so agreed, to give an opinion to the likely outcome of litigation.

- CAUCUS (También conocida como reunión privada)

"Una reunión privada con cada una de las partes en la cual el mediador explora medios para resolver la disputa."

CAUCUS. (Also known as Private Meeting). A private session with any one party in which the mediator explores ways of resolving the dispute.

- CONCILIACIÓN

"Un proceso de solución alternativa de disputas sin ataduras prejudiciales, en las cuales una tercera parte neutral asiste a las partes a resolver sus diferencias, pero puede, en caso de ser necesario dar su opinión, en aras de resolver la controversia."

Nota: Un conciliador puede ser requerido a formular una "recomendación" sobre como debe ser resuelta la disputa, en

caso que el acuerdo no se haya logrado durante el proceso. En algunos contratos, las partes acuerdan que la recomendación del conciliador será obligatoria a menos que contravenga alguna disposición estatal. Los términos "conciliación" y "mediación" son comúnmente utilizados indiscriminadamente y uno por el otro.

CONCILIATION. "A without prejudice non-binding dispute resolution process in which an independent third party ("neutral") assists the parties to settle their difference but may, if necessary, deliver his opinion as to the merits of the dispute".

Note: A conciliator (neutral) may be required to make a "recommendation" as to how the dispute should be settled if agreement cannot be reached by the parties during the process. In some contracts, the parties agree that a conciliator's recommendation is binding unless challenged within a state period. "Conciliation" and "Mediation" are often used interchangeably and indiscriminately.

- **CONDUSEF**

Comisión nacional para la protección y defensa de los usuarios del sistema financiero.

- **CPEUM**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- **CORTE ANEXA DE ADR**

"Cualquier procedimiento de ADR al cual las partes puedan ser requeridas o advertidas para someterse por la corte, o bien, una facilidad de ADR la cual es ofrecida por la corte (p.e. una corte multi-puertas)".

COURT ANNEXED ADR. "Any ADR process which the parties may be required or advised to undertake by the court, or an ADR facility which is offered by the court (e.g. in a multi-door court house)".

- **CORTE ANEXA DE ARBITRAJE**

Una forma de corte anexada con ADR en la cual un árbitro emite una decisión preliminar, la cual en algunas circunstancias puede ser obligatoria para las partes.

COURT ANNEXED ARBITRATION. A form of court annexed ADR in which an arbitrator gives a preliminary decision which, in some circumstances, may thereafter become binding upon the parties.

- **LFPC**

Ley Federal de Protección al Consumidor.

- **LFT**

Ley Federal del Trabajo.

- **MEDIACIÓN COMPRENSIVA**

Mediación en todas las ramas, más que exclusiva, aunque particularmente aplicada a disputas familiares.

COMPREHENSIVE MEDIATION. Mediation on all, rather than selective issues, particularly in family disputes.

- **PANEL DE REVISIÓN DE DISPUTAS**

Panel constituido bajo los términos de un contrato para mediar o resolver demandas, disputas o controversias, bajo bases interinas o bases finales y obligatorias.

DISPUTE REVIEW PANEL/BOARD. A panel set up under the terms of a contract to adjudicate, mediate, or settle claims, disputes or controversies referred them, either on an interim or final and binding basis.

- **PROFECO**

Procuraduría Federal de Protección al Consumidor.

- **TEMPRANA EVALUACIÓN DE EXPERTOS**

El uso de un experto independiente para investigar y dar su opinión experta en cualquier consulta que le realicen las partes. Normalmente esto será usado por las partes para asistirlos en la búsqueda y alcance de un arreglo.

EARLY EXPERT EVALUATION. The use of an independent expert to investigate and give his expert opinion on any matter referred to him by the parties. Normally this will be used by the parties to assist them in reaching a settle or narrowing the issue.

- **TEMPRANA EVALUACIÓN NEUTRAL**

El uso de una persona neutral en la disputa para dar su opinión en una materia dada. Su opinión será sobre la posibilidad de arreglo de la disputa.

EARLY NEUTRAL EVALUATION. The use of a neutral person to give his opinion on a matter often of the potential outcome of the dispute.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA JOURNAL The lawyer's magazine. USA, Volumen 87, Diciembre 2001.
- ABA JOURNAL The lawyer's magazine. USA, Volumen 87, Noviembre 2001.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Imprenta Universitaria, México, 1947.
- ALCARAZ VARÓ, Enrique, *Diccionario de términos jurídicos, inglés-español, spanish-english*, Ariel, S.A., Barcelona, S.A.
- ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos Mercantiles atípicos*, Trillas, México, 1991.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 3ª. Ed., Porrúa, México, 1979.
- BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Tr.:Mónica Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1997.
- CASTILLO AGUILAR, Hipólito, "La Conciliación extrajudicial como sistema", s.e., Perú, 2000.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO. Anaya editores, S.A., México, 1998.
- COLECCIÓN MERCANTIL, 9ª.Ed., Delma, México, 1999.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2ª. Ed., Delma, México, 1999.
- CROSSMAN, R.H.S., *Biografía del Estado moderno*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 17ª. Ed., Porrúa, México, 1991.
- *Diccionario Jurídico mexicano*, tomo A-CH. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa-UNAM, México, 1993.
- *Dispute Resolution Magazine*. USA, Volumen 6, Número 3. Spring 2000, 2000.
- DUPUIS, Juan Carlos, *Mediación y conciliación*, Abeldo-Perrot, Argentina, 1997.
- *ENCICLOPEDIA AUTODIDÁCTICA QUILLET*, Tomo IV, Aristides Quillet, México, 1960.
- *Enciclopedia SALVAT*, *Diccionario*, Tomo 8, Salvat editores, S.A., España, 1971.
- *Estudios sociales*. Número 88, Trimestre 2. Santiago, Chile, 1996.

- FISHER, Roger, *Beyond Maquiavelli*, Penguin Books, USA, 1996.
- FISHER, Roger, *Getting to yes, Negotiating agreement with out giving it*, Penguin Books, USA, 1991.
- FLOYER ACLAND, Andrew, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidós, Barcelona, España, 1993.
- FREER, Richard, COLLINS PERDUE, Wendy, *Civil Procedure, Cases, materials and questions*, 3th. Ed., Anderson Publishing Co., USA, 2001.
- GOLDBERG, Stephen, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and other processes*, 2a. Ed. Aspen Law & Business, Aspen Publishers Inc., USA, 1992.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Quinta Edición, Oxford University Press-Harla de México, S.A. de C.V., México, 1991.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Oxford University Press-Harla de México, S.A. de C.V., México, 1998.
- GÓMEZ PEREZ, Rafael, *Deontología Jurídica*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1991.
- GOZAÍNI, Oswaldo Fernando, *Formas Alternativas para la Solución de Conflictos*, Depalma, Argentina, 1997.
- GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO, Tomo VII, Selecciones del Reader's Digest, España, 1981.
- <http://ags.acnet.net/stjeags/RevistaJuridica/sep-mzo->
- <http://www.caadrs.org/studies/lynncohn.htm>
- <http://www.cenavid.com/>
- <http://www.congreso.cl/biblioteca/estudios/justmedi.html>
- <http://www.minjusticia.gov.co:9090/ows-do/43380/433802.html>
- <http://www.peru.derecho.org/articulos>
- <http://www.peru.derecho.org/articulos>
- KARRASS, Chester, *The negotiating game*, Thomas Crowell publishers, USA, 1970.
- LA SANTA BIBLIA, Sociedades Bíblicas Unidas, Corea, 2001.
- *Legislación en materia de Propiedad Industrial*, 4ª. Ed., Delma, México, 1998.
- *Ley de Amparo*. 10ª. Ed., Delma, México, 2000.
- *Ley de Concursos Mercantiles*. Editorial PAC, México, 2000.
- LEY FEDERAL DEL TRABAJO. 80ª. Ed., Porrúa, México, 1998.
- MARGADANT F., Guillermo, *Panorama de la historia universal del derecho*, 4ª.Ed., Porrúa, México, 1991.

- MARTÍNEZ De MURGUÍA, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos*, Editorial Piados, México, 1999.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, Oxford University press-Harla México, S.A. de C.V., México, 1998.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 4ª. Ed., Oxford University press-Harla México, S.A. de C.V., México, 1991.
- PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO, Ediciones Larousse, México, 1983.
- RABASA, Oscar, *El derecho angloamericano*, 2ª. Ed., Porrúa, México, 1982.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª. Ed., Tomo II, Espasa Calpe, Madrid, España. 1992.
- RIVERA RODRÍGUEZ, Isaias, *El nuevo derecho agrario mexicano*, Mc. Graw-Hill, México, 1997.
- SLAIKEU, Karla, *Para que la sangre no llegue al río*, Editorial Granica, Barcelona, España, 1996.
- STRICKLAND, Bárbara, *Esbozo del sistema jurídico norteamericano*, Ediciones Garnica, S.A., Argentina, 1995.
- *The U.S. Constitution*, 7a. Ed., Oak Hill Publishing Company, USA, 1999.
- URSÚA-COCKE, Eugenio, *Elementos del sistema jurídico anglosajón*, Porrúa, México, 1984.
- VON IHERING, *La lucha por el derecho*, 2ª. Ed., Porrúa, México, 1989.

ESTACIONAMIENTO SOLO PARA NUESTROS CLIENTES

NADIE COMPITE CON NUESTRA CALIDAD DE
IMPRESION Y TIEMPO DE ENTREGA, COMPRUEBO!

NO TENEMOS SUCURSALES

TESIS PROFESIONALES

TESINAS • MEMORIAS • INFORMES

8 DE JULIO No. 13

(ENTRE PEDRO MORENO Y MORELOS)

TELS. **3614-0122**

3613-6142

GUADALAJARA, JAL.



copi • offset
(TIROS CORTOS AL INSTANTE)