

CAPÍTULO III

MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Como punto de partida es necesario señalar que los diversos mecanismos de resolución de controversias nacen a partir de la necesidad de resolver los conflictos de intereses entre los individuos que forman parte de una sociedad, teniendo como fin primordial la realización de la justicia; el término litigio tiene un amplio alcance pues se entiende como:

“el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa”¹

Gran importancia en la doctrina tiene Carnelutti, ya que propagó la idea de los equivalentes jurisdiccionales pues además del proceso en el cual el Estado tiene la función jurisdiccional, también señala el proceso extranjero; el proceso eclesiástico; la autocomposición; la composición procesal; la conciliación y el arbitraje². Brevemente se explicarán estas figuras:

El proceso extranjero, se trata de llevar a cabo todos los requisitos para ejecutar una sentencia extranjera; sin embargo, esto es resultado de una función jurisdiccional de otro Estado.

El proceso eclesiástico, es parecido al proceso extranjero, pero éste es realizado por tribunales eclesiásticos.

¹ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, Proceso, autocomposición y autodefensa, 3ª ed., Edit. UNAM, México, 1991, p. 18.

² Gómez Lara, Cipriano, cita a Carnelutti en Teoría general del proceso, 9ª ed., Edit. Oxford, México, 2000, p.9.

La autocomposición, que podría no ser un equivalente jurisdiccional, pues en realidad lo que sucede es que se excluye a la jurisdicción, ya que son los propios particulares quienes solucionan el conflicto; sin embargo es considerado así debido a que es un medio que sirve para lograr la finalidad característica del proceso jurisdiccional³; posteriormente se analizará ampliamente este concepto.

La composición procesal, tiene similitud a la anterior, pues el resultado jurídico que se obtenga es el mismo ya sea dentro o fuera del proceso.

La conciliación, si a través de ésta se resuelve el conflicto de intereses, se llega a una figura autocompositiva, en tanto que si la conciliación se frustró no se tendría el mencionado equivalente jurisdiccional.

Arbitraje, se lleva a cabo a través de la intervención de jueces privados, por lo que representa un verdadero equivalente jurisdiccional.

3.1 Autotutela.

Por otra parte es Niceto Alcalá Zamora y Castillo a través de su obra *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, quien analiza la importancia que tienen estas tres figuras en el campo procesal, ya que son las tres formas de resolver la conflictiva social. Indudablemente en primer lugar aparece la autotutela, siendo el antecedente histórico del proceso como una forma egoísta y primitiva de solución, pues el más fuerte o más hábil es quien impone la solución al conflicto; por lo tanto, el litigio se resuelve no conforme a derecho, sino conforme a un impulso individual prescindiendo de toda idea

³ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, cita a Lezioni, op.cit., p. 24.

de solidaridad social; de tal forma que el individuo repelara la agresión tal y como pueda, para después el juzgador determinar si el individuo ha excedido lo establecido por el legislador.

Preferentemente varios autores utilizan el vocablo autotutela, en lugar de autodefensa, pues tal y como lo indica ampliamente Alcalá Zamora en su obra antes citada la etimología de la palabra, como tantas veces ocurre, no es suficientemente expresiva para designar con exactitud su heterogéneo contenido⁴. El término se refiere a defensa por sí mismo, por lo que quedarían excluidos casos en los que la legítima defensa es en beneficio de un tercero; así también el concepto de defensa es sinónimo de resistencia o ataque, lo que no sucede en el estado de necesidad; tampoco aplica para el dueño del terreno invadido por abejas y en el que penetra el apicultor persiguiéndolas, pues no puede considerársele atacante, es por eso que la palabra autodefensa resulta insuficiente para abarcar las diferentes formas que comprende.

Algunas de las formas autotutelares más importantes que maneja nuestra legislación son:

- *Legítima defensa penal.*

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal menciona que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

III. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista

⁴ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, op.cit., p. 48.

necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende;

IV. Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia, por el agente y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

Es la legítima defensa el principal ejemplo de la autotutela, puesto que envuelve la defensa de bienes jurídicos propios o ajenos.

- Retención de equipajes.

El artículo 2669 del código Civil Federal establece que:

Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado.

En este ejemplo al tener la opción el hotelero de retener el equipaje del huésped que se niega a pagar, es también muestra de justicia por propia mano.

- Corte de ramas y raíces provenientes del predio contiguo.

Esta figura esta regulada por la legislación Civil Federal en su artículo 848, el cual dispone que:

Si las ramas de los árboles se extienden sobre heredades, jardines o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho de que se corten en cuanto se

extiendan sobre su propiedad; y si fueren las raíces de los árboles las que se extendieren en el suelo de otro, éste podrá hacerlas cortar por sí mismo dentro de su heredad, pero con previo aviso al vecino.

Es claro el ejemplo de que en tal situación una parte es la que dirige el conflicto.

- Persecución de animales o enjambres de abejas propios en predio ajeno y destrucción de animales ajenos en predio propio.

Al respecto es el artículo 861 del Código Civil, que menciona lo siguiente:

Si la pieza herida muriese en terrenos ajenos, el propietario de éstos, o quien lo represente, deberá entregarla al cazador o permitir que entre a buscarla;

Por otra parte el mismo Código en su artículo 872 menciona:

No se entiende que las abejas han abandonado la colmena cuando se han posado en predio propio del dueño, o éste las persigue llevándolas a la vista.

Así mismo el artículo 873 dispone lo siguiente:

Los animales feroces que se escaparen del encierro en que los tengan sus dueños, podrán ser destruidos o capturados por cualquiera. Pero los dueños pueden recuperarlos si indemnizan los daños y perjuicios que hubieren ocasionado.

En tanto los artículos 865 y 866 de la citada codificación ordenan:

Es lícito a los labradores destruir en cualquier tiempo los animales bravíos o cerriles que perjudiquen sus sementeras o plantaciones. El mismo derecho tienen respecto a las aves domésticas en los campos en que hubiere tierras

sembradas de cereales y otros frutos pendientes a los que pudieren perjudicar aquellas aves.

Las disposiciones legales antes citadas son una muestra clara de formas autotutelares permitidas.

- Derecho sancionador de los padres.

El Código Civil en su artículo 423 especifica que:

...los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

Se aprecia en esta disposición que la ley permite el uso de correctivos para mejorar el comportamiento de los hijos, siempre y cuando sirva como un buen ejemplo; sin embargo, este criterio es subjetivo pues depende mucho de las condiciones sociales y culturales de cada familia, por otra parte las disposiciones penales restringen esta disposición pues quien infiera lesiones a los menores o pupilos que estén bajo su guarda, el juez podrá imponer una pena (Artículo 295 del Código Penal)

- Robo de famélico.

El artículo 379 del Código Penal establece:

No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

Definitivamente es una forma autotutelar que se permite legalmente, siempre y cuando sea por única ocasión y no se utilice ningún tipo de violencia.

- Echazón.

Se refiere a que el capitán del navío tiene permitido echar al mar las mercancías que considere necesarias, en caso de existir la posibilidad de naufragio, esto con el fin de aligerar el peso del barco y lograr su salvación, esta figura forma parte del Derecho Marítimo, pero puede aplicar al Derecho de la Aeronavegación.

- Huelga.

Consiste en la suspensión legal y temporal del trabajo como resultado de una coalición de trabajadores, es una figura autotutelar que lleva a cabo la clase trabajadora para ejercer presión a los patrones y lograr así diversos fines como son el equilibrio de salarios y demás prestaciones a las que tienen derecho, para que una huelga prospere deberá reunir varios factores que se encuentran mencionados en el artículo 450 de la Ley Federal del Trabajo.

En resumen, las características que distinguen a la autotutela son la inexistencia de un juzgador diferente a las partes y que la solución a la controversia se impone por una de ellas.

3.2 Autocomposición.

Una segunda forma que existe en la solución de conflictos es la autocomposición que representa un modo más evolucionado para resolver conflictos, aún se encuentra en el campo de las decisiones individuales reflexivas, pero éstas no son instintivas como sucede en la autotutela; dicho en otras palabras se pone fin a un litigio a través de la voluntad de las partes mediante la renuncia o reconocimiento a favor de la contraparte.

Como lo menciona Carnelutti, en su obra Sistema de Derecho Procesal Civil, dentro de la autocomposición existen dos especies: las unilaterales que son la renuncia y el reconocimiento; así como una bilateral que es la transacción⁵; las primeras son claro ejemplo de modelos autocompositivos y no necesariamente se dan en el ámbito procesal, pueden aparecer antes, después o ser independiente del proceso.

3.2.1 Desistimiento.

La primera especie de autocomposición es la unilateral del atacante, o sea el desistimiento, en su obra Teoría General del Proceso, Torres Díaz lo define como:

“una actitud propia del actor o atacante por virtud de la cual deja sin efecto, o renuncia a una pretensión formulada, fenómeno que es designado incorrectamente en los códigos procesales como desistimiento de la acción, cuando más propiamente debería

⁵ Gómez Lara, Cipriano, cita a Carnelutti, op.cit., p. 19.

llamarse desistimiento o renuncia al derecho sustantivo hecho valer o reclamado del sujeto obligado”⁶

Así pues, nuestra legislación considera al *desistimiento* como una renuncia procesal de derechos o de pretensiones; existen tres tipos de desistimiento: de la demanda, de la instancia y de la acción; pero solo la última puede considerarse como autocompositiva. Generalmente la expresión desistimiento de la acción se ha empleado para designar el acto procesal mediante el cual el demandante renuncia, pero en realidad en estos casos no se desiste de la acción, sino de la pretensión o pretensiones formuladas en la demanda, por lo que sin la existencia de la pretensión no puede subsistir el proceso.⁷

El desistimiento de la pretensión aplica principalmente en los conflictos civiles; en el campo penal el mejor ejemplo es lo que en los delitos privados se conoce como perdón del ofendido. El desistimiento es un acto unilateral del actor y no requiere el permiso del demandado, aunque podría impugnar los vicios que afecten a su validez.

3.2.2 Allanamiento.

La segunda especie unilateral de autocomposición es el allanamiento, que es una conducta que implica el sometimiento por parte del demandado o de quien resiste en el proceso, a las pretensiones de quien acciona, Alcalá Zamora y Castillo da una definición de allanamiento:

⁶ Torres Díaz, Luis Guillermo, Teoría general del proceso, 1ª reimpresión, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994, p. 25.

⁷ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, Diccionario de derecho, 31ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003, p. 245.

“Como el reconocimiento y sumisión de la parte atacada a la pretensión litigiosa contra ella dirigida”⁸

El allanamiento también es común en litigios civiles, para que surta efectos debe ser incondicional, además tratándose de allanamiento a la demanda no supone, necesariamente, el reconocimiento de la justicia de la pretensión del demandante, pues los motivos de este acto procesal pueden ser otros.

La tercera especie de autocomposición, pero en este caso bilateral, es la transacción, se entiende como un negocio jurídico a través del cual las partes mediante el pacto o acuerdo de voluntades, encuentran la solución de la controversia o del litigio.

3.2.3 Transacción.

Nuestro Código Civil Federal en su artículo 2944 define a la transacción como un contrato por medio del cual, las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura, analizando esta definición se desprende que:

- Existe una relación de litigio
- Las partes tienen la intención de dirimir sus conflictos
- Las recíprocas concesiones que se hacen las partes

Las características citadas de la transacción tienen su origen en el Código Napoleón, aunque en Francia se consideraba que no debería reglamentarse como un contrato específico pues no estaba justificado

⁸ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, op.cit., p. 85.

doctrinariamente, finalmente fue considerado como tal debido a influencia de los tribunales; sin embargo, en dicho código francés, como en los códigos de 1870 y 1884 de México no se precisaba la reciprocidad de las concesiones como base fundamental para lograr la solución de la controversia o prevenirla según sea el caso.⁹

El Código de 1928, conserva preceptos del Código de 1870, pero en el caso de la transacción ya aporta una definición mas acertada y aclara la función y efectos de la transacción.

Por su parte Colin y Capitant refiriéndose a este contrato especifican:

“La transacción acaba con un pleito, o lo previene mediante un sacrificio recíproco de las partes, sacrificio que, por lo demás, lo mismo puede consistir en una renuncia a un pretendido derecho, que en una prestación o en la promesa de una prestación extraña al litigio, habiendo declarado la jurisprudencia francesa, en diferentes ocasiones, que este recíproco sacrificio es indispensable para que se pueda decir que la operación de que se trata es una transacción”¹⁰

Rafael de Pina establece que la transacción es un modo excepcional de poner término a un proceso pero no es, un acto jurídico procesal, sino un acto jurídico civil (contrato) susceptible de producir efectos procesales¹¹, en nuestro derecho mexicano los actos que se verifican dentro del proceso, y, por tanto, originan consecuencias inmediatas para él, son actos procesales; los actos que se realizan fuera del proceso no lo son, aunque produzcan efectos mediatos en él, e incluso aunque estos efectos mediatos sean los únicos tenidos en cuenta por las partes para realizar aquel acto.

⁹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op.cit., p. 362.

¹⁰ De Pina, Rafael, cita a Colin y Capitant en Elementos de derecho civil mexicano, 7ª ed., Edit. Porrúa, México, 1992, p. 300.

¹¹ De Pina, Rafael, op.cit., p. 303.

Existen diferentes tipos de transacción; la judicial, extrajudicial y actualmente han surgido la pura, compleja, declarativa y traslativa.

La transacción judicial es aquella que tiene como fin terminar con un juicio pendiente, mediante el acuerdo privado de las partes.

La transacción extra judicial se lleva a cabo cuando el conflicto que las partes pretenden resolver no se encuentra pendiente de decisión judicial.

Transacción pura es aquella en la que las recíprocas concesiones de las partes recaen sobre los derechos controvertidos. Será compleja cuando para llegar a un acuerdo se compensa a una de ellas, o a ambas, con cosas o derechos extraños a la controversia.

En cuanto a la transacción declarativa y traslativa, varios autores señalan que la primera se refiere al recíproco reconocimiento de derechos, en tanto que la segunda es en relación a la atribución de derechos de una parte a otra respecto a aquellos que no eran discutidos en la controversia; sin embargo, el Código Civil Federal en su artículo 2961 establece que por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen los derechos que el objeto de las diferencias sobre que ella recae.

De acuerdo a la clasificación de los contratos contemplada por nuestra legislación, analizada ya en el capítulo primero de esta tesis, se puede decir que el contrato de transacción es:

- a) Principal. Ya que tiene fines propios y no necesita para su existencia y validez de otro contrato. Algunos autores como Rafael de Pina opinan que este contrato es accesorio pues tiene como supuesto o como

antecedente una relación jurídica incierta, susceptible de desembocar en una contienda judicial.

- b) Bilateral. Nacen obligaciones para ambas partes, tal como lo menciona el artículo 2944 “haciéndose recíprocas concesiones”.
- c) Oneroso. Las cargas y gravámenes corresponden a las dos partes pues es una consecuencia de las prestaciones recíprocas
- d) Conmutativo. A partir de que el contrato se celebra, se conoce el carácter de ganancioso o perdedoso.
- e) Con forma restringida. El código civil federal establece que cuando la transacción pasa de \$200.00 debe constar por escrito privado o en escritura pública, si la cantidad es menor la transacción estará libre de formalismos.

Elementos de existencia

Para que la transacción exista son indispensables el consentimiento y el objeto. El consentimiento se refiere al acuerdo de voluntades, es decir las partes están aceptando las obligaciones y el objeto del contrato.

El objeto de la transacción son los derechos controvertidos o dudosos, siempre que sean susceptibles de disposición y renuncia. El objeto jurídico directo es la creación transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones; el indirecto puede ser un dar, un hacer o una abstención.

Elementos de validez.

El código civil menciona que tendrán capacidad para celebrar este contrato todos los que puedan disponer de los derechos sobre los que versa la

transacción, se requiere la capacidad general, en caso de representantes o administradores requieren ser facultados en cuanto a actos de dominio.

Ausencia de vicios del consentimiento.

En general, cuando existe error, dolo, mala fe, violencia o lesión, se puede invalidar la transacción, en especial:

a) Cuando tiene por base un título nulo:

El artículo 2954 menciona que la transacción puede anularse cuando se hace en razón de un título nulo, a no ser que las partes hayan tratado expresamente de la nulidad.

Cuando las partes están instruidas de la nulidad del título, o la disputa es sobre esa misma nulidad, pueden transigir válidamente, siempre que los derechos a que se refiere el título sean renunciables. Artículo 2955

b) Cuando se celebró basado en un error:

Será nula la transacción que haya tenido en cuenta documentos que después resultaron falsos por sentencia judicial. En tanto si se descubren nuevos títulos o documentos y ha habido mala fe, tendrá como consecuencia anular o rescindir la transacción. (Art. 2656, 2657).

c) Cuando el asunto ha sido resuelto por sentencia ejecutoriada

También es nula la transacción sobre cualquier negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable

Que el objeto, motivo o fin sean lícitos.

Es ilícito aquello que va en contra de la ley o las buenas costumbres; son ilícitas las transacciones que recaigan:

a. Sobre la acción penal proveniente de un delito

Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito, pero no por eso se extingue la acción pública, para la imposición de la pena, ni se da por probado el delito (Art. 2947)

b. Sobre el estado civil de las personas.

Los cónyuges, tal y como lo menciona el artículo 254 de la legislación civil federal, no pueden celebrar transacción ni compromiso en árbitros acerca de la nulidad del matrimonio. En tanto tampoco puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros. Art. 338.

Por otro lado no se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio

c. Sobre el derecho a recibir alimentos

La ley menciona que el derecho a recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción, así lo mencionan los artículos 321 y 1372, también el artículo 2950 establece que se declarara nula la transacción que verse sobre el derecho de recibir alimentos.

d. Sobre la sucesión futura y sobre una herencia antes de ver el testamento.

Así lo menciona el artículo 2950 y serán nulas las transacciones que versen sobre estos aspectos.

Es necesario mencionar que de acuerdo al criterio de la SCJN la transacción tiene respecto de las partes la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; para que pueda tener los efectos de una sentencia se necesita

que se lleve a cabo por todas las formalidades legales, esto es, que se ratifique por las partes ante la presencia judicial, que sea aprobada por el juez o tribunal respectivo y que se notifique el auto de su aprobación¹²

De los medios alternativos que conducen a la solución de conflictos, y que con frecuencia se conectan con el proceso arbitral, mencionaremos a la mediación y la conciliación, que en realidad tienen un lugar intermedio entre la autocomposición y la heterocomposición, aunque diversos estudiosos ubican a estas dos figuras en el campo de la heterocomposición; éstos mecanismos tienen en su conjunto características similares como son:

- La resolución va en busca de una satisfacción del interés de los particulares.
- Se llevan a cabo con moralidad, probidad y verdad.

3.3 Mediación.

Se define como un medio alternativo en el cual las partes en controversia, buscan dirimir sus intereses de una manera voluntaria y cooperativa con la ayuda de un tercero, quien les ayuda a encontrar una solución fuera de la esfera jurisdiccional, las partes asumen desde un principio la hipótesis de que a uno de ellos les asiste un derecho¹³

Se puede considerar a la mediación como una forma no adversarial de resolución de controversias, pues se procura que nadie pierda, sino que

¹² Código Civil Federal, arts. 2944 a 2963.

¹³ Lara Ponte Rodolfo H.; “Reflexiones en torno a los mecanismos no jurisdiccionales en la resolución de conflictos” en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 3, Diciembre de 1998, p. 114.

ambos ganen, es también importante mencionar que solo a petición de las partes el resultado de la mediación puede homologarse judicialmente, quedando en absoluta libertad de desechar el proceso de mediación para recurrir a la sentencia de un juzgador.

De acuerdo con Kathryn Girad, en su obra *Peaceful persuasión: A guide to creating mediation dispute resolution programs on college campuses*:

“En la mediación, el mediador actúa como un guía en un voluntario proceso de colaboración, en el que los litigantes participan conjuntamente en la resolución de su problema. Las partes no pueden ser forzadas a entrar a la mediación o a pactar un convenio, ni puede el mediador imponer una solución a las partes. El resultado final de una exitosa mediación es que ni hay ganadores ni perdedores, sino satisfacciones esperadas”¹⁴

En México, la palabra mediación es utilizada por algunos estudiosos, pero la ley es casi omisa en tal medio, tal vez la razón se deba al desconocimiento de la técnica que ha de seguirse; a pesar de esto, el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos de Norteamérica ya contiene algunas reglas de mediación; y es que precisamente en este último país la mediación está institucionalizada y se cuenta con centros que atienden conflictos sobre vecindad, laborales y escolares.

En este orden de ideas, el mediador desempeña una importante función, pues él procura los medios óptimos para que las partes lleguen a un acuerdo, siguiendo a la autora de la obra *Settling disputes. Conflict resolution in*

¹⁴ Silva, Jorge Alberto, cita a Kathryn Girad en *Arbitraje Comercial Internacional en México*, 1ª ed., Edit. Pereznieta Ediciones, México, 1994, p. 9.

businesses, families, and the legal system, algunas de las principales funciones y características son:¹⁵

- Contacto inicial entre mediador y partes
- Calma la ira o sentimientos irritados de los litigantes
- Dirige la discusión de manera neutral
- Establecimiento de reglas mínimas para guiar los procedimientos
- Ayuda a las partes para diferenciar los intereses de las posiciones
- Trabaja con las partes para la elaboración de soluciones propias de sus necesidades.
- Evaluación y comparación de las opciones con las alternativas de las propias partes
- Elaboración a las partes del convenio de solución, así como los procedimientos para implementarlo
- Procura que las negociaciones se hagan cuando las partes estén listas para ellos, y no en otra época o momento.

3.4 Conciliación.

De acuerdo con la enciclopedia jurídica Omeba

“Conciliar proviene del latín conciliare que significa componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí”¹⁶

¹⁵ Silva, Jorge Alberto, cita a Linda R. Singer, op.cit., p. 10.

¹⁶ Enciclopedia jurídica Omeba, Editorial Driskill S.A. Tomo IV, Argentina, 1987, p.595.

Es, en otras palabras, el acuerdo celebrado entre quienes se encuentran en un conflicto de intereses para evitar un juicio o dar por terminado uno ya iniciado, evitando así los trámites que regularmente se llevarían a cabo.

En la mediación, tal y como se señaló, un tercero se limita a establecer la comunicación entre las partes; en la conciliación el papel que éste juega es aún más dinámico, puesto que también propone alternativas viables a las partes para que éstas resuelvan de común acuerdo sus diferencias.

La decisión del conciliador es una sugerencia no obligatoria y en caso de que este medio de solución falle deja la opción para intentar el arbitraje. En México la conciliación se vincula generalmente con conflictos laborales, pues constituye un trámite previo al arbitraje, tendiente a reducir costos y tiempos en beneficio de las partes, por lo que se puede decir que este mecanismo se ha convertido en un elemento fundamental de orden económico y paz social para el país. Así también, nuestro orden jurídico laboral marca la obligatoriedad de la conciliación en los procedimientos especiales, en los conflictos colectivos de naturaleza económica y en el procedimiento de huelga.

La conciliación, sin embargo, no es una creación del Derecho Social, su origen debe basarse más bien en el Derecho Internacional Público, donde, junto con el arbitraje constituyen los procedimientos más característicos para dar solución a los problemas que se suscitan entre dos o más partes. La conciliación se diferencia del arbitraje, ya que el conciliador propone una solución, o sea da una sugerencia, en tanto que el árbitro no solo propone, sino que concluye dando una solución con carácter de obligatoria. De acuerdo

con Ovalle Favela, el conciliador debe ser una persona imparcial distinta al juzgador (que podría ser un árbitro), esto con el fin de evitar influenciarlo y dar una solución concreta.¹⁷

Por otra parte, la conciliación también aparece en el aspecto civil que incluye la participación de conciliadores especializados adscritos a los juzgados respectivos, con lo que se pretende superar la etapa en la que solamente el juez exhortaba a las partes sin mayor resultado

Otros ejemplos de conciliación en nuestro derecho son: la Procuraduría Federal del Consumidor, ante reclamos a proveedores de bienes y servicios, buscando antes que el castigo, la consecución de acuerdos entre partes, y la Procuraduría de Defensa del Menor y la Familia en donde la protección al menor no sería posible sin en el acuerdo entre los padres o tutores, de ser el caso.¹⁸

En un plano internacional, las reglas del procedimiento conciliatorio tienen su fundamento en el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional y el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

- Inicia con la presentación de la demanda conciliatoria exponiendo las pretensiones y se anexan las pruebas fundatorias.
- Se notifica a la contraparte mediante correo, y a la vez, el notificador interpela al notificado para que responda si desea someterse a la conciliación.

¹⁷ Ovalle Favela, José, Derecho procesal civil, 8ª ed., Edit. Oxford, México, p. 23,117

¹⁸ Lara Ponte Rodolfo H.; cita a Chacón C. Mauro R , op.cit., p. 113.

- Si acaso la contraparte no desea someterse a un procedimiento de conciliación, se da por terminado tal procedimiento conciliatorio, si esta de acuerdo se fija una fecha para una audiencia, en la que se deberá escuchar a las partes.
- Si se produce la avenencia entre las partes, se levanta el acta correspondiente, por lo que se termina el procedimiento con una resolución o resultado que se conoce como fórmula de conciliación.
- Si fracasa el procedimiento conciliatorio, se podrá recurrir al enjuiciamiento arbitral, en caso de existir acuerdo arbitral, o recurrir al procedimiento jurisdiccional estatal.

3.5 Heterocomposición.

He analizado anteriormente la autotutela y la autocomposición como medios de solución de las controversias, ahora toca el turno a la heterocomposición que tiene gran importancia en esta tesis debido a que dentro de este mecanismo se encuentra el arbitraje, figura central en el desarrollo del contrato de compromiso, es esta la razón del por qué solo mencionaré brevemente al proceso y analizaré con mayor detalle al arbitraje.

Cipriano Gómez Lara dice que la heterocomposición es:

“Una forma evolucionada e institucional de solución de conflictiva social e implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto”¹⁹

La amigable composición es una figura intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición, en la que un amigable componedor trata de poner de acuerdo a las partes discordes y era lo que un principio utilizaban los individuos para solucionar sus conflictos.

Pero es sin duda el arbitraje la primera figura heterocompositiva que surge, en la cual las partes dirimen sus conflictos mediante un procedimiento seguido ante un juez de carácter privado llamado árbitro, quien a partir de un estudio dará una solución a la controversia denominada laudo.

3.5.1 Proceso

Otra forma de resolver conflictos por vía heterocompositiva es el *proceso jurisdiccional*; como no todas las disputas pueden ser resueltas por decisiones arbitrales es entonces cuando surge la necesidad de recurrir al

¹⁹ Gómez Lara, Cipriano, op.cit., p. 23.

proceso, claros ejemplos de que el proceso es indispensable e insustituible son en su mayoría de orden penal; múltiples conflictos familiares, como los divorcios, aspectos relativos al estado civil de las personas, juicios de alimentos etcétera.

Uniendo las ideas de varios estudiosos del derecho se puede decir que el proceso es el conjunto de actos regulados por la ley y desenvueltos por el órgano jurisdiccional, por las partes interesadas y por los terceros ajenos a la relación sustancial realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo al caso concreto controvertido, mediante una decisión o sentencia del juez competente, la cual tiene carácter de imperativa aún en contra de la voluntad de los interesados.

En ocasiones se considera que el proceso es el mejor medio de solución; sin embargo, no todos hacen suyo este criterio, pues en muchas ocasiones el proceso jurisdiccional es un conjunto de trámites dilatados y muchas veces inútiles y costosos y no siempre se encuentra una solución correcta a la conflictiva social, a pesar de esto, no se trata de restringirlo o eliminarlo pues solo es un instrumento de aplicación del derecho y por lo tanto no es ni bueno ni malo, de ahí que lo que se busca es su perfeccionamiento, tal y como lo menciona Alcalá Zamora y Castillo, es decir, saber combinar en la ordenación de sus normas los principios que mejor sirvan para la obtención de sus fines²⁰, siendo el más importante la solución de la controversia para lograr el equilibrio, la paz y la tranquilidad sociales.

²⁰ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, op.cit., p. 226

3.5.2 Arbitraje.

Antes de abordar este tema, es preciso aclarar que hablar de arbitraje es sumamente extenso y complejo, de hecho el concepto por sí sólo podría ser objeto de estudio en una tesis; a pesar de esto, trataré los puntos más relevantes de esta figura heterocompositiva, pues el desarrollo del arbitraje tiene como soporte el contrato de compromiso, teniendo como consecuencia un papel relevante en la solución de problemas.

Antecedentes:

El arbitraje aparece dentro de los medios voluntarios más antiguos de resolución de conflictos jurídicos, de acuerdo con Medina Lima el pasado de esta figura es tan lejano que se remonta a la mitología griega, cuando Paris tuvo que decidir acerca de quien era la más bella entre tres grandes deidades de la belleza femenina: Hera, Atena y Afrodita, decidiéndose por esta última²¹

Siguiendo la línea del tiempo llegamos al derecho romano, en donde la administración de justicia se manifestó inicialmente en una forma de arbitraje. La época de las acciones de la ley y en la época del procedimiento formulario coinciden en que el proceso se divide en dos fases; la fase *in iure* donde las partes formulan sus pretensiones ante el magistrado y se ponen de acuerdo para el nombramiento del juez, con base en un contrato arbitral, que implicaba la aceptación del laudo por él emitido. En la segunda fase cesa la actividad del magistrado e interviene el árbitro privado en la solución de la controversia. En el procedimiento formulario, ante el *iudex o iudices*, que son árbitros, se sustanciaba el *iudicium* que terminaba con la sentencia, es importante señalar

²¹ Medina Lima, Ignacio "El arbitraje privado en nuestro derecho" en Revista de la facultad de Derecho de México, México D.F., T XXXVIII Números 157-158-159, Enero-Junio 1988, p 158.

que la función juzgadora no se basaba en el *imperium*, con el que no contaban, sino en el *officium*, que se fundamenta en el juramento hecho a la hora de su nombramiento y por el que prometen fallar de acuerdo con las normas del derecho positivo.²² A pesar de que la figura de arbitraje fue admitida por los romanos fue sólo hasta con Justiniano cuando el laudo pudo ser ejecutado.

La Edad Media fue una época propicia para el arbitraje pues hay un abandono de la actividad jurisdiccional y al abrirse nuevas rutas comerciales aparecen la ley de los mercaderes y los tribunales arbitrales como un medio para solucionar los problemas entre comerciantes.

Al surgir el estado moderno, la función jurisdiccional era monopolizada por el Estado y los litigios eran resueltos por terceros, actualmente el arbitraje toma nuevamente gran importancia en el aspecto jurídico, sobre todo para resolver los litigios derivados de relaciones comerciales internacionales.

Concepto:

Es el mecanismo heterocompositivo de mayor acercamiento y equivalencia con el proceso, que es la vía utilizada comúnmente en la resolución de los litigios; su característica principal es que un tercero imparcial reconocido por las partes en pugna, es quien soluciona a través de un laudo los intereses en conflicto.

Tal y como lo mencionan Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde en general a los órganos específicos creados por el Estado, pero en determinadas condiciones, el propio

²² Cruz Barney, Óscar “El arbitraje en México: notas en torno a sus antecedentes históricos” en *Ars Iuris*, México, D.F. No. 24, 2000, p. 54.

Estado concede a las partes la facultad de constituir, un órgano especial para el ejercicio de la jurisdicción, limitando su actividad a la resolución de un caso concreto²³; es decir, hoy en día el arbitraje solo puede ser concebido bajo la reglamentación de campos determinados que el Estado le permita.

Se ha discutido mucho acerca de que si el arbitraje contiene o no ejercicio de jurisdicción. Obviamente los árbitros no tienen las mismas funciones que los jueces, pero esto no impide que realicen la función de jurisdicción al caso que deben solucionar y claro ejemplo de esto es que producen un laudo que no es otra cosa que una sentencia, además los árbitros resuelven conforme a derecho, así que, siendo la jurisdicción una aplicación de derecho, se concluye que la actividad que llevan a cabo los árbitros tiene también carácter jurisdiccional. Sin embargo, hay quienes dicen que la función arbitral solo se asemeja a la jurisdicción, pues el arbitraje carece de imperio, facultad potestativa del Estado de imponer a los contrapartes el resultado y consecuencias de la resolución dictada, aún si es necesario por la fuerza, por lo que el laudo una vez pronunciado por el árbitro debe ser homologado por un juez estatal, lo que para Cipriano Gómez Lara significa una especie de visto bueno o de calificación sancionadora que el Estado otorga al laudo arbitral,²⁴ situación que en el Derecho Mexicano no se contempla.

Naturaleza Jurídica:

En este contexto el debatido tema de la naturaleza jurídica del arbitraje se sustenta en las siguientes corrientes:

²³ De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José, Instituciones de derecho procesal civil, 3ª ed., Edit. Porrúa, México, 1954, p.56

²⁴ Gómez Lara, Cipriano, op.cit., p. 26.

- Tesis Contractualista.

Quienes se inclinan por esta corriente manifiestan que el arbitraje es una decisión voluntaria basada en la libre determinación, porque son las partes, quienes al expresar su voluntad, se someten al juicio del árbitro, esta tesis establece también que en el arbitraje se sustituye la figura del juez por la del árbitro, quien resuelve la controversia a través de un laudo, que como ya había mencionado no es una sentencia como tal, pero que adquiere el carácter de jurisdiccional cuando el Estado lo vuelve ejecutivo.

Por su parte Sánchez Medal considera que todo juicio arbitral presupone y se funda en la existencia de dos contratos:

- El acuerdo de arbitraje, compromiso arbitral o cláusula compromisoria, que celebran las partes contendientes
- El contrato que celebran los contendientes y el árbitro, que regula la actuación y la remuneración de éste.²⁵

En resumen, esta posición afirma que el compromiso arbitral implica una renuncia, para el caso concreto, a la jurisdicción estatal por acuerdo de las partes, y que, en tal virtud, éstas se comprometen a tramitar el proceso y a cumplir con lo resuelto en el laudo, como en cualquier otro negocio de derecho privado.

- Tesis jurisdiccionalista o publicista

Los seguidores de esta tesis sostienen que el contrato de compromiso no entraña tal renuncia o derogación convencional de la jurisdicción del Estado,

²⁵ Sánchez Medal, Ramón, op.cit., p 521.

sino que implica, un desplazamiento de ésta para ponerla en manos del árbitro, dicho desplazamiento se produce no porque las partes transmitan al árbitro el poder jurisdiccional que ellas misma no poseen, sino porque a través del compromiso, ellas lo ubican en la situación prevista y regulada por la ley para facultarlo a ejercer la función jurisdiccional tal como lo ejercen los jueces, se trata pues del ejercicio privado de una función pública, de tal manera que el proceso arbitral y el laudo son de la misma naturaleza jurídico-pública propia del proceso jurisdiccional y de la sentencia, partidarios de estas ideas son los juristas Eduardo Pallares, Humberto Briseño Sierra entre otros.

Importante es mencionar que la SCJN sostiene firmemente el criterio contractualista sobre esta materia y por tanto, ha declarado improcedente el amparo cuando éste se promueve contra las determinaciones de los árbitros, precisamente porque no se les reconoce el carácter de actos de autoridad, a partir de la circunstancia de que el nombramiento de aquéllos proviene del contrato de compromiso y estimando que éste, por sí sólo, no puede investirlos de autoridad pública.

De igual modo la Corte ha dicho que:

“La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo, pero obrar en calidad de órgano del Estado significa perseguir con la propia voluntad intereses públicos, lo que evidentemente no hacen las partes cuando comprometen en árbitros sus cuestiones, puesto que entonces persiguen fines exclusivamente privados, de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro, son privados y el laudo un juicio privado y no sentencia...” (S.J.F.T. XXXIII Sup. Pag. 853)

Tocante al Juicio de Garantías, cabe aclarar que la jurisprudencia menciona, que el laudo en sí mismo no trasciende el ámbito o relación existente entre las partes que voluntariamente se sometieron a la controversia y, por tanto no se está en presencia de un acto de autoridad estrictamente. En consecuencia se estima que hasta en tanto no se ejecute judicialmente el laudo, que es un elemento indispensable para que la resolución arbitral pueda causar perjuicio a las partes, no se esta en posibilidad de demandar el amparo.

Estructura del arbitraje

El arbitraje se estructura en: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y una ejecución²⁶. La etapa de inicio en el arbitraje es el momento en que una vez puestas de acuerdo las partes, el árbitro acepta su designación y entra en funciones familiarizándose con el conflicto, a lo largo del procedimiento el árbitro tendrá una mayor flexibilidad que un juez pues sólo tiene como límite lo acordado entre las partes en conflicto, esto es lo que se entiende como acuerdo.

Cuando los interesados no profundizan en el procedimiento se aplican supletoriamente las reglas comunes establecidas para los tribunales judiciales; sin embargo, es importante que en la cláusula o compromiso arbitral las partes designen aplicables al procedimiento ciertos usos o costumbres, ya que por ejemplo, puede tratarse de un asunto específico de la actividad comercial, también es recomendable que se especifique si las partes se apegaran a un órgano arbitral que tenga sus propias reglas, puede ser la Cámara de

²⁶ Briseño Sierra, Humberto, El arbitraje en el derecho privado, 1ª ed., Edit. UNAM, México, 1963, p. 31.

Comercio Internacional, que tiene amplio reconocimiento en el campo internacional y que tiene como ventaja el hecho de que las funciones del árbitro comienzan a partir del momento en que tenga conocimiento del conflicto.

El laudo es la resolución de los árbitros sobre el fondo de la cuestión planteada por las partes interesadas, Arreola Verde señala que se trata de una verdadera sentencia que tiene su fundamento en la libre sumisión de las partes en conflicto, este concepto se encuentra regulado en reglamentos que regulan el arbitraje de organismos internacionales como la British Columbia International Commercial Arbitration Centre de Canadá.²⁷ Característica importante es su definitividad y que es inapelable, salvo casos en que el árbitro haya sobrepasado los límites de sus funciones acordadas con anterioridad. En algunos sistemas jurídicos es necesario homologar el laudo ante un juez; sin embargo, esta disposición no aplica en nuestro derecho.

La ejecución es la última fase del arbitraje, es la aplicación forzosa o voluntaria de la solución que se ha dado al conflicto de intereses. Se dice que el laudo ha causado ejecutoria cuando en contra de él no hubiera ningún recurso, ya sea porque no existieron irregularidades o porque las partes acordaron no someterse a cualquier recurso, por lo que dicha resolución toma el carácter de cosa juzgada. El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla menciona que la sentencia se notificará por el Secretario a las partes dentro de dos días, notificada la sentencia de los árbitros o la del

²⁷ Arreola Verde, José Efraín, "El arbitraje comercial internacional y otros medios de solución de controversias en el sistema jurídico mexicano" en Revista Jurídica Jalisciense, Guadalajara, México, Año 9, No. 2, Julio-Diciembre 1999, p. 279

tercero, en su caso, se pasarán los autos al Juez ordinario para su ejecución.
(Artículos 952, 953)

A nivel internacional también se han establecido medios eficaces para que las resoluciones puedan ser ejecutadas rápidamente, como es el caso de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras, que bajo auspicios de la ONU se aprobó el 10 de Junio de 1953 y de la que México forma parte.²⁸

Dictado el laudo por un árbitro necesario, el juez titular u ordinario recobra su jurisdicción únicamente para la ejecución de laudo y de los incidentes relativos a la ejecución y para calificar el grado de apelación si se hace valer el recurso; pero carece de ella para examinar, aún en vía incidental, las actuaciones del árbitro, ya que no está facultado para revisar los procedimientos de éste.

Retomando nuevamente el amparo, debe quedar claro que este medio de defensa no procede en contra del laudo como tal, pero sí puede interponerse en contra del acto de ejecución que lleva a cabo el juez ordinario, pues él sí representa una autoridad para efectos del juicio de garantías ya que dispone de la fuerza pública, en virtud de las circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, están en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza que disponen. Para que proceda también la demanda de amparo, es necesario que el mandamiento de ejecución cause algún perjuicio a las partes e invada la esfera de sus garantías individuales.

²⁸ Arreola Verde, José Efraín, op.cit., p., 280.

Marco jurídico nacional:

Se trata de cuerpos legales elaborados por el legislador para dirigir la conducta interna del arbitraje.

➤ Código de Comercio

Es de aplicación nacional y regula la actividad comercial, su capítulo IV esta dedicado al procedimiento arbitral, en nuestro país hay una diferencia pues la actividad civil esta regulada por codificaciones de cada entidad federativa.

➤ Código Federal de Procedimientos Civiles

Regulan básicamente la preparación del procedimiento arbitral y el relativo al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Los tribunales arbitrales para litigios civiles tienen sus disposiciones en esta codificación.

➤ Códigos Locales de Procedimientos Civiles

Regulan entre otras cosas, la preparación del procedimiento arbitral.

➤ Ley sobre la celebración de Tratados.

Contiene disposiciones relacionadas al nombramiento de árbitros, así como la eficacia y reconocimiento de laudos, contiene normas generales acerca del arbitraje, pero su objetivo principal es regular la actividad del titular del poder ejecutivo para celebrar tratados.

Marco internacional

➤ Convención de Nueva York

También llamada Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

➤ Convención de Panamá

A través de las convenciones interamericanas, nuestro país se vincula con el resto del continente americano, pues no todos son firmantes de la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá se refiere a su vez al acuerdo arbitral y su eficacia.

➤ Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Uno de los puntos importantes de este ordenamiento es que cada país estará obligado a promover y facilitar el arbitraje como un medio alternativo para la solución de controversias comerciales internacionales, así como procedimientos que aseguren la ejecución de laudos. En su capítulo XX “Disposiciones institucionales y procedimientos para la resolución de controversias”, sugiere el uso de varios métodos alternativos: buenos oficios, conciliación mediación, arbitraje y formación de paneles de expertos. -

Ventajas y desventajas del Arbitraje

Ciertamente, el arbitraje es una institución útil que presenta en muchos casos una forma rápida y fácil de solucionar conflictos; tal y como lo menciona el Doctor Luis Miguel Díaz: la realidad social en la cual el arbitraje emerge como una opción a los tribunales judiciales tiene como base el hecho de que la impartición de justicia dentro de los sistemas gubernamentales deja mucho que desear, pues los tribunales judiciales del Estado, en general, tienen un tradicional rezago de trabajo y están afectados a trámites largos, costosos y complicados.²⁹

Los aspectos por los cuales el arbitraje es recomendable son:

- Impacto positivo: al disminuir la carga de trabajo de los tribunales judiciales
- Celeridad: los plazos y etapas procedimentales son determinadas por las partes y los árbitros, alejados de todo sistema burocrático judicial.
- Ventaja económica: el proceso es más rápido lo cual implica un ahorro en tiempo y dinero, lo cual repercute también en las relaciones de negocios, pues no están tan propensas a desgastarse.
- Especialización: el laudo es dictado por peritos en la materia, conocen ampliamente de la actividad sobre la cual surge el conflicto y por lo tanto sus decisiones son más eficaces.
- Privacía: el desahogo del arbitraje es confidencial entre las partes y los árbitros.

²⁹ Díaz, Luis Miguel, Arbitraje: Privatización de la justicia, 1ª reimpresión, Edit. THEMIS, México, 1991, p. 13.

Por otra parte el arbitraje podría presentar desventajas como son:

- Tal vez el nombramiento del árbitro puede resultar laborioso, pues no siempre es fácil encontrar a la persona que cuente con los conocimientos necesarios para la resolución del conflicto, que cuente con solvencia moral, y disponibilidad de tiempo, entre otros
- En caso de sometimiento a órgano arbitral extranjero, este procedimiento solo es recomendable para quienes tengan los recursos económicos suficientes.

Problemática de la impartición de justicia

El crecimiento de la población, la complejidad de las relaciones que suceden entre los individuos que forman parte de la sociedad, las relaciones comerciales cada vez más ágiles, el establecimiento de tecnología cada vez más compleja son entre otros factores los que han dado como resultado el incremento desmesurado de asuntos que requieren resolución; ante este panorama, la impartición de justicia encuentra cada vez más obstáculos, por lo que resultaría interesante fomentar entre la población el uso de mecanismos de solución de conflictos diferentes al jurisdiccional. Obviamente no podrían ser sometidos a la tramitación de este tipo de mecanismos descritos en páginas anteriores, asuntos en los que estuvieran involucradas disposiciones que afectaran el orden social que en su mayoría son los asuntos penales, o asuntos que fueran en contra de la justicia y equidad.

Este es el motivo por el cual los diversos medios autocompositivos y el arbitraje solo podrían atender conflictos derivados de relaciones entre

particulares, teniendo como fin primordial reducir tiempos y gastos que suponen los litigios tanto para las partes como para el Estado y dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 17 Constitucional: impartir justicia de manera pronta, completa y parcial.³⁰

³⁰ Lara Ponte, Rodolfo H, op.cit., p. 119 a 121.