

MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO SOLUCIÓN COMPLEMENTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Elaborado por: José Guillermo Cuadra Ramírez¹.

SUMARIO

	Página
I. Presentación.....	2
II. Marco normativo constitucional mexicano relativo a medios alternativos y su repercusión en las legislaciones federales y estatales.....	3
III. El Poder Judicial Federal en México. Estadística de asuntos y resoluciones tramitados y resueltos por el Poder Judicial de la Federación (2009)	7
IV. Introducción, definición y características principales de los mecanismos alternativos de resolución de controversias.....	8
V. Marco normativo que regula los medios alternativos de resolución de controversias en España y Portugal.....	16
VI. Conclusiones.....	21
VII. Fuentes de la información.....	23

¹ Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscrito a la Secretaría Ejecutiva de Asuntos Jurídicos.

I. PRESENTACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha procurado que sus servidores públicos mantengan una constante capacitación a través de talleres, seminarios, cursos y diplomados, para ello anualmente los Ministros integrantes del Comité de Desarrollo Humano, Salud, Acción Social y Promoción Educativa, autorizan los programas encaminados a dotar al personal de los conocimientos y aptitudes necesarios para el adecuado y armónico cumplimiento de las funciones sustantivas del órgano de la Suprema Corte al que estén adscritos, con la finalidad de que se contribuya a la eficiencia y eficacia en el desarrollo de las labores asignadas.

El suscrito, fue propuesto por la titular del área y aceptado por el Comité de Ministros en cita, para acudir a los cursos de verano que imparte la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, para recibir el curso de especialización denominado *“MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”*.

Por esa razón y en cumplimiento a los términos previstos en la fracción IX, del artículo 34 del Acuerdo General de Administración III/2008, del entonces Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regula el apoyo económico para la capacitación, profesionalización y actualización de los servidores públicos de este Alto Tribunal; me permito presentar el trabajo de investigación en el que se comentan los conocimientos adquiridos y su trascendencia para las funciones que se desempeñan en este Alto Tribunal.

Con base en los antecedentes expuestos se presenta el trabajo encaminado a resaltar la forma en que se han implementado los medios alternativos de resolución de conflictos como medida complementaria en los ámbitos de impartición de justicia previstos por la legislación mexicana y su comparativo con las disposiciones que sobre la materia se regulan en España, Portugal e Inglaterra, con el fin de evaluar su conveniencia, eficacia y evolución, así como

para ponderar si se trata de medios que real y materialmente conlleven un desahogo o abatimiento en los procedimientos jurisdiccionales que diariamente se presentan en las instancias judiciales respectivas, ya que se tiene conocimiento de que principalmente en el foro nacional son muchas las expectativas que se han generado con base en las figuras de mediación, conciliación y arbitraje, entre otras, que como medidas de solución complementaria a la administración de justicia se han visto catapultadas en las legislaciones locales, a raíz de la incorporación constitucional que establece que las leyes preverán los mecanismos alternativos de solución de controversias.

II. MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y SU REPERCUSIÓN EN LAS LEGISLACIONES FEDERALES Y ESTATALES

Mediante reforma constitucional de dieciocho de junio de dos mil ocho, en México se modificó el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política para establecer que ***“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”***.

Para la entrada en vigor de la reforma en comento, en tratándose del sistema procesal penal acusatorio, en los transitorios segundo y tercero se estableció que ello ocurriría cuando lo estableciera la legislación secundaria correspondiente, sin exceder del plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de ese Decreto.

Como se advierte, el nuevo texto constitucional en la parte que nos ocupa, por una parte es genérico aun cuando en el mismo párrafo se relaciona con el sistema procesal penal acusatorio, por lo que es referente necesario precisar la modificación del artículo 18² que establece: **Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. Las formas**

² Publicado en el Diario Oficial de la Federación de la fecha mencionada. (18 de junio de 2008).

alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente...”.

Es evidente que con las reformas de los artículos 17 y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se incorporó como un derecho de los gobernados, la instrumentación y búsqueda de mecanismos alternativos, de ahí que en nuestro derecho positivo hayan surgido una diversidad de conceptos asimilables tales como conciliación, mediación, arbitraje, justicia alterna, amigable composición, acuerdo entre las partes, juntas de avenencia, negociaciones, concertación, etcétera.

En México, en más de la mitad de las entidades federativas que lo conforman se han desarrollado mecanismos alternativos para la solución de controversias, ello con la finalidad de impulsar reformas legales y procesales e inclusive se han creado Centros de Mediación en los Poderes Judiciales de Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas.

Al respecto cabe hacer notar que aun cuando la incorporación legislativa del término relativo a los mecanismos alternativos de solución de controversias se apoya en la reforma constitucional comentada, lo cierto es que en nuestro país desde antes del año dos mil ocho diversas leyes ya adoptaban esta modalidad para dirimir los conflictos.

Por ejemplo, la Ley de Comercio Exterior que en su artículo 97 desde la reforma de veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y tres preveía que **“...cualquier parte interesada podrá optar por acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales contenidos en tratados comerciales internacionales de los que México sea parte. De optarse por tales mecanismos...”**.

La Ley Ambiental del Distrito Federal en su artículo 209 Bis adicionado el diez de febrero de dos mil cuatro establece que **“De conformidad con lo que establezca**

el reglamento de este ordenamiento, las autoridades ambientales podrán aplicar mecanismos alternativos para la solución de conflictos derivados de infracciones a las disposiciones jurídicas a que se refiere el artículo 201 del mismo. Dentro de dichos mecanismos, se podrán considerar la mediación, el arbitraje y la conciliación.

En ningún caso los mecanismos alternativos de solución de conflictos pueden implicar eximir de responsabilidad a los responsables de violaciones o incumplimientos de la normatividad ambiental y tendrán por objeto resarcir daños al ambiente y a los recursos naturales.”

La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el artículo 186 Bis 1 adicionado el ocho de enero de dos mil ocho, establece: ***“El Centro de Justicia Alternativa tiene por objeto: (...) I. El desarrollo y la administración eficaz y eficiente de los métodos alternos de solución de controversias, principalmente de la mediación;***

II. La prestación de los servicios de información al público, sobre los métodos alternativos de solución de controversias y en particular, sobre la Mediación; así como de orientación jurídica, psicológica y social a los mediados, durante la substanciación de aquella;...”

Además, destacan tres legislaciones (dos anteriores a la reforma constitucional y una posterior) que de manera expresa se avocaron a legislar sobre la materia de medios alternativos en resolución de conflictos.

En el Distrito Federal el ocho de enero de dos mil ocho se publicó en la Gaceta Oficial la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, en la que se fija el propósito de regular la mediación como sistema alternativo de justicia, basado en la autocomposición asistida en las controversias entre particulares y cuando éstas recaigan sobre derechos de los cuales pueden aquellos disponer libremente, sin afectar el orden público.

La legislación en cita prevé los mecanismos para la mediación basados en la prontitud, la economía y la satisfacción de las partes, la que siempre procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para resolver una controversia común, especificando los casos de las materias civil (en tanto no involucren cuestiones de derecho familiar), mercantil, familiar, penal (en cuanto a la reparación del daño) y de justicia para adolescentes.

Asimismo, establece la organización y funcionamiento del Centro de Justicia Alternativa, así como la prestación del servicio de mediación, los derechos y obligaciones de los mediados, la regulación del mecanismo de mediación y la remediación, los efectos del convenio que en su caso se celebre entre las partes y las responsabilidades de los funcionarios y empleados del Centro de Justicia Alternativa.

Otra legislación pionera en los medios alternativos es la número 161 del Estado de Sonora publicada el siete de abril de dos mil ocho, en la que se establece el derecho para los habitantes del Estado de resolver sus controversias de carácter jurídico a través de vías colaborativas en las que se privilegie el diálogo y, el Estado el deber de proporcionar y promover los mecanismos para que lo logren pacíficamente, conforme a los principios y disposiciones de esa ley, en la que se establecieron mecanismos similares a los previstos en la legislación comentada del Distrito Federal.

Después de la publicación de la reforma constitucional de los artículos 17 y 18, el Congreso del Estado de Yucatán publicó el veinticuatro de julio de dos mil nueve la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en la que se expone que los medios alternos al proceso judicial pretenden solucionar y dirimir las controversias suscitadas entre los gobernantes, logrando por un lado que los conflictos sean solucionados lo mas óptimamente posible y, por otro lado, que la impartición de justicia sea pronta, eficiente y eficaz, desahogando la carga de trabajo en los tribunales que ha *“entorpecido esa correcta administración de justicia”*, con la inclusión de las figuras jurídicas de conciliación y mediación, como medios alternativos de los juicios en todo tipo de procedimientos judiciales.

III. EL PODER JUDICIAL FEDERAL EN MÉXICO. ESTADÍSTICA (2009) DE ASUNTOS Y RESOLUCIONES TRAMITADOS Y RESUELTOS POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Título Tercero, Capítulo IV, artículos del 94 al 107 establece los términos en los que se integra, vigila, funciona y participa el Poder Judicial en México, como esencia se precisa que este Poder se deposita en una Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

El Poder Judicial de la Federación se deposita en Ministros, Magistrados Electorales, Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito que en su conjunto, suman ya más de mil titulares, que operan en todo el territorio nacional y atienden las necesidades de los más de 100 millones de habitantes del país, distribuidos en cada uno de los Circuitos que por entidad federativa corresponden.

El número de magistrados y jueces varía de acuerdo a las necesidades de justicia y a las posibilidades técnicas y financieras del Poder Judicial de la Federación.

Los juzgados y tribunales federales cumplen una doble función: son competentes para conocer y resolver los juicios del orden federal, y son instancias de protección de los derechos fundamentales, a través del amparo.

Para presentar un panorama revelador de la carga jurisdiccional en México se debe acudir a la estadística judicial³ generada a través del juicio de amparo, ya que este medio de defensa fue y sigue siendo la vía idónea, eficaz y efectiva, para que los gobernados hagan valer sus garantías constitucionales frente a los actos de cualquier autoridad que pudiera amenazar o afectar sus derechos fundamentales.

En este punto se tiene en cuenta que a pesar algunas críticas que el foro comenta sobre la Ley de Amparo, lo cierto es que el número creciente de demandas refleja

³ Datos obtenidos de Revista COMPROMISO, número especial relativo al Informe Anual de Labores 2009 rendido por el Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

la confianza con la que los gobernados esperan que a través de ese medio se vean restituidas las garantías que estiman vulneradas.

En el periodo que va del 1º de diciembre de 2008 al 30 de noviembre de 2009, la Suprema Corte recibió y tramitó el turno de 4,564 asuntos que se distribuyeron entre el Pleno y las Salas.

La carga de trabajo de los Juzgados de Distrito en 2009, fue de 555,413 asuntos, de los que egresaron 458,640 quedando pendientes 96,773 asuntos.

En los Tribunales Unitarios de Circuito, la carga de trabajo fue de 55,435 asuntos, de los que egresaron 47,254; por lo que la existencia final es de 8,181 asuntos pendientes.

En los Tribunales Colegiados de Circuito la carga de trabajo fue de 349,611 asuntos, de los que egresaron 270,878 dejando una existencia al cierre de 80,846 asuntos.

En suma, en 2009 ingresaron 793,155 asuntos, que agregados a la existencia inicial, significaron una carga de trabajo anual muy cercana al millón de asuntos para Tribunales y Juzgados⁴.

Los datos estadísticos que se destacan serán referenciales al momento de ponderar la evolución de los asuntos que se están resolviendo mediante los mecanismos alternativos de resolución de controversias.

IV. INTRODUCCIÓN, DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

INTRODUCCIÓN SOBRE EL TEMA INVESTIGADO

La Universidad de Salamanca, España, a través de su Comité Académico, al percatarse que a nivel mundial estaba resurgiendo el tema de los medios

⁴ No se considera la carga de trabajo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ni del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, dada la naturaleza de los conflictos que en estas instancias se resuelven.

alternativos de resolución de controversias decidió incorporar por vez primera en los XXVII cursos de especialización en derecho la especialidad denominada "*Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*", lo anterior con la colaboración del Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), organización internacional que tiene por objeto promover la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos. Fundado en 1915 y que actualmente con casi 12.000 miembros en más de 100 países, CI Arb es la única organización que cuenta con un sello real en el Reino Unido, que le autoriza para impartir programas de entrenamiento, que son reconocidos mundialmente.

El curso incluyó un ambicioso programa que comprendió la introducción a la mediación (civil, mercantil, penal), dedicando especial cuidado a las claves para el éxito de la mediación, el mediato (estatuto, código deontológico, derechos, obligaciones, formación y capacitación) mediación y violencia de género; experiencias prácticas de mediación penal, así como mediación penal y justicia para menores; la mediación familiar como modelo de competencia, el programa de mediación en ruptura de pareja y la importancia de las primeras entrevistas; capítulo especial se dedicó al arbitraje y las medidas cautelares, los sujetos del arbitraje, las partes y el árbitro (formación y capacitación) las actuaciones arbitrales y el ámbito de prueba en el arbitraje; el laudo arbitral, su emisión y ejecución forzosa; la dimensión comparativa de los medios extrajudiciales de solución de conflictos (GRAL Portugal); arbitrajes sectoriales; la anulación del laudo arbitral; el ADR en el Common Law y el procedimiento arbitral español.

El objetivo se logró gracias a la participación entusiasta del director y el coordinador del curso Eugenio Llamas Pombo y Fernando Martín Diz, respectivamente, quienes además de seleccionar un distinguido grupo de profesores que cumplieron cabalmente la encomienda, también participaron directamente en algunos de los temas y materias mencionadas, por lo que parte importante del estudio comparativo se apoya en las enseñanzas recibidas directamente en las aulas de la Universidad para conocer la esencia de los medios alternativos de resolución de conflictos.

En principio se inició por preguntar las siguientes interrogantes: ¿Debe confiar el ciudadano en la Administración de Justicia (juzgados y tribunales) como única forma de solución de una controversia, una disputa o un litigio? ¿Todos los procedimientos que se tramitan ante los juzgados y tribunales son cuestiones estrictamente legales, de aplicación e interpretación de ley, o algunas son cuestiones solamente personales?

Derivado de los costos, tiempos y demás complicaciones inherentes al inicio de un trámite por la vía jurisdiccional se ha optado por impulsar la búsqueda de medios alternativos de solución de conflictos.

Para definir como debe entenderse el concepto de medios alternativos de resolución de conflictos la mayoría de los tratadistas coinciden en exponer que se pueden analizar desde dos ópticas, la primera en modo amplio que comprenden las alternativas paralelas al sistema de administración de justicia que permite a los particulares resolver las controversias de manera privada y en sentido restringido, se trata de aquellos mecanismos encaminados a solucionar las controversias entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas, o bien, a través del nombramiento de mediadores, conciliadores o árbitros que coadyuven en la solución alterna a los conflictos.

Los principales medios alternativos para la solución de conflictos son la mediación, la conciliación y el arbitraje

LA MEDIACION (DEFINICIÓN)

Para el maestro Fernando Martín Diz mediación es un concreto medio de solución alternativa de conflictos siendo un mecanismo alternativo al judicial, caracterizado por la intervención de una tercera persona (mediador⁵) cuyo objetivo es facilitar la avenencia y solución dialogada entre las partes enfrentadas, tratando de lograr

⁵ Legislaciones como la del Distrito Federal, Hidalgo, Guanajuato, Sonora y Yucatán establecen que el mediador es el especialista capacitado y registrado para conducir el procedimiento de mediación e intervenir como facilitador de la comunicación y la negociación entre particulares involucrados en una controversia.

que éstas logren una solución satisfactoria y voluntaria al conflicto, pero nunca ofreciéndola o imponiéndola⁶

El mediador participa como un facilitador en la resolución de la controversia ya que es la persona que recoge inquietudes, traduce estados de ánimo y ayuda a las partes a confrontar sus pedidos con la realidad, es decir, el mediador calma los estados de ánimos exaltados, rebaja los pedidos exagerados, explica posiciones y recibe confidencias.

CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

Al mediador lo eligen las partes o un tercero, por lo que el encargo debe recaer en una persona con dotes necesarias para hallar soluciones al problema que las partes por iniciativa propia no están en capacidad de brindar.

Constituye un sistema intermedio de solución de conflictos entre la conciliación y arbitraje, una puja adicional que permitirá a las partes inmersas hallar la solución que no ha sido posible materializarse.

Se caracteriza por tratar de alcanzar una aceptación de las partes por intermedio de la propuesta de un tercero, que solo tiene fuerza de recomendación.

El mediador no impone nada. La presencia y labor del mediador no restringe ni limita la iniciativa de las partes para lograr por sí misma la solución directa del conflicto.

La mediación no es la panacea para la resolución de conflictos de ahí que sólo constituya un complemento a la Administración de Justicia en la solución de determinadas controversias o litigios.

La mediación no pone tanto énfasis en los aspectos legales del conflicto como en los intereses latentes de cada parte.

⁶ Fernando Martín Diz, catedrático de la Universidad de Salamanca, España, Coordinador del curso *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*.

La mediación se puede presentar intrajudicial o extrajudicialmente.

PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN

Complementariedad: No debe ser un medio excluyente de la jurisdicción sino una opción extrajudicial, preprocesal y alternativa.

Voluntariedad: Las partes son libres para acudir, o no, a la mediación, así como para desistir de ella en cualquier momento e incluso de tomar sus propias decisiones durante la mediación.

Neutralidad e Imparcialidad: Ser ajeno a las partes y a sus intereses, e intervenir sin tomar partido por ninguna de ellas.

Confidencialidad: Lo actuado en la mediación quedará reservado para las partes y el mediador, salvo acuerdo en contrario de éstas para su utilización posterior (incluso en un proceso judicial).

La mediación no es un proceso, al igual que no es una terapia, ya que mediar es interceder, estar en medio de otros, tomar un término medio entre dos extremos, por ello la mediación es un mecanismo jurídico de solución de conflictos en el cual un tercero se interpone entre los contendientes procurando su reconciliación mediante su asistencia en la obtención de un acuerdo a través de un procedimiento flexible e informal.

La mediación es multidisciplinaria y requiere en su desarrollo de la aplicación de elementos no sólo jurídicos, sino también fundamentalmente psicológicos de ahí que dentro de las técnicas psicológicas de la mediación siempre sea conveniente contemplar la creación de un clima positivo, la interrogación cuidadosa, la afirmación para reconducir el diálogo, la dirección activa de entrevistas, la escucha activa, la relación positiva, la descarga de comportamientos no deseables, la confrontación de incoherencias, la facilitación de información, tener

presente cuales son las formas o medios en que se puede aplicar la reparación, restitución o rehabilitación del daño causado.

LA CONCILIACION (DEFINICIÓN)

Para Manuel Alonso García⁷, la conciliación es una forma de solución de los conflictos, en virtud de la cual las partes del mismo, ante un tercero que no propone ni decide, contrastan sus respectivas pretensiones tratando de llegar a un acuerdo que elimine la posible contienda judicial. Agrega el autor que los conciliadores no interpretan el derecho ni las normas, sino que le corresponde ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, lo que hace que sus resultados no tengan el carácter decisivo de una sentencia.

Este autor hace la distinción de que en lo laboral, la conciliación reviste características especiales que varían conceptualmente de los asuntos del derecho común, ya que en la vía laboral tanto en los conflictos individuales como los colectivos puede darse la conciliación mediante organismos creados por las propias partes.

Es decir, la conciliación requiere de la colaboración de un tercero neutral a quien las partes ceden cierto control sobre el proceso pero sin delegar en él la solución, de ahí que la función del conciliador es asistir a las partes para que ellas mismas acuerden la solución, guiándolos para clarificar y delimitar los puntos conflictivos.

En consecuencia, la conciliación es un mecanismo destinado a prevenir y solucionar los conflictos constituido por un conjunto de actuaciones realizadas por las partes y el conciliador, que no tiene poder de decisión y ante el cual recurren los primeros en busca de un acuerdo, proponiendo si fuera necesario formulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar.

CARACTERÍSTICAS DE LA CONCILIACIÓN:

⁷ ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de derecho del trabajo, 5ª ed.*, Ariel, Madrid, 1975, p. 655.

Constituye un acto jurídico a través del cual las partes recurren a un tercero neutral para que les ayude a resolver una controversia.

El conciliador no decide, se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismos estimen conveniente.

Es un mecanismo alternativo de solución de conflicto, ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por ir al Poder Judicial.

Se trata de un mecanismo predominantemente oral que en su gran mayoría no requiere de la presencia de documento o formalidad específica.

EL ARBITRAJE

Es un mecanismo de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan mediante la celebración de un convenio arbitral, someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica a la decisión un laudo arbitral, de uno o varios terceros –árbitros-. La forma de nombramiento de los terceros también es acordada por las partes.

El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en que la voluntad de las partes, se somete a la voluntad de un tercero. En el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio entre los contendientes en el sentido de que someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento del tercero, con el compromiso de cumplir con lo que por él se decida.

Por ello se dice que el arbitraje es el mecanismo que tiene por objeto la composición del conflicto por una persona u organismo cuyo laudo una vez dictado tiene que cumplirse obligatoriamente, de ahí que en el arbitraje se suple el entendimiento directo de las partes y queda reemplazado por el acuerdo entre ellas, por una decisión del conflicto que proviene de un tercero llamado arbitro.

CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE:

Se desenvuelve conforme a etapas previamente establecidas basado generalmente en determinadas formalidades propuestas.

El laudo arbitral será siempre una solución de conciencia, toda vez que se emite conforme a las disposiciones legales pero sobre todo a la equidad, evitando por ello llegar a injustas desproporciones que puedan figurar en el derecho y las obligaciones o deberes de las partes en conflicto.

Cuando las partes involucradas hayan decidido esta vía de solución deberán suscribir previamente un acuerdo denominado compromiso arbitral.

El juez tiene jurisdicción el árbitro carece de ella, el juez tiene facultades cautelares y ejecutivas que no tiene el árbitro, no obstante, para que obtenga estas tendrá necesariamente que recurrir a aquel.

Los árbitros deben emitir una solución del conflicto, por lo que en este aspecto cuentan con las facultades propias de un juzgador, en tal sentido, pueden actuar y valorar las pruebas que les permitan arribar a una decisión final.

Para redondear la idea de las principales características de los medios alternativos de resolución de conflictos se puntualiza que la mediación y el arbitraje son absolutamente voluntarios; la mediación como ya se dijo no tiene una estructura formal determinada, en tanto que en el arbitraje y en la conciliación si tienen formas y etapas que cumplir; en la mediación las partes ejercen sobre el mecanismo un control alto; en la conciliación ejercen un control medio y en el arbitraje un control menor.

En cuanto a la duración de los mecanismos se debe tener en cuenta que en la mediación la duración es también generalmente corta, dependiendo de las partes y del tercero neutral, en tanto que en la conciliación la duración del proceso es corta, estando sujeta al legislador.

V. MARCO NORMATIVO QUE REGULA LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN ESPAÑA Y PORTUGAL

ESPAÑA

España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, es tributaria de esta vocación, ya antes manifestada explícitamente en el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, que abrió las puertas al arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta que “el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país determina que la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de la citada área se efectúe con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de las vinculaciones con los citados países en materia de tan creciente interés común”.

Esta ley prolonga la sensibilidad, vocación y práctica, pero con la pretensión de producir un salto cualitativo. Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, “teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional”. El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos

por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.

De esta forma, la Ley Modelo responde al compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidadoso estudio del derecho comparado. Su redacción no responde, por ello, plenamente a los cánones tradicionales de las ordenanzas españolas tradicionales, sin embargo, facilita su difusión entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales.

El objetivo es que los agentes económicos de dichas áreas adquirirán, por tanto, mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España, lo que sin duda facilitará e impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca a ese país como un lugar del arbitraje. La Ley Modelo resulta más asequible a los operadores económicos del comercio internacional, habituados a una mayor flexibilidad y adaptabilidad de las normas a las peculiaridades de casos concretos surgidos en escenarios muy diversos.

La nueva ley se emitió con base en los innegables avances que su precedente, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, supuso para la regulación y modernización del régimen de esta institución en el ordenamiento jurídico español, ya que durante su vigencia se ha producido una notable expansión del arbitraje en España; ha aumentado en gran medida el tipo y el número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios arbitrales; se ha asentado el arbitraje institucional; se han consolidado prácticas uniformes, sobre todo en arbitrajes internacionales; se ha generado un cuerpo de doctrina estimable; y se ha normalizado la utilización de los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje.

Además del tema de arbitraje, es importante destacar que la mediación en material civil en España se centra fundamentalmente en aspectos de mediación familiar, por lo que tiene como marco legal de referencia la Recomendación 1/1998 del Consejo de Europa sobre mediación Familiar; la Directiva Europea

sobre mediación civil y mercantil 52/2008 (transposición mayo de 2011); la Ley de Enjuiciamiento Civil; el Código de Familia de Cataluña; las leyes autonómicas sobre mediación (familiar) Cataluña (2009), Galicia (2001), Valencia (2001), Canarias (2003), Castilla La Mancha (2005), Baleares (2006), Castilla y León (2006), Asturias (2007), Madrid (2007), País Vasco (2008).

En el caso de Cataluña la Ley 15/2009 extiende la mediación a todo el derecho privado (siempre que se trate de derechos disponibles).

En síntesis la mediación familiar tiende al asesoramiento, la orientación y la conservación de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto para regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, o bien, la ruptura de su unión, así como en conflictos de convivencia en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar.

Finalmente, es importante mencionar el auge y expansión de la mediación en derecho privado hacia conflictos comerciales y empresariales que el país de España ha tenido a raíz de los múltiples contratos signados como parte de la Unión Europea.

PORTUGAL

En Portugal, los medios alternativos de resolución de conflictos son la conciliación, la mediación y el arbitraje (voluntario o institucionalizado). Estos distintos instrumentos tienen la característica común de contemplar la resolución de conflictos por medio de cauces de resolución no judiciales.

El recurso a estos instrumentos favorece un desarrollo rápido y eficaz del procedimiento judicial, entendiéndose que el compromiso de las partes propicia las condiciones necesarias para la continuación de sus relaciones tras la resolución del conflicto.

Pueden solucionarse por medio de los distintos modos alternativos todos los conflictos, salvo aquellos referentes a derechos inalienables.

Es decir, pueden solucionarse por los distintos modos alternativos todos los conflictos resultantes de una relación jurídica susceptible de ser extinguida por las partes mediante acto jurídico, aunque estas últimas renuncien con ello a los derechos correspondientes, que no estén reservados exclusivamente, por disposición legal, a los tribunales.

La ley prevé, expresamente, el arbitraje voluntario, *ad hoc*, o institucionalizado, como forma no judicial de resolución de dichos conflictos.

La principal característica del arbitraje voluntario institucionalizado consiste en que los Centros que proceden a dicho arbitraje están situados en varias ciudades del país, tienen un carácter permanente y existen con anterioridad al conflicto que pretenden resolver. Estos Centros pueden ser competentes en algunos ámbitos de derecho común o especializado.

Algunos Centros poseen una competencia regional, en virtud de la cual sólo conocen los conflictos acaecidos dentro de los límites de una zona geográfica definida previamente, mientras que otros Centros poseen una competencia nacional, que les permite conocer de conflictos acaecidos en todo del territorio nacional.

Además de los Centros de arbitraje que se ocupan de aspectos de derecho común, existen varios Centros de arbitraje que intervienen en ámbitos específicos, concretamente en la resolución de conflictos en materia de consumo, conflictos en los ámbitos comerciales o industriales, conflictos relacionados con derechos de propiedad intelectual, conflictos relativos a la propiedad y los arrendamientos urbanos (vivienda y comercio), conflictos relacionados con las profesiones liberales y conflictos referentes a accidentes automovilísticos.

La mediación está prevista expresamente, de acuerdo con la estructura del ordenamiento jurídico portugués, en el marco de asuntos en materia civil cuyo

importe no sea superior a 3,740,98 euros y que sean competencia de los Juzgados de paz.

En casos de divorcio o separación, es posible recurrir a la mediación para la resolución de los asuntos que afecten a menores. La mediación, en el marco de los procedimientos de regulación del ejercicio de la responsabilidad parental, está prevista expresamente en la estructura del ordenamiento jurídico portugués.

La mediación en los asuntos que dependen de los juzgados de paz y la mediación familiar ofrecen a las partes garantías de imparcialidad, independencia, confidencialidad y credibilidad, al tiempo que los mediadores deben actuar, en el ejercicio de sus funciones, con la competencia y diligencia necesarias. Estas normas deontológicas, previstas expresamente por la ley, equivalen a verdaderas garantías procesales.

Entre estas garantías, la ley concede una protección muy especial a la garantía de confidencialidad.

Por lo que se refiere a la mediación realizada en los juzgados de paz y a la mediación familiar, las partes deben celebrar, previamente, un acuerdo de mediación, en el cual se establece el carácter confidencial de la mediación. Las partes, o sus representantes, y el mediador deben velar por la confidencialidad de las declaraciones formuladas durante la mediación.

Salvo autorización expresa otorgada por las partes, los mediadores no pueden intervenir, de ningún modo, en ninguno de los procedimientos posteriores a la mediación, en particular, en el arbitraje, en el procedimiento judicial y en el tratamiento psicoterapéutico, independientemente de si la mediación ha desembocado o no en un acuerdo.

En el caso de los conflictos en materia de consumo, las entidades debidamente autorizadas para instituir procedimientos de resolución alternativa de los conflictos deben ofrecer garantías de imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus actividades.

V. CONCLUSIONES

Los países que han retomado la idea de emplear medios alternativos de resolución de controversias en buena medida se apoyan en conceptos emitidos por el profesor Frank E. A Sander que es conocido como el padre de la reaparición de la idea de resolver conflictos -a gran escala- mediante la utilización de mecanismos no jurisdiccionales. Puede afirmarse con acierto que, dentro de la teoría general del conflicto, su contribución es invaluable debido a que comprende distintas corrientes de pensamiento que desembocan en la ayuda para solventar crisis personales generadas con el diario acontecer de los hechos a la vez que evitan al máximo posible la utilización de las vías jurisdiccionales.

También al profesor Sander se le identifica como la persona que utilizó la locución Resolución Alternativa de Disputas (Alternative Dispute Resolution), una cuestión que va más allá de la simple expansión del vocabulario en materia resolución de conflictos y que, curiosamente, terminó promoviendo una multidisciplinaria exploración exhaustiva de los sistemas no jurisdiccionales, algo que, de alguna u otra manera, había sido soslayado por parte de los juristas.

La noción de Resolución Alternativa de Disputas surge después de haber concluido que muchos de los casos que son llevados ante los órganos jurisdiccionales no son técnicamente apropiados para ser –efectivamente– resueltos por parte de dichos órganos, una situación que le llevó a sugerir que se crease una institución que recibió el nombre de Centro de Resolución de Disputas (Dispute Resolution Centre) y que, posteriormente, fue denominada como el Palacio de Justicia de Puertas Múltiples (the multi-door court house), un proyecto sumamente exitoso que terminó siendo implementado dentro de un importante sector del sistema de administración de justicia estadounidense.

En México, es innegable el avance de la utilización de los medios alternativos de resolución de controversias a raíz de la modificación constitucional, que estandarizó en gran medida la legislación estatal; sin embargo, se tiene noticia de que los asuntos resueltos mediante la vía alterna a la judicial, no representan más

de 2% comparados con los asuntos que se presentan y resuelven a través de la vía jurisdiccional, por los juzgados y tribunales.

Ello no significa que se consideren inviables las estructuras y legislaciones creadas para solventar la resolución de controversias mediante la utilización de medios alternativos, sino que se debe tener en cuenta y estar conscientes de la difícil tarea que les toca desempeñar a las normas que, aun cuando tienen un marcado carácter de derecho público –en este caso procesal-, sólo se aplican cuando la voluntad de las partes decide someterse a ellas; es decir, las partes animadas por el legislador, renuncian al proceso judicial y se someten al arbitraje; renuncia y sumisión difíciles, por cuanto que a primera vista, puede inspirar mayor confianza la vía judicial que alguno de los otros medios alternativos recientemente regulados.

Por esa razón se estima que debe jugar un papel preponderante el que la legislación junto con la actuación de los órganos y servidores habilitados para ello, logren convencer a los gobernados de que, en ocasiones, es mejor acudir a los medios alternativos de resolución de conflictos que litigar un asunto, tarea difícil que dependerá de la eficiencia y eficacia conjunta, ya que sólo en la medida en que se convenza a las partes tendrá sentido la existencia de esos medios alternos.

Por último es importante destacar que no existen panaceas, sino avenidas promisorias por transitar, caminos que aún no conocemos. Entre otras cosas, necesitamos mejores datos relacionados con cuál es la situación de los órganos jurisdiccionales de manera que podamos identificar de una forma precisa cuáles son los problemas y cuáles son los casos que podrían ser resueltos a través de la utilización de medios alternativos. Necesitamos evaluar, aún más, la eficacia comparativa y los costos de los distintos mecanismos de resolución de disputas.

Por encima de todo, sin embargo, lo importante es que acumulemos y diseminemos la información que se encuentra disponible en materia de los promisorios medios alternativos de resolución de conflictos, y que promovamos que se experimente y que se investigue. En este sentido es, entonces, por donde

debemos seguir adelante para establecer vínculos con aquellos profesionales de otras disciplinas que, de una u otra forma, comparten nuestras inquietudes, dado que las diferencias relacionadas con su orientación y formación son herramientas que les permiten ver el sistema jurídico desde una nueva perspectiva.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: página de Internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México <http://sij02/LeyesFederales/Default.htm>

Revista COMPROMISO, número especial relativo al Informe Anual de Labores 2009 editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Informe anual de labores 2009 rendido por el Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, de acceso público en la página de Internet <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>.

Apuntes del curso de postgrado en Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, junio de 2010, Universidad de Salamanca, España.

Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje Española proporcionada en como material de soporte en el curso de postgrado referido.

ALONSO GARCÍA, Manuel, Curso de Derecho del Trabajo, 5ª ed., Ariel, Madrid, 1975.