

## SOBRE LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA COMPOSICIÓN DEL CONFLICTO. REFLEXIONES A PARTIR DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Guillermo Raúl ZEPEDA LECUONA\*

SUMARIO. I. *Grandes lecciones de un gran hombre*. II. *Introducción y planteamiento*. III. *Hacia una metodología de la composición del conflicto*. IV. *Eficacia y eficiencia de las alternativas para la solución de conflictos*. V. *Garantizando la autonomía y el acuerdo. Principios políticos y principios técnicos de la mediación*. VI. *Conclusiones. Hacia una sistema integral de solución de conflictos*. VII. *Bibliografía*.

El mayor anhelo se deposita, es obvio, en la inexistencia de procesos y en la supresión de penas: sea porque unos y otras devengan innecesarios, sea porque ambos sean relevados por mejores métodos para asegurar los objetivos que aquéllos y éstas pretenden o proclaman.

Sergio García Ramírez\*\*

### I. GRANDES LECCIONES DE UN GRAN HOMBRE

Relatar todas las grandes lecciones que he recibido de don Sergio García Ramírez en los más de treinta años en los que me he beneficiado de sus enseñan-

---

\* Profesor e investigador en El Colegio de Jalisco.

\*\* García Ramírez, Sergio, “Prólogo. Reflexiones sobre una teoría general de la composición del litigio”, en Flores García, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2003, p. XIX.

zas y ejemplo, ameritaría un artículo aparte. Señalo aquí, resumidamente, algunas de ellas. Tuve la fortuna de que don Sergio me diera la confianza y formación de las primeras responsabilidades. En 1991, cuando recién egresado de la licenciatura, me dio la oportunidad de asistirle en un proyecto de investigación doctrinal e histórica sobre el Código Penal de Jalisco; posteriormente colaboré con él en el Tribunal Superior Agrario a partir de 1993. En él constaté la exactitud de la frase de Juan María Alponte: “la capacidad de trabajo es la verdadera cualidad del genio”: su laboriosidad, entrega y concentración en todos los proyectos que emprende son extraordinarios. Recuerdo cómo en el Tribunal, al terminar su jornada ya de noche antes de retirarse a descansar, pedía las tesis que dirigía para leerlas y comentarlas. También yo me beneficié de esta generosidad docente cuando en mis dos tesis doctorales, de las que fue miembro en mis comités tutoriales, me citaba a sesiones de dos horas de recomendaciones fundamentales y exhaustivas sobre mis avances (siempre lo recuerdo y me motiva para evitar que otros proyectos académicos o las obligaciones del servicio público me tientes a escatimar tiempo a mis alumnos).

Otra gran lección, su sencillez: lo encontré varias veces, a la hora de comer, en la estación más cercana del metro en el que se trasladaba a visitar librerías o acudir a comidas con sus amigos. En alguna ocasión le pedí su autorización para ausentarme medio día del Tribunal, para participar en el Concurso Internacional de Oratoria de 1993, y fue mayúscula mi sorpresa cuando además de autorizarme a faltar, acudió sin aviso previo para escuchar mi intervención (es un gran orador, con brillantes antecedentes en los ilustres certámenes de *El Universal*, compartiendo pódium con otros grandes como Porfirio Muñoz Ledo, su condiscípulo en el Centro Universitario México).

Otro de los “batazos” con guante blanco que me propinó (sin percatarse ni proponérselo): en la Feria Internacional del Libro de Guadalajara, después de una jornada ardua de compras en la que llené tres maletas de libros que iba a vaciar a la cajuela de mi vehículo; al llegar al restaurante de la Feria donde habíamos quedado de coincidir para comer, me sorprendió ver que llevaba sólo dos libros, le pregunté si ya había llevado algunas bolsas a su hotel (muy cercano a la feria) y me contestó “no, solo compré estas dos novelitas, porque para estar al día en lo de uno, hay que dedicarse a leer seis o siete horas diarias, y después de eso no te queda mucho tiempo ni energía de leer más”. Me quedé anonadado, yo dedicaba a leer solo tres o cuatro horas diarias, y leía de Historia, Derecho, Sociología y muchas otras disciplinas. Pensé “por eso don Sergio es miembro emérito del SNI; mientras yo, apenas, ya merito soy miembro del SNI”. Por ese ejemplo, por su sabiduría,

por su integridad, por ser un hombre de bien y por su generosidad, siempre lo buscaré como mi maestro. Por su integridad intelectual, por su sólida formación, por su aguda argumentación, por los grandes servicios que ha brindado a Iberoamérica, y por ser referente de integridad en la academia, en la política y en el servicio público, está de pie en la conciencia de México.

## II. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

En este texto partiré de la exposición de las principales reservas que los procesalistas y especialistas sobre el acceso a la justicia más reputados, entre ellos el doctor Sergio García Ramírez, han vertido sobre las instituciones autocompositivas; pasaremos a analizar el conflicto como una variable más amplia e interdisciplinaria que las nociones de litigio o controversia; y de cómo el desarrollo normativo, orgánico y operativo contemporáneo de los métodos de resolución de conflictos, como la mediación, buscan potenciar la capacidad de compromiso de las partes, a través de propiciar y garantizar la capacidad de las personas para determinar autónomamente sus intereses, así como su capacidad de establecer acuerdos para satisfacer dichos intereses. Finalmente, se presentará una tipología de conflictos y la o las alternativas procedimentales que permitirían darles una resolución más eficaz y eficiente, para contribuir a la obtención de una paz justa en la sociedad.

Don Sergio García Ramírez reconoce en sus textos académicos el potencial de las figuras autocompositivas, sometiendo a cuidadoso análisis la eventual eficacia de estos métodos de solución de conflictos para llegar a soluciones justas y equitativas. Por ejemplo, en materia penal, nuestro homenajeado refiere:

La intervención mínima del Estado en la solución penal se proyecta también en este campo. Ya no se descarta la composición obtenida a través de la conciliación del convenio. Por el contrario, se favorece este género de entendimientos que desjudicializa el conflicto y, lo que es más importante, culmina o puede culminar en la mejor solución posible: la lograda por los mismos contendientes, acercando sus respectivas posiciones, y no la impuesta por el tribunal oficial, imponiendo su razón y su decisión a la razones y decisiones de las partes.

El punto débil de esta fórmula es el mismo que pone en predicamento cualquier convención fincada en autonomía de la voluntad de las partes: la desigualdad real, cubierta por una aparente igualdad procesal. Es evidente que bajo la capa de la conciliación y el convenio pueden ocultarse —y en efecto se ocultan con frecuencia— pactos inequitativos en los que el fuerte

somete al desvalido, o en los que una parte arrolla a la otra, que opta por someterse a pretensiones indebidas en aras una resolución cierta y pronta.<sup>1</sup>

Diversos procesalistas coinciden en esta preocupación.<sup>2</sup> A este respecto debe diferenciarse, según estos mecanismos se instrumenten dentro de la misma relación conflictual o con la participación de un tercero ajeno al conflicto e imparcial, entre las figuras autocompositivas endógenas (entre las partes sin la participación de un tercero), como el desistimiento, el allanamiento y la transacción; y las figuras autocompositivas exógenas o heterocompositivas, como la conciliación o mediación con la participación de un funcionario judicial u otro tercero imparcial.<sup>3</sup>

Los tratadistas concentran sus reservas respecto de las figuras autocompositivas en dos principales direcciones muy interrelacionadas: racionalidad y equidad. En el primer caso, en la autocomposición unilateral de los litigios (como el desistimiento o el allanamiento) los impulsos altruistas o solidarios que les dan origen “supone que una o las dos partes propongan (no impongan como en la autotutela) el sacrificio de su propio interés (no el ajeno como la autotutela)”<sup>4</sup> lo que contradice la propia naturaleza del litigio entendido —en magistral síntesis carneltuttiana— como pretensión (exigencia de la subordinación del interés ajeno al propio) resistida.

Por esta contradicción del altruismo y el autosacrificio con la noción liberal de individualismo y la preponderancia del interés propio en la teoría de la elección racional, es que algunos autores clásicos como el procesalista milanés Francesco Carnelutti refieren que esta modalidad “de componer el litigio, es una solución ética, moral, valorativa, y hasta utópica, porque se acude a los valores como la belleza, la caridad, la bondad, la justicia; y hasta la santidad”<sup>5</sup>.

En lo que se refiere a la posible inequidad de los acuerdos derivados de la autocomposición, los autores señalan que si bien el proceso jurisdiccional

---

<sup>1</sup> García Ramírez, Sergio, “Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal”, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, pp. 349 y 350.

<sup>2</sup> Un análisis y crítica muy completos de las figuras autocompositivas, se encuentra en la obra clásica de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

<sup>3</sup> Entelman, Remo F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, 2a. reimpr., Barcelona, Gedisa, 2009, pp. 204 y ss.

<sup>4</sup> Flores García, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2003, p. 60.

<sup>5</sup> Citado en *ibidem*, p. 59.

es el “más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres [...] su éxito concreto dependa de otros muchos factores (organización judicial y política, nivel ético de los profesionales forenses, eficiencia de la legislación procesal, etcétera)”.<sup>6</sup> De ahí que cuando la saturación de los tribunales, la duración de los procesos y los costos asociados al proceso (honorarios de abogados, peritos, copias certificadas, traslados, pérdidas y días no laborados de los justiciables), hacen que, más que una actitud altruista y generosa de alguno de los justiciables (generalmente el más débil), la autocomposición se convierta en una fuga del proceso, “una degeneración claudicante”.<sup>7</sup> En este punto, los autores coinciden en que se da la situación práctica de optar por el famoso aforismo: “más vale una mala transacción que un buen pleito”.<sup>8</sup>

En este sentido, estudiosos del acceso a la justicia como Volmar Gessner<sup>9</sup> o Marc Galanter refieren que los sistemas de conciliación anexos a los juzgados (como podrían ser en nuestro medio las audiencias conciliatorias en los procesos civiles y familiares o en los centros de justicia alternativa de los poderes judiciales) suelen ser cajas de resonancia de las asimetrías derivadas de las distorsiones institucionales (falta de autonomía o independencia de juzgados), orgánicas (inexistencia de áreas de apoyo), organizacionales (modelos de gestión arcaicos, falta de servicio civil de carrera, entre otros) y éticas que acompañan al proceso, lo que sesga la voluntariedad y el contenido de los acuerdos.<sup>10</sup>

Estas asimetrías de costos y de poder de negociación son las que explican la aparente irracionalidad de ceder a pesar de haber accionado, o de sacrificar el interés propio al ajeno. Más bien se trata del cálculo anticipado de una desventaja insalvable, por lo que se opta —racionalmente— por claudicar para reducir las pérdidas que se derivarían de la decisión judicial del litigio.

De entre las figuras autocompositivas con participación de un tercero (exógenas o heterocompositivas), los tratadistas destacan a la conciliación. Carnelutti la define como “la intervención de un tercero entre los portadores de dos intereses en conflicto, con objeto de inducirles a la composición

<sup>6</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>8</sup> Carnelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Harla, 1997, p. 28.

<sup>9</sup> Gessner, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, trad. Renate Marsiske, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

<sup>10</sup> Galanter, Marc, “Por qué los ‘poseedores’ salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico”, en Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (comps.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, 2a. ed., México, Fontamara, 2012, pp. 41-74.

contractual [...] justa”.<sup>11</sup> De hecho, le reconoce, “en ciertas condiciones, idoneidad para alcanzar la misma finalidad que tiene la jurisdicción”<sup>12</sup> (lo que denomina “equivalente jurisdiccional”).

La mediación sale peor librada del análisis doctrinal de los procesalistas, considerándola una figura difusa y, de conformidad con Flores García, los acuerdos derivados de la mediación son “un mero contrato, una transacción”.<sup>13</sup> Carnelutti considera que “la mediación persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la composición justa”.<sup>14</sup>

Sin embargo, en la operación cotidiana del sistema de justicia, los procesalistas no cierran en definitiva el camino a las figuras autocompositivas:

El proceso no debe obstinarse en monopolizar la composición de los litigios, porque aparte de que resultaría vano empeño, ello se traduciría en un enorme aumento de gastos judiciales y un terrible congestionamiento de los tribunales, que redundaría en su descrédito. Debe, pues, contentarse con encerrar la autodefensa dentro de linderos en que no sea peligrosa para la paz social y con encuadrar la autocomposición de tal modo que se eviten sus degeneraciones claudicantes, pero sin intentar acabar a rajatabla con ambas.<sup>15</sup>

Por su parte, el doctor Fernando Flores García refiere que “la auto-composición, con ser deseable por pacífica y por ser altruista (ya expliqué que procura el beneficio del adversario en el conflicto de intereses surgido entre las partes) es poco frecuente en la práctica y su reglamentación legal es también muy limitada”,<sup>16</sup> ante lo que el doctor Sergio García Ramírez acota: “sin embargo [...] esa forma de resolver las contiendas prefigura el horizonte del porvenir”.<sup>17</sup>

En los siguientes apartados se mostrará que en décadas recientes se han construido principios, procedimientos, perfiles y métodos que buscan reducir a su menor expresión los riesgos de inequidad, garantizar la eficacia de los derechos de los participantes; y que se ha fortalecido la capacidad de los métodos alternos de solución de conflictos (en adelante, MASC), para

<sup>11</sup> Carnelutti, Francesco, *op. cit.*, p. 28.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>13</sup> Flores García, Fernando, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

<sup>14</sup> Carnelutti, Francesco, *op. cit.*, p. 28.

<sup>15</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, p. 234.

<sup>16</sup> Flores García, Fernando, *op. cit.*, p. 59.

<sup>17</sup> García Ramírez, Sergio, “Prólogo. Reflexiones sobre una teoría general de la composición del litigio”, en Flores García, Fernando, *op. cit.*, p. XXI.

garantizar las dos condiciones fundamentales para la solidez de los compromisos entre las partes de un conflicto: la toma de decisiones autónoma y la capacidad de llegar a acuerdos satisfactorios.

De igual forma se analizará el diseño, alcance y operación de estos principios políticos y técnicos de los MASC, para sumarse a otras figuras procesales o métodos de composición de conflictos, en la concreción de la aspiración del sistema de resolución de conflictos: restablecer la paz con justicia.

### III. HACIA UNA METODOLOGÍA DE LA COMPOSICIÓN DEL CONFLICTO

Los métodos alternos de composición del conflictos no sólo deben promoverse para reducir la congestión de los tribunales, ni por la imposibilidad material de dar un proceso jurisdiccional a todos los conflictos que se suscitan en la sociedad. También existen elementos cualitativos que en ciertas condiciones hacen de los MASC una vía idónea y más efectiva para la resolución del conflicto.

En este apartado desarrollaré dos argumentos: por una parte, que el derecho y la adjudicación procesal dejan fuera de su abordaje científico y técnico, muchas aristas fundamentales de los conflictos; en segundo lugar, mostraré la necesidad de que se privilegie la aplicación de metodologías más efectivas, menos invasivas y violentas para la resolución de conflictos, antes de acudir a la contienda mediante el proceso.

Respecto de la primera consideración: el conflicto es más amplio que el litigio, en el sentido de que el primero es el género, en tanto que el litigio o controversia legal (o la noción de “caso” como refiere Calvo Soler)<sup>18</sup> es la especie. El conflicto es definido como “una relación social en la que los sujetos sustentan objetivos incompatibles o percibidos como incompatibles”;<sup>19</sup> en tanto que el litigio —esa pretensión resistida— deriva de un conflicto de intereses trascendentes para el derecho. Carnelluti, en quien se encuentra la simiente de esta noción metaprocesal del conflicto y su composición, refiere en este sentido, que la confrontación de dos personas son “los elementos genéricos del conflicto de intereses”; en tanto que los “elementos específicos del litigio [...] no es sólo un conflicto de intereses, sino un conflicto jurídicamente calificado, es decir, trascendente para el derecho”.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Calvo Soler, Raúl, *Donde la justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña*, Barcelona, Gedisa, 2018, pp. 117 y ss.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>20</sup> Carnelutti, Francesco, *op. cit.*, p. 130.

Al optar el diseño legislativo por ciertos valores y modelos de conducta, deja fuera del marco legal muchos aspectos y supuestos que pueden formar parte de situaciones conflictivas futuras. En el silogismo (hipótesis-hechos jurídicos), si A, entonces B, se deja fuera C, D (o A *bis*). En el péndulo y progresión legislativos, aspectos del conflicto reciben o pierden a lo largo del tiempo aval del derecho. En otras ocasiones, como todo modelo, se deja fuera parte significativa de la realidad y no puede anticipar cambios sociales. A los elementos o propiedades del conflicto sí contempladas por el derecho, Raúl Calvo Soler las denomina “propiedades relevantes”; en tanto a que los elementos no previstos por los supuestos jurídicos los denomina “propiedades concurrentes”.<sup>21</sup>

La sociedad y el derecho se han transformado profundamente. Han proliferado nuevos ámbitos de actuación social y económica, representando un gran desafío para el alcance del derecho como instancia de regulación y resolución de conflictos. De igual forma, se multiplican conceptos jurídicos indeterminados y áreas de contracción del derecho. Por ejemplo, el que se establezcan figuras como el divorcio incausado, propicia una solución jurídica exprés al caso, alterando el resto de los componentes del conflicto y dejando a muchos de ellos sin cauce institucional para ser resueltos.

Esta complejidad social y la dinámica del sistema jurídico dejan cada vez más ámbitos de la conflictividad sin una respuesta institucional. Cada vez más pretensiones se quedan sin tutela legal (pretensiones infundadas en la terminología carneluttiana), lo que frustra la función del derecho de terminar con la violencia, prevenir conflictos y restaurar la paz con justicia.

Los abogados no suelen tener herramientas ni competencias para lidiar con esta creciente brecha entre derecho y conflictividad social, ya que han sido entrenados en “un arduo y largo proceso de transmisión del conocimiento”,<sup>22</sup> para detectar únicamente las propiedades del conflicto jurídicamente relevantes y construir su teoría del caso en torno a ellos, buscando la eficacia de los derechos de sus clientes por una sola categoría de métodos de administración y resolución de conflictos: el proceso judicial.<sup>23</sup>

En el mismo sentido, un sociólogo del derecho que estudió los tribunales mexicanos refirió:

la selectividad en el tratamiento del conflicto, por los juristas, se muestra también [...] en la metodología de la aplicación del derecho [...] se abstrae de un

<sup>21</sup> Calvo Soler, Raúl, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

<sup>22</sup> Entelman, Remo F., *op. cit.*, p. 55.

<sup>23</sup> *Idem.*



conflicto tejido en un contexto social específico, “un estado de cosas” del que pueden deducirse “consecuencias jurídicas”. El jurista comprende por esto, necesariamente, sólo una parte (pequeña) de los factores que determinan la situación conflictiva.<sup>24</sup>

Sin embargo, en los últimos ochenta años los equivalentes jurisdiccionales, como la conciliación y los denominados MASC, han desarrollado doctrina, procedimientos y técnicas para ponderar e integrar en un mapa del conflicto tanto sus propiedades jurídicamente relevantes así como las concurrentes, para guiar la intervención, abordar y resolver de manera cabal los conflictos. Con estas técnicas se puede también gestionar y consolidar la autonomía de los participantes y su capacidad de llegar a acuerdos. Los MASC permiten, así, arribar a soluciones sólidas, equitativas y estables; y abonar, además, a la restauración de una paz justa.

Un avance en este sentido es la reforma constitucional publicada el 15 de septiembre de 2017 en el *Diario Oficial de la Federación*, adicionando un cuarto párrafo al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) en el que se señala: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.

Como se refirió al iniciar este apartado, además de que el derecho y el proceso han dejado fuera elementos o propiedades muy significativas de los conflictos, también debe optarse por metodologías de resolución de los conflictos más completas y que atiendan a todos los componentes del conflicto, así como a las necesidades de las partes del mismo.

Los propios juristas, además de reconocer la imposibilidad de que todos los conflictos se resuelvan a través del proceso judicial, señalan que el proceso es una entre varias opciones de resolución “cuando falla la prevención deseable y no prosperan las correcciones solidarias”.<sup>25</sup> Para la teoría del conflicto, la utilización del proceso judicial como método de resolución de conflictos debe reducirse a su menor expresión. Remo Entelman refiere: “el sistema jurídico es un método violento y no pacífico de resolución de controversias. Violento, porque recurre al uso o a la amenaza de la fuerza [...] ninguna relación de parentesco, de amistad o de asociación de cual-

<sup>24</sup> Gessner, Volkmar, *op. cit.*, p. 4.

<sup>25</sup> García Ramírez, Sergio, “Prólogo. Reflexiones sobre...”, *cit.*, p. XIX.

quier índole emerge incólume cuando un conflicto suscitado en su seno se resuelve por un juez”.<sup>26</sup>

Los MASC cuentan con un desarrollo doctrinal y legislativo propios, y van ganando presencia y prestigio entre las opciones de resolver conflictos. Un criterio jurisprudencial reciente ha declarado que la justicia alternativa es un derecho humano de rango constitucional, y reconoce que los medios alternativos fomentan la cultura del diálogo, el respeto por el otro, y logran que los conflictos se resuelvan de manera rápida, ágil, pacífica y eficaz, constituyendo “herramientas para revolucionar el sistema tradicional de Justicia”.<sup>27</sup>

Los MASC, particularmente la mediación (92% de los MASC aplicados en los centros de justicia alternativa de los poderes judiciales estatales),<sup>28</sup> aplicados en sede judicial, representan en la actualidad el 5% de los procesos judiciales concluidos en el país (en el caso de Jalisco más de 20%, y Guanajuato y Quintana Roo más de 10%).<sup>29</sup>

Estudios recientes refieren que la profesionalización de la mediación se consolida al presentar un componente científico, un componente técnico, un componente humano (un perfil de mediador profesional bien diseñado, acreditado y certificable) y un componente ético.<sup>30</sup>

#### IV. EFICACIA Y EFICIENCIA DE LAS ALTERNATIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Con esta concepción amplia del fenómeno de la conflictividad social, se puede afirmar que existe un amplio espectro de procedimientos de solución de conflictos, y que, de acuerdo a los diversos elementos y componentes del conflicto, se puede determinar cuál es el método más eficaz para su composición.

<sup>26</sup> Entelman, Remo E., *op. cit.*, véanse citas de pp. 60 y 24, respectivamente.

<sup>27</sup> Tesis I.3o.C.3 CS, “Justicia alternativa. Constituye un derecho humano de rango constitucional”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, libro 71, octubre de 2019, p. 3517.

<sup>28</sup> Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “Tabulados sobre justicia alternativa y/o mecanismos alternativos de solución de controversias”, *Censo Nacional de Impartición de Justicia 2021*, México, 2021, disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2021/default.html>, consultado en noviembre de 2021. Dato en tabulado 7.

<sup>29</sup> Cálculo basado en datos de nota anterior. Tabulado 7 de justicia alternativa y tabulado 16 de impartición de justicia.

<sup>30</sup> Gorjón Gómez, Francisco y Vera Carrera, Jéssica, “Mediación como una profesión de futuro”, en Gorjón, Francisco y Vera, Jéssica (coords.), *La profesión de la mediación*, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 30.

Los defensores de los MASC destacan que su principal ventaja consiste en que potencian el arribo a un sólido compromiso con los acuerdos alcanzados (más de 95% de los convenios se cumplen espontáneamente).<sup>31</sup> Sin embargo, como apunta Raúl Calvo Soler, para que este compromiso se verifique, la situación conflictiva y la dinámica del conflicto deben permitir que se cumplan dos condiciones:

- a) La competencia de los actores para determinar *autónomamente* cuáles son sus intereses.
- b) La capacidad para establecer los pactos y acuerdos necesarios para la satisfacción de sus intereses.<sup>32</sup>

De igual forma, habrá conflictos en los que por la ausencia de voluntad de los participantes (por ánimo de litigiosidad, o porque no les reconozcan el carácter de parte o le imputen falta de legitimación), deshonestidad o desacuerdo en los hechos, incompetencia para determinar autónomamente sus intereses (casos de ignorancia o relaciones con significativos niveles de violencia), puede resultar necesaria la realización de actos de imperium de la jurisdicción, como dictar medidas cautelares, precautorias, o requerir a autoridades y particulares con el propósito de que revelen sus objetivos para informar sus decisiones, así como para realizar actuaciones probatorias que ilustren las decisiones judiciales al crisol del principio contradictorio. En estos casos, sólo el proceso judicial podrá garantizar una solución equitativa.

La estructura de un conflicto puede ser compleja. Raúl Calvo establece que al analizar una situación conflictiva se debe tener en cuenta al menos ocho elementos como los sujetos, sus objetivos, su poder e influencia, las coaliciones que puedan realizar entre ellos, entre otros. Y la conformación de cada elemento tiene repercusiones en el nivel de confrontación, y su viabilidad para ser resuelto por uno u otro método.<sup>33</sup>

Para ceñirme a la extensión de este texto, presentaré una tipología muy general de los conflictos y los métodos de solución que podrían ser más adecuados, siguiendo principalmente a Calvo Soler y Remo Entelman. El propósito es subrayar la condición de alternatividad y sinergia que puede darse entre los diversos métodos de solucionar conflictos.

---

<sup>31</sup> Es el promedio nacional de este indicador, de acuerdo con la información disponible aportada por los directores de centros de mediación de la Red de Centros de Justicia Alternativa, en sede judicial de la Conferencia Nacional de Tribunales de Justicia.

<sup>32</sup> Calvo Soler, Raúl, *op. cit.*, pp. 98 y 99.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 85.

Tabla. Alternatividad entre métodos de solución de conflictos

<i>Características del conflicto</i>	<i>Susceptible de resolverse por vía judicial</i>	<i>Susceptible de resolverse por MASC</i>
<p>Conflictos no normados. Aquéllos en los que el derecho no regula las conductas que conforman el conflicto ni establece una solución o resolución estricta (Calvo, <i>op. cit.</i>, pp. 76 y 77). Ejemplo, uno de los cónyuges no está de acuerdo en que todas las vacaciones de diciembre se pasen en la casa de la familia del otro cónyuge.</p>	<p>No existe alguna acción disponible para canalizar este tipo de conflictos.</p>	<p>Los MASC son una vía para canalizar y resolver este tipo de conflictos.*</p>
<p>Conflicto para el que “las normas jurídicas prevén una resolución del conflicto en virtud de la cual uno de los actores sustentan un objetivo atendible conforme a derecho y el otro no” (Calvo, <i>op. cit.</i>, p. 80).</p>	<p>Ambos métodos de solución de conflictos pueden ser utilizados. En este caso, cuando ambos métodos son aplicables, consideraciones referentes a la duración, costos y desgaste emocional del proceso judicial lo hacen ineficiente frente a otras metodologías como los MASC (Calvo, <i>op. cit.</i>, p. 85).</p>	
<p>“Las normas jurídicas prevén una resolución del conflicto en virtud de la cual los dos actores sustentan objetivos permitidos conforme al derecho” (Calvo, <i>op. cit.</i>, p. 80). “Enfrenta a los conflictuantes con el inesperado fenómeno de que para cada uno de ellos es libre (no está prohibido)... [es] legítimo estar en conflicto con el otro” (Entelman, <i>op. cit.</i>, p. 54). Ejemplo, herederos en conflicto derivado del nombramiento del albacea.</p>	<p>COMPLICADO. La estructura del conflicto será determinante para que prospere este método. Reconocer a ambos más que el fin del conflicto, lo refuerza. Los objetivos subsisten. La incompatibilidad no ha sido modificada por el derecho (Calvo, <i>op. cit.</i>, p. 81). El reconocimiento jurídico de la pretensión puede desescalar y reducir la intensidad del conflicto.</p>	<p>COMPLICADO. La estructura del conflicto será determinante para que prospere este método. Deberá fortalecerse la validación de las pretensiones para desescalar el conflicto.</p>

<p>Conflictos con objetivos simbólicos.                  Simbólicos en Entelman: “en los que en realidad el objetivo exhibido como tal no es la última meta deseada por el actor en conflicto”, objetivo exhibido <i>vs.</i> objetivo real. Por ejemplo, se demanda para cobrar un adeudo, pero el objetivo final es quedarse con la empresa del deudor o socio.</p>	<p>COMPLICADO                  RESOLVERSE                  POR PROCESO                  JUDICIAL                  “El juez adjudica una solución para un conflicto ficticio... sin modificar los objetivos del conflicto” El juez tendría que participar en la <i>petitio</i> de las partes limitando su voluntad, y comprometiendo su imparcialidad. (Calvo, <i>op. cit.</i>, p. 94).</p>	<p>RESOLUBLE                  POR MASC                  El mediador o facilitador puede intervenir en la resolución de este tipo de conflictos permitiendo que independientemente de que se llegue o no a un acuerdo, se defina mejor el conflicto, logrando que se hagan explícitos los objetivos reales de las partes.</p>
<p>Conflictos con objetivos trascendentes (casos y análisis en Calvo, <i>op. cit.</i>, pp. 96 y ss.).                  Cuando lo que se reclama es la realización de un valor (honor, la dignidad, reputación, etc.).                  Casos más coloquiales:                  Esposa pide que se excluya las visitas del otro cónyuge por la felicidad de sus hijos. Una deuda verbal, sin título de crédito.                  Casos más complejos: desobediencia civil, objetores de conciencia.</p>	<p>Posibles soluciones judiciales (adjudicación):                  a) Que la adjudicación coincide con el objetivo trascendente. Se avanza un derecho a través de la ponderación e interpretación conforme. EFECTIVIDAD DE LA VÍA JUDICIAL                  b) Aunque hay coincidencia en la adjudicación y objetivo, el actor lo considera insuficiente para realizar el valor (Por ejemplo, si se le da al esposo un régimen mínimo de visitas). En este caso, la parte que se siente insatisfecha podría escalar el nivel de violencia, impugnar y resistir el cumplimiento. El proceso podría desgastar a las partes y escalar el conflicto con prolongados peritajes psicológicos.                  c) No hay coincidencia entre el reclamo y la solución adjudicada. En el caso de la deuda verbal, el acreedor al que no se le reconoció el derecho puede escalar en la violencia de sus reclamos.</p>	<p>Los MASC tienen la metodología y recursos para tener mejores resultados con las opciones b) y c), para lo que deberían de:                  1. Reconstruir los valores para que resulten compatibles. Por ejemplo, reconocer la deuda y validar el derecho del acreedor y el deber del deudor.                  2. Configurar un valor superior común. Por ejemplo, coincidir en que lo más importante es el bienestar y sano desarrollo de los hijos y su derecho (de los menores) a la convivencia.                  3. Mostrar que no hay una vulneración del valor.</p>

<p>Conflictos con preferencias mal informadas.                  Se refieren a conflictos en que una o ambas partes ignoran o tienen una percepción inexacta de sus intereses, así como algún desacuerdo sobre los hechos y conductas o su veracidad. Por ejemplo, cuando los esposos discrepan sobre el monto de los ingresos de uno de ellos para determinar la cantidad destinada a los alimentos de los hijos. Cuando una de las partes o ambas muestran ignorancia sobre sus derechos. (Calvo, <i>op. cit.</i>, pp. 99 y ss.)</p>	<p>En estos casos se requeriría una asesoría letrada de las partes, así como a posibilidad de verificar la exactitud de los hechos o de las conductas a través de procesos contradictorios de desahogo de pruebas ante el juzgador imparcial.                  En estos casos, la hetero-composición judicial podría ofrecer la vía de resolución.</p>	<p><b>ESTOS CASOS SON COMPLICADOS PARA SU RESOLUCIÓN VÍA MASC</b>                  Si una de las partes no está satisfecha con la veracidad de la información, se debilita su compromiso con el cumplimiento del posible acuerdo. El conciliador tiene más margen de orientar el resultado e informar a las partes, pero compromete su imparcialidad.**                  Un operador de MASC no puede convalidar acuerdos sustentados en preferencias, mal informados, y debe respetar los límites legales sobre la disposición de derechos y monto de los acuerdos.</p>
<p>Conflictos con asimetría de poder estructural.                  Impacta ambas condiciones del compromiso (autonomía y capacidad de llegar a acuerdos).                  Poder se relaciona con los recursos con los que cuentan los actores para conseguir el objetivo que define el conflicto.                  Dos líneas de análisis del poder                  a) poder definido como una propiedad independiente de cada uno de los actores de un conflicto.                  b) Poder definido como una propiedad relacional entre los individuos del conflicto. (Calvo, <i>op. cit.</i>, pp. 103 y ss.)</p>	<p>“En las interacciones negociales entre los dos actores el poder juega un papel determinante”.                  a) El poder como alternativa al proceso negocial. A mayor asimetría más parecido a una imposición, a una transacción. A mayor poder menos útil MASC y negociar (¿para qué negociar un acuerdo por debajo de lo que se puede obtener en un proceso judicial?).                  b) El poder en el proceso negocial. A mayor poder de una parte, el acuerdo se acercará más a sus pretensiones.                  En estos casos, la jurisdicción puede mandar órdenes de protección, medidas</p>	<p>Riesgo de lograr un equilibrio entre la autonomía y la viabilidad del acuerdo, comprometiendo la neutralidad e imparcialidad del mediador.                  Cuando la asimetría se deriva de la cantidad de recursos, los MASC reducen los costos asociados con el procedimiento respecto de la alternativa judicial. Pero el más fuerte suele no someterse a MASC.                  Cuando el poder es relacional, es muy posible que el compromiso del actor débil estará condicionado, lo que es un gran desafío para el operador.                  En casos de que exista violencia de la que se derive</p>

	cautelares y otras diligencias tendientes a equilibrar la situación procesal de las partes.	la asimetría no deben aplicarse los MASC.
--	---	---

\* Carnelutti refería que para aquellos supuestos no contemplados en la legislación podía aplicarse el juicio en equidad (compartiendo muchos de los elementos de los MASC): “el propósito de eliminar el proceso dispositivo, proveyendo a la composición de los conflictos exclusivamente con las normas materiales o con los principios de ellos extraídos sería, desde luego, pobre e ingenuo. El conjunto de normas materiales es un sistema rígido; el conjunto de las relaciones sociales es una masa en movimiento. Hace falta insertar en aquel sistema juntas elásticas, si se quiere evitar que el derecho comprima a la sociedad o que ésta infrinja el derecho [...] intervenga el juicio de equidad”. Carnelutti, Francesco, *op. cit.*, p. 4.

\*\* Técnicas como el ser “agente de la realidad” pueden apoyar al operador del MASC para que se “revele” la realidad de los hechos (así como de los objetivos, en los casos de conflictos trascendentes). Calvo Soler (*op. cit.*, p. 100) cita a Moore, quien refiere que si los mensajes inexactos acerca de los propios intereses de una de las partes produce efectos negativos sobre la negociación, el operador de MASC puede ayudar “a la parte que miente a apartarse de su postura artificial, para llegar a una exposición más exacta a sus intereses”.

## V. GARANTIZANDO LA AUTONOMÍA Y EL ACUERDO. PRINCIPIOS POLÍTICOS Y PRINCIPIOS TÉCNICOS DE LA MEDIACIÓN

De acuerdo con lo analizado en los apartados anteriores, se puede concluir que existe una condición de alternatividad entre los métodos de solucionar conflictos, entendida como la posibilidad de utilizar aquel método que resulte idóneo, o con mayores posibilidades de éxito, de acuerdo con las características y la estructura del conflicto particular de que se trate.<sup>34</sup> Con base en el derecho de acceso a la justicia (artículo 17 de la CPEUM y artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—) y el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo (artículo 17 de la CPEUM y artículo 25, CADH), el sistema jurídico mexicano ha establecido a la justicia alternativa como un derecho humano de rango constitucional,<sup>35</sup> con la misma jerarquía y dignidad que el derecho al ac-

<sup>34</sup> Un ensayo que desarrolla de manera espléndida, tanto la relación y sinergia que pueden tener los diversos métodos de resolver conflictos (la justicia formal y los MASC, particularmente la mediación) como el desarrollo constitucional y jurisprudencial de la justicia alternativa como derecho humano, es el de García Villegas Sánchez Cordero, Paula María, “Diálogo entre la justicia formal y la mediación. Similitudes y diferencias”, en Linares, Andrés *et al.* (coords.), *Othón Pérez Fernández del Castillo Homenaje. Primer diplomado nacional en mediación en sede notarial*, México, Porrúa, 2021, pp. 329-379.

<sup>35</sup> Tesis I.3o.C.3 CS, *Gaceta del Semanario...*, *cit.*

ceso a la justicia, y que tienen la misma finalidad: “resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado mexicano”.<sup>36</sup>

La doctrina procesal distingue entre los principios políticos y los principios técnicos de los procedimientos. Los primeros establecen los lineamientos normativos, el deber ser del procedimiento, sus finalidades y valores (la intención del proceso); en tanto que los principios técnicos es la herramienta procesal concreta del ordenamiento jurídico que opera en favor de la eficacia de los principios políticos (las herramientas del proceso).<sup>37</sup>

Los principios políticos de los MASC están orientados a la solución efectiva (idónea) de los conflictos en los términos sustantivos y orgánicos del artículo 17 de la CPEUM. Así, los principios de legalidad, imparcialidad, neutralidad, protección de los más vulnerables, expeditéz, ejecutoriedad, informalidad, inmediatez y honestidad<sup>38</sup> son las características que debe tener los servicios de MASC; en tanto que los principios técnicos son los mecanismos e incluso las técnicas de los profesionales de los MASC para que se logre la efectiva resolución de los conflictos y el eficaz acceso a la justicia.

También los principios técnicos pretenden generar las condiciones para que se den la autonomía de las partes y su capacidad de llegar a un acuerdo, comprometiéndose con su cumplimiento voluntario. Entre los principios técnicos se pueden referir el de voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, equidad, economía, accesibilidad y alternatividad.<sup>39</sup>

De igual forma, el proceso de los MASC también busca fortalecer la autonomía y capacidad de lograr un acuerdo y de comprometerse con el mismo: al informarse sobre el conflicto, el operador debe evaluar si es procedente el método alterno para el tipo de conflicto del que se trate; durante la presentación de las partes y apertura de la sesión se busca establecer las reglas de respeto mutuo, señalar que se está en un entorno seguro, voluntario, confidencial, imparcial y neutral. Al exponer las partes su punto de vista

---

<sup>36</sup> Tesis III.2o.C.6 K, “Acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias, como derecho humano. Goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del Estado”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, libro XXV, octubre de 2013, p. 1723.

<sup>37</sup> García Ramírez, Sergio, “Principios del proceso penal: legalidad y oportunidad”, en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica: libro homenaje a Claus Roxin*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, t. I, pp. 545 y ss.

<sup>38</sup> Algunos con fundamento en el artículo 17 de la CPEUM, y otros de la legislación en materia de MASC; en este caso, me baso en el artículo cuarto de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco (LJAJ), promulgada el 15 de enero de 2007.

<sup>39</sup> Artículo cuarto de la LJAJ.



y su versión de los hechos en un entorno de respeto recíproco; al clarificarse las posiciones; reconocer la validez de los puntos de vista de la otra parte; al reconocer necesidades mutuas; destacar coincidencias; establecer acuerdos parciales; cooperar en la generación y evaluación de opciones y alternativas de solución y redacción del convenio. En todas las fases y con esos procedimientos se busca generar esa sinergia entre autonomía y capacidad de compromiso.<sup>40</sup>

También las estrategias procedimentales (si se realiza una o varias sesiones; individuales o conjuntas, etcétera) y las técnicas operativas y comunicacionales (todas las habilidades y herramientas de comunicación) de los mediadores<sup>41</sup> están orientadas a lograr y potenciar estas multirreferidas condiciones para el compromiso: la autonomía de decidir y la capacidad de acordar.

## VI. CONCLUSIONES. HACIA UNA SISTEMA INTEGRAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

*Primera.* Se mostró que las reservas que se han manifestado tradicionalmente, respecto de los mecanismos autocompositivos y por parte de los procesalistas más reputados, se refieren principalmente a figuras como el allanamiento, la transacción y el desistimiento que se daban generalmente de manera endógena (entre las propias partes) y en el vacío institucional, y en menor medida, a figuras como la mediación y la conciliación.

*Segunda.* Los mecanismos autocompositivos exógenos (con la participación de un tercero, profesional e imparcial), que ya algunos también denominan como heterocompositivos, en tanto que participa un tercero, han desarrollado en las últimas ocho décadas un acervo doctrinal normativo y técnico propios. Su operación efectiva en diversas materias, y particularmente, en los sistemas de justicia de competencia local, les ha ido ganando presencia y prestigio entre las opciones de resolver conflictos.

*Tercera.* Se refirió la capacidad y flexibilidad de los MASC para incorporar a la solución de los conflictos, componentes concurrentes o no jurídicos que permiten un abordaje más completo de la conflictiva social. Se presenta la necesidad de una teoría de la composición de conflictos que contemple

---

<sup>40</sup> Etapas del procedimiento de mediación con base en Gorjón Gómez, Francisco y Steele Garza, José Guadalupe, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, México, Oxford, 2008, pp. 181-190.

<sup>41</sup> Pekar Lempereur, Alain *et al.*, *Método de mediación. En el corazón de la conciliación*, trad. de Enrique Mercado González, México, Grupo Editorial Patria, 2011.

además de los componentes jurídicamente relevantes, los componentes concurrentes o no jurídicos que, sin embargo, pueden resultar fundamentales para una solución completa, profunda y permanente del conflicto. De igual forma, dicha teoría debería contemplar las técnicas y modelos de intervención para fortalecer y gestionar la autonomía de las partes y su capacidad de llegar a acuerdos.

*Cuarta.* Se presentó una tipología de conflictos y la pertinencia o idoneidad de uno u otro método de resolución, atendiendo a la estructura del mismo y las necesidades de las partes del conflicto. Esto subraya la relación de alternatividad, efectividad y eficiencia entre los métodos disponibles para resolver conflictos en una sociedad.

*Quinta.* Los MASC, particularmente la mediación, pueden ser exitosos en aquellos conflictos en los que se cumplen dos condiciones para lograr el compromiso con el acuerdo que, eventualmente, se concrete: *a)* La competencia de los actores para determinar autónomamente cuáles son sus intereses, y *b)* La capacidad para establecer los acuerdos necesarios para la satisfacción de sus intereses. Los principios políticos y técnicos de la mediación están orientados a conseguir y mantener dichas condiciones para el compromiso efectivo y voluntario.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- CALVO SOLER, Raúl, *Donde la justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña*, Barcelona, Gedisa, 2018.
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Harla, 1997.
- ENTELMAN, Remo F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, 2a. reimpr., Barcelona, Gedisa, 2009.
- FLORES GARCÍA, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2003.
- GALANTER, Marc, “Por qué los ‘poseedores’ salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico”, en BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (comps.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, 2a. ed., México, Fontamara, 2012.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal”, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Insti-

tuto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Principios del proceso penal: legalidad y oportunidad”, en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica: libro homenaje a Claus Roxin*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, t. I.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Prólogo. Reflexiones sobre una teoría general de la composición del litigio”, en FLORES GARCÍA, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2003.

GARCÍA VILLEGAS SÁNCHEZ CORDERO, Paula María, “Diálogo entre la justicia formal y la mediación. Similitudes y diferencias”, en LINARES, Andrés *et al.* (coords.), *Othón Pérez Fernández del Castillo Homenaje. Primer diplomado nacional en mediación en sede notarial*, México, Porrúa, 2021.

GESSNER, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, trad. de Renate Marsiske, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco y VERA CARRERA, Jéssica, “Mediación como una profesión de futuro”, en GORJÓN, Francisco y VERA, Jéssica (coords.), *La profesión de la mediación*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco y STEELE Garza, José Guadalupe, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, México, Oxford, 2008.

Instituto Nacional de Geografía y Estadística, *Censo Nacional de Impartición de Justicia 2021*, México, 2021, disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2021/default.html>.

PEKAR LEMPEREUR, Alain *et al.*, *Método de mediación. En el corazón de la conciliación*, trad. de Enrique Mercado González, México, Grupo Editorial Patria, 2011.