



**Trabajo ganador del premio
Julio C. Treviño 2007
a la tesis de licenciatura
en materia de arbitraje**

Lic. Andrés Nieto Sánchez de Tagle:

**Análisis y propuesta de incorporación
de la ley modelo de la CNUDMI
sobre conciliación comercial internacional
al derecho mexicano**

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. CAMECIC

Consejo Editorial.

Presidente ICC México.
Ing. Pierre Froidevaux Chavan

Vicepresidentes ICC México.
Ing. Ricardo González Sada
Lic. Juan Luis Prieto Jacqué

Tesorero ICC México.
Lic. Jorge Fernández García Travesí

Secretaria General ICC México.
Lic. Yesica González Pérez

Directora Pauta.
Lic. Laura Altamirano López

Creación en formato electrónico.
Lic. Gustavo Manzanilla Méndez



Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. - Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción -sin el permiso escrito de ICC.

Título de la publicación: «ICC. Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.»

Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López
Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105
Domicilio de la publicación y del distribuidor: Av. Insurgentes Sur 950 1er. piso Colonia Del Valle, C.P. 03100, México D.F.
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321, 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628.
web: www.iccmex.org.mx
e-mail: camecic@iccmex.org.mx; laura@iccmex.org.mx

Lic. Andrés Nieto Sánchez de Tagle:

Análisis y propuesta de incorporación de la ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional al derecho mexicano

- 2** Carta del presidente
- 3** Introducción
- 7** Capítulo I.
Sistemas de solución de controversias
- 35** Capítulo II.
Mecanismos alternativos de solución de controversias generalidades
- 61** Capítulo III.
La conciliación comercial generalidades
- 91** Capítulo IV.
Ley modelo de la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional sobre conciliación comercial internacional
- 136** Capítulo V.
Propuesta de incorporación de la ley modelo al derecho mexicano
- 151** Conclusiones
- 159** Fuentes consultadas

Estimados Socio y Amigos:

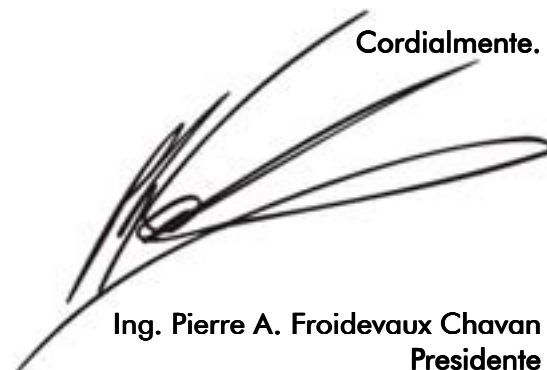
Con objeto de promover el estudio del Arbitraje Comercial Internacional entre jóvenes abogados, el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, en coordinación con el Centro de Arbitraje de México y la Cámara de Comercio de la Ciudad de México, realizan anualmente el premio a la mejor tesis sobre Arbitraje: Premio JULIO C. TREVIÑO.

En el 2007, el ganador de este reconocimiento fue el Licenciado Andrés Nieto Sánchez de Tagle, joven abogado a quien ICC México reconoce su esfuerzo y dedicación publicando en PAUTA, la tesis de su autoría: Análisis y propuesta de incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional al derecho mexicano.

Es así como este ejemplar de PAUTA, en su número 55 además de promover el estudio del arbitraje, por medio de la publicación de la tesis ganadora, nos permite recordar a Don Julio C. Treviño Azcué, quien fuera miembro mexicano de la Corte Internacional de Arbitraje y activo miembro de la Comisión en ICC México.

ICC México reconoce y recuerda su trayectoria como experto mundial, gran amigo, excelente profesor y entusiasta promotor del Arbitraje.

Cordialmente.



Ing. Pierre A. Froidevaux Chavan
Presidente

INTRODUCCIÓN

El 28 de junio de 2002, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la UNCITRAL, como normalmente se le conoce por sus siglas en inglés¹) adoptó la *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional* y, al hacerlo, declaró formalmente al mundo comercial que la mediación, o conciliación como se le refiere normalmente a nivel internacional, es un mecanismo que cada vez cobra más importancia en la solución de conflictos comerciales internacionales —lo suficientemente importante para que el órgano de las Naciones Unidas encargado del derecho comercial internacional, haya tomado los pasos necesarios para buscar armonizar su legislación y fomentar su uso a nivel mundial.²

Αλήθειά (Aletheia; del griego *a* [negación] y *lath* [ocultar, velo]), es el término más atávico del que se tiene conocimiento para describir lo que actualmente se entiende como una tesis en tanto que ésta se someta a un proceso dialéctico³. En la Grecia antigua este término era empleado para describir el acto de develar un objeto o desenmascarar a una persona a través de un debate, con el cual se pretendía despojar todo aquello que impedía, velaba u obstaculizaba, por su irrelevancia o subjetividad, la búsqueda de la verdad.

La tesis que propongo no tiene como fin en sí mismo un sentido estricto del proceso dialéctico de la aletheia griega. Tampoco pretende descubrir una verdad absoluta o parcial, ni presentar un tratado jurídico sobre la conciliación comercial; sino *develar* las galimatías jurídicas de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional, como objeto de estudio, y someterlas al proceso dialéctico-histórico⁴ de la globalización y de la realidad jurídica mexicana contemporánea. Es, entonces, una tesis que adopta la aletheia griega sólo en tanto que expone o enfrenta, de manera objetiva, la Ley Modelo de sobre Conciliación Comercial Internacional a la problemática más relevante que esgrime nuestra sociedad actual. Por lo tanto, lo que se pretende es encontrar las condiciones que autoricen la incorporación y utilización de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional en el Derecho Mexicano.

Para tal efecto es necesario delimitar los alcances analíticos y prácticos de esta tesis dadas dos limitaciones principales que tiene este tema: la primera es el hecho que la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional es un tema muy actual, dada su reciente emisión, y no existe un historial significativo de casos de referencia para realizar un análisis comparativo y; segunda, dada la actualidad del tema, no existe un tampoco un número importante de referencias bibliográficas. Sin embargo, **JOHN W. CRESWELL**⁵, especialista en técnicas de investigación, ofrece una solución al respecto consistente en escoger el marco metodológico *ad hoc* a las limitantes de la investigación; especialmente cuando el fenómeno u objeto de estudio analizado es muy reciente en oposición a casos de estudio en donde exista una información histórica y bibliográfica abundante.

¹ *United Nations Commission on International Trade Law.*

² Vid. **BARIN, BABAK**, "UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – How can Canada make a contribution to the uniform enforcement of settlement agreements around the world?", en *Mediation – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados*, vol. 1, núm. 2, Londres, Reino Unido, Agosto de 2005; p. 69.

³ Dialéctica, en esta tesis, tiene una acepción filosófica y no etimológica como tal; es decir, dialéctica se referirá al proceso racional dirigido a la obtención de la verdad y conocimientos de cualquier tema. Vid. *Oxford Dictionary of Philosophy*, Reino Unido, 1996; p. 104.

⁴ Un proceso *dialéctico-histórico* se refiere a la noción hegeliana de que sólo se puede avanzar en la generación de conocimientos si se toman en cuenta las fuerzas históricas que caracterizan cada época histórica. En este sentido, para esta tesis, la globalización y la realidad jurídica mexicana serán las fuerzas históricas que definirán y afectarán la variable principal de estudio; esta es: la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y su posible incorporación al sistema jurídico mexicano.

⁵ Vid. **CRESWELL, JOHN W.**, *Research Design*, Edit. Sage Publications, EE.UU., 2003; pp. 142 - 153.

Dadas las limitaciones apuntadas, podemos encontrar, quizá, dos méritos colaterales en el presente trabajo: (i) el abrir al foro mexicano a la discusión acerca de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional —y con ello fomentar tal vez su conocimiento y utilización; y (ii) compendiar, ordenar y sistematizar la información y fuentes encontradas, presentándolas con una óptica personal que pudiera servir para futuros estudios sobre el tema.

Anti-Dühring (1878), es considerada como la obra más madura de **FEDERICO ENGELS**, conocido más por sus aportaciones a la corriente filosófica marxista que por su fundamental contribución a la generación sistémica, objetiva y rigurosa de conocimientos de cualquier disciplina o ciencia actual. La palabra *thesis* adquirió un nuevo carácter epistemológico con la publicación de *Anti-Dühring* ya que concilió dos corrientes filosóficas aparentemente irreconciliables: la *dialéctica clásica*, de albores en la Grecia antigua, con la *dialéctica histórica* de **HEGEL** (i.e. materialismo dialéctico). El término *dialéctica* para **ENGELS** es indisoluble de las fuerzas históricas que permean y dan sentido y certidumbre al análisis del objeto de estudio. La *dialéctica histórica* es el método engelianiano de "...posicionar los eventos [que afecten nuestras variables de estudio] dentro de las fuerzas históricas convergentes y en choque de cada época histórica"⁶. Por ejemplo, en esta tesis el objeto de estudio (i.e. la factibilidad de la incorporación de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional al Derecho mexicano) debe ser situado ante dos fuerzas históricas actuales que están en choque: por un lado, el *momentum* histórico que tienen las fuerzas globalizadoras, particularmente en el comercio y en la economía mundial y; por otro, la resistencia que enfrentan al incursionar dentro de las inercias e identidades políticas y sociales nacionales como lo son las prácticas jurídicas tradicionales en la resolución de controversias comerciales y los sistemas judiciales nacionales. Estas fuerzas históricas en choque no pueden ser ignoradas sino incorporadas al objeto de estudio si se pretende develar, en el sentido alethético, las virtudes o dificultades provistas cuando la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional enfrente las inercias del Estado mexicano, incluyendo su sistema y prácticas jurídicas.

El capitulado de la tesis esta organizado de manera deductiva; es decir, los capítulos generales anteceden a los capítulos analíticos particulares. Con ello, el objetivo es invitar al lector a las antecelas históricas y conceptuales (inserción del elemento *histórico* en el proceso dialéctico-*histórico*) en los capítulos I y II para posteriormente confrontarlos con los capítulos analíticos III y IV (inserción del elemento *dialéctico* en el proceso *dialéctico*-*histórico*). De este modo en el capítulo V, el último de esta tesis, presentamos nuestra propuesta para abrir la discusión respecto de la incorporación de la Ley Modelo de Conciliación a nuestro sistema jurídico.

El capítulo I ofrece al lector un panorama general de los sistemas de solución de controversias, el cual contempla un esbozo histórico los mismos en el devenir del pensamiento jurídico desde los pueblos primitivos hasta los albores del siglo XXI. Posteriormente y como referencia obligada, atendemos a la clasificación de los sistemas de solución de conflictos sugerida por CARNELUTTI y EDUARDO COUTURE y posteriormente perfeccionada por el maestro NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en su obra "*Proceso, autocomposición y defensa*". Cerraremos este capítulo ubicando a la conciliación comercial dentro de la clasificación antes mencionada y señalando los mecanismos conforme a los cuales se puede intentar solucionar una controversia mercantil.

Siguiendo la parte descriptiva de nuestro estudio, en el segundo capítulo se estudia a los denominados Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. La justificación de este capítulo atiende, también, a una explicación deductiva o de "género—especie", siendo los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias el género y la conciliación comercial la especie. Es fundamental, entonces, para los propósitos del presente trabajo, abordar varios temas como lo son: la terminología y conceptos empleados para definir a estos mecanismos, el origen y el porqué del surgimiento de los mismos, las ventajas que ofrecen, sus desventajas, así como ejemplos de los distintos mecanismos que han surgido —o resurgido, como se verá en su oportunidad— en los últimos años.

⁶ *Idem*; p. 149.

El tercer capítulo es toral para los objetivos de la presente tesis, ya que en él se hace un análisis de la conciliación comercial, figura que se sugiere se adopte dentro de nuestro sistema jurídico. El primer punto a abordar en este capítulo es la problemática acerca de la conceptualización de la conciliación comercial, en su connotación actual, seguido del problema respecto de la determinación semántica del concepto y su distinción y semejanza con la mediación comercial. Si bien es cierto que la conciliación y la mediación se desarrollaron, cada cual, en sistemas jurídicos distintos —la conciliación en sistemas denominados de derecho civil o escrito y por su parte la mediación en sistemas de derecho común o anglosajón, desde el punto de vista internacional y entendidos ambos como procedimientos autocompositivos y privados de solución de conflictos de índole comercial, no presentan diferencia significativa alguna más las que se les ha pretendido atribuir en la doctrina en forma estéril.

Posteriormente se analiza brevemente el origen de la *conciliación comercial*. La conciliación y la mediación son mecanismos que ha utilizado el hombre casi desde sus orígenes, no obstante, el objeto de estudio de este trabajo no se refiere ni a la conciliación ni a la mediación como tales, sino a la conciliación o mediación comerciales. Como se mencionó anteriormente, la conciliación comercial es uno de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias surgidos en las décadas de los 70 y 80 fundamentalmente en los Estados Unidos de América.

La delimitación de nuestro objeto de estudio va más allá. No solamente se trata de estudiar la conciliación comercial, sino la conciliación comercial privada. Para explicar dicha delimitación, es necesario analizar los distintos tipos de conciliación comercial que existen señalando sus semejanzas y diferencias.

En la práctica, la utilización de la conciliación comercial como mecanismo de solución de controversias ha crecido en importancia por una sencilla razón: funciona. Ello, gracias a las ventajas comparativas y los valores agregados que el proceso de conciliación comercial representa frente a los demás Métodos Alternativos y respecto de la misma justicia ordinaria o estatal. Es por ello que dentro de este capítulo se analizan cuáles son esas ventajas que aconsejan su utilización. No obstante las bondades de la conciliación comercial, debe reconocerse que ésta no es la panacea y que existen muchas circunstancias en las que la conciliación comercial no es aconsejable e, inclusive, resulta contraproducente. Es por ello que se analizan cuáles son las posibles desventajas de la conciliación comercial que se deben tener en cuenta para lograr un estudio completo de la institución.

Dentro de este mismo capítulo se analiza el procedimiento de conciliación comercial y cuáles son sus directrices principales. Además, se aborda en este apartado la figura del conciliador o mediador, elemento fundamental para que el procedimiento de conciliación comercial realmente funcione.

Por último y después de haber analizado los aspectos más importantes de la institución, es importante estudiar cuál es el estatus de dicha institución en nuestro país, su regulación, utilización y los distintos centros o instituciones privadas que fomentan, promueven y administran este tipo de procedimientos. Todo ello nos llevará a concluir que aunque actualmente la conciliación comercial es utilizada en nuestro país (aunque no tanto como nosotros quisiéramos), carece de bases sólidas que provean a dicha institución —y a sus usuarios— de la seguridad y certeza jurídicas que requiere todo método de solución de controversias.

El cuarto acápite se refiere, propiamente, al análisis de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional. Previo a dicho análisis, es importante que se provea al lector de varios elementos que le ayudarán a una mejor comprensión de la Ley Modelo, a saber: (i) cuáles son y qué propósitos tienen los sistemas de armonización y unificación del derecho comercial internacional; (ii) qué es una ley modelo y cuál es su papel y alcance como instrumento de armonización legislativa; (iii) cuáles son algunas de las organizaciones internacionales abocadas a la unificación del derecho mercantil internacional; (iv) un análisis detallado acerca de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, órgano encargado de la elaboración de la Ley Modelo, contemplando, entre otros, su origen, mandato, composición, estructura y métodos de trabajo.

Contando con los elementos antes mencionados dedicamos la parte más extensa de este trabajo al análisis de nuestro objeto específico de estudio: la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional. Para tal efecto, partimos de sus antecedentes y la finalidad que persigue, seguido de un análisis detallado de su contenido normativo, para finalizar señalando las principales críticas que encontramos a la Ley Modelo.

Por último y teniendo en cuenta las bondades de la conciliación comercial como mecanismo alternativo de solución de controversias, así como las grandes ventajas que aporta como marco de referencia para elaboración de legislaciones nacionales, concluimos proponiendo en el Capítulo V incorporar la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional a nuestro sistema jurídico señalando algunas recomendaciones a tener en cuenta para tal efecto.

Sin lugar a dudas, la adopción de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional aportará grandes beneficios a la sociedad mexicana, proveyéndola con una herramienta óptima para hacer frente en forma eficaz, eficiente, expedita y flexible a los múltiples conflictos generados por el tráfico jurídico-comercial actual.

CAPÍTULO I. SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La conciliación comercial, en su connotación actual, es un mecanismo de solución de controversias – considerado dentro de los denominados *mecanismos alternativos de solución de controversias*- que ha surgido en varios países, fundamentalmente en los Estados Unidos de América (en lo sucesivo “**Estados Unidos**” o solamente “**EE.UU.**”), debido, entre muchos otros factores, a los problemas que han padecido sus sistemas judiciales y a la complejidad creciente de las relaciones comerciales.

Es importante advertir que el presente capítulo tiene como propósito fundamental analizar los “sistemas de solución de conflictos” en tanto dicho análisis nos ayude a contextualizar a nuestro objeto de estudio. Los temas abordados en este capítulo estarán íntimamente vinculados con la génesis, justificación, evolución, clasificación y utilización de la conciliación comercial en tanto sistema de solución de controversias entre comerciantes.

1.1 *Justificación de los sistemas de solución de controversias*

La realidad nos muestra al hombre como un ser social, independientemente de otras consideraciones sobre su perfil. La vulnerabilidad humana, como hecho natural, proporciona una razón obvia para que los seres humanos se necesiten entre sí para subsistir y trascender. Las relaciones humanas surgen del diario acontecer del hombre, derivan de su propia naturaleza y son, además, un elemento necesario para que éste logre su desarrollo.

Todas las personas al establecer una relación con los demás miembros de su contorno social buscan, inicialmente, satisfacer alguna necesidad que, por sus incapacidades o por su dependencia al medio social del que forman parte, ellas mismas no pueden solucionar.

Por otro lado, el hecho de que los recursos necesarios para la sobrevivencia humana se hallen de forma limitada en la naturaleza, hace indispensable el establecimiento de reglas mínimas de convivencia. Asimismo, existen diferencias notorias –físicas e intelectuales- entre los hombres, que hacen evidente la necesidad de establecer un sistema de abstenciones y concesiones mutuas que regule la conducta del hombre en sociedad y que busque el equilibrio entre las relaciones humanas.

Lo anterior significa que de origen existen ciertas desigualdades, probablemente inevitables, en la estructura básica de toda sociedad y es a estas desigualdades a las que se deben aplicar inicialmente los principios del orden social. Esto es, en términos generales, el objeto del Derecho.

Por otro lado, la misma realidad fáctica nos enseña que la interacción de los seres humanos y el establecimiento de relaciones entre ellos, ocasionan, en muchas circunstancias, conflictos de muy diversa índole que rompen el equilibrio de la sociedad en la que se encuentran. Tal situación genera la necesidad de encontrar mecanismos adecuados para solucionar dichos conflictos y, en consecuencia, conciliar y reestablecer el equilibrio fracturado⁷. Así, la justicia social aparece como uno de los ideales de la sociedad; no el único aunque, como se apreciará, uno de los más importantes y decisivos.⁸

⁷ “La finalidad ideal que debe perseguir todo proceso jurisdiccional es la de solucionar controversias para lograr el equilibrio, la paz y la tranquilidad sociales.” GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Teoría General del Proceso*, 9ª ed., Colección de Textos Jurídicos, Universitarios, Edit. Oxford University Press, México, 2002; p. 24.

⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS I., *La teoría de la justicia en John Rawls*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; p. 12.

1.2 Breve explicación histórica de la evolución de los mecanismos de solución de controversias

A lo largo de la historia del pensamiento jurídico⁹ la distinta composición y estructura social de cada época y de cada región ha sido determinante para establecer sus sistemas de resolución de conflictos¹⁰. Desde los pueblos primitivos en los que encontramos una justicia privada¹¹ muy precaria, con rigorismos exacerbados y confusión con temas religiosos y místicos¹², llegamos hasta el proceso jurisdiccional¹³, método en donde el “Estado moderno” se ha caracterizado por monopolizar la solución de los conflictos.

A continuación, de manera breve y hasta cierto punto tangencial, se hace un recuento histórico de la evolución de los sistemas de solución de conflictos haciendo un especial énfasis en los sistemas de solución de conflictos comerciales.¹⁴

1.2.1 Pueblos primitivos

En un principio, el hombre hacía valer la resolución de sus conflictos por la fuerza o perspicacia, así el fuerte prevalecía sobre el débil y el sagaz sobre el ingenuo.¹⁵ Este tipo de sistema de solución de conflictos¹⁶, falto de los

⁹ Para efectos del presente trabajo entenderemos por “historia del pensamiento jurídico”, la historia del “Derecho Privado” que, salvo por algunos rasgos característicos de los pueblos primitivos, comienza donde nació la jurisprudencia o ciencia del Derecho, es decir, en la época clásica del Derecho Romano (130 a. C.) y llega hasta nuestros días. Asimismo, se refiere a la historia de la ciencia jurídica de occidente, entendiendo ésta como la “europea continental”, excluyendo por tanto el derecho musulmán, hindú, chino y africano, entre otros. Vale la pena mencionar que la delimitación temporal y espacial antes descrita no es obra nuestra, sino que fue tomada de la cátedra de “Historia General del Derecho” impartida en la Escuela Libre de Derecho por mi querido maestro Lic. Don **JAIME DEL ARENAL FENOCCHIO**.

¹⁰ En este sentido, **CIPRIANO GÓMEZ LARA** señala que los rasgos particulares o distintivos, tanto en las demás manifestaciones culturales como en el Derecho, son algo que se adquiere con una prolongada evolución y dependen de la composición de la comunidad de que se trate, así como de su historia, geografía y coyuntura social. Vid. **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**, *Teoría General del Proceso*, Op. cit. supra, nota 7; p. 35.

¹¹ “Antes de que se constituyera propiamente el Estado, el ejercicio de la acción era netamente privado: las partes se defendían por sí mismas o quizá ayudadas por personas de su familia o por sus gentiles. Después prevaleció la idea de no actuar en esta forma, sino de someter la controversia a la decisión de un árbitro, que fuera de la confianza de ambas partes.” **BECERRA BAUTISTA, JOSÉ**, *El proceso civil en México*, 16ª ed. (revisada y actualizada), Edit. Porrúa, México, 1999; p. 239.

¹² “La historia de Grecia y Roma es testimonio y ejemplo de la estrecha relación que existe siempre entre las ideas de la inteligencia humana y el estado social de un pueblo. Reparad en las instituciones de los antiguos sin pensar en sus creencias, y las encontraréis oscuras, extrañas, inexplicables... Pero frente a esas instituciones y a esas leyes colocad las creencias: los hechos adquirirán en seguida más claridad, y la explicación se ofrecerá espontáneamente. Si, remontando a las primeras edades de esa raza, es decir, al tiempo en que fundó sus instituciones, se observa que la idea que tenía del ser humano, de la vida, de la muerte, de la segunda existencia, del principio divino, adviértese una relación íntima entre estas opiniones y las reglas antiguas del derecho privado, entre los ritos que emanaron de esas creencias y las instituciones políticas. La comparación de las creencias y de las leyes muestra que una religión primitiva ha constituido la familia griega y romana, ha establecido el matrimonio y la autoridad paterna, ha consagrado el derecho de propiedad y el derecho de herencia. Esta misma religión, luego de ampliar y extender la familia, ha formado una asociación mayor, la ciudad, y ha reinado en ella como en la familia. De ella ha procedido todas las instituciones de todo el derecho privado de los antiguos. De ella ha recibido la ciudad sus principios, sus reglas, sus costumbres, sus magistraturas...”. **COULLANGES, FUSTEL DE**, *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, (estudio preliminar de Daniel Moreno), 9ª ed., Edit. Porrúa, México, 1994; p. 2.

¹³ Vid. **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Edit. Porrúa, México, 2003; p. 3.

¹⁴ No es nuestra intención, ni tampoco el propósito de este trabajo, estudiar a detalle cada una de las etapas históricas del desarrollo y evolución de los sistemas de solución de controversias. El verdadero objetivo de este apartado es dotar al lector de un panorama genérico de nuestro sistema actual de resolución de conflictos de índole comercial, lo que le ayudará a comprender porqué surgen los mecanismos alternativos de solución de controversias y, en específico, la conciliación comercial.

¹⁵ “...el más fuerte o el más hábil impone por su inteligencia, por su destreza, por su habilidad, la solución al contrario. Por tanto, el litigio se resuelve no en razón de a quién le asiste el derecho, sino, repetimos, en función de quién es el más fuerte o el más hábil.” **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**, *Teoría General del Proceso*, Op. cit. supra, nota 7; p. 11.

más elementales principios de justicia y equidad¹⁷, se fue disolviendo en tanto que los pueblos y comunidades primitivas comenzaron a establecer reglas mínimas de convivencia social¹⁸ y de solución de diferencias¹⁹.

De esta forma, observamos que en cualquier comunidad primitiva las decisiones comunitarias más importantes, así como la solución de los conflictos, recaían en un “jefe” de la comunidad, en un “consejo de ancianos” o, inclusive, en “brujos” o “sacerdotes”, lo que dotaba a la solución de los litigios de características místicas o mágico-religiosas.²⁰

Respecto de lo anterior, es importante recalcar que los “jefes”, “consejos de ancianos” o “sacerdotes”, en su caso, al momento de conocer un conflicto actuaban como terceros ajenos al mismo y se conducían como verdaderos mediadores o conciliadores entre las partes. Posteriormente, cuando se comienzan a reconocer ciertos vestigios de coercibilidad a las decisiones de dichos terceros, se puede hablar entonces de una doble actuación, primero como un mero mediador o conciliador y, si no se resuelve el conflicto en esta etapa, como un árbitro entre las partes.²¹

Poco a poco, las comunidades primitivas comenzaron a evolucionar formando verdaderas ciudades-estado y, derivado de ello, se hicieron necesarios sistemas y métodos más complejos de control social y solución de conflictos. En primera instancia, los sistemas de solución de conflictos eran muy primitivos y se caracterizaron por su formalismo, teatralidad, expedités, posibilidades limitadas de defensa y por la severidad en sus sanciones.

Asimismo, con el paso del tiempo tanto los sistemas de solución de conflictos como el sistema de penas, fueron evolucionando hasta que se llegó a lo que se conoce como “sistema de justicia por compensación”, en virtud del cual al condenado se le obligaba a resarcir a la víctima con un equivalente compensándolo por el daño ocasionado. Un ejemplo de ello era lo siguiente: si un miembro de una familia mataba a otro, el grupo social victimado podía arreglarse con el ofensor mediante algún tipo de compensación como podía ser la entrega de animales, bienes o la prestación de ciertos servicios.

¹⁶ “En un ambiente social primitivo, donde falta un poder de coacción que impela al cumplimiento de los que son tenidos por derechos, bien se comprende que constituya la autodefensa el único medio del que pueda valerse la parte acreedora, sea por contrato o sea por delito, para obligar a la parte deudora a la observancia de sus deberes jurídicos...” **IGLESIAS, JUAN**, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, 2ª reimpresión de la 11ª ed., Edit. Ariel, Barcelona, España, 1997; p. 12.

¹⁷ “Es una forma primitiva, muy cercana a la animalidad. En rigor, es una forma animal de superar la conflictiva, pues en las sociedades animales, precisamente los conflictos entre ellos, parecen resolverse básica y predominantemente mediante la autotutela.” **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**, *Teoría General del Proceso*, Op. cit. supra, nota 7; p. 11.

¹⁸ En este sentido, el maestro **NICETO ALCALÁ-ZAMORA** señala que “[l]os hombres que en su primitivo estado natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias estaban por consiguiente autorizados para hacerlo por sí mismos. Sin embargo, la experiencia les hizo entender los graves daños a los que conducían estos medios; pues o no podían defenderse por sí mismos, o excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones que producían consiguientemente mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando con otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que, mirándolos con imparcialidad, les distribuyese sus derechos y conservase en paz y en justicia.” **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO**, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991; p. 51.

¹⁹ Desafortunadamente, después de miles de años de “evolución”, en nuestra sociedad siguen existiendo vestigios de este tipo de métodos para la solución de diferencias, tales son los casos de varias prácticas existentes en nuestras comunidades indígenas e, inclusive, urbanas como los lamentables sucesos ocurridos en la Delegación Tláhuac de esta Ciudad de México a finales del 2004, en donde un grupo de personas tomó la justicia en sus manos y linchó a dos policías. Otro ejemplo deplorable y lastimoso para nuestra sociedad son las justas entre narcotraficantes.

²⁰ Vid. **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**, Op. cit. supra, nota 7; p. 35

²¹ “Históricamente, en un principio, las partes en conflicto recurrían a la opinión de un tercero que de forma amigable trataba de averirlas... Más adelante en la evolución histórica de las formas de solución de la conflictiva social, en un momento dado, las partes en conflicto pactan por anticipado que se sujetarán a la opinión que dicho tercero emita y, aquí surge la primera figura heterocompositiva que no es otra que el arbitraje.” **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**, *Idem*; p. 23

Todos los procesos de los pueblos primitivos presentan rasgos similares —los rasgos distintivos sólo aparecen con la evolución de cada grupo social— de allí la idea de los procesos jurisdiccionales primitivos de todos los pueblos de la tierra presentan rasgos comunes, paralelos y similares.

1.2.2 Roma

A continuación haremos un breve análisis de los aspectos fundamentales de la evolución del proceso romano, resaltando varios aspectos fundamentales que lo sitúan como el antecedente más importante en las construcciones sistemáticas y doctrinales posteriores, sobre todo en aquellos países de tradición civilista o de Derecho escrito.²²

Para llevar a cabo dicho análisis, se distinguirá entre tres etapas o momentos históricos del Derecho Romano, a saber: (i) la época arcaica o preclásica (del año 754 al 130 a.C.), (ii) la época clásica (de 130 a.C. al 230 d.C.), y (iii) la época tardía o posclásica (de 230 al 530 d.C.).²³

Resulta interesante como el Derecho Romano, en poco más de un siglo (de 754 a.C. al 530 d.C.), atraviesa por tres etapas distintas que reflejan o sintetizan, valga la extrapolación, el esquema del desarrollo histórico de los mecanismos de solución de conflictos: en la época arcaica se sigue el sistema procesal de las *Acciones de la Ley*, sistema muy parecido a aquél descrito párrafos arriba para los pueblos primitivos: mágico, rígido y tradicional; en la época clásica, momento de esplendor del Derecho Romano y de creación de la *Jurisprudencia* o ciencia del Derecho, predominó el *sistema procesal formulario*, producto de los más destacados juristas de la época; y, por último, el *sistema procesal cognitorio* o *extraordinario*, el cual estaba dominado por el poder político, burocratizado, con deficiente técnica y simplicidad sorprendente.

Como se verá más adelante, las dos primeras etapas del proceso romano pertenecen a lo que se denominó el orden judicial privado (*ordo iudiciorum privatorum*) y la tercera y última, por su parte, pertenece a lo que se denominó orden judicial público (*ordo iudiciorum publicorum*).²⁴

Derivado de lo anterior se verá como en las dos primeras etapas, es decir, durante la vigencia de *las acciones de la ley* y del *procedimiento formulario*, se contemplan aspectos significativos de tendencia autocompositiva²⁵ y, en la tercera y última etapa que corresponde al *procedimiento extraordinario*, encontramos características fundamentales de los procesos jurisdiccionales actuales, en cuanto a que un órgano “estatal” es el que conoce el proceso en su totalidad y resuelve el conflicto en definitiva.²⁶

1.2.2.1 Época Arcaica

²² Vid. *Idem*; p. 39.

²³ Esta distinción o periodización es de tipo jurídico, que no político, y se debe a los distintos sistemas procesales que predominaron en cada época.

²⁴ Respecto de este tema el maestro **JOSÉ BECERRA BAUTISTA** nos comenta lo siguiente: “[e]ntre los procesos que tuvieron lugar en los dos primeros períodos, existen pequeñas diferencias...” “...tampoco constituye una diferencia su carácter fundamentalmente privado, pues en ambos existe.” “...en el tercer período... la intervención del Estado fue mayor, de tal manera que no puede hablarse ya de un proceso privado sino público”. **BECERRA BAUTISTA, JOSÉ**, *El proceso civil en México*, *Op. cit. supra*, nota 11; p. 240.

²⁵ Baste ahora con señalar que la nota característica de la autocomposición es que sean las mismas partes las que procuren y solucionen en definitiva la controversia. En apartados más adelante se explicará a detalle ésta y otras clasificaciones de solución de controversias.

²⁶ Vid. **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**, *Op. cit. supra*, nota 7; p. 40.

A la época arcaica, aunque alcanzó cierto grado de sistematización en su Derecho y, por ende, en su sistema de solución de conflictos, a sus procesos se les aplican las mismas características de un pueblo primitivo: su formalismo, teatralidad, expedités, posibilidades limitadas de defensa y severidad en sus sanciones.²⁷

El procedimiento de las acciones de la ley está enmarcado dentro de cierto ritualismo muy cercano a la religiosidad y encuentra su fundamento en la *Ley de las Doce Tablas*. De aquí la necesidad de que los litigantes, ajenos al secreto de las fórmulas, acudiesen a los sacerdotes²⁸, primeros juristas de la Roma antigua, únicos conocedores y guardadores de las mismas, para recibir asesoramiento a la hora de entablar un pleito.²⁹

Este proceso privado de las acciones de la ley, al igual que el procedimiento formulario, se divide en dos fases o etapas procesales: procedimiento *in iure* y el procedimiento *apud iudicem*.³⁰ El pleito no discurría por una sola vía, ante un solo tribunal, como sucede normalmente hoy en día, sino que cruza por las dos fases antes mencionadas.

En la primera fase (*in iure*), las partes hacían su presentación ante un magistrado exponiendo los puntos de la controversia, la naturaleza del derecho que se alega y proveían el nombramiento de un juez privado (*iudex*). En esta etapa las palabras, los gestos y las actitudes prescritas por la ley debían de adoptarse por las partes. Un error en la palabra, actitud o gesto determinarían que el pleito pudiera perderse.

En la segunda fase (*apud iudicem*), se señala el cese de la actividad del magistrado con la posterior intervención de un *iudex*, árbitro particular designado por las partes para dirimir la contienda.

No es menester identificar y analizar acciones de la ley reconocidas por la doctrina, simplemente baste decir que eran cinco: tres de ellas de carácter declarativo y las dos restantes eran acciones ejecutivas.

1.2.2.2 Época Clásica

El estudio de la época clásica del Derecho Romano (del nacimiento, evolución y desarrollo del procedimiento formulario en específico) representa una importancia particular para cualquier análisis histórico-jurídico. En nuestro caso dicho estudio no es la excepción: muchas de las circunstancias que originaron la coyuntura social, política, jurídica y cultural que se vivió en aquéllos tiempos y que dio surgimiento a la época de oro del Derecho Romano, se asemejan, en gran medida, a muchos de los escenarios de hoy en día que nos autorizan a pugnar por la

²⁷ En este sentido, JUAN IGLESIAS señala “El procedimiento de las legis acciones constituye la forma más antigua de enjuiciar. En consonancia con los caracteres que informan el derecho primitivo, la legis actio representa el imperio de la forma, una forma angosta y embarazosa, imbuida de rito y de solemnidad.” IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, Op. cit. supra, nota 16; p. 177.

²⁸ WOLFGANG KUNKEL nos dice que la historia de la jurisprudencia romana empieza con los sacerdotes o pontífices, personajes estos que conocían la magia y tenían a su cargo la confección del calendario romano. Desde la antigüedad, dominaron no sólo las fórmulas para comunicar a los mortales con los dioses (*ius sacrum*), sino también las fórmulas para la comunicación de los mortales entre sí comprendiendo las fórmulas para litigar en el proceso romano arcaico y las fórmulas para la conclusión de los “negocios jurídicos”. Como todos los actos mágicos, el saber de los sacerdotes o pontífices era secreto. Estos personajes monopolizaron los métodos de aplicación del Derecho. Vid. KUNKEL, WOLFGANG, *Historia del Derecho Romano*, (traducción de la 4ª ed. alemana por Juan Miquel), Edit. Ariel, Barcelona, España, 1994; pp. 4 a 7.

²⁹ Vid. IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, Op. cit. supra, nota 16; p. 177.

³⁰ Al respecto el maestro JOSÉ BECERRA BAUTISTA señala: “[e]ntre los procesos que tuvieron lugar en los dos primeros períodos, existen pequeñas diferencias. En efecto, no es una característica la bipartición del proceso; in jure et in iudicio... pues en ambos existe.” BECERRA BAUTISTA, JOSÉ, *El proceso civil en México*, Op. cit. supra, nota 11; p. 240.

incorporación de mecanismos ágiles, congruentes, ciertos y expeditos de solución de controversias a nuestros sistemas jurídicos.³¹

Desde nuestro punto de vista, hay tres cuestiones, íntimamente relacionadas entre sí, que alentaron el surgimiento del *procedimiento formulario* y, con ello, la creación de la jurisprudencia o ciencia del Derecho: (i) el aumento de la complejidad de la sociedad romana, (ii) la inoperancia del sistema de las acciones de la ley, y (iii) la libertad, valentía y pragmatismo del pueblo romano por crear el Derecho a partir de la realidad.

El aumento de la complejidad de la sociedad romana se vio reflejado en varias circunstancias. Por un lado hubo un aumento considerable en la población, el comercio y, por ende, en la riqueza en la sociedad romana. Por otro lado —o tal vez a consecuencia de lo anterior— las relaciones sociales se hacían cada vez más complejas: había una gran interacción entre ciudadanos romanos patricios, los plebeyos y, asimismo, de aquéllos y éstos con los peregrinos o extranjeros.³²

De igual forma, es importante resaltar los procesos de vulgarización y secularización del Derecho Romano. Como se mencionó anteriormente los sacerdotes o pontífices de la época arcaica monopolizaron los métodos de aplicación del derecho ya que sólo ellos manejaban las fórmulas de las *acciones de la ley*. Sin embargo, a partir de varios acontecimientos inciertos se hicieron públicas las fórmulas abriéndose la posibilidad de que cualquier persona reflexionara sobre el saber jurídico. Derivado de lo anterior —y del crecimiento de Roma en diversos sentidos, sobre todo en el económico y en el militar— el saber jurídico se perfila hacia un saber secular y, con ello, se empezó a dar propiamente la jurisprudencia romana.

A partir de la vulgarización y secularización del Derecho, quedan en manos de la elite romana los métodos de aplicación del Derecho, así, el saber jurídico paso de la clase pontificia a la clase senatorial.³³

Como resultado del aumento de la complejidad de la sociedad romana, se puso de manifiesto la inoperancia del sistema anquilosado de las *acciones de la ley*. Como dicho procedimiento estaba íntimamente ligado con las prácticas y con el espíritu religioso, entonces es fácil advertir que las mismas no eran accesibles ni para los plebeyos ni mucho menos para los peregrinos o extranjeros.³⁴

Además, las *legis acciones* constituían, como se ha visto, una forma de enjuiciar dominada por principios rigurosos de solemnidad. La exigencia de observar estrictamente los términos de la ley, con los peligros que implicaba un error o equívoco en la formulación de la demanda (misma que no era susceptible de ser rectificadas o reformuladas), suponía un gran inconveniente.³⁵

Por último, antes de analizar brevemente el *sistema formulario*, es importante recalcar que el punto central del pensamiento jurídico romano —por lo menos de la época clásica— es la atención a la dualidad hombre-realidad que es tomada en cuenta para resolver los conflictos. El jurista romano resulta ser un hombre pragmático.

³¹ Siguiendo las palabras de FUSTEL DE COULLANGES, vale la pena aclarar que entendemos las diferencias radicales y esenciales que distinguen perdurable e irreconciliablemente a los pueblos antiguos de las sociedades modernas y que no pretendemos juzgar su historia por la nuestra. Sin embargo, considero que un mejor conocimiento del pasado nos permitirá, quizá, intentar construir un mejor futuro.

³² Tal vez valdría la pena resaltar dos fenómenos: (i) el aumento del comercio y, (ii) la internacionalización de las relaciones (interacción de romanos y extranjeros y la consecuente pugna entre dos estatutos personales distintos).

³³ Es importante comentar que el saber jurídico, en un principio, sólo lo podían tener quienes querían, es decir, aquéllos que cuya posición social y económica les permitía dedicar su tiempo a la disertación de lo jurídico. Así tenemos que los primeros juristas pertenecían a la clase senatorial porque tenían el tiempo y los medios necesarios para estudiar.

³⁴ Vid. GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Op. cit. supra*, nota 7; p. 42.

³⁵ IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, *Op. cit. supra*, nota 16; p. 177.

A lo anterior, se suma la libertad y valentía del jurista romano de buscar soluciones creativas a la conflictiva social y, en su caso, de crear dichas soluciones.³⁶ La proliferación de fuentes del Derecho en la época clásica del Derecho Romano causa la elevación del nivel jurídico del pueblo romano. Al multiplicarse las fuentes del Derecho, había riqueza de opiniones y mayor libertad.

La *lex Aebutia*³⁷ primero y la *lex Iulia iudiciorum privatorum* después, dieron término al sistema de las acciones de la ley introduciendo el sistema o *procedimiento formulario*.

El procedimiento formulario tiene su origen en el *ius honorarium* y en el *ius gentium*. El *ius honorarium* es el derecho que nace de la *iurisdictio* del Pretor, figura de vital importancia en esta época.

Al caer la Monarquía y ya con la República surgieron las *magistraturas republicanas*. Dentro de esas magistraturas encontramos al Pretor, cuya figura aparece en el año 367 a.C., aproximadamente, y a quien le correspondía fundamentalmente la administración de la justicia privada. En un principio sólo existía el llamado Pretor Urbano que tenía como función dirimir controversias entre ciudadanos romanos, sin embargo, a partir del año 242 a.C. aparece también el Pretor Peregrino quien se encargaba de solucionar los conflictos entre extranjeros o entre romanos y extranjeros. Mientras el Pretor Urbano aplicaba el derecho romano civil (*ius civile*), que era el derecho de la ciudad de Roma y que se caracterizaba por ser riguroso y áspero, el Pretor Peregrino aplicaba el derecho de gentes (*ius gentium*), derecho muy flexible que se nutría de todas las instituciones y principios comunes a todas las gentes del Mediterráneo.

Respecto del Pretor y su importancia para el sistema formulario JUAN IGLESIAS nos comenta lo siguiente:

“Es el pretor el que impone un nuevo sello a la evolución jurídica procesal. Es el *ius honorarium*, en cuyo seno nace el *ius gentium*, el que da lugar a la instauración y arraigo del nuevo sistema. Si las exigencias del comercio universal fueron atendidas por el pretor, acogiendo en el derecho por él activado la nueva práctica de enjuiciar, consonante con principio de derecho de gentes, acabó por convertirse en proceso civil.”³⁸

Como se señaló con anterioridad, el *procedimiento formulario*, al igual que el de las acciones de la ley, eran procedimientos de índole privada. Respecto de esta característica del *procedimiento formulario* el maestro ÁLVARO D'ORS nos dice:

“§ 70. En la época clásica, los juicios relativos al *ius* son juicios <<privados>>, no sólo por razón de la materia, sino sobre todo por la condición privada de los litigantes y del juez, que no es el magistrado, ni un funcionario, sino un particular al que se encarga el juicio (*iudex privatus*); los *iudicia privata* se distinguen así de los juicios <<públicos>> (criminales, políticos, etc.).”³⁹

³⁶ En este sentido JUAN IGLESIAS señala un método de la aplicación del derecho por el jurista romano: primero, y cuando las circunstancias del mismo proceso lo permitan, se buscaba derivar la solución a las reglas del derecho civil romano y sólo cuando a ellas no podía recurrirse, se establecían nuevas soluciones valiéndose de una ficción, esto es, simulando un cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley civil para el amparo de una determinada situación. En último término, cuando ni esto es bastante, se provee a la verdadera innovación, poniendo en existencia acciones *in factum*, donde se tutela un hecho no reconocido por el *ius civile*, pero que el jurista considera digno de defensa. Vid. IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, *Ibidem*; p. 186.

³⁷ De fecha incierta, aunque situada alrededor del año 130 a.C.

³⁸ IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, *Op. cit. supra*, nota 16; p. 181.

³⁹ D'ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano*, 7ª ed. revisada, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España, 1989; p. 110.

El concepto de jurisdicción apareció en la Roma clásica abarcando principalmente los actos del Estado que se suscitaban con ocasión de una controversia, bajo la idea de que la *iurisdictio* estaba ligada necesariamente al *imperium*, al poder de mando. Aunque parezca una inconsistencia lingüística, la *iurisdictio* no era el acto de decir el derecho —pues esa función estaba reservada a los particulares— sino el conjunto de actos administrativos que rodeaban al mismo: la actuación del pretor (sólo en la primera etapa del procedimiento) y, en su caso, a la aplicación de la sentencia.⁴⁰

Como su mismo nombre lo dice, el *procedimiento formulario* introdujo al procedimiento civil⁴¹ romano la práctica de las *fórmulas*. Éstas eran breves escritos de los *Pretores* que servían como guía o instrucción al juez para la sustentación del procedimiento y para la solución del litigio. En la práctica, las partes —quienes regularmente estaban asesoradas por juristas— presentaban al magistrado, en carácter de demanda, defensas o excepciones, una especie de propuesta de fórmula, la cual era analizada y modificada por el *Pretor* para ser entregada al juez privado. La *fórmula* servía de base para un convenio por virtud del cual los litigantes sometían la cuestión controvertida a la decisión de un juez privado.⁴²

La *fórmula* estaba integrada de varias partes a saber: la *intentio*, *demonstratio*, *condemnatio* y *adiudicatio*. Algunos autores señalan como partes extraordinarias de la *fórmula* la *exceptio* y *praescriptio*.⁴³

El *procedimiento formulario*, al igual que el de las acciones de la ley, estaba dividido en las fases *in iure* y *apud iudicem*, con la intervención del magistrado (*Pretor*) y del árbitro en los términos antiguos.

La fase *in iure*, o iniciación del proceso, comenzaba con el llamamiento para comparecencia del demandado ante el *Pretor* hecho por el propio demandante. En caso de que el demandado no aceptase los términos de la invitación, se autorizaba al demandante a llamar testigos y recurrir al empleo de la fuerza para apersonar al demandado frente al *Pretor*. Presentadas las partes ante el *Pretor*, el actor formulaba su demanda ante lo cual el demandado podía adoptar distintas posturas: (i) solicitar una prórroga para presentar su contestación, (ii) contestar allanándose a la demanda, u (iii) oponerse a las alegaciones de la demandante.⁴⁴

Si el *Pretor* tenía por atendibles los términos de la demanda se abrían las puertas de la segunda fase del procedimiento previa formalización de la *litis contestatio*⁴⁵ (o consumación de la fórmula).

⁴⁰ “La *iurisdictio* era ejercida por representantes del poder soberano del Estado, del cual es manifestación aquélla. Correspondía a los pretores, en Roma; a los consulares y *iuridici*, en Italia; a los *praesides* y procónsules en las provincias. Ante el *iudex* o los *iudices*, simples particulares, árbitros o jueces populares, se sustancia el *iudicium*, que remata en la sentencia. La función juzgadora no se basa en el *imperium*, del que no están asistidos, sino en el *officium*, que tiene su apoyo en el juramento hecho a la hora de ser nombrados y por el que prometen fallar de acuerdo con las normas del derecho positivo.” IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, Op. cit. supra, nota 16; p. 188.

⁴¹ “Se ha pretendido explicar la falta de un derecho mercantil autónomo en Roma, y aun la escasez de disposiciones referentes al comercio, tanto por el desprecio con que los romanos veían la actividad mercantil como por la flexibilidad de su derecho pretorio, que permitía encontrar la solución adecuada a las necesidades de cada caso, satisfaciendo así las exigencias del comercio. Esta última es la verdadera razón, pues no es exacto que los romanos profesaran, de manera general, aversión al comercio.” MANTILLA MOLINA, ROBERTO L., *Derecho Mercantil* (introducción y conceptos fundamentales), 29ª ed. revisada y puesta al día por Roberto L. Mantilla Caballero y José María Abascal Zamora, Edit. Porrúa, México, 1993; p. 4.

⁴² IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, Op. cit. supra, nota 16; p. 181.

⁴³ Por la naturaleza y propósitos de este trabajo no se entrará al estudio de cada una de las partes de la *fórmula*.

⁴⁴ Vid. IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, Op. cit. supra, nota 16; pp. 190 y 191.

⁴⁵ La *litis contestatio* es una de las figuras más representativas del procedimiento formulario, en ella se concreta la labor del *Pretor* y con ello se comenzaron a crear fórmulas procesales que no estaban vinculadas estrictamente con las acciones de la ley, por lo que el Derecho comenzó a evolucionar. Se ha escrito mucho acerca de su contenido, elementos, naturaleza, efectos, etcétera. En este trabajo no se entrará al estudio de esta figura, simplemente resulta necesario recalcar su importancia para el desarrollo del *procedimiento formulario* y del Derecho Romano como tal.

Celebrada la *litis contestatio* se abría la fase *apud iudicem* y las partes debían comparecer ante el *iudex*. La fase *apud iudicem* se caracterizaba por la oralidad de sus alegatos, defensas e interrogaciones, por su publicidad y por su inmediatez. En esta fase del procedimiento, las partes podían acudir asistidas por oradores (*advocatus*) que habían de facilitar la presentación de su caso ante el juez.

Al final de la fase *apud iudicem*, el juez resolvía el pleito en definitiva mediante la emisión de una sentencia. Dicha sentencia ponía fin a la cuestión litigiosa que no era susceptible de deducirse en un nuevo juicio. En caso de que el vencido o condenado no aceptara libremente el cumplimiento de la sentencia, había que recurrir al procedimiento de ejecución.⁴⁶

1.2.2.3 Época Tardía⁴⁷

Sigue el turno de estudiar, tan solo sea de paso, el sistema procesal de la época tardía o posclásica del Derecho Romano: el *sistema procesal extraordinario* o *cognitorio*; así como el contexto histórico en el que surgió y se desarrolló dicho sistema.

La instauración del sistema extraordinario o cognitorio tiene dos orígenes principales: la coyuntura político-social del pueblo romano en aquella época y la decadencia de la jurisprudencia del Derecho Romano.

Dentro de las cuestiones político-sociales encontramos que a finales del siglo II y principios del III, se promulgó la *Constitución Antoniana* conforme a la cual se otorgó la ciudadanía a todos los miembros del Imperio. Esto produjo, necesariamente, una “unidad jurídica” en el Imperio y el Derecho Romano adquirió el carácter territorial, a diferencia del personal que se dio en las primeras dos etapas antes estudiadas. Lo anterior ocasionó una transformación política⁴⁸ y cultural que determinó la faz del ordenamiento social de la Roma tardía.

Dioclesiano, emperador romano del año 284 al 305 d.C. aproximadamente, llevó a cabo una reforma a la organización y administración de las provincias del Imperio. Dicha reorganización repercutió directamente en el sistema procesal romano.

Por otro lado, se dio la extinción de la jurisprudencia romana por, entre otras, las siguientes causas: (i) se produjo una absoluta burocratización de los juristas romanos, es decir, se convirtieron en un instrumento al servicio del Emperador, (ii) el cambio en el sistema procesal antes anunciado también repercutió en la decadencia de la jurisprudencia romana y (iii) la crisis cultural y política del Imperio Romano antes señalada. Todo lo anterior ocasionó la primera etapa de “vulgarización del Derecho Romano”.

Las características de la primera etapa de la vulgarización del Derecho Romano se pueden resumir en las siguientes: (i) pobreza en el lenguaje jurídico, (ii) tendencia a generalizar la solución de los problemas, es decir, se

⁴⁶ Vid. IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, Op. cit. supra, nota 16; p 190 y ss.

⁴⁷ Como se mencionó anteriormente, para efectos del presente trabajo ubicamos a la época tardía o postclásica del año 230 d.C. al 530 d.C. Formalmente hablando, hacia el año 400 d.C. el Imperio Romano se dividió en dos partes: (i) el Imperio Romano de Occidente, que se sostuvo hasta el 476 d.C.; y (ii) el Imperio Romano de Oriente, que se prolongó hasta el año 1453 d.C. No obstante que el Imperio Romano de Occidente cayó hacia el 476 d.C. ALVARO D'ORS sostiene que la historia del Derecho Romano (principalmente refiriéndose al de Occidente ya que al de Oriente se le conoció como Imperio Bizantino) termina en el 530 con la elaboración del *Corpus Iuris Civilis*.

⁴⁸ En lo político observamos la transición que se dio del Principado a la consumación del Imperio.

perdió el casuismo característico de la época clásica⁴⁹, (iii) incipiente incorporación del Derecho Romano con los distintos derechos locales del Imperio y (iv) simplificación del Derecho y cambio en la enseñanza del mismo.

Uno de los aspectos más destacados de la vulgarización del Derecho Romano residía en el desorden jurídico, su aplicación y su sistema de jerarquización. Derivado de lo anterior, encontramos en esta época procesos tendientes a ordenar y simplificar el derecho en aras de una “certidumbre jurídica” naciendo así las políticas de recopilación: de la *lex* a través de las colecciones de Constituciones⁵⁰, y del *ius* (o derecho de juristas) a través de las Leyes de Citas⁵¹.

También, durante esta época encontramos las primeras compilaciones de *Derecho Romano-Germánico* como la *lex romana visigothorum* (también conocida como Breviario de Aniano o Código de Alarico), la *lex romana burgundiorum* (también conocida como el Código de Gondebaldo) y el *codex theodoriciano*.

A continuación se describe, en términos generales, el procedimiento extraordinario o cognitorio cuyas características principales, para efectos del presente trabajo, son las siguientes: (i) acaba con la clásica bipartición del proceso en las fases *in iure* y *apud iudicem*, (ii) a consecuencia de lo anterior, el proceso se convierte en público al ser el juez, ahora funcionario público y órgano de administración del Estado⁵², el que asume el proceso entero, desde la citación hasta la ejecución, (iii) el juez queda circunscrito a aplicar la ley al servicio del Emperador y (iv) el Derecho, al igual que los mecanismos de solución de conflictos, se convierte un mero instrumento de control y poder del Estado.

Respecto de lo anterior, el maestro **JUAN IGLESIAS** nos comenta lo siguiente:

“El procedimiento *per extraordinariam cognitionem* acaba con la clásica bipartición del proceso en las fases *in iure* y *apud iudicem*. El juez es ahora funcionario público, órgano de la administración del Estado, y ante él se sustancia el pleito en un solo momento procesal. Razones de orden político-social —el carácter del régimen imperial, junto con la desaparición de las viejas libertades romanas— favorecieron la instauración del nuevo sistema...”⁵³

Por su parte, el maestro **ÁLVARO D’ORS** señala lo siguiente:

“... En la época post-clásica, el procedimiento <<ordinario>> de las fórmulas judiciales ha desaparecido, y la *cognitio* de los nuevos funcionarios judiciales asume el proceso entero, en todos sus momentos, desde la citación a la ejecución. Esta vía, más libre de

⁴⁹ Como lo señala el maestro **ÁLVARO D’ORS** la “...característica del nuevo sistema de cognición es que la acción pierde su tipicidad y se convierte en un modo genérico de pedir justicia.” **D’ORS, ÁLVARO**, *Derecho Privado Romano*, *Op. cit. supra*, nota 39; p. 169.

⁵⁰ A estas colecciones de constituciones se les conoció como *Codex* o *Códigos*, los cuales compilaban las llamadas *Constituciones Imperiales* las cuales pueden ser conceptuadas como aquellas disposiciones dictadas o creadas por el Emperador y podían adoptar las siguientes formas: *edicta*, *mandata*, *rescripta*, *decreta* o *epístola*. Dentro de los códigos más importantes encontramos el *Código Gregoriano* (291 d.C.), el *Código Hermogeniano* (posterior al Gregoriano pero de fecha incierta) y el *Código Teodosiano* (438 d.C.)

⁵¹ Por su parte, las *Leyes de Citas* condensaban el *ius* o derecho de juristas y establecían en *numerus clausus* aquéllos autores de la época clásica que podían ser citados por los jueces en sus sentencias. La más famosa de estas *Leyes de Citas* fue la promulgada por Teodosio II alrededor del año 425 d.C.

⁵² “La base convencional desaparece, y prevalece el punto de vista de la organización judicial: la jurisdicción se convierte en una parcela de la administración pública.” **D’ORS, ÁLVARO**, *Derecho Privado Romano*, *Op. cit. supra*, nota 39; p. 166.

⁵³ **IGLESIAS, JUAN**, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, *Op. cit. supra*, nota 16; p. 201.

formas, resulta más apta para la realización del nuevo derecho creado por el Príncipe (*ius novum*), que supera y funde a la vez el derecho civil y el honorario.⁵⁴

En cuanto al procedimiento como tal, la citación a juicio se hacía oficialmente a través del libelo, un escrito de demanda que presentaba directamente el demandante al demandado o le hacía llegar a éste a través de un funcionario subalterno llamado *tabularius*. Presentadas ambas partes ante el juez, se daba seguimiento al procedimiento, es decir, desapareció la *litis contestatio*.⁵⁵

El procedimiento dejó de ser al aire libre y se desarrolló en lugares cerrados. La tramitación se hizo preferentemente en forma escrita y se crearon las “costas judiciales” con lo cual el acceso a la “justicia” se volvió costoso.

En cuanto al sistema probatorio, el juez, aunque podría acudir libremente a las pruebas que estimaba necesarias, se vio limitado en su valoración por las preferencias legales (mejor conocido por el sistema “tasado” de valoración de pruebas), es decir, el juez se sometía, en cuanto a la apreciación de las pruebas, a normas predeterminadas que asignaban un valor determinado a cada prueba.

La sentencia era dictada por el mismo juez y no versaba, necesariamente, sobre una condena pecuniaria, pudiendo acogerse a las pretensiones del actor (pago en especie, compensación judicial, etcétera). Asimismo, existían varios procedimientos tendientes a la ejecución de las sentencias.

A diferencia del procedimiento de las acciones de la ley y del procedimiento formulario, las sentencias dictadas en el procedimiento extraordinario o cognitorio eran susceptibles de ser apeladas ante “jueces superiores”.⁵⁶

Por último, para completar el análisis de la época tardía, y sobre todo para poder entender la trascendencia del Derecho Romano en las siguientes etapas, es importante hacer referencia a la labor compilatoria del emperador Justiniano y la elaboración del *Corpus Iuris Civilis*.⁵⁷

Hacia el año 527 d.C., el Imperio Romano de Occidente ya había sucumbido a manos de los pueblos bárbaros. En ese año Justiniano se convirtió en el Emperador del Imperio Romano de Oriente. En los primeros años de su mandato, el emperador Justiniano impidió las invasiones germánicas y consolidó su poder en Oriente. Posteriormente, con la bandera de la reconquista de los territorios del Imperio Romano de Occidente, emprendió la expansión de su imperio por toda la bota itálica, el sur de Francia, la parte oriental de la Península Ibérica y algunas partes del Norte de África.

⁵⁴ D’ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano*, Op. cit. supra, nota 39; p. 165.

⁵⁵ El maestro D’ORS señala: “[a]l desaparecer la bipartición, la *litis contestatio*, aunque se siga hablando de ella ha perdido su eficacia: algunos de sus efectos se refieren ahora al momento de la demanda y otros, como el de la consumición procesal (que se subsume en la cosa juzgada), al de la sentencia.” D’ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano*, Op. cit. supra, nota 39; p. 169. Por su parte JUAN IGLESIAS señala: “La *litis contestatio* –que ahora es el momento, no bien precisado, en que las partes fijan sus pretensiones, no constituye un acto formal, dotado de solemnidad, ni produce aquel efecto antiguo de la consumición procesal de la acción.” IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, Op. cit. supra, nota 16; p. 201.

⁵⁶ Para indagar más acerca de la época tardía del Derecho Romano y del procedimiento extraordinario o cognitorio véase, entre otros: D’ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano*, Op. cit. supra, nota 39; pp. 165 a 171; IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, Op. cit. supra, nota 16; pp. 200 a 202; KUNKEL, WOLFGANG, *Historia del Derecho Romano*, Op. cit. supra, nota 28; pp. 142 y ss.

⁵⁷ La denominación *Corpus Iuris Civilis* no es obra de Justiniano. Los juristas de la Edad Media, llamados glosadores, comenzaron a llamar al conjunto de libros que conforman este cuerpo legal como *Corpus Iuris Civilis* para diferenciarlo del *Corpus Iuris Canonici*. Pero no fue sino hasta la primera edición impresa que data de 1525 cuando apareció publicado este conjunto de libros con tal nombre.

Justiniano pretendió instaurar la unidad perdida del Imperio a través de las armas y mediante el establecimiento de un orden jurídico común como un sistema unificador. Para esto, Justiniano ordenó la elaboración de una compilación jurídica tanto de escritos de juristas romanos como de disposiciones legislativas de emperadores anteriores.

Sin entrar al análisis de cada una de las partes del *Corpus Iuris Civilis* baste con decir que estaba formado de cuatro grandes partes a saber: (i) del Código o *Codex* (antología de leyes imperiales), (ii) del Digesto (antología jurisprudencial), (iii) las *Institutas* (manual para la enseñanza del Derecho) y (iv) las Novelas (recopilación de leyes posteriores dictadas por el mismo Justiniano).

Según diversos autores, el *Corpus Iuris Civilis* ha sido, junto con la Biblia y la cultura y filosofía helénica, uno de los fundamentos de la cultura occidental.

1.2.3 Edad Media⁵⁸

Toca el turno del estudio de periodo denominado “Edad Media”. La experiencia jurídica medieval comprende casi un milenio que va desde la caída del Imperio Romano de Occidente en el último cuarto del siglo V al XV.⁵⁹

La Edad Media representa, *per se*, una importancia relevante para el estudio del Derecho y de las instituciones jurídicas. El mundo medieval tiene voz propia, no es un apéndice del mundo romano, ni un paréntesis, “que si para algunos ha sido oscuro, un torpe tiempo de oscuridades, es tan solo por que no han sabido iluminarlo, o por que no han sido capaces de percibirlo con sus propias luces.”⁶⁰

Por el contrario, nunca como en el medioevo el Derecho ha representado y constituido la dimensión radical y fundante de la sociedad, de tal manera que la sociedad medieval es jurídica.⁶¹

Para la explicación de esta experiencia medieval utilizaremos –imitando al maestro **PAOLO GROSSI**– los siguientes hechos como instrumentos interpretativos: (i) el vacío o “levedad del poder político” que se presenta durante este periodo, (ii) la relativa indiferencia del disminuido poder político hacia el Derecho con la consecuente autonomía de este último acentuando con ello un pluralismo jurídico, y (iii) la consiguiente factualidad e historicidad del Derecho.⁶² Otro elemento importante a destacar para la construcción de la experiencia jurídica del medioevo es el reicentrismo⁶³.

⁵⁸ En el desarrollo del presente apartado, así como en de los demás que integran las reflexiones histórico-jurídicas de este trabajo, se siguieron, como guía explicativa y metodológica, los apuntes de la cátedra de Historia General del Derecho impartida en la Escuela Libre de Derecho por mi querido maestro Don **JAIME DEL ARENAL FENOCCHIO**.

⁵⁹ “La amplia expansión de una nueva mentalidad jurídica encarnada en un complejo armónico de comportamientos, reglas, reflexiones, con su aspecto de intensa tipicidad, impregna Europa occidental por cerca de un milenio: desde aquél siglo V cuando, sobre las ruinas de lo antiguo, lo nuevo se recorta con una extraordinaria virulencia, hasta los siglos XIV y XV, atestados de idealidades extrañas a la cultura de ayer y contrastados por hendiduras que, derivando cada vez más de las crecientes aberturas, permiten a lo <<moderno>> arraigar y desarrollarse.” **GROSSI, PAOLO**, *El orden jurídico medieval*, (traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez), Colección Monografías Jurídicas, Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, España, 1996; pp. 48 y 49.

⁶⁰ **TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO**, prólogo a la edición española de la obra del autor italiano **PAOLO GROSSI** “*El orden jurídico medieval*”; *Idem*; p. 18.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Vid. Idem*; p. 60.

⁶³ Esto es, la centralidad de las cosas, no de los hombres, es decir, que los hombres se encuentran atados a la naturaleza de las cosas. Este es un elemento que nos ayuda a distinguir al hombre medieval del nombre “moderno”.

No obstante lo atractivo que nos resulta el estudio de este período, no es menester hacer un análisis exhaustivo del mismo. Más aún, nos limitaremos a señalar solamente algunos elementos propios de la época⁶⁴ y a apuntar las características de ciertos mecanismos de solución de controversias durante ella utilizados.⁶⁵

Reconociendo la unidad y continuidad de este período, para facilitar su exposición lo dividiremos en dos partes: alta y baja Edad Media.

La primera parte, correspondiente a la alta Edad Media (que va del siglo V al XI de nuestra era), comprende una breve referencia al Derecho Germánico, al fracaso del denominado Imperio Carolingio y, finalmente, al sistema feudal.

Por su parte, el estudio de la baja Edad Media (del siglo XI al XV) comprende una referencia obligada al surgimiento del mercantilismo o Derecho Mercantil y, por último, a la importancia del Derecho Canónico, la recepción del Derecho Romano Justiniano y la formación del *ius commune* europeo.

1.2.3.1 Alta Edad Media

En el año de 476, el Imperio Romano de Occidente sucumbió ante el incontenible embate de los pueblos germánicos, lo cual trajo como consecuencia la destrucción del poder político central. La caída del Imperio Romano produjo en la Edad Media un vacío político, la ausencia del "Estado"⁶⁶ de la escena política medieval, entendiendo por Estado, en palabras de **GROSSI**, no tanto la estricta noción que surgirá siglos después, sino la existencia de un poder político totalizante, un microcosmos unitario que tiende a situarse como estructura global alimentada por una voluntad omnicompreensiva.⁶⁷

La ruptura de este poder político es de vital importancia para comprender el papel del Derecho en la configuración del orden jurídico medieval. El Derecho, entonces, queda situado en el centro de lo social y es a partir de aquí desde donde intenta, de alguna u otra forma, rellenar ese vacío.

La levedad del poder político medieval tras el derrumbamiento ruinoso de las sólidas encarnaciones precedentes, el vacío político parcial que permanece, significan una única cosa: el gran títere está ausente; está ausente el sujeto político que tiende a mover todos los hilos, a hacer de los diversos centros sociales concurrentes simples marionetas para manipular a placer.⁶⁸

Entendido lo anterior, nos es fácil comprender otras dos características o elementos que se gestaron en el alto medioevo y que permanecen durante toda la Edad Media: la autonomía y el pluralismo del Derecho Medieval.

La autonomía del Derecho Medieval se da respecto del ente estatal. La producción y la adecuación del orden jurídico está ahora vinculada a la variedad de fuerzas y manifestaciones de la sociedad civil. El Derecho y los métodos de aplicación del mismo no son, al menos en este período, monopolio del poder.

⁶⁴ Es importante advertir que estos elementos son de particular importancia para nuestro estudio ya que, como se verá más adelante, nos aportarán dulces ingredientes para legitimar y justificar la utilización de los mecanismos alternativos de solución de controversias y, en específico, la conciliación comercial.

⁶⁵ Por las características de este trabajo, esta limitación también comprende también la utilización de fuentes.

⁶⁶ "El Estado Romano muere, muere por inanición, por un agotamiento interno que es material y espiritual, por un vacío de poder eficaz y de programación deliberada." **GROSSI, PAOLO**, *El orden jurídico medieval*, Op. cit. supra, nota 59; p. 63.

⁶⁷ Vid. *Idem*; p. 62.

⁶⁸ *Idem*; pp. 66 y 67.

Esta autonomía, a su vez, originó que la creación y operación del Derecho se disgregara en la sociedad y ello derivó, a su vez, en una multiplicidad de ordenamientos coexistentes e interpenetrados.

Los pueblos germánicos⁶⁹, ante los cuales cedió el Imperio Romano de Occidente, vivían bajo un régimen tribal, no conocían la vida urbana y eran altamente conflictivos. Eran, además, nómadas o seminómadas y cada uno tenía su derecho consuetudinario, actualmente difícil de conocer dada su oralidad y la falta de forma escrita.⁷⁰ Lo anterior explica como los pueblos germanos no buscaban la unidad del Imperio derrocado, por el contrario, contribuyeron a la segregación social, antecedente del sistema feudal.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pueden apuntar, entre otras, las siguientes características del Derecho Germánico: (i) consuetudinario y oral, (ii) no secularizado, (iii) simple y pobre institucionalmente hablando, (iv) formal, (v) personal (de aplicación personal por la pertenencia a una determinada comunidad), y (vi) eminentemente punitivo y cruel. Los germanos entendieron al Derecho como el ordenamiento de la paz, es decir, como un estatuto del orden, para ellos lo justo pasa a un segundo plano.

El procedimiento público-oral germánico, ante el cual existió aún la autodefensa, tenía formas sencillas, pero rigurosas. Característica importante de destacar es que al inicio de todo procedimiento se procuraba un acuerdo entre las partes, es decir, se daba una especie de etapa de conciliación.⁷¹ Por lo demás, el procedimiento era muy primitivo.

Un periodo corto, pero importante, sobre todo para la posterior determinación geográfica del continente europeo, fue el periodo correspondiente al Imperio Carolingio⁷², mismo que se erigió con la bandera de la reconstrucción del Imperio Romano Occidental.

La creación del Derecho Imperial giró en torno a los denominados Capitulares⁷³ y, aunque fallido, fue el primer intento en esta etapa por utilizar al Derecho como instrumento unificador del mismo Imperio. Este Derecho Imperial no pudo desplazar a los *iura propria* o derechos tradicionales precarolingios.

Cualquier tendencia a la uniformidad, como era la intención del Derecho Carolingio, debía tocar lo referente a la administración de justicia ya que es ahí donde se manifestaba en forma más radical los localismos jurídicos. Por ello, se intentó establecer en la base de la administración de justicia una serie de jueces locales⁷⁴ relativamente controlados por funcionarios imperiales llamados *missi dominici*.

La muerte de Carlomagno, la apuntada tendencia germánica a la dispersión y las invasiones de los pueblos vikingos, fueron la causa de la caída del fallido Imperio con su consecuente su división.⁷⁵

⁶⁹ Entre otros, encontramos a los visigodos, ostrogodos, francos, vándalos, jutos, anglos y sajones.

⁷⁰ Al Derecho Germánico lo podemos ubicar del año 476 al 750 d.C., es decir que abarcó casi 300 años. Fue un periodo de monarquías germánicas en donde la monarquía visigótica desapareció a manos de los musulmanes; la monarquía de los francos, posteriormente, vence a los musulmanes y consolida una nueva dinastía. Por otro lado los anglosajones se establecen en las Islas Británicas y los longobardos se consolidan en el norte de la península itálica.

⁷¹ Vid. GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Op. cit. supra*, nota 7; pp. 45 y 46.

⁷² Periodo de 50 años aproximadamente que van desde el 800 al 850.

⁷³ Los Capitulares eran disposiciones generales promulgadas por el emperador (Carlomagno), que recuerdan mucho, por su estructura, a las Constituciones Imperiales del Imperio Romano.

⁷⁴ A los jueces carolingios se les conoce con el nombre de jueces escabinos (*scabini*).

⁷⁵ Al morir Carlomagno en el año 814 lo sucedió Luis el Piadoso quién detentó el poder cerca de 15 años. El Imperio fue disputado por los tres hijos de éste último y en 843, derivado del "Tratado de Verdún", el imperio quedó dividido en tres partes: (i) el Este para Luis el Germánico, (ii) el Centro para Lotario, y (iii) el Oeste para Carlos el Calvo.

Toca el turno de mencionar, tan solo sea de paso, al feudalismo⁷⁶: proceso histórico europeo que se manifestó en diversos sentidos: económico, social, político, cultural y jurídico; y que resultó determinante para el devenir histórico del continente Europeo.

La sociedad feudal se caracterizó por ser una sociedad segregada, militarizada y rural que buscaba simplemente la autosuficiencia económica. En el período feudal se dio una irrupción de la sociedad, no era una sociedad artificial como la de nuestros días, fue espontánea y mostró a los seres humanos desiguales, distintos unos de otros: había tres tipos de hombres: los *oratores* (clérigos, estudiosos), los *bellatores* (gente de guerra) y los *labradores* (gente de campo).

Al Derecho Feudal se le puede definir como el conjunto de instituciones que crearon y rigieron las relaciones entre el señor feudal y sus vasallos, es decir, las relaciones derivadas del Pacto de Vasallaje.⁷⁷

Durante el feudalismo coexistió la justicia feudal, que derivaba directamente del Pacto de Vasallaje y la justicia ordinaria derivada del derecho consuetudinario aplicable a todos.

Los señores feudales podían o no, generalmente sí, ser jueces de su propio señorío. Derivado de ello los señores resolvían los problemas suscitados entre sus vasallos. Pero el señor no era el único juez. Encima de ellos se encontraba el rey, quien, a su vez, dirimía conflictos entre los señores feudales. Este rey heredó la atenuada autoridad del rey germánico en cuanto a que su función se reducía a juzgar, es decir, la función prioritaria del monarca antes de la *modernidad* no fue la de "gobernar", sino la de ser juez.⁷⁸

Es importante recalcar que la intervención del señor o del rey, en su caso, se asemejan más a una figura de conciliador o árbitro, en su caso, que la de un juez. Ello reitera que la justicia continúa siendo privada.

1.2.3.2 Baja Edad Media

Como lo señalamos anteriormente, el estudio de la baja Edad Media está comprendido, temporalmente, de finales del siglo XI al XV, aproximadamente.

Sin alejarnos de la idea de que durante toda la Edad Media se mantienen ciertos signos de continuidad, no es menos cierto decir que el panorama entre el alta y la baja Edad Media es sustancialmente distinto. En palabras de **PAOLO GROSSI** un mundo tendencialmente estático parece ser sustituido por un mundo bastante más dinámico, contrastado por una circulación intensa que alcanza todos los planos de la vida.⁷⁹

Comenzaremos con algunos datos estructurales. A finales del siglo XI el paisaje de buena parte de Europa Occidental se muestra radicalmente cambiado. Ahora, las rígidas y aisladas microcomunidades protomedievales,

⁷⁶ El feudalismo es un sistema que se caracteriza por la absoluta disolución de un poder político central y el correspondiente desmembramiento de los poderes regionales. El feudalismo surge a partir de la disolución del Imperio Carolingio (después del año 850) y se extiende en el tiempo hasta el siglo XIII y XIV, siendo sustituido por las Monarquías Absolutas. No obstante, algunas instituciones feudales llegaron a finales del siglo XVIII.

⁷⁷ El Pacto de Vasallaje era un contrato de relaciones personales principalmente, dotado de tres tipos de elementos: los formales (el *homenaje*, la *fe* o *fidelidad* y el *osculum*), los personales (el *señor* y el *vasallo*) y los reales (el feudo).

⁷⁸ En el lenguaje del alto medioevo el contenido del poder del término jurisdicción no desaparece del todo. El principio romano de la unidad de poder se combina con el principio germánico de la pluralidad de poderes y la jurisdicción. La jurisdicción es por ello, ante todo, un dominio, un bien.

⁷⁹ Vid. **GROSSI, PAOLO**, *El orden jurídico medieval*, Op. cit. supra, nota 59; p. 139.

apremiadas por el miedo, la inseguridad, la insuficiencia y las enfermedades, parecen distenderse. Como elementos importantes para crear este cambio encontramos, entre otros, los siguientes: (i) las constantes invasiones de los pueblos bárbaros parecen ceder, ya no hay miedo; (ii) hay una mejora en el cultivo, por lo tanto, una mayor cantidad de productos disponibles, una mejor alimentación, menos enfermedades y un mayor crecimiento demográfico; (iii) la sociedad empieza a agruparse en células o comunidades urbanas: las ciudades; (iv) a consecuencia de las Cruzadas comienza una apertura en las vías de comunicación en el Europa continental; (v) encontramos el factor del ocio, una propensión por la discusión y la profundización, así como la popularización y difusión del conocimiento; y (vi) por último, pero no menos importante, la aparición de la figura del mercader o comerciante.

Con la ausencia del miedo, las personas comienzan a salir de las murallas de los castillos y se dedican, en mayor medida, al cultivo de la tierra y a la artesanía. Derivado de ello, no solamente aumenta el cultivo sino que se desarrollan más y mejores técnicas del labrado de la tierra, con el resultado elemental, aunque muy relevante para la época, de una bastante mayor cantidad de productos agrarios disponibles y de una notable atenuación de la antigua pesadilla del hambre y la supervivencia cotidiana. Se produce más, se come más, se nace más.⁸⁰

El crecimiento demográfico es sobresaliente y la misma psicología colectiva de modifica. El encuentro solidario entre los hombres, su colaboración permanente, se realiza desde ahora con una orientación distinta: si en los siglos protomedievales los hombres se encontraban cerrados hacia lo externo, satisfechos de recluirse en la protección amurallada del castillo, ahora la sede ideal para el encuentro comienza a ser la ciudad, una comunidad de hombres y moradas abiertas al exterior, con vocación —por su propia naturaleza— de entrelazar relaciones, situada siempre sobre las grandes arterias de comunicación que le aportan sangre y vida.⁸¹

Desde ahora en adelante la confianza en lo social significa también intolerancia hacia viejas clausuras a la vez que se ensancha cada vez más el tejido de relaciones.⁸²

Surge otro signo indudable de confianza colectiva: la mejor calidad intrínseca de los productos y la mayor circulación de moneda. En ese cada vez más denso tejido de relaciones, surge, y adquiere siempre más consistencia, un sujeto consustancialmente nuevo: el mercader profesional. Aquí hay más productos, con infalible abundancia de alguno de ellos en una determinada localidad; se hace necesario el intercambio; es necesaria la presencia del engranaje insustituible de cada intercambio: el mercader. Ya no existe sólo la permuta entre productos que se llevaba a cabo en el mercado rudimentario de la aldea protomedieval, sino la capacidad y la astucia de un sujeto que, asumiendo la carga de los posibles riesgos, hace de la intermediación su propio oficio; ciudadano, viajero infatigable, intolerante con clausuras y fronteras como requería la cada vez mayor ampliación del radio de acción de sus tráficos y negocios.⁸³

Además, este cambio trasciende plenamente a la dimensión espiritual de la sociedad, se origina una reflexión que recorre todas las ciencias humanas, comenzando por la teología, que se interroga acerca de los grandes problemas del hombre en sus relaciones con Dios, con el cosmos, con la sociedad.

Asistimos, así, a un movimiento que no tiene comparación con el periodo precedente: se discute y se debate; el monólogo que el sabio altomedieval redactaba en el silencio de un claustro se convierte de manera natural en

⁸⁰ Vid. *Idem*; p. 138.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² En palabras de GROSSI "...la ciudad no es una aglomeración de piedras, no es una mayor cantidad de hombres y casas acumulados y organizados dentro de determinados muros: es, sobre todo, un acto de fe colectiva porque es una comunidad abierta, proyectada hacia el exterior y que no tiene miedo de afirmar su dependencia del exterior." *Ibidem*.

⁸³ *Idem*; pp. 138 y 139.

diálogo; las ideas circulan bastante más que antes y bastante más que antes el pensador solitario cede ante una realidad naturalmente dialogante: la escuela. Ya casi nunca se trata de voces aisladas, sino de centros que amplían, profundizan, problematizan, un determinado programa cultural. La cultura se convierte en riqueza bastante más difundida y la escuela abandona los muros discriminadores del monasterio para descender al corazón de la ciudad, muchas veces al lado de las iglesias catedrales donde llegaban y de donde partían caminos con remotos enlaces espaciales.⁸⁴

Para una cabal comprensión de esta etapa —como de la anterior— es importante destacar los siguientes elementos: (i) continúa el vacío o la “levedad del poder político”, (ii) continúa la relativa indiferencia del disminuido poder político hacia el Derecho con la consecuente autonomía de este último acentuando con ello un pluralismo jurídico, y (iii) la consiguiente factualidad e historicidad del Derecho.

En esta etapa se da un hecho muy importante para los efectos del presente trabajo: el fenómeno social denominado “mercantilismo” y el surgimiento del Derecho Mercantil.

Ello se dio a consecuencia de varias de las circunstancias señaladas al principio del presente apartado: una mejora en el cultivo y la consecuente existencia de excedentes de producción y la apertura de la Europa, hay menos miedo y se originan e incrementan las vías de comunicación. Del siglo IX al siglo XII se formó la burguesía europea, se restableció el comercio y surgieron las ciudades. Asimismo, surgieron conflictos nuevos que requerían un derecho más dinámico y flexible.

El florecimiento del comercio ocurrió en condiciones políticas y jurídicas muy distintas de las que habían prevalecido en épocas anteriores. Subsistía, en menor grado, un insípido Derecho Romano que ya no era capaz de adaptarse a las cambiantes necesidades de la sociedad. Por otro lado, el Derecho Germánico y muchos de los denominados *iura propria* de cada comunidad, sobre todo en el aspecto procesal, eran muy formalistas, primitivos e incapaces de satisfacer las nuevas necesidades creadas por el desarrollo del comercio.

En el aspecto político, como se resaltó en párrafos anteriores, no existía un poder suficientemente fuerte e ilustrado que pudiese dictar normas con validez general que resolvieran adecuadamente los problemas suscitados por el auge mercantil.

Estas condiciones jurídicas y políticas dieron lugar a que las personas dedicadas a una misma actividad se agruparan para la protección y defensa de sus intereses comunes y crearon lo que conocemos como *gremios*.⁸⁵

Entre los gremios así formados, nos dice **ROBERTO MANTILLA MOLINA**, ocuparon un lugar prominente el de los comerciantes. Estos gremios de comerciantes establecieron tribunales encargados de dirimir las controversias entre sus agremiados sin las formalidades antes apuntadas y sin aplicar las normas de los derechos coexistentes: sino los usos y costumbres de los mercaderes. Así, fue creándose un derecho de origen subjetivo, consuetudinario, inspirado en la satisfacción de las peculiares necesidades del comercio.⁸⁶

Las resoluciones de los tribunales comerciales, llamados originalmente *Consulados*, fueron recopiladas y ordenadas sistemáticamente formando *estatutos u ordenanzas*.⁸⁷

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Algunos autores denominan también a estos fenómenos como *hermandades o universidades*.

⁸⁶ Vid. **MANTILLA MOLINA, ROBERTO L.**, *Derecho Mercantil* (introducción y conceptos fundamentales), *Op. cit. supra*, nota 41; p. 5.

⁸⁷ El Derecho Mercantil nace y se enseña en los Consulados.

Como se apuntó anteriormente, la formación del Derecho Mercantil explica que fuera predominantemente de carácter subjetivo, cuya aplicación se limitaba a la clase de los comerciantes.⁸⁸ No obstante, señala el mismo **MANTILLA MOLINA**, desde un principio se introdujo en elemento objetivo: la referencia al comercio; pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos que tenían conexión con el comercio.⁸⁹ Así, los tribunales comerciales eran competentes y el derecho comercial aplicable, únicamente a los casos que involucraran a uno o varios comerciantes respecto de disputas o controversias mercantiles o relacionadas con el comercio.

Otro elemento de vital importancia sin el cual no podemos comprender cabalmente esta época del pensamiento jurídico, es la importancia de la figura de la Iglesia y del Derecho Canónico.⁹⁰

Otro elemento que no puede pasar desapercibido, sobre todo porque determinará el devenir del Derecho, es el renacimiento del Derecho Romano a través de la recuperación de los textos justinianos, posteriormente denominados, en su conjunto, como *Corpus Iuris Civilis*.

El discernir jurídico estará demarcado, a partir de este hecho histórico fundamental, al estudio de los textos antiguos. No obstante, valga señalar, que esta dependencia de los textos no implicó que el Derecho se agotara en los ellos, por el contrario, es a partir de los textos que se “moderniza” el Derecho Romano Justiniano hasta que, poco a poco, se crea un nuevo sistema, un nuevo Derecho. La primera tarea corresponde a varias generaciones de glosadores que, mediante el método filológico exegético, elaboran la glosa: notas marginales a los textos explicándolos y comentándolos. Posteriormente aparecen los post-glosadores, quienes, ávidos por la creación de un nuevo sistema, comienzan la manipulación de los textos en aras de la vigencia práctica del Derecho.

Desde el punto de vista político, poco a poco comienza a reconocerse al Derecho como un elemento unificador que terminaría en convertirse, como se verá más adelante, en un mero instrumento del incipiente Estado moderno.

En cuanto al proceso medieval italiano, **CIPRIANO GÓMEZ LARA** señala que su característica principal radicaba en su lentitud, por lo que desde la mitad del siglo XIII se iniciaron esfuerzos conducentes a obtener mayor rapidez en el procedimiento. A consecuencia de estos esfuerzos surgen los juicios de tipo sumario, dentro de los cuales podemos destacar tres: (i) el llamado *procedimiento ejecutivo*, a merced del cual, a base de determinados documentos dotados de fuerza ejecutiva se llega directamente a la ejecución o a una cognición sumaria; (ii) el *proceso de mandato condicionado o no condicionado*, una mezcla entre el procedimiento interdictal romano y el procedimiento monitorio; y (iii) el *procedimiento de embargo*, con el cual se pretende lograr una garantía de la ejecución de una sentencia contra el deudor sospechoso.⁹¹

⁸⁸ Como notas características del Derecho Mercantil, aparte de su subjetividad, encontramos, entre otras, las siguientes: (i) es un derecho consuetudinario, surge al amparo de la necesidad de la transacción comercial; como un derecho de casos, usos y costumbres; (ii) es un derecho de clase, es la obra de un gremio: el de los comerciantes; no es obra de juristas, de hecho el Derecho Mercantil no tenía cabida en las Universidades, sólo tenía espacio en la actividad de los comerciantes; (iii) es un derecho universal que no reconoce fronteras; (iv) es un derecho flexible, versátil, dinámico, ágil, práctico, capaz de transformarse según las necesidades del incipiente mercado (brota de la necesidad, no de la reflexión); (v) es un derecho que tiene su propia jurisdicción.

⁸⁹ En este sentido **MANTILLA MOLINA** señala que el elemento objetivo de la comercialidad de la relación dio base para ampliar el ámbito del Derecho Mercantil: si primeramente los tribunales consulares sólo tenían competencia sobre quienes formaban el gremio, pronto se consideró que quienes de hecho ejercían el comercio, aun cuando no hubieran ingresado en el correspondiente gremio, estaban sometidos a la jurisdicción de sus tribunales y a las normas de sus estatutos.

⁹⁰ Sin duda, el Derecho Canónico es un elemento formador del *ius commune* europeo. Específica y temporalmente, durante la baja Edad Media se desarrolla lo que se conoce como el segundo periodo del Derecho Canónico que va del Decreto de Graciano (en el año de 1150, aproximadamente), al Concilio de Trento (año 1564). Durante esta etapa se dio una basta producción de documentos que posteriormente conformaron lo que se denominó el *Corpus Iuris Canonici*. De este Derecho surgen o se nutren muchas de las instituciones jurídicas que perduran hasta nuestros días, en particular, tuvo un impacto importante en la búsqueda de procedimientos predominantemente autocompositivos resaltando la importancia de figuras como la conciliación.

⁹¹ Vid. **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**, *Op. cit. supra*, nota 7; p. 47.

Aquí, también es importante hacer referencia al antiguo enjuiciamiento español.⁹² Es muy difícil hacer una referencia correcta que resuma las principales características del antiguo procesamiento español ya que el mismo se proyecta históricamente a través de más de diez siglos⁹³ y, además, la historia de España es una mezcla de influencias célticas, fenicias, griegas, romanas, visigodas y, finalmente, musulmanas.⁹⁴

Un aspecto importante a resaltar es la coexistencia varios ordenamientos distintos: en la península ibérica en la cual el proceso romano tuvo vigencia, el elemento germánico se incorpora al derecho español por la invasión de los pueblos germánicos. Por otro lado, a esos dos mundos antagónicos, el romano y el germano, se le suman el derecho musulmán —sobre todo en la parte sur de la península— y los *iura propria* o derechos locales. La aplicación del Derecho, y de los procesos, estaban determinados fundamentalmente por razones de tipo subjetivo, es decir, dependiendo de la persona, se aplicaba tal o cual derecho o procedimiento.

En el plano jurídico-comercial, al robustecerse el poder real, principalmente derivado de la unión de las coronas de Castilla y Aragón, las agrupaciones profesionales de comerciantes —denominadas, según **MANTILLA MOLINA**, como *Universidades de Mercaderes*— hubieron de obtener la sanción regia para que sus estatutos y ordenanzas conservaran el valor jurídico que hasta entonces habían tenido y para que siguieran siendo válidas las decisiones de sus tribunales.⁹⁵

Por último, y para concluir con este apartado, es importante apuntar algunas ideas relacionadas con el término de jurisdicción. En el lenguaje del alto Medioevo el contenido de poder del término jurisdicción no desaparece y con él no sólo se designa el juzgar sino también el poder político detentado por el príncipe y los señores sobre el territorio. El principio romano de la unidad de poder se combina con el principio germánico de la pluralidad de poderes y la jurisdicción. La jurisdicción es por ello, ante todo, un dominio, un bien, una pertenencia al soberano o de la persona pública.

Como se comentó anteriormente, es sabido que el rey germánico tenía una autoridad muy reducida, de tal modo que carecía de la *potestas legibus soluta* que es la que caracteriza especialmente a quien detenta la soberanía. El monarca medieval no era legislador, sino juez; la función más característica de su autoridad radicaba precisamente en resolver "en apelación" cuantos litigios le eran presentados a tal efecto.

La plenísima jurisdicción viene atribuida al Emperador en su Imperio, al rey en su reino. Son éstos los que delegan —en determinadas personas, que reciben entre otros el nombre de jueces— el poder y que por esta razón son puestos para resolver los conflictos. La jurisdicción es preferentemente una potestad unida a la necesidad de pronunciar el derecho y establecer la equidad.

La jurisdicción para los autores de la Edad Media es un símbolo muy próximo al proceso real, porque, a través de la idea de justicia con que se asocia, responde a la necesidad de la conservación del orden social. La jurisdicción es símbolo del poder ordenado.

⁹² El estudio de los sistemas de solución de controversias en México, desde el punto de vista histórico, no se puede abordar sin el conocimiento previo, siquiera sea superficial, del derecho procesal español. Esto se explica fácilmente porque el derecho español se aplicó durante la Colonia y por que en México la legislación procesal de la vida independiente está preponderantemente arraigada en el derecho procesal español.

⁹³ Este periodo abarcaría desde el año 681 en el que el Concilio de Toledo aprueba el *Fuero Juzgo* (o *liber iudiciorum*) hasta 1805 en que surge la *Novísima Recopilación*, lapso de mas de 1100 años de historia del derecho procesal español.

⁹⁴ Vid. **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**, *Op. cit. supra*, nota 7; pp. 49 y 50.

⁹⁵ Nótese como empieza a utilizarse al derecho como mecanismo de control. Vid. **MANTILLA MOLINA, ROBERTO L.**, *Derecho Mercantil*, *Op. cit. supra*, nota 41; p. 11.

Sin embargo, el redescubrimiento del derecho romano modificó esta concepción. Desde las primeras glosas que se hicieran al *Corpus Iuris Civilis* se añadiría que sin el imperio no existe ninguna jurisdicción y que la jurisdicción debe venir expresada por el Imperio, asociada con la coerción.

No obstante, conforme a la labor de los post-glosadores y la recepción del derecho civil romano en el resto de Europa, desde finales del siglo XII y hasta el triunfo del absolutismo racionalista, se depositó la jurisdicción en manos privadas, ya que el jurista era el único capaz de entender los antiguos textos romanos.

Es importante advertir el papel que tuvo la reincorporación del derecho romano en la doctrina política medieval. De catadura latina, propia de los juristas glosadores y post-glosadores de los textos justinianos es la fórmula *potestas legibus soluta* entendida como cualidad del monarca. Este enunciado constituye un paso hacia adelante en el sentido de la atribución unitaria de poderes propia del Estado moderno, aunque en el caso de los glosadores y post-glosadores, la fidelidad es debida no a un rey moderno, sino al emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico, con el cual equiparaban al emperador de la Roma clásica, en el sentido de considerarlo como gobernador universal. Sin embargo, la sumisión al rey no implicaba para los post-glosadores que el rey debiera tener la función jurisdiccional en sus manos, ya que ignoraba el Derecho. En efecto, la reincorporación del derecho romano a la vida europea implicaba una serie de conocimientos filológicos, lingüísticos y técnicos que sólo poseían los especialistas que habían estudiado los textos antiguos en las universidades italianas.

La renovación del derecho romano realzó la profesión del jurista, pues se trataba de un derecho de difícil técnica, exigente de una propia lógica; de un derecho libresco y escrito en lengua culta y, por tanto, de un derecho de “letrados”. De este modo, el derecho romano da nacimiento a la profesionalización de una actividad que anteriormente no necesitaba de conocimientos muy especiales, ni de dedicación exclusiva o principal.

Los juristas no solamente toman a su cargo la aplicación del derecho, sino que pretenden monopolizarla incluso frente al rey en su carácter de juez originario. Es cierto que en la praxis, la función judicial era cada vez menos ejercida efectivamente por el monarca. Los juristas comienzan por registrar una inhibición judicial de la persona del rey en tanto que una costumbre, acuñando para ello, como era normal en la época, las correspondientes fórmulas. Pero enseguida racionalizan y elevan a principio la fáctica inhibición del rey, fundándose en su falta de conocimientos jurídicos.

1.2.4 Derecho de la Modernidad⁹⁶

El Derecho de la modernidad está enmarcado en el surgimiento y consolidación del Estado moderno.

La “modernidad”, es un período que abarca desde el siglo XVI hasta nuestros días.⁹⁷

La Modernidad tiene varios rasgos característicos. Existe una nueva visión antropológica del hombre: el hombre ya no es visto en su realidad circunstancial, en su singularidad, en su especificidad, ahora es substituido con la “persona”, es decir, con una esencia que tiene dos características fundamentales: libertad e igualdad. Esta

⁹⁶ Aquí, como en apartados anteriores, cabe hacer la advertencia de que sería imposible abarcar todo el acontecer de los mecanismos de solución de controversias en esta etapa. Ello no sólo rebasa los alcances y el planteamiento teórico-metodológico de la presente tesis, sino que distraería al lector en otros menesteres. Por lo anterior, simplemente nos limitaremos a apuntar algunos rasgos distintivos de esta época, así como pequeños comentarios acerca del Estado moderno y su función jurisdiccional.

⁹⁷ Hay algunos autores que señalan que ya pasamos de la modernidad a la época “contemporánea”. Desde mi punto de vista este cambio, si existe o existió, será determinado con mejor detalle por las siguientes generaciones.

“persona” es vista ahora como un número aislado, ajeno a otra persona, pero con la necesidad de vincularse con los demás. En el mundo moderno la concepción del Derecho parte de un “hombre diseñado” mientras que en el mundo romano y medieval dicha concepción parte de lo que el hombre es, es decir, de su singularidad y de su especificidad. El drama de la Modernidad es que el diseño del hombre se pone a subasta y que la concepción del Derecho sigue ese diseño.

Por otro lado, se da una marcada tendencia hacia la supremacía de la razón. La Modernidad rompió con la vinculación entre la fe y la razón. Antes la razón encontraba su límite en la fe. Ahora, se le otorga a la razón supremacía y confianza sobre la fe. En este sentido, se da un intenso proceso de secularización o laicización, lo que quiere decir que la Modernidad se presenta como ajena a la religión, pero no necesariamente como contraria.

Como lo señalamos anteriormente, la causa más patente de la Modernidad la encontramos en el surgimiento de una nueva organización política: el Estado, el cual comienza a ser construido sobre el concepto de soberanía. Ello contrasta con la decadencia o natural agotamiento del esquema anterior, el ascenso imponente de las burguesías europeas, la recepción de la cultura antigua, la crisis de la autoridad⁹⁸ (entendida ésta como *autoritas*) y el surgimiento del humanismo.

En el mundo moderno el problema de la producción y aplicación del Derecho ha sido resuelto de manera sencilla y coherente: el Derecho ha vuelto a ser considerado como un de los objetos relevantes del Estado; y éste toma a su cargo la producción monopolizando el sistema de las fuentes, es decir, jerarquizándolas y reduciéndolas sustancialmente en una ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad suprema del Estado. El itinerario de la civilización jurídica moderna del siglo XVI en adelante nos testimonia una creciente vinculación del Derecho con el poder político, de un creciente totalitarismo jurídico, que no sólo será desmentido por la burguesía dominante, sino más bien mucho más absolutizado merced al instrumento omnipotente del Código. En palabras de **PAOLO GROSSI**, crudas pero no por ello menos ciertas, “[e]l historiador del Derecho despojado de prevenciones ideológicas no puede sino advertir un sacrificio enorme y costosísimo: la visión servil del Derecho reducido, a pesar de las fabulillas ilustradas, a *instrumentum regni*; el condicionamiento del Derecho por el poder y por los intereses de la clase que lo detenta.”⁹⁹

Lo anterior también se ve reflejado en la concepción del Estado moderno y su “función jurisdiccional”. Dentro de los autores que tratan acerca de la construcción de la Teoría del Estado, no pocos señalan que la función jurisdiccional es una actividad esencial o natural y exclusiva del Estado, es decir, que solamente es el Estado el facultado para impartir justicia.

Los procesos políticos no perdonaron la labor de los juristas. La consolidación del absolutismo, el arribo del racionalismo al trono de las ideas y la desconfianza por la tópica, lo particular, lo histórico, terminaron con la larga tradición de juristas romanistas. La codificación napoleónica, simplificó la función jurisdiccional medieval, concentrándola en el Estado, quien de este modo expropió la facultad de resolver los conflictos entre los particulares en nombre de, o con la idea de fondo de que así se realizaría el bien común.

Nada de extraño tiene, por ello, que con el nacimiento de la concepción política del Estado moderno se reconozca que la noción de jurisdicción está ligada al Estado. Hoy en día la más común y general manifestación de esta tendencia publicista califica a la jurisdicción como una función del Estado con un contenido específico y diferente del de otras funciones particulares.

⁹⁸ La crisis de la *autoritas*, entre los siglos XV y XVI, se dio por los cambios en las visiones geográficas, teológicas, religiosas y cosmológicas de la época que a la larga trajeron aparejada una gran incertidumbre.

⁹⁹ **GROSSI, PAOLO**, *El orden jurídico medieval*, Op. cit. supra, nota 59; p. 161.

El examen de los hechos que nos presenta la historia nos permite observar que la función de resolver controversias de modo vinculativo no ha sido exclusiva del Estado. En Roma y en Edad Media, eran los jurisperitos —que no eran órganos estatales— los encargados de dicha función, lo cual nos arroja la conclusión de que la jurisdicción no es algo que necesariamente acompañe al Estado, en ninguna de sus formas, ni siquiera al Estado moderno.

Cabría objetar, no obstante, que la función jurisdiccional pertenece al Estado por necesidad, ya que él es el único titular de la violencia legítima, o el poder público. Sin embargo, es falso que esto signifique la facultad de resolver una controversia conforme a derecho, pues la labor estatal puede circunscribirse al reconocimiento de la labor de un juez privado y la ejecución de su fallo, tal cual sucedió en la Roma clásica y con el derecho de la Edad Media.

No existe, desde el punto de vista histórico y de la teoría política y procesal, ninguna razón especial para considerar que la función jurisdiccional corresponde esencial y exclusivamente al Estado.

1.3 Clasificación de los sistemas de solución de controversias

En regímenes jurídicos de tradición civilista¹⁰⁰, los medios para solucionar conflictos de intereses jurídicamente trascendentes, como se deduce del concepto del maestro **NICETO ALCALÁ-ZAMORA**, se clasifican en tres grandes grupos a saber: (i) la autotutela, (ii) la autocomposición y (iii) la heterocomposición¹⁰¹.

Esta clasificación es utilizada por la gran mayoría de los tratadistas que estudian figuras como la mediación y la conciliación comercial, entre otras, ya que es de gran utilidad para ubicar a dichas figuras dentro del universo de los métodos de solución de controversias y a determinar sus notas características.

Esta clasificación fue propuesta por el maestro **NICETO ALCALÁ-ZAMORA**¹⁰² partiendo de varios conceptos formulados por **FRANCESCO CARNELUTTI** y posteriormente retomados y analizados **HUMBERTO BRICEÑO SIERRA**.

1.3.1 Autotutela

La autotutela, o autodefensa como en un principio la definió el maestro **ALCALÁ-ZAMORA**, consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio o en contra del interés ajeno.¹⁰³

Las notas características de la autotutela son dos: (i) la ausencia de un tercero ajeno a las partes en disputa; y (ii) la imposición de la decisión de una de ellas a la otra.¹⁰⁴

Derivado de los párrafos anteriores, se advierte que, en la perspectiva de la evolución histórica de los mecanismos de solución de controversias, la autotutela fue el medio más frecuentemente utilizado en la antigüedad.

¹⁰⁰ Vid. **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; p. 6.

¹⁰¹ Vid. **OVALLE FAVELA, JOSÉ**, *Teoría General del Proceso*, Edit. Harla, México, 1991; p. 10.

¹⁰² **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO**, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Op. cit. supra, nota 18.

¹⁰³ Vid. **OVALLE FAVELA, JOSÉ**, *Teoría General del Proceso*, op. cit. supra, nota 101; p. 11.

¹⁰⁴ Vid. **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO**, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit. supra, nota 18; p. 50.

Asimismo, a la autotutela se le ha caracterizado como un medio de solución egoísta¹⁰⁵, primitiva, agresiva y hasta peligrosa para zanjar las dificultades entre los hombres.¹⁰⁶

De ahí que la autotutela haya sido paulatinamente proscrita en las reglamentaciones jurídicas. En México, la prohibición genérica de la autodefensa o venganza privada se ha elevado a rango constitucional según lo dispone el artículo 17 de nuestra Constitución Política:

“ARTÍCULO 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.¹⁰⁷

...”

Este precepto prohíbe en forma genérica, por un lado, la autotutela pero en contrapartida reconoce el derecho que todas las personas tienen a que se les administre justicia, es decir, el derecho a acudir ante los tribunales para solucionar sus conflictos jurídicamente trascendentes.

Sin embargo, existen determinadas situaciones en las que la tutela de un derecho exige su defensa o ejercicio inmediato por su titular sin que pueda esperar la intervención de los tribunales o de cualquier otro método permitido de solución de conflictos, ya que éstos serían tardíos e ineficaces.¹⁰⁸

Derivado de lo anterior, el Estado no puede llegar a una prohibición total o absoluta de la autotutela y reconoce, con carácter de excepcional, varias hipótesis como las siguientes: (i) la legítima defensa penal (artículo 15 fracción IV del Código Penal Federal); (ii) la retención de equipaje (artículo 2,669 del Código Civil Federal); (iii) el corte de ramas y raíces provenientes del predio contiguo (artículo 848 del Código Civil Federal); (iv) la destrucción o captura de animales domésticos ajenos (artículo 873 del Código Civil Federal); (v) el derecho sancionador de los padres (artículo 423 del Código Civil Federal); y (vi) el derecho de huelga (artículo 440 y siguientes de la Ley Federal del Trabajo); entre otros.¹⁰⁹

¹⁰⁵ *Idem*; p. 47.

¹⁰⁶ “Se trata de una manifestación reiterada a lo largo de los siglos de que las pugnas de intereses se resuelven con la victoria del más fuerte, del más poderoso, del más violento, hábil o inteligente; pero adviértase que no hemos empleado ningún concepto valorativo o jurídico de que el vencedor sea el que tenga la razón o la justicia.” FLORES GARCÍA, FERNANDO, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, voz: AUTODEFENSA, Tomo I, Edit. Porrúa junto con la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002; p. 435.

¹⁰⁷ “Espléndida norma que muestra el avance humanista del derecho sobre las caducas tradiciones y la funesta autodefensa, otorgando a los justiciables, el derecho subjetivo público a una administración pronta y gratuita.”, *Idem*; p. 436.

¹⁰⁸ *Vid.* OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Teoría General del Proceso*, *op. cit. supra*, nota 101; p. 12.

¹⁰⁹ *Vid.* GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Teoría General del Proceso*, *Op. cit. supra*, nota 7; pp. 9 a 17.

1.3.2 Autocomposición

La autocomposición es la solución que al conflicto de intereses proporciona (que no impone¹¹⁰) uno o los dos contendientes, es decir, es el arreglo a un pleito proveniente de las mismas partes que tienen disposición de su derecho material.¹¹¹

Desde nuestro particular punto de vista, la nota característica de la autocomposición radica precisamente en que la solución de la controversia proviene de una o ambas partes en disputa o, como lo señala CARNELUTTI, “es la composición del litigio que efectú[an] las partes”¹¹².

La autocomposición ha sido calificada por algunos procesalistas como una actitud parcial (de “parte interesada”) y altruista o benévola ya sea del atacante, del atacado o de ambas partes.

De lo anterior, podemos desprender dos distintas clasificaciones de la autocomposición: la primera es aquella que distingue entre formas autocompositivas *unilaterales* o *bilaterales*, según si la solución proviene de una o de ambas partes; y la segunda es aquella que diferencia a la autocomposición que ocurre dentro (durante) un proceso de aquella que ocurre fuera de él.

Como formas autocompositivas unilaterales de solución de conflictos podemos encontrar a: la renuncia (fuera de un proceso) o desistimiento u otorgamiento del perdón del ofendido (dentro del un proceso), y al reconocimiento (fuera de un proceso) o al allanamiento (dentro de un proceso).

Por su parte, encontramos formas bilaterales de autocomposición como la *transacción*¹¹³ (fuera de proceso) o convenio judicial (dentro de proceso).

Por otro lado, es claro que la renuncia a la pretensión propia o la sumisión a la de la contraparte, puede ser también el resultado de una negociación equilibrada entre las partes que satisfaga, así sea parcialmente, los intereses de las dos partes en conflicto.¹¹⁴

Por último, cuando se habla de mecanismos de solución de controversias de carácter autocompositivo, debe hacerse la distinción de los casos en que se requiere la intervención de un tercero, de aquéllos casos en que la solución del conflicto queda exclusivamente en manos de las partes.

En relación con el primer supuesto antes mencionado, se considera que, no obstante la intervención de un tercero ajeno a las partes, sigue siendo un mecanismo autocompositivo en tanto que la gestión del tercero se realiza con el fin de que las partes por sí mismas pongan arreglo a sus diferencias. En este sentido, es oportuno decir que la intervención del tercero en ningún caso resuelve el conflicto, sino que propicia las condiciones necesarias para

¹¹⁰ “A diferencia de la autodefensa, la autocomposición no consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sino, por el contrario, en la renuncia a la propia pretensión o en la sumisión de la contraparte.” OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Teoría General del Proceso*, op. cit. supra, nota 101; p. 15.

¹¹¹ “Es la solución a la controversia propuesta (no impuesta violentamente) por uno o por ambos elementos subjetivos parciales (partes) sacrificando su interés propio: arreglo que es aceptado por la otra parte (algunos autores por eso conciben la autocomposición como un acuerdo de las partes interesadas para resolver privadamente un pleito, prescindiendo o excluyendo el caso del conocimiento y resolución judicial).” FLORES GARCÍA, FERNANDO, op. cit. supra, nota 106; p. 433.

¹¹² CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, (traducido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo), Edit. UTHEA, Buenos Aires, Argentina, 1944; p. 36.

¹¹³ La transacción es una figura autocompositiva de gran relevancia para los propósitos del presente trabajo, por lo que se analizará a detalle más adelante.

¹¹⁴ OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Teoría General del Proceso*, op. cit. supra, nota 101; p. 15.

que las partes lleguen a una solución. El tercero funge como director o consejero de las partes y bajo ningún supuesto impone una decisión, es decir, el tercero procura la solución del conflicto pero no dicta una resolución final, de tal suerte que su opinión, si la hay, no es vinculante para las partes y en ningún momento las partes se encuentran obligadas a acatarla.¹¹⁵

En atención a lo anterior, hay algunos autores que clasifican la autocomposición en directa e indirecta: siendo directa aquella en la que las partes contendientes logran la solución de la controversia a través de una acción que por sí mismos toman sin la intervención o auxilio de algún elemento externo y, por otro lado, la indirecta es aquella en la que las mismas partes logran la solución de su controversia asistidos o dirigidos por un tercero ajeno que las pone en contacto o, en su caso, les hace una propuesta de solución a la misma.

1.3.3 Heterocomposición

La heterocomposición es, a grandes rasgos, el sometimiento de las partes a la decisión de un tercero ajeno a ellas que pone fin a la controversia.¹¹⁶

Es decir, se trata de un mecanismo de solución de controversias mediante el cual la solución del conflicto es propuesta por un tercero imparcial y ajeno quien emite una decisión vinculante para las partes, ya sea debido a que las mismas se han sometido a ésta previamente o porque por disposición de la ley existe una obligación para acatarla.¹¹⁷

A diferencia de lo señalado para la autocomposición, la heterocomposición es calificada por varios procesalistas de *imparcial*, por que no van a ser las mismas partes sino un tercero ajeno al litigio el que lo resuelva.

De lo anterior se desprenden tres notas características de la heterocomposición a saber: (i) por un lado la intervención de un *tercero* ajeno a las partes, (ii) que es ese mismo tercero el que decide o resuelve la controversia; y (iii) que su decisión es obligatoria para las partes porque así lo señala la ley o así lo convinieron.

Las formas más características de heterocomposición son el arbitraje y el proceso jurisdiccional. Como se puede apreciar, en el arbitraje es el árbitro, tercero ajeno a las partes, el que decide la controversia y, por su parte, en el proceso jurisdiccional es el juez (o su equivalente en tratándose de cuerpos colegiados) el que resuelve el litigio.

1.3.4 Ubicación de la conciliación comercial dentro de la clasificación de los sistemas de solución de controversias

Sin analizar aún la figura de la conciliación comercial, es importante en este momento ubicarla dentro de la clasificación de los sistemas de solución de controversias antes descrita, lo que nos dará más y mejores herramientas para conocer y contextualizar dicha figura.

¹¹⁵ Vid. PEON BARRIGA, LUIS ERNESTO, *La cooperación juez-árbitro en el arbitraje comercial privado en México*, Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004; p. 5.

¹¹⁶ Vid. AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; p. 8.

¹¹⁷ Vid. PEÓN BARRIGA, LUIS ERNESTO, *La cooperación juez-árbitro en el arbitraje comercial privado en México*, op. cit. supra, nota 115; p. 5.

En nuestra opinión, la conciliación comercial se encuentra dentro de los sistemas autocompositivos de solución de controversias.

En este sentido, compartimos la opinión **CECILIA AZAR MANSUR** quién al hablar de la autocomposición señala lo siguiente:

“La mediación y la conciliación, sin hacer en este momento distinción entre ellas, son entonces caminos bilaterales que idealmente desembocan en alguna de estas figuras [autocompositivas]. Esto es, un proceso de mediación o conciliación no sólo tiene como resultado la redacción de un acuerdo transaccional sino puede también generar un desistimiento (dentro del proceso), una renuncia (fuera del proceso) o bien un allanamiento (dentro del proceso) o un reconocimiento (fuera del proceso). La intervención del mediador o del conciliador no modifica la naturaleza autocompositiva de estas figuras ya que los terceros no tienen la facultad de imponer una decisión; su función se limita a ayudar a las partes en su esfuerzo...”

“La mediación y la conciliación suponen, sí (sic), la intervención de un tercero, pero que únicamente facilita el diálogo, la comunicación y el entendimiento entre las partes. Existen diversas tendencias que expondremos más adelante en torno al papel activo o pasivo del mediador o conciliador, sin embargo, lo cierto es que en ninguno de estos casos se impone una solución; a pesar de la presencia del tercero neutral, las partes siguen conservando el control en la resolución del asunto. Por ello, desde mi punto de vista, la mediación y la conciliación son mecanismos autocompositivos.”¹¹⁸

Cabe mencionar que existen opiniones distintas respecto de la ubicación de la conciliación dentro de la clasificación de los mecanismos de solución de controversias. Existen autores que las clasifican dentro de los mecanismos heterocompositivos de solución de la conflictiva social o, incluso, como un mecanismo intermedio entre los autocompositivos y heterocompositivos.

JOSÉ OVALLE FAVELA, reconocido procesalista mexicano, en su obra *Teoría General del Proceso*, ubica tanto a la mediación como a la conciliación dentro de los métodos heterocompositivos de solución de controversias, en atención, tal vez, a la intervención de un tercero en la solución del conflicto. No obstante, al analizar específicamente a la conciliación señala lo siguiente:

“Pero la función del conciliador se limita a *proponer* posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo caso, a la voluntad de las partes. Estas pueden aceptar o rechazar las propuestas del conciliador. Por ello, en la conciliación al igual que en la mediación, la solución del litigio depende, finalmente, de la voluntad de las partes. Esta es la razón por la que se considera que la mediación y la conciliación tienen en realidad, una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición.”¹¹⁹

Parecida es la postura el maestro **CIPRIANO GÓMEZ LARA** al sostener, por su parte, lo siguiente:

¹¹⁸ Vid. **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. 8 y 9.

¹¹⁹ **OVALLE FAVELA, JOSÉ**, *Teoría General del Proceso*, op. cit. supra, nota 101; p. 23.

“...hemos colocado a la amigable composición en una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición; ello obedece a que surge de un pacto por cuyo medio las partes admiten acudir a la opinión de un tercero, pero esta opinión, la del amigable componedor, no es aún vinculatoria ni obligada para los contendientes y, por ello, el amigable componedor sólo podrá procurar avenirlos, es decir, hacerlos que lleguen a un pacto de transacción, a un desistimiento o a un allanamiento. Lo que le da fuerza a la opinión de este tercero, es la propia voluntad de las partes para atacarla o no.”¹²⁰

No obstante lo anterior, por la definición y características de la autocomposición y de heterocomposición mencionadas en los apartados anteriores, consideramos a la conciliación comercial como un mecanismo autocompositivo de solución de controversias en el que las partes y solamente las partes son las que, independientemente de la intervención de un tercero, ponen fin a la controversia.

1.4 La jurisdicción ordinaria y los equivalentes jurisdiccionales

Como se desprende de apartados anteriores, las controversias pueden solucionarse por las partes en conflicto o bien por un tercero. Sin embargo, a partir del surgimiento del Estado moderno y fundamentalmente del constitucionalismo, el Estado prácticamente vino a ejercer un monopolio sobre la impartición de justicia, relegando a segundo plano los mecanismos autocompositivos o heterocompositivos privados como el arbitraje.¹²¹

En este sentido podemos decir que una controversia, y en específico una controversia mercantil, se puede solucionar de dos formas: a través de procedimientos jurisdiccionales o a través de procedimientos no jurisdiccionales.¹²²

1.4.1 La jurisdicción ordinaria

La palabra jurisdicción proviene del latín *iurisdictio*, que se forma de la locución *ius dicere*, la cual literalmente significa “decir o indicar el derecho”.¹²³ Este significado etimológico no nos permite, en principio, determinar el carácter específico de la jurisdicción. Aparte, como lo mencionamos en apartados anteriores, el término jurisdicción ha tenido distintas connotaciones, sobre todo antes y después del surgimiento del Estado moderno.

En el lenguaje jurídico actual la palabra jurisdicción también puede ser empleada con muy diversos significados de entre los cuales podemos destacar los siguientes: (i) como ámbito territorial; (ii) como sinónimo de competencia; (iii) como conjunto de órganos jurisdiccionales pertenecientes a un mismo sistema o con competencia en la misma materia; y (iv) como función pública de hacer justicia.

El maestro **OVALLE FAVELA**, siguiendo a varios destacados procesalistas, señala que el último de los significados antes mencionados (el de jurisdicción como función pública de hacer justicia) es el sentido técnico y

¹²⁰ GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Teoría General del Proceso*, op. cit. supra, nota 7; p. 23.

¹²¹ CRUZ MIRAMONTES, RODOLFO y OSCAR CRUZ BARNEY, *El Arbitraje – Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, Edit. Porrúa junto con la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004; p. 9.

¹²² *Arbitraje y solución alternativa de controversias – Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*, documento elaborado por el Centro de Comercio Internacional y el Centro de Arbitraje de México, Edit. Themis, México, 2003; p. 37.

¹²³ OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Teoría General del Proceso*, op. cit. supra, nota 101; p. 103.

preciso del vocablo jurisdicción, "...en la actualidad debemos de partir de la existencia del Estado para explicar la causa de la jurisdicción."¹²⁴

El maestro **ALCALÁ-ZAMORA** señala:

"Prohibida, como regla, por aquél [refiriéndose al Estado] la *autodefensa*, por gravísimos peligros que para la paz y el orden público implica, y no cabiendo imponer de manera coactiva a los contendientes el uso de la *autocomposición*, so pena de desnaturalizarla y rebasar los límites que le son propios, el Estado asume, en consecuencia, la misión de impartir justicia mediante un tercero imparcial, o sea el juzgador."¹²⁵

En el presente trabajo, por jurisdicción —jurisdicción ordinaria¹²⁶— nos referimos, en el contexto de jurisdicción como función pública del Estado, a los procedimientos mediante los cuales se resuelve —o se intenta resolver— una controversia ante una dependencia del aparato estatal.

1.4.2 Los equivalentes jurisdiccionales

La expresión "equivalentes jurisdiccionales"¹²⁷, uno de los muchos hallazgos que contiene la obra de **FRANCESCO CARNELLUTI**, contempla varias figuras relacionadas con la solución de conflictos tales como el proceso extranjero, el proceso eclesiástico, el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, la autocomposición del litigio por transacción, allanamiento de demanda, desistimiento y conciliación, entre otros.

Algunos autores como **ALCALÁ-ZAMORA** difieren de esta amplia clasificación señalando, por ejemplo, que los dos primeros (el proceso extranjero y el proceso eclesiástico) no son equivalentes jurisdiccionales sino jurisdicciones de otro nivel o estado y que los procesos autocompositivos, más que ser llamados equivalentes de la jurisdicción, deben ser considerados como "excluyentes" de la misma.¹²⁸

Los autores que tratan de este tema coinciden en que la característica esencial de lo que podemos denominar "equivalentes jurisdiccionales" es justamente que no hay ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado.¹²⁹

Conforme a dicha característica, podríamos entonces incluir a los denominados "Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias" dentro de los equivalentes jurisdiccionales ya que, como se analizará más a detalle en el siguiente capítulo, el término *alternativos* se refiere, desde nuestro punto de vista, precisamente a procedimientos que prescinden de la actividad jurisdiccional del Estado.¹³⁰

¹²⁴ *Idem*; p. 105.

¹²⁵ **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO**, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", Citado por **JOSÉ OVALLE FAVELA**; *Ibidem*.

¹²⁶ Aquí no utilizamos el término "justicia ordinaria" para diferenciarla de los juicios especiales o ejecutivos, sino para englobar toda la gama de procedimientos de solución de controversias estatal.

¹²⁷ El maestro **PALLARES**, en su *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, define a los equivalentes jurisdiccionales como "...ciertas formas procesales que realizan la misma función que el proceso jurisdiccional o ejecutivo." **PALLARES, EDUARDO**, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 22^a ed., Edit. Porrúa, México, 1996; p. 341.

¹²⁸ *Vid.* **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO**, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, *op. cit. supra*, nota 18; pp. 73 y ss.

¹²⁹ "Nota común a todas las figuras enunciadas [equivalentes jurisdiccionales] es la de que en ellas la decisión del conflicto se obtiene sin la participación del juez nacional público, o bien con su presencia, pero sin que intervenga como funcionario jurisdicente..." *Idem*; pp. 73 y 74.

¹³⁰ Como se verá más adelante, hay algunos autores que difieren de esta postura y señalan que el término *alternativos* se refiera a procedimientos distintos a los métodos heterocompositivos de solución de controversias (como la jurisdicción estatal o el arbitraje).

CAPÍTULO II.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

GENERALIDADES

Como se desprende del capítulo anterior, dentro del esquema general de los sistemas de solución de controversias encontramos a los llamados *mecanismos alternativos de solución de controversias*.

Mucho se ha escrito respecto de las funciones fundamentales del Estado moderno, destacando dentro de ellas a la impartición de justicia, en la búsqueda del galimatías que constituye el *bien común*. Desafortunadamente, es un hecho irrefutable que dicha función se ha visto desvirtuada por muchas causas.

Por otro lado, hoy en día las relaciones comerciales (dentro del denominado *proceso de globalización*) han proliferado en una proporción inimaginable. A la par del crecimiento de las relaciones comerciales y del tráfico jurídico (tanto nacional como internacional), se ha incrementado el nivel y complejidad de las controversias entre quienes convergen en dichas relaciones jurídico-comerciales.

La sociedad actual, enmarcada en el interés por la administración de justicia como una pieza clave del proceso democrático que vive el país, requiere de instrumentos eficaces para hacer frente al incremento de la conflictiva social. En gran medida, los mecanismos alternativos de solución de controversias se perfilan como herramientas óptimas y efectivas para cumplir dicha función.

México no escapa a la influencia que se observa en diversos países en relación con los mecanismos alternativos de solución de controversias. Dicha influencia se ha hecho más patente en los últimos años a raíz de la creación y participación de instituciones específicas para la solución de las disputas por la vía no jurisdiccional tanto en el ámbito privado como en el seno de los tribunales locales.

Dentro de dichos mecanismos alternativos de solución de controversias encontramos a lo que constituye el objeto de estudio del presente trabajo: la conciliación comercial.

Derivado de lo anterior, es fundamental para los propósitos del presente trabajo abordar varios temas como lo son: el concepto, origen y por qué del surgimiento de estos mecanismos alternativos, cuáles son las ventajas que aportan, sus desventajas, así como el análisis de algunos de los distintos mecanismos alternativos que han surgido.

2.1 Terminología y concepto

2.1.1 Terminología

Como lo señala **FERNANDO ESTAVILLO**¹³¹, a estos medios se les ha denominado en México como “Medios [o Mecanismos] Alternativos de Solución de Controversias” y en otros países de habla hispana, como es el caso de Argentina, se les denomina “Resolución Alternativa de Conflictos”, que son, como se señaló anteriormente, los medios conocidos en el derecho anglosajón como “*Alternative Dispute Resolution*”.¹³² El término actual se originó

¹³¹ ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO, “Medios Alternativos de Solución de Controversias”, en *JURÍDICA* – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 26, México, 1996; p. 374.

en los Estados Unidos de América y su popularidad en ese país, así como su creciente aceptación en otros países se consideran, entre otros, como un reflejo del alto grado de frustración que resulta del costo y demoras propios de los medios tradicionales de solución de controversias.¹³³

Mucho se ha comentado respecto de la terminología que debe utilizarse al hablar de estas figuras¹³⁴, sin embargo, consideramos que el análisis puntual de este tema rebasa los objetivos del presente trabajo, por lo que nos limitaremos a utilizar la terminología generalmente aceptada, excepción hecha de los comentarios que dedicaremos respecto de los elementos del concepto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

Mencionado lo anterior, valga simplemente mencionar que en lo sucesivo se utilizará indistintamente la siguiente terminología al hablar de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias: (i) “MASC”; (ii) “Mecanismos Alternativos”; ó (iii) “Medios Alternativos”.

2.1.2 Concepto

No existe una definición universalmente aceptada de los MASC, razón por la cual examinaremos algunos de los conceptos propuestos por varios autores y, posteriormente, intentaremos aportar una definición propia señalando los que consideramos los principales elementos de la misma.

El término utilizado en la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (aportado por el licenciado **FERNANDO ESTAVILLO**) es el siguiente:

“...`la resolución alternativa de controversias’ (Alternative Dispute Resolution o ADR), `...puede ser definida como una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatarios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución’. En contraste con el litigio y con el arbitraje que constituyen medios heterocompositivos, adversariales, adjudicatorios y obligatorios de solución de las controversias, los MASC constituyen medios autocompositivos, no adversariales, no adjudicatorios y voluntarios de solución de las controversias, que para su plena eficacia presuponen la buena fe de las partes que los emplean, así como su voluntad para llevar a la práctica la solución propuesta o encontrada en virtud del MASC.”¹³⁵

¹³² “Las expresiones MASC (mecanismos alternativos de solución de controversias), SAC (Solución Alternativa de Controversias), RAC (Resolución Alternativa de Controversias) o Justicia Alternativa son traducciones o adaptaciones del término utilizado sobre todo en los Estados Unidos de América “ADR” o *Alternative Dispute Resolution*”. **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, *Op. cit. supra*, nota 13; p. 10.

¹³³ *Vid. ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO*, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, *Op. cit. supra*, nota 131; p. 374.

¹³⁴ En relación con este tema ver: **LABASTIDA MARTÍNEZ, JORGE ALBERTO**, *El mini-trial y otras alternativas del arbitraje para la solución privada de controversias de índole comercial*, tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1991; p. 9 y ss. Respecto de este tema, después de analizar gramaticalmente cada una de las palabras y contemplando los elementos característicos de los Mecanismos Alternativos, **JORGE ALBERTO LABASTIDA** concluye señalando que el término que debería utilizarse es el de “Alternativas para la Solución de Controversias”.

¹³⁵ **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO**, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, voz: *MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*, Tomo V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa junto con la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002; p. 67.

Aunque no estamos completamente de acuerdo con la definición antes transcrita, por las consideraciones que se expondrán más adelante, resulta importante resaltar varias de las características de los Mecanismos Alternativos aportadas en la definición utilizada por el maestro **ESTAVILLO CASTRO**.

La definición que encontramos en el Derecho Estadounidense es la siguiente:

“El término se refiere a procedimientos para la solución de disputas por medios distintos al litigio; e.g. arbitraje, mediación, mini-juicios [*mini-trials*]. Dichos procedimientos, mismos que usualmente son menos costosos y más expeditos, están siendo cada vez más utilizados en controversias comerciales y laborales, en demandas de divorcio, en la solución de acciones de responsabilidad civil derivada de vehículos automotores y mala práctica médica, y en otras disputas que de otra forma involucrarían un litigio ante una corte.”¹³⁶

Por su parte, **JOHN FISHER** define a los Mecanismos Alternativos como:

“...aquéllos procesos ajenos al sistema judicial, en el que un tercero neutral ayuda a las partes en conflicto a llegar a una solución.”¹³⁷

Aunque la anterior definición se perfila más a lo que nosotros entendemos por Mecanismos Alternativos, no estamos de acuerdo, como se verá más adelante, en que necesariamente tenga que intervenir un tercero para ayudar a las partes a solucionar sus diferencias y, además, hay varios elementos que se dejan de lado.

De una manera más amplia, el Comité Permanente de Solución de Controversias de la Barra Americana de Abogados (*Standing Committee on Dispute Resolution of the American Bar Association*) señala que el concepto de los Mecanismos Alternativos “...se refiere a una amplia gama de mecanismos y procesos diseñados para auxiliar a las partes en la solución de sus desacuerdos”.¹³⁸

Por último, se transcribe a continuación la perspectiva de **JEAN CLAUDE NAJAR** en relación con la definición de los Medios Alternativos:

“...sería más correcto hablar de métodos alternativos de resolución de litigios... Estos métodos no son, de hecho, sino técnicas de resolución litigiosa que se sitúan fuera del sistema de tribunales. Son soluciones distintas a las que los procedimientos judiciales tradicionales ofrecen. La expresión ‘*Alternative Dispute Resolution*’, al menos en su concepción norteamericana, es vasta y engloba principalmente los métodos extra-judiciales de resolución de litigios, tales como el arbitraje, la mediación, la conciliación y el ‘*mini-trial*’... que pueden llegar a término sin éxito... Se trata entonces... de [simplificar] el litigio, de ser posible sutilmente, mediante una solución negociada y adoptada por ambas partes, antes que una decisión les sea impuesta. Sin embargo, no aseguramos que esto

¹³⁶ **CAMBELL BLACK, HENRY**, *Black’s Law Dictionary*, voz: *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*, 6ª ed. abreviada, Edit. West Publishing Co., EE.UU., 1991; p. 51.

¹³⁷ **FISHER, JOHN**, “Local Governments and Alternative Dispute Resolution: New Solutions to the Environmental Problems”, *Public Management*, v. 75, EE.UU., 1993; p. 16.

¹³⁸ **STANDING COMMITTEE ON DISPUTE RESOLUTION**, *Alternative Dispute Resolution, an ADR Primer*, 3ª ed., American Bar Association, EE.UU., 1989; p. 1.

sea siempre posible; ciertos métodos ARL, como el arbitraje, se resuelven necesariamente por un acto jurisdiccional.”¹³⁹

De las anteriores y otras definiciones encontradas en nuestro análisis, así como de las demás consideraciones contenidas en el presente capítulo, proponemos la siguiente definición de los MASC:

“Procedimientos, medios o mecanismos, voluntarios u obligatorios y distintos o ajenos a los utilizados por el sistema judicial tradicional, destinados a resolver eficazmente una controversia entre dos o más partes, con o sin la intervención de un tercero neutral.”

La gran variedad Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias que existe hoy en día (y sobre todo por la diversidad de características que distinguen a unos de otros) nos orilló a proponer una definición con tal grado de generalidad. Es por ello necesario apuntar varios elementos que deben tenerse en cuenta junto con la definición sugerida para tener una noción más aproximada tanto del concepto de los MASC, así como de la terminología habitualmente utilizada.

- a) Por *procedimiento, medio, sistema o mecanismo*, nos referimos precisamente a eso, a una serie concatenada de pasos, no necesariamente sistematizados ni organizados en un orden específico, tendientes a la solución de un conflicto. Con esto, descartamos o contraponemos el concepto de los MASC con su resultado, v.gr. por conciliación entendemos al “procedimiento de conciliación” y no a la conciliación como el “resultado” de un procedimiento para la solución de un conflicto.
- b) *Voluntarios u obligatorios*. La mayor parte de la doctrina acerca de los MASC, destaca a la voluntad como uno sus elementos principales. No obstante, un acercamiento más preciso al tema nos advierte que en varios países que han incorporado Mecanismos Alternativos a sus sistemas legales, en ocasiones los han declarado como *obligatorios*, previo al acceso a la composición adversarial del conflicto a través del litigio o el arbitraje (como es el caso de la mediación en Argentina).
- c) *Ajenos al sistema judicial tradicional*. Se trata de mecanismos o procedimientos distintos a los habitualmente contemplados por la normatividad adjetiva de un determinado sistema jurídico.¹⁴⁰
- d) *Destinados a resolver o solucionar eficazmente una controversia entre partes*. La existencia de una *controversia*¹⁴¹ es presupuesto necesario e imprescindible para la existencia de un MASC, sin conflicto no existe la necesidad de un mecanismo para resolverlo.¹⁴² Por otro lado, por *resolver o solucionar* debe entenderse “...el acto o circunstancia que provoca que las partes de una controversia dejen de

¹³⁹ NAJAR, JEAN CLAUDE, *Le mini-trial: à chimère ou panacée?*, en D.P.C.I. 1988, Tomo 14, número 3; pp. 451 – 484; citado textualmente por LABASTIDA MARTÍNEZ, JORGE ALBERTO, *El mini-trial y otras alternativas del arbitraje para la solución privada de controversias de índole comercial*, Op. cit. *supra*, nota 134; pp. 15 y 16.

¹⁴⁰ Como se verá en apartados posteriores, existen muchos esfuerzos llevados a cabo por los sistemas judiciales de varios países, México entre ellos, por crear centros anexos a las Cortes Públicas a través de los cuales se presten Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, administrados y supervisados por funcionarios del mismo sistema judicial. No obstante, por las circunstancias que dieron origen al surgimiento del concepto actual de los Mecanismos Alternativos, es importante diferenciarlos del procedimiento judicial y de los mismos sistemas judiciales.

¹⁴¹ Los estudiosos de la Teoría General del Proceso hacen un análisis más detallado de lo que debe entenderse por el término controversia, asemejándolo o distinguiéndolo de otros términos como conflicto, disputa, litigio, etcétera. Para efectos del presente trabajo, por controversia entendemos, en términos generales, el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia de otro.

¹⁴² Aquí es importante señalar que muchos de los Mecanismos Alternativos fueron creados y están siendo utilizados para **prever conflictos** o como **pasos intermedios** antes de llegar a un litigio, buscando conciliar los intereses de las partes. Sin duda es imprescindible el término *controversia* para definir a los Mecanismos Alternativos, pero debe tenerse presente la aclaración apuntada.

actuar una contra la otra: la acción que provoca que todas las partes de una controversia dejen de intentar obtener unas de otras cosas distintas a las que están dispuestas a dar, hacer o dejar de hacer, en relación a un mismo objeto; el acto o circunstancia por virtud del cual se elimina la pretensión contraria a una resistencia contraria a una pretensión, se elimina toda dirección de la voluntad de las partes previamente en conflicto en relación al objeto del mismo, o bien se substituye esa dirección de la voluntad por pretensiones mutuamente compatibles.”¹⁴³

Por *eficaz* o *eficiente*, resaltamos la existencia de una bondad adicional que cada Mecanismo Alternativo conlleva –cuya naturaleza y apreciación dependerá de las circunstancias del caso en concreto, así como de los valores adoptados por las partes, ya sea desde un punto de vista práctico o puramente ético. En este sentido, debe reconocerse que los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias contienen, intrínsecamente, la intención de solucionar controversias de una mejor manera, intención que, de hecho, es fundamental para su existencia. Consideramos que la inclusión de un aspecto valorativo en el concepto de los Mecanismos Alternativos es importante puesto que indican el por qué y el para qué sirven.

- e) *Con o sin la intervención de un tercero neutral.* Como pudo apreciarse, al menos una de las definiciones transcritas anteriormente incorpora el elemento del “tercero neutral”, cuya actuación se debe dirigir en el sentido de ayudar a las partes en conflicto a llegar a una solución. Ello, desde nuestro punto de vista, no es exacto. El grueso de la doctrina existente acerca del tema reconoce a la *negociación* como uno de los medios o mecanismos alternativos tradicionales, entendida por ésta el proceso donde las partes se reúnen y buscan resolver por sí mismas y sin la necesidad de la participación de un tercero, el o los asuntos que suscitaron el conflicto. De lo anterior se desprende que no es indispensable la participación de un tercero neutral en un MASC, razón por la cual ello debe quedar precisado en la definición que formule.

Por último, en este apartado es importante dedicar algunas líneas a propósito de la palabra “alternativos” utilizado en la terminología de los MASC.

La primer pregunta que salta a la vista es ¿Los MASC son alternativos a qué o respecto de qué?

Derivado de las definiciones transcritas y demás analizadas, al parecer existen dos posturas distintas que intentan resolver la cuestión.

Una de ellas, contenida en la definición del maestro ESTAVILLO CASTRO, señala que los MASC son una “...gama de procedimientos **que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatarios de litigio y arbitraje para la solución de controversias**” [el énfasis es propio]. Es decir, el calificativo “alternativo” se utiliza para hacer referencia a los procedimientos distintos de los adjudicatarios, dejando al arbitraje, por tanto, fuera de la gama de Mecanismos Alternativos.

La segunda postura, que nos parece más acertada, califica de “alternativos” todo medio permitido por la ley (o por lo menos no prohibido) distinto al juicio ante Tribunales Judiciales, es decir, son alternativos al proceso jurisdiccional. Por lo tanto, esta expresión engloba tanto sistemas autocompositivos como heterocompositivos, siempre y cuando sean distintos al garantizado por el Poder Judicial.¹⁴⁴

¹⁴³ LABASTIDA MARTÍNEZ, JORGE ALBERTO, *El mini-trial y otras alternativas del arbitraje para la solución privada de controversias de índole comercial*, Op. cit. supra, nota 134; pp. 18 y 19.

¹⁴⁴ Vid. AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; p. 10.

Habiendo señalado lo que para nosotros significa el término “alternativos”, es también menester especificar si realmente se trata de mecanismos “alternativos” o si por el contrario se trata de mecanismos “sustitutivos” o “complementarios” al sistema judicial tradicional.¹⁴⁵

Respecto de lo anterior, el **FERNANDO ESTAVILLO** señala:

“Algunos de los medios alternativos de solución de controversias (‘MASC’) que a continuación se describen, pueden verdaderamente ser *alternativos* al grado de que eventualmente, en algunos casos, pueden llegar a sustituir, por hacerlos innecesarios, a ciertos medios ortodoxos o al menos ya conocidos y utilizados en la solución de controversias; otros, en cambio, podrían ser considerados como *complementarios* de los medios tradicionales de solución de controversias.”¹⁴⁶

Compartimos la apreciación de **ESTAVILLO CASTRO**, pero simplemente baste decir que para determinar cuándo estamos ante un mecanismo verdaderamente “alternativo”, “sustitutivo” o “complementario”, deberemos atender a las circunstancias específicas de la controversia y, por supuesto, del mecanismo elegido por las partes o dispuesto por la legislación aplicable.

2.2. Origen y evolución de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

Antes de analizar el origen y evolución de los Mecanismos Alternativos, es importante señalar que muchos de ellos, por lo menos los medios tradicionales y de los cuales derivan todos los demás, no son instrumentos novedosos o desconocidos para la historia del pensamiento jurídico, por el contrario, como pudo apreciarse en el primer capítulo del presente trabajo, todos ellos son inclusive anteriores a la aparición del litigio o del concepto moderno de jurisdicción.

Resurgen así distintas instituciones como la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, mismas que se han ido revalorizando y transformando para asumir una función más dinámica y vigorosa de orientación social.¹⁴⁷ Así, el uso de alternativas privadas viene a ser, más que una innovación, el resultado de una emancipación, una manifestación de un cambio de actitudes de los particulares frente al proceso judicial.

Lo curioso de este fenómeno se da en que de alguna manera pareciera una regresión a la justicia primitiva.¹⁴⁸

¹⁴⁵ “Cuando se habla de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, se les identifica como alternativas al poder judicial, por lo que surge la idea de que se trata de procedimientos que competirán con los sistemas tradicionales de administración de justicia. De ninguna manera se pretende sustituir ni competir con una de las funciones sustantivas del Estado: Impartir justicia; son métodos complementarios y preventivos, auxiliares de la administración de justicia, que si de les da su justa dimensión, son un sistema alternativo, eficaz en la resolución de conflictos.” **CASTELLANOS TIENDA, JESÚS ALEJANDRO**, *La institucionalización de los medios alternativos de solución de conflictos en el estado de Querétaro*, tesis que se presenta como parte de los requisitos para obtener el título de Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Querétaro, México, 2003; p. 12.

¹⁴⁶ **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO**, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, *Op. cit. supra*, nota 131; p. 376.

¹⁴⁷ Vid. **MORENO MENDOZA, JESÚS y J. ENRIQUE URQUIDI**, “Medios alternativos para la resolución de conflictos – Reflexiones”, en *PAUTA - Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.*, número 32, México, 2001; p. 51.

¹⁴⁸ Vid. **GOZÁINI, OSVALDO ALFREDO**, “Alternativas diferentes del proceso judicial para la solución de controversias”, en *ARS IURIS - Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, número 11, México, 1994; p. 40.

El desarrollo de los Mecanismos Alternativos es consecuencia tanto de una nueva visión sobre los objetivos y pormenores de la solución que puede darse a una controversia, como una respuesta dinámica por parte de quienes construyen dichas alternativas de acuerdo a las necesidades que intentan satisfacer y a las diversas circunstancias en que dichas alternativas pueden intervenir exitosamente para disminuir la ineficiencia, los costos o los daños que puede llegar a causar un litigio. Al no trascender la sustentación del derecho en el mandato provisto de jurisdiccionalidad, importa solamente solucionar el conflicto de la mejor manera posible.

El interés que han despertado los Mecanismos Alternativos en años recientes es un reflejo de la esperanza albergada por muchos de que puedan crearse nuevos métodos —o aplicarse viejos métodos a nuevos campos— que ayuden a resolver desacuerdos de una manera más adecuada que la lograda al recurrir al procedimiento judicial tradicional. De cierta forma, se busca lograr un resultado menos alejado de las partes, permitiendo que al tener éstas una intervención substancial en la construcción de una solución, se distribuyan las cargas, las culpas y los derechos en forma que la rigidez de las normas de derecho, en muchas ocasiones, impide.¹⁴⁹

Una historia razonable de los MASC debe fijarse en su auge reciente y comenzar ahí, describiendo no sólo el tipo de mecanismos que se han utilizado desde tiempos inmemorables, ni el orden cronológico de su aparición, sino la evolución reciente del grado de conciencia que la sociedad comienza a tener respecto de ellos, la frecuencia e intensidad con que se presentan los fenómenos relacionados con la utilización de los mismos y su incorporación a la práctica.

La gran mayoría de los estudios acerca de los Mecanismos Alternativos parten del análisis de la experiencia estadounidense, ya que es en ese país donde se concentran las circunstancias que dan origen al nuevo movimiento de los MASC y, asimismo, donde se dan los primeros procesos de sistematización de dichos mecanismos, mismos que muchos otros países han tomado como ejemplo para incorporarlos a sus sistemas jurídicos.¹⁵⁰ En virtud de lo anterior, sin pormenorizar las experiencias que se han dado en otras partes del mundo¹⁵¹, nos limitaremos a describir, a grandes rasgos, la experiencia norteamericana respecto de los orígenes y evolución de los Mecanismos Alternativos.¹⁵²

En esos orígenes podemos identificar dos tipos de causas convergentes: por un lado, aquellos sucesos que provocaron un ánimo social propicio para la concepción y aceptación de los Mecanismos Alternativos¹⁵³ y por el otro los factores de tipo práctico que los convertían en medios ventajosos para la solución de controversias.

Los años 60 del siglo pasado, fueron una época de fuertes conflictos sociales. Estos conflictos influyeron, quizá, en las conductas privadas de tal suerte que estas últimas mostraron una marcada tendencia hacia la reclamación de todo tipo de daños causados por terceros, enfrentándose las partes en un gran número de litigios.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Vid. LABASTIDA MARTÍNEZ, JORGE ALBERTO, *El mini-trial y otras alternativas del arbitraje para la solución privada de controversias de índole comercial*, Op. cit. supra, nota 134; pp. 133 y 134.

¹⁵⁰ Desde mi punto de vista, en Estados Unidos la evolución de los Mecanismos Alternativos la encontramos en dos ámbitos que difícilmente se han dado en otros países, al menos concomitantemente, estos son: el ámbito público (que abarca una experiencia importante en la esfera judicial y legislativa); y el ámbito privado.

¹⁵¹ Por supuesto resultaría interesante comentar la experiencia Europea o Latinoamericana respecto de la evolución de los Mecanismos Alternativos o, inclusive, la de los países asiáticos en los que al parecer existe una propensión importante hacia los mecanismos autocompositivos de solución de controversias, sin embargo, el hacerlo rebasaría los objetivos trazados en el presente estudio.

¹⁵² Al hablar de la mediación (como Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias), el Lic. ENRIQUE GONZÁLEZ CALVILLO, uno de los principales promotores de éste mecanismo en México, señala: “es precisamente en Estados Unidos en donde se ha desarrollado con más importancia la mediación a nivel mundial; la experiencia generada en materia de mediación, en dicho país sobrepasa a la de cualquier otro país, tanto en análisis cualitativo como cuantitativo.” GONZÁLEZ CALVILLO, ENRIQUE, “La Mediación en México”, en *JURÍDICA – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 29, México, 1999; p. 179.

¹⁵³ Ciertos movimientos sociales y el descontento generalizado con el sistema de administración de justicia norteamericano.

El movimiento social relativo a los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias tuvo como modelo el movimiento político-humanista-jurídico conocido como “Civil Rights Movement” que se presentó en los Estados Unidos en la década antes señalada. Dicho movimiento pugó por y logró conseguir la elaboración de reformas jurídicas en el campo de los derechos de las minorías, del sufragio y de la igualdad ante la ley. De este movimiento surgió el *Civil Rights Act* de 1964, bajo el cual se instituyó el *Community Relations Service* que proveyó a la sociedad servicios de mediación y conciliación para la solución de conflictos sociales y comunitarios.¹⁵⁵

También es importante destacar que a finales de los 60 y principios de los 70 diversas organizaciones privadas respondieron con programas propios al tipo de conflictos a los que el movimiento social antes apuntado convirtiera en el foco de atención. Ejemplo de ello es el Instituto para la Mediación y Solución de Conflictos creado por la Fundación Ford en la ciudad de Nueva York.

Con el movimiento social antes mencionado como telón de fondo, y derivado del hecho de que poco a poco se fue constatando que el sistema judicial no era la respuesta idónea para resolver todas esas controversias, los intelectuales de la época (incluyendo académicos, miembros del poder judicial y abogados postulantes) buscaron alternativas que proporcionaran resultados más satisfactorios.

Uno de los esfuerzos más conocidos en la búsqueda de dichas alternativas ocurrió en el año de 1976, cuando se convocó a la conferencia denominada “Dean Roscoe Pound” y misma que trató sobre las causas de insatisfacción popular sobre el sistema administración de justicia en Estados Unidos. Varios de los trabajos que surgieron como resultado de dicha conferencia, forman parte de las bases para el entendimiento de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias hoy en día.¹⁵⁶

Además, como resultado de dicha conferencia se crearon varios “centros de justicia” pilotos para resolver controversias menores aplicando los Mecanismos Alternativos. Estos centros probaron su eficacia en la solución de dichos conflictos reduciendo considerablemente el tiempo y costos de los procesos.¹⁵⁷

Ese mismo año, la Barra Americana de Abogados (*American Bar Association*), estableció un comité especial sobre conflictos menores denominado hoy en día “Comité Especial Sobre la Solución de Controversias” (*Special Committee of Dispute Resolution*), lo que originó que actualmente la mayoría de las barras y gremios de abogados en los Estados Unidos cuenten con un comité especial como el citado. Asimismo, es importante destacar el papel que desempeñaron las distintas universidades e instituciones educativas en pro de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, entre otros, reformando los planes de estudio para integrar asignaturas que cubrieran estos temas e infundiendo entre el alumnado una nueva cultura hacia la pensión de la utilización de estos mecanismos.¹⁵⁸

¹⁵⁴ “Una ventaja insospechada de nuestro sistema judicial es que su propia ineficiencia desalentó la proliferación de demandas judiciales, al contrario de lo que sucedió en los Estados Unidos, motivo por el cual no fue tan necesaria la aparición de las Alternativas.” LABASTIDA MARTÍNEZ, JORGE ALBERTO, *El mini-trial y otras alternativas del arbitraje para la solución privada de controversias de índole comercial*, Op. cit. supra, nota 134; p. 137.

¹⁵⁵ Vid. *Idem*, p. 138.

¹⁵⁶ Vid. JOSÉ AGUILAR, PAUL YAMIL, *La mediación en México como vía alternativa para la solución de controversias*, tesis profesional para obtener el título de Abogado, Escuela Libre de Derecho, México, 2002; p. 1.

¹⁵⁷ Actualmente existen más de 400 centros (ahora denominados “Centros de Solución de Controversias”) a lo largo y ancho del territorio norteamericano, la gran mayoría bajo el auspicio de las cortes y barras locales. Vid. KOVACH, KIMBERLY K., *Mediation. Principles and Practice*, Edit. West Group, Minnesota, EE.UU., 1994; pp. 20 – 22.

¹⁵⁸ NOLAN-HALEY, JACQUELINE M., *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, 3ª ed., Edit. West Group, Nueva York, EE.UU., 1992; pp. 5 – 7.

Como primer antecedente legislativo directo de los Mecanismos Alternativos, el Congreso de los Estados Unidos decretó la Ley para la Solución de Conflictos (*Dispute Resolution Act*) en 1979, teniendo como uno de sus objetivos principales el fomento y desarrollo de nuevos métodos para resolver controversias de tipo civil y penal sin recurrir ante los tribunales judiciales.¹⁵⁹

Posteriormente, en 1983 fue reformado el Código Federal de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos para señalar que las partes de un procedimiento judicial "...pueden considerar y ejercer acciones tendientes a... la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso o de utilizar procedimientos extrajudiciales para resolver la controversia. Con motivo de dicha reforma, en ese mismo año el Instituto Nacional para la Solución de Controversias (*National Institute for Dispute Resolution*), organizó un evento denominado 'Ad-Hoc Panel on Dispute Resolution and Public Policy', mismo que fue patrocinado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos."¹⁶⁰

Gradualmente, varios Estados de la Unión Americana fueron adoptando medidas al interior para reconocer y fomentar el uso de los Mecanismos Alternativos. Ejemplo de ello fue el decreto emitido por la legislatura del Estado de Texas en 1987, a través del cual promulgó la Ley de Procedimientos para la Solución de Controversias (*Dispute Resolution Procedures Act*). Entre otras cosas, este ordenamiento estableció como política a seguir por el Estado de Texas el fomentar la solución pacífica de controversias mediante procedimientos privados voluntarios de negociación e hizo responsable de los tribunales y sus administradores el ejecutar dicha política.¹⁶¹

Respecto de la utilización de los Mecanismos Alternativos en las Cortes Federales de los Estados Unidos, resulta interesante la siguiente reseña hecha por un reconocido miembro de la judicatura de dicho país, el juez **JUAN R. TORRUELLA**:

"Algunos tribunales federales empezaron a experimentar con métodos alternos a fin de los años '60. En las cortes de distrito, que son los tribunales de primera instancia federales, los primeros programas de mediación y arbitraje datan de los años '70, con innovaciones como las de los juicios sumarios por jurado, y la técnica de evaluación temprana por un neutral, los cuales entraron a la pantalla para los años '80. Un empuje decidido vino por parte del Congreso en 1988 cuando autorizó a 10 cortes de distrito a implantar programas de arbitraje mandatario y a otras 10 a establecer programas de arbitraje voluntario. 28 U.S.C. §§ 651-658.

Posteriormente, en 1990, la Ley de Reforma de la Justicia Civil requirió de todas las cortes de distrito el desarrollo, con la ayuda de grupos de trabajo compuestos de abogados locales, académicos, y ciudadanos particulares, de estrategias para reducir el costo y la dilación en los litigios civiles, recomendando la consideración de métodos alternos al litigio como una de seis estrategias a considerarse. 28 U.S.C. §§ 471-482. Por último, en 1998 el Congreso promulgó la Ley Federal De Medios Alternos para la Solución de Controversias, requiriendo el establecimiento de dichos procedimientos en los tribunales federales de primera instancia. Así pues, hoy por hoy, todas las 94 cortes federales de distrito tienen programas de métodos alternos, aunque existe bastante variación entre éstas con relación al tipo de servicios disponibles. Debo hacer hincapié de que me refiero por el momento únicamente a programas administrados por las cortes, a distinción de métodos alternos creados extrajudicialmente pero en los cuales se recurre a los tribunales federales

¹⁵⁹ Vid. **KANOWITZ, LEO**, *Alternative Dispute Resolution*, Edit. West Publishing Co., Minnesota, EE.UU., 1985; p. 4.

¹⁶⁰ Vid. **FINE, ERIKA S.**, et al., *CPR Legal Program Mini-Trial Workbook*, Edit. Center for Public Resources Legal Program, Nueva York, EE.UU., 1985; p. 2.

¹⁶¹ Vid. **LABASTIDA MARTÍNEZ, JORGE ALBERTO**, *El mini-trial y otras alternativas del arbitraje para la solución privada de controversias de índole comercial*, Op. cit. supra, nota 134; p. 135.

para obligar a una parte a que se sometan a su uso, o para forzar a que se cumpla con su resultado o conclusión.”¹⁶²

Asimismo, resultan interesantes las siguientes conclusiones presentadas por el juez **TORRUELLA** al final de su presentación:

“...mi impresión no obstante, basada en evidencia anecdótica, es que estas técnicas están ayudando a mejorar la administración de la justicia en mi país. Esto se hará más patente según se popularicen aún más estas alternativas al litigio formal, y las mismas ganen adeptos entre los jueces, los abogados, y en última instancia, el público [...]

Todo lo que he dicho hoy aquí es sólo una forma algo pedante y prolongada de compartir con ustedes, una conclusión que la vida me ha enseñado, a cascarazos. Después de haberme pasado 20 años litigando intensamente como abogado, y 26 después como juez, no deja de asombrarme el entusiasmo con que la gente se tira de cabeza en el pantano que resulta ser el litigio en los tribunales, como forma de resolver sus diferencias. Con razón la maldición gitana de que, “tengas pleitos y los ganes”. Puesto que el roce social hace que las desavenencias y controversias entre la ciudadanía sean inevitables, su solución a través de medios alternos al litigio en los tribunales, es una contribución altamente positiva al mejoramiento de la calidad de justicia real en nuestros países.”¹⁶³

Como se desprende de lo anterior, la experiencia judicial en Estados Unidos, sobre todo a nivel federal, ha sido de vital importancia para la evolución de los Mecanismos Alternativos, no sólo por el rol protagónico que juega el poder judicial en ese país, sino porque demuestra una verdadera efectividad en la aplicación de estos mecanismos en la sociedad estadounidense.

Habida cuenta de la experiencia social, legislativa y judicial de los Mecanismos Alternativos en Estados Unidos, valga simplemente concluir señalando que dichos Mecanismos han tenido, asimismo, un gran fomento, desarrollo y utilización en el ámbito privado. Instituciones como la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*), entre muchas otras, han coadyuvado en forma importante a esta labor en la Unión Americana.

2.3 *Justificación y objeto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias*

Hasta este momento, la conceptualización y evolución de los Mecanismos Alternativos nos pueden dar un parámetro más o menos aproximado respecto de las causas que originan o justifican su aparición y su creciente utilización en el campo de los sistemas de solución de controversias.

No obstante, consideramos conveniente incluir este apartado para que el lector cuente con un panorama más claro acerca del por qué es importante plantear el esquema de los Mecanismos Alternativos en nuestro sistema

¹⁶² **TORRUELLA, JUAN R.**, “El régimen de medios alternos para la solución de controversias en los tribunales federales de Estados Unidos”, presentación preparada para la Conferencia sobre Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para Jueces y Empresarios (*Conference on Alternative Dispute Resolution for Judges & Businesses*) organizada en forma conjunta por el Comité sobre Resolución de Privada de Controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Comité 2022) y el *U.S.-Mexico Conflict Resolution Center*, llevado a cabo en la Ciudad de México el 3 y 4 de junio de 1999. Dicha presentación fue posteriormente publicada en **DÍAZ, LUIS MIGUEL y NANCY A. ORETSKIN** (editores), *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*, Edit. Uiris Net LLC, EE.UU. 1999; p. 64.

¹⁶³ *Idem*; pp. 67 y 68.

legal como una opción viable para mejorar nuestros sistemas de solución de controversias y, en específico, nuestros sistemas de solución de controversias comerciales.

¿Qué justifica la aparición y desarrollo de los MASC como respuestas efectivas para la solución de controversias comerciales? Desde mi punto de vista son dos las razones: (i) la incapacidad del Estado moderno de prestar eficientemente una de sus funciones primordiales: la impartición de justicia; es decir, los Mecanismos Alternativos se consideran un reflejo del alto grado de frustración ante las crecientes y constantes deficiencias de los sistemas tradicionales de solución de controversias¹⁶⁴ y (ii) la composición del escenario comercial actual derivado, entre otros aspectos, de una complejidad creciente en el tráfico jurídico comercial en el que confluyen elementos como la internacionalización y especialización de las relaciones comerciales; escenario que demanda de herramientas eficaces para hacer frente a los múltiples conflictos derivados de dichas relaciones.

Respecto de la primera de las razones apuntadas, hay varias voces que señalan como un error deducir el estudio y promoción de los Mecanismos Alternativos derivado de los problemas y deficiencias de los sistemas judiciales.

En este sentido, **CECILIA AZAR MANSUR**, que desde mi punto de vista es una de las personas con mayor conocimiento del tema en México, señala:

“...considero que el estudio y promoción de estos medios de solución de controversias no debe hacerse bajo una perspectiva comparativa con los sistemas judiciales. Es decir, fomentar el uso de estos mecanismos argumentando que resolverán todos los problemas que enfrenta el sistema de impartición de justicia es un error. Los mecanismos alternativos de solución de controversias no deben considerarse la panacea ni la solución a todas las barreras que enfrentamos en el acceso a la justicia. Éstas se deben a razones que rebasan el alcance de iniciativas como éstas. El objetivo central en la implementación y desarrollo de estos medios debe ser el ofrecimiento de una gama mayor de alternativas a la sociedad para solucionar sus conflictos. Si con ello se resuelve parte de los problemas que enfrentan los tribunales como la saturación y la duración y costo de los juicios, estos serán resultados secundarios, no por eso menos importantes, por supuesto, pero que no deben representar el propósito principal de este movimiento ni el argumento central de convencimiento. Los mecanismos de solución de conflictos distintos al sistema judicial deben penetrar en nuestro quehacer jurídico porque representan una ampliación de las opciones para que la sociedad mexicana alcance una paz social, no porque sean la solución a los problemas del Poder Judicial Mexicano.”¹⁶⁵

Antes de comentar lo anterior, vale la pena apuntar también lo señalado por el licenciado **MIGUEL SARRE** al respecto:

¹⁶⁴ “Frente a una jurisdicción poco accesible, incapaz de prestar una tutela efectiva a muchas situaciones jurídicas, costosa y, sobre todo, muy lenta e ineficaz, halla espacio y justificación, la tendencia a buscar fuera de la jurisdicción otros modos de resolver las controversias. De aquí se deriva la valorización, y en alguna medida también la exaltación de cualquier mecanismo no jurisdiccional de eliminación de conflictos [...] A veces se sugiere asimismo la idea de que la crisis de la justicia civil es irreversible e insoluble y que, por tanto, no vale la pena buscar medios idóneos para superarla: con ello se sugiere que sólo en el ámbito de los MASC podrían encontrarse técnicas eficaces de resolución de las controversias.” **TARUFFO, MICHELE**, “Justicia civil, opción residual o alternativa posible”, en **IBÁÑEZ, ANDRÉS** (coordinador y traductor), *Corrupción y Estado de Derecho, el papel de la jurisdicción*, Edit. Trotta, Madrid, España, 1996; p. 144.

¹⁶⁵ **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. XII y XIII.

“El estudio de los métodos alternativos para la solución de conflictos presupone una convicción en el sentido de que no debe recurrirse a los mismos como forma de capitulación ante las ineficiencias e irregularidades percibidas en la administración de justicia. Su incorporación legislativa y el fomento de su práctica no deben entenderse de manera alguna en forma escindida de la obligación del Estado de garantizar una justicia pronta y expedita, en términos del artículo 17 constitucional.”¹⁶⁶

No compartimos la perspectiva de los autores citados, no sólo por el hecho de que la gran mayoría de la bibliografía consultada, sino es que toda, parte del estudio de los Mecanismos Alternativos en mayor o menor medida por las deficiencias del sistema judicial tradicional, sino porque estamos convencidos que dicha incapacidad del Estado ha constituido uno de los presupuestos indubitables del surgimiento y desarrollo de los MASC, como quedó acreditado en la experiencia estadounidense mencionada párrafos arriba.

No obstante, queremos dejar en claro que reconocer este hecho, desde nuestra perspectiva irrefutable, no implica que consideremos que los Mecanismos Alternativos sean ni la única ni la mejor solución a los problemas del sistema judicial. Tampoco se trata de dirigir una crítica artera y sin fundamentos en contra del sistema judicial, por el contrario, consideramos que estudiar y de alguna forma fomentar los Mecanismos Alternativos partiendo del reconocimiento de los problemas del sistema judicial, implica una crítica sana a dicho sistema. Crítica que no se conforma con señalar los problemas de la jurisdicción estatal, sino que, además, aporta propuestas para intentar solucionar, si no todos, algunos de dichos problemas.

Pero ¿Cuáles son estos problemas y deficiencias de los sistemas de impartición de justicia que se han mencionado? ¿En qué consisten? A continuación se señalarán algunos problemas reconocidos por la mayoría de la doctrina y estudios recientes al respecto.¹⁶⁷ Vale la pena advertir que para efectos de una mejor exposición, se intentó agrupar o englobar dichos problemas en varios rubros. No obstante, hay problemas que no se entienden sino se analizan en forma conjunta.

- a) *Sobresaturación de asuntos.* Uno de los problemas principales de los sistemas judiciales es la sobresaturación de causas y asuntos tramitados ante ellos. Ante dicho problema es importante reconocer varios esfuerzos encaminados a solucionar dicho problema mediante la creación de nuevos tribunales y determinación de competencias entre los existentes (esfuerzos llevados acabo tanto en el ámbito federal como en el local).¹⁶⁸

¹⁶⁶ SARRE, MIGUEL, *Perspectivas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con contenido patrimonial en México* (Análisis a partir de su situación en el Distrito Federal y en los estados de Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo y Zacatecas, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Departamento de Derecho (Centro de Estudios de Derecho Público), México, 2001; p. 19. Vale la pena mencionar que el mismo autor señala que su investigación se realizó desde un enfoque de política pública en materia de justicia.

¹⁶⁷ Es importante señalar que estos problemas no se refieren solamente al sistema de impartición de justicia en México (ya sea en el fuero federal o local), sino en general a la gran mayoría de los sistemas judiciales inclusive en sistemas jurídicos distintos (de derecho anglosajón o de *commun law* y de derecho civil, escrito o continental). Es una recopilación de los problemas detectados por los autores que analizamos dentro de los cuales se encuentran autores mexicanos, latinoamericanos, norteamericanos y europeos.

¹⁶⁸ “Si bien la creación de más tribunales y el nombramiento de más jueces resultaba una opción, claramente ésta no era una alternativa que resolviese el problema a largo plazo, pues tal alternativa vislumbraba una rama judicial sin límites de tamaño, convirtiéndola cada vez más y más en otra burocracia gigantesca, sin que se resolviese los problemas fundamentales sistémicos de dilación y alto costo de los litigios civiles.” TORRUELLA, JUAN R., “El régimen de medios alternos para la solución de controversias en los tribunales federales de Estados Unidos”, *Op. cit. supra*, nota 162; p. 63.

No obstante, esos esfuerzos no han sido suficientes ni eficaces para erradicar el gran número de casos pendientes de resolución por parte de los tribunales estatales.¹⁶⁹

En un estudio reciente de **EDUARDO SIQUEIROS** acerca de este problema en los juzgados de primera instancia en materia civil en el Distrito Federal, se concluye que un juez resuelve (de principio a final, es decir, desde la presentación de la demanda hasta dictar sentencia) 2.66 asuntos diarios.¹⁷⁰ Este dato, aunque se refiere a una simple operación aritmética tomando en cuenta el número de asuntos, jueces y días hábiles en un periodo determinado, nos da una dimensión aproximada del problema de la sobrecarga de asuntos, en este caso, en el sistema judicial local del Distrito Federal.

- b) *Procedimientos anquilosados y excesivamente formalistas.* El proceso judicial, en su afán de proporcionar la más absoluta seguridad jurídica exige demasiadas formalidades que no favorecen a las partes litigantes. Dicho proceso, por su rigidez y formalismo, es lento y su duración excede los términos razonables, provocando la dilación de la resolución de las controversias y su encarecimiento no sólo en términos económicos sino de energías, ansiedades e incertidumbres.¹⁷¹

Además, el formalismo del proceso judicial es propenso para que los abogados de las partes, en flagrante el abuso de los procedimientos, arguyan violaciones o deficiencias técnicas periféricas que nada tienen que ver con el fondo de la controversia, con el único objeto de retrasar los procedimientos (las famosas “chicanas”).

Por otro lado, por su excesivo formalismo los procedimientos judiciales distorsionan, a juicio de los particulares demandantes, la realidad de los conflictos; esto como producto de la terminología jurídica —que se convierte en un lenguaje muy técnico— y de los enredados procedimientos judiciales que, en ambos casos, resultan tan incomprensibles que no permite a las partes (en sentido material) participar directamente en los mismos.¹⁷²

- c) *Costos económicos.* No obstante que la prohibición de las *costas judiciales* está contemplada como una “garantía individual” reconocida en nuestra Carta Magna, podemos identificar ciertas ineficiencias pecuniarias básicas que se asocian al procedimiento judicial: (i) el costo total del procedimiento, incluyendo los honorarios y gastos de los representantes legales, asesores, gestores, peritos, etcétera; reduce ampliamente el margen de utilidad de una sentencia favorable; (ii) a mayor prolongación del procedimiento, mayor el costo financiero de un interés pecuniario comprometido al litigio; (iii) el procedimiento consume recursos que de otro modo pudieran aplicarse a la solución

¹⁶⁹ Para ahondar acerca de los esfuerzos llevados a cabo por el sistema judicial federal mexicano ver **SALGADO, ERÉNDIRA**, “Medios alternos de resolución de controversias, una opción para modernizar la administración de justicia”, presentación preparada para la Conferencia Regional del Banco Mundial denominada “Nuevos Enfoques para Atender la Demanda de Justicia”, Mesa: Sesión sobre metodología y análisis empírico, México 2001;

¹⁷⁰ Vid. **SIQUEIROS, EDUARDO**, “Antecedentes de mecanismos alternos de resolución de controversias”, en *PAUTA* - Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., México, 2001; p. 1.

¹⁷¹ Vid. **VALDERRAMA LÓPEZ, OLIVIA**, *Los métodos alternativos de solución de controversias; una herramienta útil para enfrentar los problemas del sistema judicial mexicano*, tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004; p. 11.

¹⁷² “Las crisis humanas habitualmente representan una colisión con intereses de otra. Tal enfrentamiento puede tener múltiples explicaciones (escasez de los bienes de la vida; sometimiento de los débiles; ley del más fuerte; miserias del hombre; etc.); es verdad, pero la búsqueda de respuestas por lo común, se orienta a partir del concepto de lucha (bilateralidad y contradicción del proceso ordinario), donde perviven resabios de la habilidad grecorromana para utilizar el arte de la oratoria. Consecuente natural es el ocultamiento de la verdad; cada pretensión de partes constituye una versión ‘acomodada’ de los hechos. En suma, la difícil misión del proceso judicial para despejarse de este ‘método ‘adversarial’, encuentra posibilidades en otras figuras de menor encuentro conflictivo, donde la técnica de resolución y debate se concierta voluntariamente, y sin que esté ninguno de los litigantes obligado a recurrir al servicio que se ofrece, como sí ocurre con el proceso judicial.” **GOZÁINI, OSVALDO ALFREDO**, *Alternativas diferentes del proceso judicial para la solución de controversias*, Op. cit. supra, nota 148; p. 45.

inmediata de la controversia; y (iv) la lastimosa corrupción existente entre los agentes del sistema exige la aplicación de recursos para la tramitación de los procesos judiciales.

Tratándose de *litigios internacionales* se tiene que contar con la asesoría de abogados que conozcan el derecho procesal del lugar en donde se esté litigando el asunto (independientemente de la legislación que le aplique al fondo de la controversia).

Además, también debe tenerse en consideración, sobre todo en controversias comerciales, el tiempo y costo que implica que un comerciante (sea persona física o un funcionario de una persona moral) se involucre en el litigio.

Por último, valga la pena mencionar el costo que implica para el Estado el mantenimiento del aparato judicial mismo que, a final de cuentas, es soportado por la sociedad a través del pago de sus impuestos.

- d) *Costos de tiempo.* Como puede desprenderse de varios de los problemas mencionados, el proceso judicial consume tiempo que bajo otras alternativas pudiera invertirse de otra manera que produzca más beneficios tanto para quien lo invierte como para la sociedad en su conjunto.

Como se desprende de lo anterior, el proceso judicial no solo implica un desperdicio de tiempo transcurrido antes de lograrse la solución definitiva y su posterior ejecución, lo cual ciertamente conlleva un costo financiero, sino también implica un desperdicio de tiempo empleado por litigantes, jueces, funcionarios judiciales y demás agentes involucrados. La atención de un comerciante o de una empresa al litigio puede resultar en la pérdida de nuevas oportunidades comerciales o en la ineficiencia de sus respectivas funciones.

- e) *Deficiente preparación judicial.* No obstante loables esfuerzos realizados por varias judicaturas, el factor de la preparación judicial y la especialidad de los conflictos sigue siendo un problema importante dentro del proceso legal. Los conflictos sometidos a los tribunales judiciales pueden ser resueltos, en el mejor de los casos, por un juez de carrera con experiencia y preparación en materia judicial.¹⁷³ Sin embargo, dichos funcionarios en muchos casos carecen de la especialización necesaria para conocer de la materia de fondo de los conflictos.¹⁷⁴

Si como se comentó en apartados anteriores, el volumen de casos que existe en cada juzgado es preocupante, lo es con mayor razón la incapacidad de los juzgadores en atender diferentes especialidades en el ámbito civil y mercantil. La proliferación de materias, la especialización y complejidad paralela de temas, sobre todo en el ramo mercantil, que se han desarrollado en las últimas dos décadas provoca ciertamente la imperiosa necesidad de una constante preparación de los juzgadores (lo que generalmente no ocurre).

Desafortunadamente también existen situaciones (aunque no del todo privativas del sistema judicial), en donde indudablemente se hace patente la negligencia de un juzgador e, incluso, surge la existencia de irregularidades como la lastimosa corrupción a la que ya se ha hecho alusión.

¹⁷³ En muchas ocasiones nos encontramos ante jueces que no tienen la preparación suficiente ni siquiera en materia procesal o, peor aún, hay múltiples ocasiones en que por la gran carga de asuntos la resolución de los conflictos quedan a cargo de personal de juzgado (v. gr. secretarios de acuerdos) que tienen todavía menos preparación que un juez.

¹⁷⁴ Vid. VALDERRAMA LÓPEZ, OLIVIA, *Los métodos alternativos de solución de controversias; una herramienta útil para enfrentar los problemas del sistema judicial mexicano*, Op. cit. supra, nota 171; p. 12.

Por último, pero con estrecha relación con los problemas del sistema judicial, está el tema del nuevo escenario comercial. Baste recordar que a partir finales de la década de los 80 y principios de los 90 (del siglo pasado), las cifras de inversión extranjera y del comercio nacional e internacional de nuestro país se han incrementado exponencialmente.¹⁷⁵

Por lo anterior, entre otros factores a considerar, las actuales relaciones jurídico-comerciales se caracterizan por una complejidad cada vez mayor derivada de situaciones tales como: (i) la intervención de partes de nacionalidades distintas, (ii) la aplicación de diversos ordenamientos jurídicos a una misma relación jurídica (pudiendo ser normas de derecho internacional privado o disposiciones de varias jurisdicciones dependiendo de la propia elección de las partes, la naturaleza de los acuerdos o los distintos puntos de contacto coexistentes), (iii) el hecho de que derivado de una misma relación jurídica existan o se produzcan documentos en dos o más idiomas, (iv) el papel que desempeñan ciertos aspectos tecnológicos dentro del objeto de una misma relación jurídica, (v) la necesidad de tratar con situaciones especialmente dinámicas, como consecuencia de nuevas tecnologías, nuevos campos de actividad y nuevas formas de hacer negocios, (vi) la necesidad de responder a ciertas condiciones de urgencia u oportunidad, o de salvaguardar la confidencialidad de cierta información y (vii) la necesidad de preservar las relaciones jurídico-comerciales, sobre todo tratándose de relaciones de tracto sucesivo a largo plazo.¹⁷⁶

A propósito de lo anterior, **ALEJANDRO PONIEMAN**, autor argentino, hace la siguiente reflexión al hablar de la mediación como un Mecanismo Alternativo:

“...parece que en el futuro de la solución recontroversias no presenta solamente un menú fijo heteronómico sino que en su lugar aparecen las opciones que privilegian la autonomía. Soluciones “a la carta”. Las ecuaciones son: Mayor cambio = más conflictos. Nuevas tecnologías = más conflictos. Nuevos servicios públicos, nuevos monopolios, nuevos entes reguladores = más y más conflictos. Las negociaciones extra fronteras sacan a relucir las diferencias culturales normativas; génesis de nuevos diferendos. Pero, he aquí un dato significativo: más conflictos significan mayores costos empresarios, menor eficiencia individual y colectiva y por ende menos competitividad. Y por ello la demanda de métodos aptos para prevenir [y] solucionar controversias será en consecuencia cada vez mayor, como necesidad social y empresarial. Y así se explica el porqué de la rentree (sic) de la Mediación y del Arbitraje [y nosotros añadiríamos: ...los demás Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias]. En primer lugar por ser más rápidos y efectivos, lo que apareja beneficios micro y macroeconómicos. Pero, además, porque conllevan algunos de los valores más preciados en esta época – la autonomía de la voluntad, y contribuyen al aligeramiento del intervencionismo estatal...”¹⁷⁷

Por todo lo expuesto en este apartado, se hace patente la necesidad de: (i) contar con instrumentos flexibles y creativos, aplicables a la adecuada y oportuna solución de controversias en función de (a) las características de fondo de éstas, (b) de las partes que intervienen, (c) de los valores a tutelar y (d) de los objetivos que se pretenden, (ii) contar con procedimientos flexibles que superen los problemas inherentes a la jurisdicción ordinaria, medios e

¹⁷⁵ Vid. **SIQUEIROS, EDUARDO**, *Antecedentes de mecanismos alternos de resolución de controversias*, Op. cit. supra, nota 170; p. 2.

¹⁷⁶ Vid. **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO**, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. supra, nota 131; p. 374.

¹⁷⁷ **PONIEMAN, ALEJANDRO**, *El impacto de los métodos alternativos de resolución de controversias en los sistemas jurídicos sudamericanos y su incidencia en los acuerdos de integración*, citado por: **ZAPIOLA PÉREZ, HORACIO**, “El Instituto de la Mediación – Algunas reflexiones oportunas de la experiencia argentina”, en *Pauta - Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.*, México, 2001; p. 29.

instrumentos capaces de resolver las controversias en forma más creativa e imaginativa, con mayor celeridad y a un menor costo y (iii) contar con instrumentos que permitan a las partes llegar a soluciones funcionales, mutuamente satisfactorias, oportunas, realistas y que hagan factible su pronta implementación, o sea, su ejecución.¹⁷⁸

A las herramientas que se perfilan como medidas óptimas y efectivas para satisfacer las necesidades antes apuntadas se les ha denominado “**Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias**”, dentro de los cuales encontramos, como se verá más adelante, la Conciliación Comercial.

2.4 *Ventajas y desventajas de los mecanismos alternativos de solución de controversias*

Íntimamente ligado al tema anterior, y derivado de la experiencia práctica de la utilización de los Mecanismos Alternativos, es posible advertir ciertas ventajas y desventajas de dichos procesos.¹⁷⁹

2.4.1 *Ventajas*

La mayoría de los autores consultados coinciden en las siguientes ventajas de los Mecanismos Alternativos:

- a) *Flexibilidad*. Esta ventaja se puede observar desde dos puntos de vista: (i) flexibilidad del procedimiento; y (ii) flexibilidad de la o las soluciones adoptadas.

Los Mecanismos Alternativos ofrecen una enorme flexibilidad y poco formalismo que permite optar por el método de solución de controversias más idóneo para la naturaleza del asunto y las características de las partes; es decir, los aspectos formales son menos rígidos que en un juicio ante tribunales judiciales que se encuentra más detalladamente regulado en los códigos adjetivos. La elección del Mecanismo Alternativo más adecuado lo pueden hacer las partes al iniciar su relación jurídica (en una cláusula dentro de un contrato) atendiendo a la naturaleza de la misma relación o, por otro lado, una vez que haya surgido la controversia (mediante un acuerdo posterior) atendiendo tanto a la naturaleza de la relación como de las controversias suscitadas. Asimismo, habiendo elegido las partes un mecanismo determinado, antes o después de surgida la controversia, dicho mecanismo permite a las partes, a su vez, adecuarlo al caso en concreto. Es decir, si las partes deciden intentar resolver su controversia mediante la conciliación comercial, por considerar que dicho Mecanismo Alternativo es el más adecuado debido a la naturaleza de la relación jurídica y de la misma controversia, las mismas partes pueden, además, moldear dicho Mecanismo Alternativo a las circunstancias específicas del caso concreto.

Además, la utilización de los MASC ofrece a las partes en disputa una amplia gama de soluciones creativas que no necesariamente se limitan al pago de cierta cantidad o a la ejecución forzosa de ciertas obligaciones, sino a toda una diversidad de combinaciones de obligaciones ya sean unilaterales o recíprocas.

- b) *Concentrar la atención en los temas principales a resolver*. Los Mecanismos Alternativos atienden a la naturaleza específica de cada clase de conflicto y contemplan un procedimiento específico que, en la mayoría de los casos la intervención de un tercero neutral (que por lo general es perito en la materia), permite concentrarse en los puntos objeto de la controversia y evitar así la distracción en asuntos

¹⁷⁸ *Idem*; pp. 374 y 375.

¹⁷⁹ Vid. PAULSOON, JAN, NIGEL RAWDING, LUCY REED y ERIC SCHWARTZ, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, 2ª ed., Edit. Kluwer Law International, La Haya, Holanda, 1999; p. 118.

meramente procesales, obteniendo con ello una resolución de mayor calidad y más asequible para con los intereses de las partes.

Además, la intervención de dicho tercero permite a las partes separar sus emociones de los problemas y los incita a concentrarse en forma objetiva con miras a la solución de sus desacuerdos.¹⁸⁰

- c) *Celeridad.* Los Mecanismos Alternativos ofrecen, gracias a su flexibilidad y a la concentración en los puntos principales de la controversia, entre otras cosas, la posibilidad de resolver los conflictos de manera mucho más expedita que los medios jurisdiccionales.¹⁸¹ También, por tratarse de una solución mutuamente aceptable que resulta de convenio y no de la adjudicación de un fallo con un vencedor y un vencido, la solución puede convertirse con mayor facilidad en definitiva y ser cumplida voluntariamente.¹⁸²
- d) *Costo.* Los Mecanismos Alternativos suelen ser mucho más económicos que los procedimientos jurisdiccionales al representar una mejor opción de acceso a la solución de conflictos.

La presente ventaja, no obstante, debe ser analizada en su justa dimensión. Por lo general, utilizar un MASC conlleva un costo. Los árbitros, conciliadores, mediadores, peritos, terceros neutrales o como se les denomine, por lo general son personas físicas que perciben honorarios por sus servicios; remuneración que es comúnmente cubierta por las partes.¹⁸³ Ha sido ampliamente reconocido que el arbitraje, por ejemplo, es un mecanismo no precisamente barato: al constituir un método adversarial, por lo general hay que cubrir los gastos y honorarios de los árbitros, de la institución administradora, en su caso, además de los gastos normales de representación. Ello, no obstante, si se tiene en cuenta los intereses en juego, la calidad de las resoluciones, la voluntariedad para cumplir con los laudos, la celeridad del procedimiento, entre otros, nos lleva a concluir que sigue siendo una alternativa menos onerosa que el procedimiento judicial.

- e) *Confidencialidad.* La existencia, desarrollo y resultado de un Mecanismo Alternativo, por lo general, son considerados como confidenciales.

No obstante, la presente ventaja también merece una precisión adicional. Muchos de los promotores de los MASC, por lo menos del arbitraje, pregonan sin mayor reparo que los mismos son confidenciales. Ello no es completamente cierto. Los que generalmente están obligados a guardar confidencialidad son los árbitros, mediadores, conciliadores, peritos o terceros neutrales, así como las instituciones administradoras que intervengan (en los casos de procedimientos institucionales). Dicha obligación proviene, en la mayoría de los casos, de las reglas de procedimientos y reglamentos internos de las instituciones encargadas de administrarlos (mismas que se entienden comprendidas dentro del acuerdo de las partes para remitir sus controversias a estos mecanismos), pero no por la ley, al menos no en México.

¹⁸⁰ Vid. *Idem*; pp. 118 y 119.

¹⁸¹ Un estudio reciente en varias jurisdicciones señala que el tiempo aproximado para llevar a cabo el procedimiento de solución de una controversia a través de la utilización un MASC como la mediación es de 30 a 60 días, comparado con el arbitraje comercial que es de 9 a 12 meses y el litigio de 18 meses a 3 años. COLLINS, R., "Alternative Dispute Resolution – Choosign the Best Settlement Option", *Australian Construction Law Newsletter*, número 3, Australia, 2002; p. 13.

¹⁸² Vid. ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, *Op. cit. supra*, nota 131; p. 401.

¹⁸³ Paradójicamente, esta carga impuesta a las partes, a decir de varios expertos en la materia, favorece también al cumplimiento voluntario del resultado del proceso y la participación en el mismo. Vid. AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, *Op. cit. supra*, nota 13; p. 34.

La confidencialidad en los Mecanismos Alternativos es una norma de carácter privado generalmente asumida entre las partes y el tercero neutral, en su caso, y su violación puede dar lugar a responsabilidad civil por los daños y perjuicios.

- f) *Conservación de la relación entre las partes.* La gran mayoría de los Mecanismos Alternativos son de naturaleza autocompositiva que, por lo general, prescinden de técnicas adversariales o de confrontación entre las partes que tienen como resultado, la gran mayoría de las ocasiones, que una parte se imponga a la otra. Por el contrario, los Mecanismos Alternativos persiguen la aplicación del sistema conocido como “ganador-ganador”¹⁸⁴, mediante el cual se busca que ambas partes obtengan una ganancia (en contraposición al tradicional sistema “ganador-perdedor”, propio del litigio).

Derivado de lo anterior, es factible que después de resolver de común acuerdo sus controversias, las partes puedan conservar e, inclusive, mejorar o acrecentar su relación de negocios.

- g) *Especialización.* Los particulares que acuden a los Mecanismos Alternativos buscan, en la mayoría de los casos, contar con un tercero que conozca y entienda su conflicto, cuya práctica profesional demuestre su experiencia en la materia discutida.¹⁸⁵

Aquí también es importante señalar que el hecho de que las mismas partes tengan la facultad de nombrar al tercero neutral y que en ejercicio de dicha facultad nombren a uno o varios especialistas en la materia objeto de la controversia, contribuye crear un ambiente de confianza en el procedimiento y, en su caso, al acatamiento voluntario de las resoluciones derivadas del mismo.

- h) *Control.* Como se desprende de varias de las ventajas antes comentadas, en la gran mayoría de los Mecanismos Alternativos son las mismas partes las que tienen el control del procedimiento (ya sea directamente o a través de sus representantes legales) e, inclusive, de la solución del conflicto, lo que evidentemente no sucede en los procesos seguidos ante las autoridades jurisdiccionales.
- i) *Beneficio económico para el Estado.* Al menos en apariencia, “resulta obvio que la generalización de los Mecanismos Alternativos —en especial aquellos que menor intervención del Estado requieren— conllevaría un ahorro para las arcas públicas.”¹⁸⁶
- j) *Efectividad.* Se pensó en más de una ocasión incluir a la “efectividad” como una ventaja de los Mecanismos Alternativos, ya que intervienen muchos factores externos que pueden sesgar esta conclusión.

No obstante, resulta interesante que expertos en la materia, no sólo académicamente, sino con experiencia práctica, señalen que entre un 80 o 90% de los casos sometidos a un Mecanismo Alternativo son resueltos satisfactoriamente. Más aún, los expertos indican que un número significativo de los casos que no pudieron ser resueltos a través del MASC, han sido resueltos poco

¹⁸⁴ Vid. ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. supra, nota 131; p. 401.

¹⁸⁵ AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. 30 y 31.

¹⁸⁶ SARRE, MIGUEL, *Perspectivas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con contenido patrimonial en México*, Op. cit. supra, nota 166; p. 28.

tiempo después durante un procedimiento formal debido, quizá, a la perspectiva de la controversia obtenida por las partes en el MASC.¹⁸⁷

2.4.2 Desventajas

Los Mecanismos Alternativos no son fórmulas mágicas que resuelven cualquier tipo de controversia y bajo cualquier circunstancia. Para que realmente funcione un Mecanismo Alternativo se requiere, entre otros, una clara voluntad de las partes por encontrar una solución no adversarial y, por supuesto, el identificar el mecanismo idóneo por aplicar dependiendo de la materia objeto de la controversia y de las circunstancias del caso.

Así, los MASC ofrecen amplias perspectivas para mejorar la administración de justicia, siempre y cuando se reconozcan sus limitaciones.

Las desventajas apuntadas por la doctrina¹⁸⁸ las podemos dividir en dos grandes grupos: aquellas que atienden a la naturaleza objetiva de las partes y, por otro lado, aquellas que se relacionan más con cuestiones subjetivas o con la intención y comportamiento de las partes.

Dentro de las primeras encontramos las siguientes desventajas:

- a) *Ámbito de aplicación restringido.* Una de las principales deficiencias de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias radica en su limitado ámbito de aplicación.

Si bien existen instancias judiciales de todo ámbito y materia (civil, familiar, mercantil, fiscal, laboral, etcétera) enfocadas a atender las demandas de los gobernados, sólo en determinados rubros es posible acudir a un Mecanismo Alternativo.

Aunque existen contadas excepciones, en su generalidad los Mecanismos Alternativos son propios de las relaciones entre particulares que recaen en derechos sobre lo cuales las partes tienen libre disposición.

Les corresponde a las partes involucradas (y a sus representantes legales, por supuesto), determinar si la materia objeto de la controversia es susceptible de libre disposición antes de acudir a un Mecanismo Alternativo.

- b) *Medidas precautorias y ejecutoriedad de la resolución.* Otro aspecto negativo de los Mecanismos Alternativos se refiere a la complejidad de preservar la materia objeto del litigio mediante medidas cautelares o para ejecutar o hacer cumplir el acuerdo o solución encontrada, ya que sólo puede haber una tutela efectiva de los derechos que pueden hacerse prevalecer por las vías alternativas si, a su vez, la legislación o el sistema judicial provea los medios idóneos para darle fuerza ejecutiva a los resultados de dicho mecanismos como lo sería un convenio judicial, un convenio de transacción o un laudo arbitral.

¹⁸⁷ Vid. PAULSOON, JAN, NIGEL RAWDING, LUCY REED y ERIC SCHWARTZ, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, Op. cit. supra, nota 179; p. 120.

¹⁸⁸ Respecto de este tema nos guiaremos, principalmente, por las siguientes fuentes: (i) PAULSOON, JAN, NIGEL RAWDING, LUCY REED y ERIC SCHWARTZ, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, Op. cit. supra, nota 179; pp. 122 y 123; (ii) ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. supra, nota 131; pp. 401 y 402; y (iii) AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. 28 - 30.

- c) *Utilización de información en procedimientos posteriores.* Por último, antes de acudir a un Mecanismo Alternativo es importante que se tengan en cuenta el o los medios disponibles para que se mantenga la confidencialidad de cierta información o documentación a los que se hubiere tenido acceso mediante el MASC en caso de que éste no prosperase, sobre todo para evitar que sean presentados como pruebas en procedimiento posterior.

Por otro lado, dentro de las desventajas que se relacionan con cuestiones subjetivas o con la intención y comportamiento de las partes, no es aconsejable acudir a un Mecanismo Alternativo cuando:

- a) las partes no tengan el ánimo de transigir por haber adoptado posturas adversariales o por mantener posiciones contrapuestas o en extremo alejadas las unas de las otras.
- b) las partes o una de ellas tenga la única intención de alargar los procedimientos por “razones estratégicas”.
- c) alguna de las partes interprete que la aceptación de acudir a un MASC pueda interpretarse como un signo de debilidad de su parte.
- d) exista una disparidad de recursos económicos o de poder que produzca un desequilibrio entre las partes contendientes que pueda conducir, al momento de celebrar los acuerdos correspondientes, a soluciones injustas o inequitativas.¹⁸⁹

2.5 Algunos ejemplos de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

Como se mencionó en apartados anteriores, es en Estados Unidos donde se dan los primeros procesos de creación y sistematización de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias —como se les conoce actualmente— muchos de los cuales han sido tomados como ejemplo por otros países para incorporarlos a sus sistemas jurídicos.

El marcado federalismo de los Estados Unidos ocasionó que el impulso por la utilización de los Mecanismos Alternativos se diera tanto en el ámbito federal como en el local o estatal. Este doble impulso, aunado a la creatividad mostrada por la comunidad jurídica estadounidense, derivó en la confección y sistematización de un sinnúmero de Mecanismos Alternativos, muchos de ellos muy parecidos entre sí (por no decir iguales), o con pequeñas variantes.

Además, muchos de esos Mecanismos Alternativos creados y desarrollados en los Estados Unidos han sido imitados e incorporados al ámbito internacional, así como en el local, por distintos países de muy variada tradición jurídica. En diversas ocasiones, al momento de incorporar dichos Mecanismos Alternativos a sus legislaciones (o a la práctica común), los distintos países han incluido innumerables variantes a los MASC para “adecuarlos” a sus sistemas y tradiciones jurídicas o jurídico-comerciales.

¹⁸⁹ “...los críticos en Estados Unidos argumentan que la mediación puede ser inapropiada como método para la resolución de controversias cuando hay “desbalances de poder” entre las partes. Los mediadores pueden sostener que tienen la habilidad y las herramientas para equilibrar desbalances de poder que ocurren durante una mediación. Hay, sin embargo, un consenso generalizado en el sentido de que hay caso que simplemente no pueden resolverse a través de la mediación, sin importar la experiencia y las habilidades del mediador, afirmación que debe resultar lógica. [...] Lo que resulta más interesante aún es el promedio de controversias que, a pesar de la diferencia abismal en el tamaño de las partes, logran resolverse en forma exitosa a través de la mediación” GONZÁLEZ CALVILLO, ENRIQUE, “La Mediación en México”, *Op. cit. supra*, nota 152; pp. 186 y 187.

Como resultado, existen en la práctica una multitud de Mecanismos Alternativos (y seguramente iremos encontrando nuevos con el devenir de los años), que están siendo utilizados en la actualidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO señala que en forma general, más no unánime, el panorama de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias está conformado por los siguientes: (i) la negociación, (ii) los procedimientos en los que participa un tercero neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que su decisión u opinión sea ejecutable¹⁹⁰, (iii) los procedimientos que concluyen con una decisión que es provisionalmente vinculante, conocidos como Paneles de Adjudicación de Controversias (“*Dispute Adjudications Boards*”) y (iv) los procedimientos que concluyen con una decisión o laudo que es ejecutable conforme a derecho, es decir, el arbitraje.¹⁹¹

Rebasaría los alcances del presente trabajo hacer mención de todos y cada uno de los Mecanismos Alternativos existentes. No obstante, consideramos oportuno describir brevemente algunos de ellos para que el lector tenga una idea más aproximada de este tipo de mecanismos.

a) Negociación

La negociación es el sistema utilizado por las mismas partes de una controversia, o en ocasiones por sus representantes legales, para solucionar conflictos presentes y evitar futuros. Es un medio eminentemente autocompositivo y no implica la intervención de ningún tercero neutral.

JACQUELINE NOLAN-HALEY define a la negociación como “un proceso consensual mediante el cual las partes intentan llegar a un acuerdo respecto de una controversia presente o potencial”.¹⁹²

Algunos autores se preguntan si la negociación es realmente un Mecanismo Alternativo o un elemento del mismo. Desde mi punto de vista, la negociación efectivamente puede verse desde ambas perspectivas ya que no son excluyentes, aunque para los propósitos de este apartado se le dará la connotación de un “Mecanismo Alternativo”.¹⁹³

La negociación no es solamente un proceso intuitivo, existen teorías acerca de la negociación para el desarrollo de estrategias y habilidades en su práctica y perfeccionamiento.

GOLDBERG, GREEN y SANDER, señalan las siguientes cinco estrategias principales que deben seguirse para llevar a cabo una negociación exitosa:

1. *Distinguir y separar a las personas del problema.* Los negociadores deben entender que mediante la negociación se ataca a un problema, no a la contraparte.

¹⁹⁰ “Dentro de este rubro de procedimientos encontramos, en forma principal, a: (i) la Conciliación; (ii) la Mediación; (iii) la Evaluación Neutral; (iv) la Evaluación Neutral de un Experto; (v) el Mini-juicio (“*Mini-Trial*”); y (vi) los Paneles de Revisión de Controversias (“*Dispute Review Boards*” – “*DRB’s*”). A su vez, existen una diversidad de métodos que pueden, por su uso, calificarse como secundarios. Estos son: (i) juez privado (“*rent-a-judge*”); (ii) Oyente neutral (“*neutral listener*”); (iii) Determinaciones de hecho por expertos (“*neutral expert fact finding*”); (iv) Decisión no obligatoria (“*non-binding ex parte adjudication*”); (v) adaptación de contratos (“*contract adaptation*”); (vi) Consultas; (vii) Buenos Oficios; y (viii) Investigaciones (“*Suvery*”). GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Edit. Porrúa, México, 2004; p. 26.

¹⁹¹ *Vid. Ibidem.*

¹⁹² NOLAN-HALEY, JACQUELINE M., *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, *Op. cit. supra*, nota 158; p. 13.

¹⁹³ La negociación es una habilidad o herramienta para la adecuada implementación de muchos Mecanismos Alternativos, con es el caso de la mediación y de la conciliación, entre otros. En este sentido JACQUELINE NOLAN-HALEY señala que un mediador que no entienda la dinámica de la negociación (entendiendo a la mediación como una extensión de la negociación), será un turbio asistente para las partes en el procedimiento de mediación, ya que es precisamente el mediador el que como tercero neutral ayuda a las partes a negociar un acuerdo mutuamente aceptable. *Vid. Idem*; pp. 11 – 13.

2. *Concentrarse sobre intereses, no posturas.* Concentrándose en los intereses (que no en las posturas o pretensiones), las partes pueden descubrir la existencia de intereses mutuos o complementarios que pueden hacer posible un acuerdo de voluntades.
3. *Trabajar por encontrar opciones para beneficio mutuo.* Aún cuando los intereses de las partes difieran, es posible que puedan existir opciones que satisfagan los intereses de ambas. A la negociación donde intereses diversos pueden ser satisfechos se le denomina “ganar-ganar”.
4. *Insistir en la utilización de criterios objetivos.* Existen ciertas negociaciones, o al menos algunos puntos de conflicto, donde se dificulta llegar a una solución de satisfactoria para ambas partes (como podría ser el cálculo del precio de ciertos productos o servicios). Con el objeto de minimizar el riesgo de un regateo ineficiente o la falta de un acuerdo en algún punto de conflicto, se sugiere que las partes intenten primero establecer ciertos criterios objetivos sobre los cuales basar la negociación.
5. *Conocer la mejor alternativa a un acuerdo negociado.* La razón por la cual se negocia, es el producir mejores resultados de los coexistentes o de los que pudieran obtenerse sin llevar a cabo la negociación. Si no se analiza la mejor alternativa disponible, se corre el riesgo de pactar algo que no conviene.

b) Conciliación y Mediación

Al constituir el objeto de estudio del presente trabajo, la conciliación y la mediación serán puntualmente analizadas en el siguiente capítulo. No obstante, por el momento baste con señalar que en ambas figuras, las partes son asistidas por un tercero neutral que facilita la comunicación entre ellas y las apoya en la construcción de un arreglo.¹⁹⁴

c) Arbitraje

Para hablar del arbitraje como un Mecanismo Alternativo (normalmente el Arbitraje Comercial, tanto nacional como internacional), podría no solo escribirse una tesis de licenciatura sino todo un tratado. Además, como se verá más adelante, el arbitraje ha sido uno de los pilares para el desarrollo de los Mecanismos Alternativos a nivel mundial, constituyéndose (junto con la mediación y la conciliación) como el MASC más utilizado hoy en día, sobre todo tratándose de controversias comerciales.

A diferencia de la gran mayoría de los Mecanismos Alternativos, el arbitraje constituye un método heterocompositivo de solución de controversias, es decir, es un procedimiento en el cual un tercero neutral llamado árbitro impone a las partes una decisión o solución a sus controversias llamado laudo.

Se trata de un procedimiento de solución de conflictos en los que las partes, generalmente por medio de un acuerdo de voluntades, expresan su deseo de someter una controversia presente o futura a la decisión de un árbitro. Como se comentó anteriormente, el árbitro no tiene la tarea de avenir a las partes ni de proponer soluciones, sino de conocer los hechos y argumentos de las partes, valorar el caso y decidir el fondo del asunto emitiendo una

¹⁹⁴ Vid. AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; p. 12.

resolución final y en la gran mayoría de los casos definitiva denominada Laudo. Todo ello, en estricto apego a los acuerdos de las partes en disputa y a lo dispuesto por las normas procedimentales aplicables.¹⁹⁵

d) *Pequeño Juicio*

El pequeño o juicio o *mini-trial* (su nombre en idioma inglés), es un mecanismo de naturaleza autocompositiva que tiene su origen en el derecho anglosajón y se funda en la necesidad de acercar a los contendientes y buscar una solución adecuada de sus controversias antes de acudir a justicia estatal.

Se caracteriza por ser un procedimiento informal que reúne particularidades tanto del procedimiento judicial, del arbitraje, así como de la mediación.¹⁹⁶

No existe una normatividad específica que reglamente el procedimiento del *pequeño juicio*¹⁹⁷, sin embargo, podemos señalar que el mismo se encuentra conformado por tres etapas:

6. En la primera, las partes buscan llegar a un acuerdo en el que limitan el conflicto, resumen los objetivos del procedimiento y seleccionan al tercero neutral para que encamine el procedimiento.
7. Posteriormente, los contendientes realizan el intercambio de la información relacionada con los hechos, llevan a cabo la presentación de elementos probatorios y hacen la exposición de las argumentaciones correspondientes.
8. La tercera y última etapa, constituye una fase de negociación basada en la información, argumentación y pretensiones de las partes, que concluye con el acuerdo que da fin a la controversia.

Con este Mecanismo Alternativo se busca que las partes conozcan detalladamente las diversas posiciones de la controversia antes de emprender una acción judicial formal; que obtengan una visión objetiva y realista de la posición que pudieran lograr en un procedimiento judicial y, de ser posible, explorar las posibilidades de arreglo evitando así la substanciación de un litigio.

En gran medida, este sistema tiene como resultado, además de la solución del conflicto, el estimular nuevamente la confianza y entendimiento entre las partes, así como la reducción de costos, tanto de tiempo como económicos, que normalmente resultarían con la intervención ante tribunales estatales. La efectividad de este procedimiento radica en la buena voluntad y la capacidad de las partes y sus representantes legales para solucionar el conflicto.

¹⁹⁵ Vid. *Idem*; p. 15.

¹⁹⁶ Vid. VARELA GONZÁLEZ, ALFONSO, *El acuerdo arbitral y los medios alternativos para la solución de controversias*, Tesis Profesional para obtener el título de Abogado, Escuela Libre de Derecho, México, 1998; p. 21.

¹⁹⁷ Existe una gran libertad de las partes por definir el procedimiento a seguir, por lo que son ellas mismas las que van dando forma y medida a este tipo de solución de controversias.

e) *Oyente Neutral*

Este procedimiento (*neutral listener* como se le conoce por su nombre en inglés), es definido por el maestro **FERNANDO ESTAVILLO** como aquel en el que “las partes escogen a una persona cuya confianza, méritos y experiencia sean reconocidos por ellas, a la que cada parte una de las partes hace llegar su mejor propuesta, que analiza el *oyente neutral*, para determinar si ambas propuestas están lo bastante cercanas para celebrar reuniones de negociación.”¹⁹⁸

Es un mecanismo autocompositivo indirecto que se desarrolla antes de toda plática o acercamiento entre contendientes y su finalidad es sentar las bases de la contienda para poder acceder a una negociación.

Este medio se caracteriza en que los contendientes en ningún momento conocen la pretensión o propuesta de su oponente, debiendo entonces el tercero neutral limitarse a estudiar la posibilidad de acercamiento y mantener una estricta confidencialidad y reserva de las posturas que conoce, sin llegar a emitir o proponer una solución al caso.¹⁹⁹

f) *Determinaciones por experto neutral*

Las determinaciones por experto neutral (*neutral expert fact-finding*) se dan, generalmente, en los casos en que las partes tienen discrepancias sobre cuestiones de carácter técnico²⁰⁰, en donde las mismas partes pueden acordar que la opinión del tercero neutral sea o no obligatoria.

El papel del experto (tercero neutral), se limita al análisis de los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico, hasta emitir una determinación misma que puede o no ser obligatoria según lo determinen las mismas partes.²⁰¹

g) *Adaptación de contratos*

Este Mecanismo Alternativo se ha desarrollado como respuesta a la creciente complejidad para operar contratos a largo plazo en los que son previsibles cambios drásticos en las circunstancias prevalecientes en el momento de la celebración. El dinamismo de las relaciones actuales o la misma incertidumbre respecto de cuestiones económicas, políticas, jurídicas o, inclusive, climáticas; pueden afectar al cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato.

Derivado de lo anterior, a través de este Mecanismo se permite adaptar los términos de un contrato mediante la intervención de un tercero independiente, proponiendo o imponiendo (si las partes así lo acuerdan), actualizaciones para hacer el contrato operativo conforme a las nuevas circunstancias o para llenar ciertas lagunas

¹⁹⁸ **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO**, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. supra, nota 131; p. 383.

¹⁹⁹ Vid. **VARELA GONZÁLEZ, ALFONSO**, *El acuerdo arbitral y los medios alternativos para la solución de controversias*, Op. cit. supra, nota 196; p. 16.

²⁰⁰ A decir de la mayoría de los autores, este procedimiento es útil en conflictos que versan acerca de secretos industriales o comerciales, problemas de propiedad industrial y cuestiones técnicas muy especializadas.

²⁰¹ Vid. **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO**, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. supra, nota 131; pp. 383 y 384; **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO** y **CARLOS DE HOYOS WALTHER**, “Otros Medios Alternativos para la Resolución de Controversias”, documento presentado en el evento denominado “México-Estados Unidos – Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Sherman & Sterling con el co-patrocinio de varios despachos mexicanos de abogados en noviembre de 1995; **HUNTER MARTIN, JAN PAULSSON, NIGEL RAWDIN Y ALAN REDFERN**, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, Edit. Kluwer Law and Taxation Publishers, Holanda, 1993; p. 66; y **WILDE, ZULEMA D. y LUIS M. GAIBROIS**, *Qué es la mediación*, 2ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1995; p. 20.

del contrato.²⁰² La adaptación de contratos tiene como fundamento la búsqueda de las partes hacia la completa producción de los efectos jurídicos del acto originalmente convenido y que los motivó para su realización.²⁰³

El acuerdo de voluntades para implementar este MASC puede existir en el contrato mismo (cláusula contractual), o puede ser celebrado con posterioridad (convenio modificatorio). Respecto del presente Mecanismo Alternativo, el maestro **ESTAVILLO CASTRO** señala, entre otras cosas, lo siguiente:

“... Considerando que en derecho mexicano la teoría de la imprevisión (cláusula *rebus sic stantibus*) no es aplicable automáticamente, este MASC puede proveer el mecanismo, con pleno respaldo técnico especializado, para resolver el problema. La Cámara Internacional de Comercio ha desarrollado ciertos procedimientos para presentar el servicio de adaptación de contratos.”²⁰⁴

h) Consulta

Éste, así como otros Mecanismos Alternativos, tienen su origen en el Derecho Internacional Público.²⁰⁵

Mediante este procedimiento, las partes prevén o adoptan voluntariamente la obligación de consultarse entre sí ante una tentativa de conflicto o bien ante cualquier imprevisto o circunstancia que pueda afectar la relación entre ellas, para poder adoptar las medidas necesarias para prevenir (o resolver) el conflicto.

En materia privada, este mecanismo puede ser contemplado en los contratos celebrados por las partes estableciendo la obligación de celebrar juntas periódicas cuyo objeto sea tratar y analizar la operación contractual, así como los imprevistos en el desarrollo de la misma. Todo ello con el objetivo de determinar los pasos a seguir para dar plena eficacia a las obligaciones contractuales. Los resultados de las consultas pueden llegar a asumir obligatoriedad mediante la celebración de nuevos acuerdos o modificaciones al contrato original.²⁰⁶

i) Buenos oficios

Al igual que el mecanismo descrito en el punto inmediato anterior, este instrumento fue creado para resolver discrepancias en el ámbito del Derecho Internacional Público, sin embargo, es perfectamente aplicable en el terreno privado.

Mediante el presente Mecanismo Alternativo, un tercero neutral ofrece su intervención amistosa²⁰⁷ a las partes de una misma relación jurídica para evitar el deterioro de su relación y persuadir las de que resuelvan sus controversias o, por otro lado, que acepten utilizar un medio pacífico de solución.

²⁰² Hay algunos autores que señalan que, a diferencia del arbitraje u otros Medios Alternativos, no es la existencia de una controversia o contraposición de intereses el fundamento para la aplicación de este procedimiento, sino la existencia de situaciones inesperadas que ambas partes consideran como un impedimento y que resultan suficientes para justificar la intervención de un tercero.

²⁰³ Vid. **VARELA GONZÁLEZ, ALFONSO**, *El acuerdo arbitral y los medios alternativos para la solución de controversias*, Op. cit. supra, nota 196; p. 28.

²⁰⁴ **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO**, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. supra, nota 131; p. 384.

²⁰⁵ Vid. *Infra* capítulo I, sección Capítulo I.

²⁰⁶ Vid. **VARELA GONZÁLEZ, ALFONSO**, *El acuerdo arbitral y los medios alternativos para la solución de controversias*, Op. cit. supra, nota 196; pp. 14 y 15.

²⁰⁷ La intervención del tercero neutral (que puede ser una persona determinada o una comisión), se debe a que, por lo general, las partes en conflicto no están dispuestas de manera espontánea a entrar en un proceso de negociación previa a un eventual litigio.

El papel del tercero neutral no dicta resoluciones y, en caso de hacerlo, las mismas carecen de obligatoriedad. Su función se limita a facilitar el entendimiento entre las partes y no propiamente la de proponer la solución del conflicto.

j) *Investigación*

Derivado de que con frecuencia las controversias se originan en un desacuerdo sobre uno o varios hechos determinados, de autenticidad incluso no comprobada, las partes pueden reducir sus desavenencias mediante la aclaración de el o los hechos en cuestión, encomendando su investigación (*survery*) a un tercero independiente (*surveyor*), que puede ser una persona física, una institución o una comisión. Aún cuando por lo general el resultado de la investigación no es obligatorio para las partes, que pueden o no conformarse con el mismo, su beneficio radica en el hecho de que las partes pueden contar con una perspectiva o valoración mucho más objetiva del hecho generador del conflicto.

En suma, la administración de justicia se presente como una pieza clave para la estabilidad y el desarrollo de la sociedad actual, por lo que se requieren instrumentos eficaces para hacer frente al incremento de la conflictiva social. En gran medida, los mecanismos alternativos de solución de controversias se perfilan como herramientas óptimas y efectivas para coadyuvar en esta función.

Este movimiento generalizado de los Mecanismos Alternativos ha demostrado, en su relativamente corta existencia, las grandes ventajas que presenta para resolver la coyuntura existente. Aquellos países que los han valorado e implementado, han encontrado un remedio para aligerar la sobre-carga de sus sistemas judiciales y, por otro lado, han hallado en dichos Mecanismos Alternativos instrumentos mucho más adecuados para resolver un sinnúmero de controversias que no encontraban cabida en los procesos jurisdiccionales.

El lector no podría entender cabalmente a la conciliación comercial, o a cualquier otro MASC, si primeramente no se ahonda en el estudio del movimiento de Mecanismos Alternativos.

CAPÍTULO III. LA CONCILIACIÓN COMERCIAL GENERALIDADES

Analizaremos ahora a la conciliación comercial —como actualmente se le conoce— para abordar, posteriormente, a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional.

La conciliación comercial, en tanto Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias, reúne la mayoría de las características de éstos, no obstante, contiene características propias, muy similares a las de la mediación, que es importante resaltar para cumplir con los objetivos de este estudio.

En razón de lo anterior, en el presente capítulo se analizará, en primer término, el concepto actual de la conciliación comercial, así como sus semejanzas y diferencias con la conciliación, como actualmente se le conoce y utiliza en México, y respecto de la mediación.

Asimismo, y con el objeto de delimitar el concepto de la conciliación comercial, se examinarán sus orígenes y antecedentes, las distintas especies de conciliación comercial y sus diferencias con los Mecanismos Alternativos tradicionales.

Posteriormente, se analizará, a grandes rasgos, el procedimiento de conciliación comercial y su elemento clave: el conciliador.

Una vez descrita y analizada la conciliación comercial, se hará una referencia a su estatus actual en México en donde, como se verá en su momento, se acentúa la necesidad de contar con una regulación que provea a los usuarios de la misma de la certeza y seguridad jurídicas necesarias para que este mecanismo brinde sus correspondientes beneficios.

3.1 Concepto

Para efectos del presente estudio, por conciliación comercial entendemos "...todo procedimiento designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros neutrales, que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica que esté vinculada a ellas. El tercero (o terceros) no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia."²⁰⁸

Sin perjuicio de los comentarios que más adelante se harán sobre el concepto antes mencionado, la primera pregunta que nos haremos es la siguiente: ¿es lo mismo la conciliación que la mediación?

Si bien es generalmente aceptado que por virtud de la conciliación y la mediación un tercero auxilia a las partes a resolver una controversia, existe una falta de consenso acerca de la naturaleza exacta y diferencia entre ambas.²⁰⁹

²⁰⁸ Vid. Artículo 1(3) de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Conciliación Comercial Internacional.

²⁰⁹ Vid. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Op. cit. supra, nota 109; p. 26.

Una primera aproximación al tema nos lleva a concluir que las dos figuras son distintas. Esta conclusión no contradice el concepto antes propuesto ya que, como se verá más adelante, la impresión general y universalmente aceptada es que la conciliación comercial (distinta de la conciliación como tal) amalgama ambos conceptos.

No obstante, el empleo de los términos *conciliación* y *mediación* ha despertado inquietud no solamente en México, sino en muchos otros países. Razón por la cual en el presente apartado se estudiará cada una de estas figuras y, posteriormente, señalaremos la distinción ente ambas.

3.1.1 Conciliación

La conciliación es una figura muy antigua y con mayor arraigo en sistemas jurídicos de tradición civilista o de derecho continental (en contraposición al derecho anglosajón o *common law*).

En cuanto a sus antecedentes históricos, la conciliación fue una institución reconocida en Grecia y en Roma y recibió un nuevo impulso en la Edad Media con los pueblos germanos y con el advenimiento del cristianismo. Por lo que respecta a la Península Ibérica, se discute si la conciliación tuvo o no su origen en el Fuero Juzgo, sin embargo, aparece ya en las Siete Partidas con la institución de los *amigables componedores*. La conciliación se consolidó en la época de las codificaciones en Francia y España en los siglos XVIII y XIX, hasta hacerse obligatoria como requisito previo a un juicio declarativo.²¹⁰

Como lo señala el maestro **ESTAVILLO**, la figura de la conciliación se introdujo por la Constitución de Cádiz en forma permanente en España —y posteriormente en México— como requisito previo para entablar cualquier juicio. En 1857 se promulgó en México la Ley para el Arreglo de los Procedimientos Judiciales ante los Tribunales Judiciales y Juzgados de Distrito de los Territorios Federales.²¹¹

Como se verá un poco más adelante, ya en el siglo XX, después de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, mediante la promulgación y reforma de varios ordenamientos legales, la conciliación adquirió una amplia aplicación jurídica, aunque no necesariamente con gran relevancia en nuestro derecho.

Gramaticalmente, conciliación viene del vocablo *conciliatio* que significa: “[a]cción y efecto de conciliar”; lo que a su vez significa: “[c]omponer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí”, “[c]onformar dos o más posiciones o doctrinas al parecer contrarias” y “[g]ranjear o ganar los ánimos y la benevolencia”.²¹²

De los conceptos señalados podemos distinguir dos acepciones de término conciliación: (i) uno como resultado, es decir, como un acuerdo tomado por dos o más partes en disputa (esta acepción prescinde de un tercero neutral); y (ii) como la acción o efecto de conciliar, es decir, el procedimiento de intentar componer y ajustar ánimos opuestos. Esta segunda acepción se puede equiparar más a un proceso en el que podemos incluir ya a un tercero que ayude a conciliar dichos ánimos.²¹³

²¹⁰ **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO**, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. supra, nota 131; p. 385.

²¹¹ *Idem*; p. 386.

²¹² *Diccionario de la Lengua Española*, 20ª ed., Real Academia Española, Tomo I, Edit. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, España; p. 352.

²¹³ “Hay que distinguir los actos realizados por el juez o por la autoridad conciliadora [o tercero neutral], con la conciliación propiamente dicha que es el resultado benéfico de aquéllos.” **PALLARES, EDUARDO**, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Op. cit. supra, nota 127; p. 168.

Jurídicamente, se podría conceptualizar a la conciliación como "...la avenencia que, sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre partes que disienten acerca de sus derechos en un caso en concreto, y de las cuales una trata de entablar un pleito en contra de la otra."²¹⁴ **EDUARDO PALLARES** señala, y estamos de acuerdo, que la definición no es exacta porque puede haber conciliación cuando las dos partes quieran demandarse mutuamente y no sólo una de ellas lo pretenda hacer y porque algunas legislaciones permiten las diligencias de conciliación aun ya promovido el juicio (conciliación *endoprocesal*) o, inclusive, después de juicio.

Una nota característica de la conciliación, en sus distintas acepciones, es que el tercero neutral, el conciliador, juega un papel pro-activo en el procedimiento de conciliación en el que no solamente facilita la comunicación entre las partes sino que, además, está facultado para hacerle a las partes distintas propuestas para la solución de sus conflictos.

Según **SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA** y **RICARDO MÉNDEZ SILVA**, la conciliación forma parte importante del derecho procesal del trabajo, del derecho civil y del derecho internacional público.²¹⁵

En el proceso laboral ha venido a constituir un trámite obligatorio preliminar al arbitraje, que debe ser intentado en forma permanente por los tribunales de trabajo (o Juntas de Conciliación y Arbitraje) durante todo el desarrollo del proceso e, inclusive, por las distintas procuradurías de la defensa del trabajo a las cuales se les ha facultado para intentar soluciones amistosas en los conflictos que se les plantean (fracción III del artículo 530 de la Ley Federal del Trabajo). En nuestro orden jurídico laboral la conciliación tiene lugar también en forma obligatoria en los procedimientos especiales, en los procedimientos de conflictos colectivos de naturaleza económica y en el procedimiento de huelga.²¹⁶

Por lo que hace al derecho civil, los citados autores señalan que la conciliación no constituye un poder jurídico, sino un deber jurídico. En la mayoría de las legislaciones en materia civil, la conciliación es voluntaria y los conciliadores actúan cuando son requeridos para solucionar las controversias. Dentro del ámbito del derecho civil podemos encontrar a la figura de la conciliación en materia de justicia de paz, cuestiones familiares (litigios sobre cuestiones alimenticias, diferencias entre los cónyuges sobre la administración de los bienes comunes y la educación de los hijos, etcétera), de divorcio y, derivado de varias reformas a los códigos procesales, se introdujo a la conciliación como institución genérica la "audiencia previa y de conciliación", misma que, no obstante la buena fe del legislador, desafortunadamente no ha dado los resultados en la práctica.²¹⁷

La conciliación en materia de derecho internacional público es uno de los denominados "medios de solución pacífica de controversias entre sujetos de derecho internacional público." La maestra **LORETTA ORTIZ AHLF** considera al procedimiento conciliatorio como un *medio diplomático* de solución de controversias y señala que la doctrina ha definido a la conciliación internacional como "...la intervención en el arreglo de una diferencia internacional, de un órgano sin autoridad política propia que, gozando de la confianza de las partes en litigio, está encargado de examinar todos los aspectos de litigio y de proponer una solución que no es obligatoria para las partes."²¹⁸

El sistema de conciliación para el tratamiento de cuestiones internacionales adquirió importancia al aprobarse en la Sociedad de las Naciones la llamada Acta General para el Arreglo Pacífico de las Diferencias

²¹⁴ *Idem*; pp. 167 y 168.

²¹⁵ **BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO** y **RICARDO MÉNDEZ SILVA**, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, voz: *CONCILIACIÓN*, Tomo II, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Edit. Porrúa junto con la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002; p. 362.

²¹⁶ *Vid. Ibidem*.

²¹⁷ *Vid. Idem*; pp. 363 – 365.

²¹⁸ *Vid. ORTIZ AHLF, LORETTA*, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Edit. Oxford University Press, México, 1998; p. 179.

Internacionales adoptada en Ginebra, Suiza, en 1928. Asimismo, la conciliación internacional se reglamenta en numerosos tratados bilaterales y multilaterales como en la Conferencia Panamericana de Bogotá de 1948.²¹⁹

A partir de que México abrió sus fronteras, el legislador ha adoptado el criterio de las nuevas corrientes contemporáneas, que atribuyen a este instrumento un carácter dinámico, técnico y flexible, por lo que hoy en día existen diversas instituciones, judiciales y administrativas, que se encuentran facultadas para llevar a cabo procedimientos conciliatorios.

En un número creciente de leyes mexicanas, se contempla a la conciliación como mecanismo resolutorio de conflictos previo a la instancia judicial o arbitral. Su propósito no sólo es evitar que esos conflictos lleguen a los tribunales judiciales sino también ofrecer a las partes involucradas una alternativa especializada y diseñada según la materia.²²⁰

Dentro de las leyes y códigos, tanto sustantivos como adjetivos, que contemplan procedimientos para llevar a cabo la conciliación²²¹ podemos encontrar, entre otros: al Código Financiero del Distrito Federal, la Ley Agraria, la Ley de Instituciones de Crédito, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Ley del Seguro Social, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Federal del Derecho de Autor, la Ley General de Sociedades Cooperativas, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.²²²

Finalmente, tomando en cuenta que más adelante se analizará a la conciliación comercial, no podemos dejar de mencionar los esfuerzos recientes surgidos en diversos Estados de la República a iniciativa, la mayoría de ellos, del Poder Judicial, consistentes en ofrecer a los gobernados medios distintos para atender sus demandas.²²³ Estos son los llamados Centros de Justicia Alternativa²²⁴ o de Asistencia Jurídica y comúnmente tienen su sede en el Supremo Tribunal de Justicia de la entidad y forman parte de su estructura orgánica.²²⁵

²¹⁹ Vid. **BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO** y **RICARDO MÉNDEZ SILVA**, *Op. cit. supra*, nota 215; p. 363.

²²⁰ Desafortunadamente, existen opiniones en contra de la constitucionalidad de estos mecanismos, fundadas en la creencia de que contravienen al artículo 17 constitucional ya que representan un obstáculo al acceso a la justicia. Vid. **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, *Op. cit. supra*, nota 13; p. 23.

²²¹ En dichos cuerpos normativos se utilizan expresiones como: conciliación, conciliadores, procedimiento de conciliación, conciliación de intereses, amigable composición, conciliación entre partes, propuestas de conciliación, negociaciones, diálogo, concertación, avenimiento, procedimiento o instancia conciliatoria, entre otras.

²²² Para un análisis más puntal de los distintos ordenamientos que contienen procedimientos de conciliación se recomienda: (i) **MORENO MENDOZA, JESÚS**, "Los organismos administradores de la mediación", en *Pauta - Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.*, número 29, México, 2001; y (ii) **ORETSKIN, NANCY** y **LUIS MIGUEL DÍAZ**, "Compilación de preceptos legales sobre mediación en leyes mexicanas", en **DÍAZ, LUIS MIGUEL** y **NANCY A. ORETSKIN** (editores), *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*, *Op. cit. supra*, nota 162.

²²³ Para un análisis más exhaustivo de estos mecanismos y de su implementación en los distintos estados de la República, se recomienda la lectura de las siguientes fuentes: (i) **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, *Op. cit. supra*, nota 13; y (ii) **SARRE, MIGUEL**, *Perspectivas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con contenido patrimonial en México*, *Op. cit. supra*, nota 166; y (iii) **CASTELLANOS TIENDA, JESÚS ALEJANDRO**, *La institucionalización de los medios alternativos de solución de conflictos en el estado de Querétaro*, *Op. cit. supra*, nota 145.

²²⁴ Compartimos la impresión de la licenciada **CECILIA AZAR MANSUR** en el sentido de que parece inadecuado el uso de la expresión "Justicia Alternativa" como referencia a los sistemas distintos al jurisdiccional que hoy algunos poderes judiciales locales de la República Mexicana están difundiendo con gran entusiasmo, ya que a la larga puede generar confusiones y discusiones dogmáticas. Justicia sólo hay una, y su ejercicio no es una facultad delegable por el Estado. La actividad jurisdiccional es propia del Estado y la actividad de los conciliadores, mediadores y árbitros

Siguiendo a **CECILIA AZAR**, podemos señalar, entre otras, algunas de las características de dichos mecanismos:

- o Estos sistemas tienen su fundamento en una ley o en la decisión del Pleno del Tribunal Supremo Estatal;
- o En algunas reglamentaciones basta con la referencia del juez o el citatorio del director del centro para que las partes se vean ante el compromiso de intentar el arreglo de su conflicto mediante estos mecanismos conciliatorios; en otras el centro funciona únicamente ante la iniciativa conjunta y espontánea de las partes en conflicto;
- o Los conciliadores, así como los directivos de estos centros, son funcionarios del Poder Judicial de la Entidad Federativa y ello les otorga una investidura distinta de la privada.

Por último y también como lo señala la licenciada **AZAR MANSUR** el resultado de estas iniciativas puede ser sin duda positivo y realmente representar una alternativa eficaz para la atención de quejas ciudadanas y su éxito depende, entre otros, en una correcta regulación y en una debida capacitación de los que funjan como conciliadores.²²⁶

3.1.2 Mediación

Contrario a lo que sucede con la conciliación, la mediación, como sistema de solución de controversias, es una figura conocida y utilizada en sistemas de derecho anglosajón o *common law*.

Nos comenta **ENRIQUE URQUIDI**, que el origen de la mediación proviene de la fusión de los conceptos multidisciplinarios como el derecho y la psicología entre otros, encontrando la forma más común de la mediación en las costumbres de la iglesia, en donde frecuentemente el representante religioso (sacerdote, párroco, rabino, etcétera), intervenía como mediador a petición de los feligreses cuyas familias habían entrado en conflictos que, de entrada, se perfilaban como irreconciliables.²²⁷

La mediación fue usada por los chinos y los japoneses como un medio primario de resolución de conflictos, poniendo estas culturas énfasis en los arreglos de paz, por lo que una decisión de ganar o perder no era aceptada.²²⁸

La mediación se usa desde la antigüedad en muchos países de manera informal, por ejemplo: en los países escandinavos se utilizaba en los grupos de pescadores, de igual forma en las tribus africanas e israelíes.

Sin ahora distinguir a la mediación de la conciliación, es innegable que, de alguna u otra forma, la mediación siempre se ha utilizado. No obstante, para efectos del presente estudio, atenderemos principalmente a la experiencia estadounidense en donde se ha desarrollado la mediación con más importancia. La mediación

generalmente es una actividad de carácter privado. Vid. **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. 10 y 11.

²²⁵ Vid. *Idem*; pág. 23.

²²⁶ Vid. *Idem*; pág. 24.

²²⁷ Vid. **URQUIDI, ENRIQUE J.**, *Mediación Solución a Conflictos sin Litigios*, Centro de Resolución de Conflictos, México, 1999; p. 17.

²²⁸ Vid. *Idem*; pp. 17 y 18.

institucionalizada es ahora entendida como aquella en la que participan instituciones casi siempre conocidas como centros de mediación a los que acuden los participantes en un conflicto.²²⁹

El acta de Erman de 1888, en Estados Unidos, decretó que era necesario que las disputas laborales de los ferrocarrileros se resolverían a través de la mediación y arbitraje al igual que el acta Tierras Nuevas de 1913, La Tabla de Mediación Nacional de 1926 y el acta Taft-Hartley de 1947.

Gramaticalmente, el término mediación proviene del latín *mediatio* que significa: “[a]cción y efecto de mediar”, lo que a su vez significa, entre otras acepciones: “[l]legar a la mitad de una cosa”; [i]nterceder o rogar por uno”; [i]nterponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.²³⁰

Según **FERNANDO ESTAVILLO**, al margen del significado gramatical, el vocablo *mediación* tiene en derecho diversos significados a saber: (i) en el primero, la mediación ha sido conocida (en México), como un medio de intermediación mercantil equiparable al corretaje; (ii) en segundo término, se le conoce como medio de solución pacífica de controversias propio del derecho internacional público; y (iii) en tercer y último lugar, la mediación constituye uno de los llamado medios alternativos de solución de controversias.²³¹

En cuanto al primer significado señalado en el párrafo anterior, el de la *mediación como intermediación mercantil equiparable al corretaje*, que es el más conocido o manejado en México, **FERNANDO ALEJANDRO VÁZQUEZ PANDO**²³² señala que existe cierta confusión. Por un lado, encontramos a los corredores públicos regulados por la Ley Federal de Correduría Pública y, por otro, a las personas que realizan funciones de intermediación, a quienes puede denominarse *intermediarios libres* y, en otros casos, corredores ocasionales. Al respecto, señala el autor citado que existe una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece una clara distinción entre la correduría pública y la intermediación simple.²³³

RAFAEL DE PINA y **RAFAEL DE PINA VARA** definen a la *mediación* como el “[c]ontrato en virtud del cual una de las partes se obliga a abonar a la otra —que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil— una remuneración por tal servicio.”²³⁴

Por su parte, **VÁZQUEZ PANDO** define a dicho contrato como “...aquel en virtud del cual se ofrece a una persona el pago de una remuneración, si se logra que se lleve a cabo algún negocio determinado.”²³⁵

Sin profundizar demasiado en este tema, valga señalar que la mediación en negocios mercantiles es considerada en México como un *acto de comercio*. Ello conforme a lo dispuesto en la fracción XIII del artículo 75 del Código de Comercio que a la letra dice: “[l]a ley reputa actos de comercio: [...] XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles.”

²²⁹ Vid. **CALVILLO, ENRIQUE**, “La Mediación en México”, *Op. cit. supra*, nota 152; pp. 219 y 220.

²³⁰ *Diccionario de la Lengua Española*, 20ª ed., Real Academia Española, Tomo II, Edit. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, España; p. 891.

²³¹ **ESTAVILLO CASTO, FERNANDO**, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, voz: *MEDIACIÓN*, Tomo V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa junto con la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002; p. 42.

²³² **VÁZQUEZ PANDO, FERNANDO ALEJANDRO**, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, voz: *CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa junto con la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002; p. 580 y ss.

²³³ Vid. *Ibidem*.

²³⁴ **RAFAEL DE PINA** y **RAFAEL DE PINA VARA**, *Diccionario de Derecho*, 23ª ed. actualizada por Juan Pablo de Pina García, Edit. Porrúa, México, 1996; p. 369.

²³⁵ **VÁZQUEZ PANDO, FERNANDO ALEJANDRO**, *Op. cit. supra*, nota 232; p. 580.

No obstante, a pesar de lo señalado en dicho ordenamiento no se encuentra debidamente regulada en la legislación mexicana dicha actividad, ni tampoco el contrato de mediación como tal; sin embargo, la doctrina ha aceptado desde hace tiempo la existencia de tal figura.

En sentido análogo, aparece la mediación en el derecho fiscal mexicano que equipara la mediación mercantil a la correduría o al corretaje, como sucedía en la antigua Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles actualmente abrogada.²³⁶

Sin pretender caer en conclusiones prematuras, el concepto jurídico de la mediación generalmente utilizado en la práctica mexicana en poco o en nada se asemeja con el concepto de mediación que pretendemos analizar en el presente trabajo: el de la mediación como Mecanismo Alternativo. De lo anterior podemos advertir, *a priori*, que la mediación es prácticamente desconocida en México como un “mecanismo de solución de controversias”.

La segunda acepción del término *mediación* se refiere a uno de los medios tradicionales de solución pacífica de controversias, que se caracteriza por la participación de un tercer Estado en un conflicto que involucra a otros Estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo.²³⁷

La tercera acepción del término es aquella que se refiere a la *mediación* como un medio alternativo de solución de controversias que, como tal, representa un medio autocompositivo consistente en que un tercero independiente, imparcial y neutral, actúa como un facilitador que busca una avenencia entre dos o más partes para lograr que éstas, de común acuerdo, encuentren una solución a sus diferencias.

Distinto a lo que sucede en la conciliación, aunque ello no es categóricamente reconocido por la totalidad de la doctrina, el papel del mediador se circunscribe a actuar como facilitador entre las partes para que sean éstas las que encuentren la solución a sus problemas, estando el mediador impedido de dotar a las partes con propuestas para la solución de dichos problemas, ya que el hacerlo podría afectar su imparcialidad.²³⁸

En este sentido, **GONZÁLEZ CALVILLO** define a la mediación como el “...procedimiento autocompositivo que consiste fundamentalmente en que un tercero llamado mediador, quien debe contar con una experiencia debidamente acreditada en la negociación o conciliación de controversias, se encarga de establecer la comunicación y acercamiento necesario a fin de que las partes lleguen a un arreglo que se ajuste a sus necesidades, mismo que comúnmente queda plasmado en un convenio de transacción.”²³⁹

Por su parte, **ENRIQUE J. URQUIDI** define a la mediación como un “...proceso mediante el cual, las partes en conflicto, asistidas por un tercero neutral, buscan identificar opciones reales y alternativas viables para dirimir su controversia y llegar a un acuerdo que ofrezca soluciones de mutua satisfacción, mediante la colección de técnicas de negociación que permitan restablecer la confianza y el respeto entre los participantes, fortaleciendo la autodeterminación y, en su caso, ayudar a minimizar los efectos adversos de una ruptura definitiva de relaciones.”²⁴⁰

²³⁶ ESTAVILLO CASTO, FERNANDO, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, voz: MEDIACIÓN, *Op. cit. supra*, nota 231; p. 42.

²³⁷ ESTAVILLO CASTO, FERNANDO, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, voz: MEDIACIÓN INTERNACIONAL, Tomo V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa junto con la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002; p. 49.

²³⁸ Aunque reconozco que existen argumentos válidos en el sentido de que la facultad del mediador de proponer soluciones a las partes podría alterar su imparcialidad, sobre todo por las características del proceso de mediación, desde mi punto de vista el mediador no sólo puede, sino que debe estar autorizado a hacer propuestas de solución a las partes.

²³⁹ GONZÁLEZ CALVILLO, ENRIQUE, “La Mediación en México”, *Op. cit. supra*, nota 152; p. 178.

²⁴⁰ URQUIDI, ENRIQUE J., *Mediación – Solución de conflictos sin litigio*, Centro de Resolución de Conflictos, México, 1999; p. 19.

Las definiciones antes transcritas, así como las utilizadas por la mayoría de los estudiosos de ésta materia, concuerdan, entre otros, en los siguientes puntos²⁴¹:

- En la intervención de un tercero neutral, que ayuda y coordina la negociación sin tener la autoridad de ser éste quien tenga la facultad de realizar un decisión vinculativa para los participantes;
- El ser un procedimiento fundamentalmente privado, informal, y voluntario en el cual los participantes seleccionan a un tercero neutral que los ayuda a alcanzar un acuerdo razonable.
- El papel fundamental del mediador es el de facilitar la comunicación entre las partes promoviendo la reconciliación, así como el de ayudar a encontrar a las mismas los puntos en disputa ayudando a entender los diferentes puntos de vista y generar opciones de arreglo.

Contrariamente a lo que sucede en el caso de México, en que la mediación como Mecanismo Alternativo es prácticamente desconocida, en los Estados Unidos, así como en otros países con la misma tradición jurídica, la mediación es más conocida y utilizada como tal.

En este sentido, la mediación es definida en el derecho estadounidense como "...el método privado e informal, en el cual un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes en disputa a llegar a un arreglo respecto de la misma."²⁴²

Para algunos autores, son varias las ventajas que caracterizan a la mediación:

- Es amistosa para las partes y utiliza un lenguaje sencillo;
- Es flexible gracias a su relativa informalidad lo que le permite adecuarse a las circunstancias y a las partes contendientes;
- Procura el mantenimiento de relaciones evitando su resquebrajamiento;
- Produce acuerdos novedosos y creativos en virtud de que el mediador, conjuntamente con las partes, busca generar toda una gama de opciones destinadas a solucionar el problema; y
- Las partes pueden mantener el control y ritmo del procedimiento, lo cual genera una gran reducción de costos y de tiempo.

Por lo antes expuesto y amén de las consideraciones respecto de las diferencias y semejanzas entre la mediación y la conciliación que se analizarán en el siguiente inciso, "...si se quisiese analizar a la conciliación [comercial] desde la óptica de los modernos *medios alternativos de solución de controversias*, cabría hacerlo desde la óptica de la mediación...".²⁴³ En consecuencia, el desarrollo del presente capítulo se enfocará a describir y analizar a la conciliación comercial desde la perspectiva de la mediación.

²⁴¹ Vid. JOSÉ AGUILAR, PAUL YAMIL, *La mediación en México como vía alternativa para la solución de controversias*, Op. cit. supra, nota 156; p. 21.

²⁴² CABBELL BLACK, HENRY, *Black's Law Dictionary*, voz: MEDIATION, 6ª ed. abreviada, Edit. West Publishing Co., EE.UU., 1991; p. 678.

²⁴³ ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. supra, nota 131; p. 390.

3.1.3 Distinción entre conciliación y mediación

Existe numerosa doctrina sobre la relación entre la conciliación y la mediación y grandes discursos en torno a la diferencia entre una y la otra.²⁴⁴

Hay varios puntos de vista que resaltan la importancia de mantener estas figuras separadas, sobre todo bajo el criterio del comportamiento y función del tercero neutral: el conciliador o el mediador.²⁴⁵

La primera distinción entre ambas figuras que se ha propuesto consiste en si debe o no existir un tercero neutral. En la conciliación *lato sensu*, se dice que no resulta necesaria la intervención de un tercero para que las partes opuestas puedan llegar a una avenencia ya que en forma independiente pueden conciliar sus intereses y llegar a una solución, mientras que en la mediación, por definición, aparece como esencial la presencia de un tercero que intervenga ante las partes interponiéndose entre ellas para lograr su avenencia. Desafortunadamente este primer criterio de poco o nada nos sirve si la definición de conciliación que nos interesa para los propósitos del presente estudio es precisamente aquélla que contempla un procedimiento en el que necesariamente interviene un tercero.

Desde nuestro punto de vista, la mediación y la conciliación, como sistemas de solución de conflictos, coinciden en que: (i) son técnicas empleadas para solucionar conflictos; (ii) un tercero neutral interviene en el procedimiento (independientemente de las facultades de dicho tercero, como se verá más adelante); y (iii) son las partes, que no el tercero, las que, en su caso, solucionan el conflicto por sí mismas.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como lo señalado en los dos incisos que preceden, podemos encontrar las siguientes diferencias entre ambas figuras.

La tendencia más fuerte en diferencias a la conciliación y la mediación se centra en la naturaleza y facultades del tercero neutral encargado de conducir el procedimiento. En la mediación, por lo general, se considera que la labor del mediador es solamente reunir y facilitar la comunicación entre las partes. Esta tendencia prohíbe al mediador proponer soluciones de cómo pueden las partes alcanzar un acuerdo. Por el contrario, en la conciliación el conciliador no sólo se encarga de ayudar a las partes a solucionar su conflicto sino que, además, está facultado para proponer formas de solucionarlo. Lo curioso de esta distinción es que existen no pocos autores que señalan exactamente lo contrario.

Por otro lado y siguiendo, entre otros, a **CECILIA AZAR MANSUR**, más que centrar la distinción en la labor del tercero, considero que la diferencia responde a dos criterios: (i) a la tradición jurídica; y (ii) al foro de utilización.²⁴⁶

²⁴⁴ Para mayor detalle acerca del uso de ambos términos y de sus diferencias y semejanzas ver, entre otros: (i) **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; (ii) **DEPUIS, J.C.**, *Mediación y Conciliación*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999; (iii) **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO**, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. supra, nota 131; y (iv) **MARTÍNEZ DE MURGUÍA, BERNARDO**, *Mediación y Resolución de Conflictos*, Edit. Paidós, 1999.

²⁴⁵ "Si bien es aceptado que por virtud de la conciliación y la mediación un tercero asiste a las partes a resolver una controversia, existe una falta de consenso acerca de la naturaleza exacta y la diferencia entre ambas. Dependiendo del alcance de la investigación que se realice, pueden encontrarse autores que sostienen que son distintos y otros advierten que son términos que pueden ser utilizados en forma intercambiable. Más aún, entre los primeros, no existe consenso acerca de la utilidad y función precisa del conciliador y el mediador. **En mi opinión, las instituciones no sólo son distintas, sino que deben serlo.** No estoy posicionado acerca de cuál institución debe ser llamada de qué manera. Sin embargo, en mi opinión hay algo que se pierde de vista dentro de la discusión semántica: existen funciones, objetivos y circunstancias que exigen la utilización de uno a diferencia de otro." (Énfasis nuestro) **GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO**, *Arbitraje*, Op. cit. supra, nota 190; p. 26.

²⁴⁶ Vid. **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. 12 -14.

En cuanto a la tradición jurídica, como se apuntó en su oportunidad, la conciliación es un término más cercano a la tradición civilista (aunque el tipo de conciliación que hasta ahora se conoce y práctica en nuestro país, tiene una naturaleza distinta y es ajeno al concepto moderno de medios alternativos de solución de controversias). Por su parte, la mediación, como sistema de solución de conflictos, es un término más utilizado en países de derecho anglosajón y particularmente en Estados Unidos en donde su desarrollo y su difusión han rebasado sus fronteras y en los últimos años hemos escuchado más frecuentemente el uso de este término en relación con el de conciliación.²⁴⁷

Por lo que respecta al foro de utilización, con el incipiente fortalecimiento en México de la mediación en el contexto privado y más recientemente en los programas anexos a los tribunales, nos encontramos ante una aparente interacción de ambos términos.²⁴⁸ No obstante, la tendencia es a identificar a la conciliación como una etapa del juicio o de un procedimiento administrativo encaminado a intentar avenir a las partes que se lleva a cabo ante el funcionario judicial o administrativo en cuestión, mientras que la mediación comienza a ser identificada como un procedimiento independiente que, por lo general, se inicia ante un mediador privado o ante uno asignado por una institución privada o por un tribunal si se trata de un programa anexo al Poder Judicial.²⁴⁹

Más o menos en el mismo sentido se pronuncia **FERNANDO ESTAVILLO** quien respecto de este tema señala:

“...somos de la opinión de que, por lo que respecta a México, en virtud de que existen diversas disposiciones legales que expresamente regulan ciertos procedimientos de conciliación y facultan a ciertos órganos gubernamentales para conducirlos, pudiera reservarse el término “mediación” para la solución pacífica de controversias en forma *privada*, con carácter *no obligatorio*, con la *intervención de un tercero* que conduzca el procedimiento para acercar a las partes con el fin de *lograr una avenencia* entre ellas que *pueda culminar* en una *transacción*. En consecuencia, el término “conciliación” permanecería como aplicable únicamente a (1) aquellas instancias de conciliación o “*composición amigable*”, obligatorias o no, *previstas por los diversos ordenamientos legales* que, a sus vez, *facultan órganos* para tal efecto; y (2) aquellos casos en que las *partes en conflicto, sin intervención de tercero, concilien espontáneamente* sus diferencias hasta llegar a una *avenencia*.”²⁵⁰

Por último, otra conclusión que me parece importante destacar es la de **FERNANDO ESTAVILLO CASTRO** quien, cuando analiza a la mediación en la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, señala:

“Actualmente la discusión terminológica al respecto se considera una cuestión irrelevante a nivel internacional y [diversos] autores [...] consideran ambos términos como sinónimos o intercambiables. Por lo que respecta a América del Norte, en el Comité Consultivo de Solución de Controversias Internacionales del Tratado de Libre Comercio de América del

²⁴⁷ Vid. *Idem*; pp. 13 y 14.

²⁴⁸ Esta interacción se refiere al empleo indistinto de los términos conciliación y mediación para cualquier procedimiento autocompositivo en el que concurra la asistencia de un tercero neutral, independientemente del ámbito en el que se le utilice (público, privado, en foros administrativos, en foros judiciales, en foros internacionales, etcétera).

²⁴⁹ Vid. *Idem*; p. 14.

²⁵⁰ **ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO**, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Op. cit. *supra*, nota 131; p. 396.

Norte (TLCAN), que amalgama los sistemas de *common law* y de *derecho civil*, se ha acuñado el término “*conciliación/mediación*”.²⁵¹

Personalmente, al igual que varios autores, considero que debemos tratar a la conciliación y a la mediación, en tanto mecanismos alternativos de solución de controversias, como sinónimos y que el mediador o conciliador, en su caso, acuerden con las partes si desean que él emita ciertas recomendaciones de arreglo o no y seguir la voluntad de las partes al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior y para efectos prácticos, en lo sucesivo, a menos de que se señale expresamente lo contrario, al referirnos a la conciliación comercial se utilizarán indistintamente los términos: (i) conciliación; (ii) conciliación comercial; (iii) mediación; ó (iv) conciliación/mediación.

3.1.4 Conciliación Comercial

Ya que nuestro objeto de estudio es la *conciliación comercial*, terminaremos el presente apartado como lo empezamos, definiéndola.

De acuerdo a lo señalado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional, misma que será objeto de análisis en el capítulo posterior, para efectos del presente trabajo entendemos por *conciliación comercial* como aquel:

“...procedimiento, designado por los términos de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.”²⁵²

Desde mi punto de vista, una de las aportaciones más importantes de la Ley Modelo fue la de proponer la uniformidad de los términos que se emplean en el mundo para designar este tipo de mecanismo de solución de conflictos y, con ello, despejar las inquietudes suscitadas respecto de los términos de conciliación y mediación antes comentados.²⁵³

²⁵¹ ESTAVILLO CASTO, FERNANDO, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, voz: MEDIACIÓN, Op. cit. supra, nota 231; p. 47.

²⁵² Artículo 1(3) de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación comercial Internacional. Este concepto ha sido reconocido y utilizado por varios autores que analizan dicha Ley Modelo, entre ellos, el licenciado JOSÉ MARÍA ABASCAL ZAMORA, actual presidente del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y Director de la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. ABASCAL ZAMORA, JOSÉ MARÍA, “Algunas consideraciones sobre la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional”, *Boletín Informativo de Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México*, año 4, número 9, Septiembre de 2004, México; p 2.

²⁵³ Vid. AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; p. 67.

De la definición antes citada podemos destacar los siguientes elementos:

- a) *La conciliación comercial como procedimiento.* Como ya se ha señalado, entendemos a la conciliación como un procedimiento y con ello delimitamos el término genérico de la conciliación circunscribiéndolo a dicha acepción dejando de lado a la conciliación como el *resultado* (al que pueden llegar las partes respecto de una controversia suscitada entre ellas).
- b) *Unificación de términos.* Asimismo, ya se comentó nuestra conformidad con la uniformidad de los términos con objeto de despejar los malos entendidos respecto de una u otra figura.
- c) *Intervención de un tercero o terceros.* Aquí es importante resaltar la intervención de un tercero en el procedimiento de conciliación comercial. Respecto de la intervención de un tercero, la definición es amplia y permite, en principio, la intervención de uno o más terceros. Aunque la gran mayoría de los autores señala la conveniencia de que sea solamente un tercero neutral (el conciliador) y no varios, ello, debido a la naturaleza y características del procedimiento²⁵⁴. No obstante, el que puedan intervenir varios terceros refleja un poco la flexibilidad de este instrumento dependiendo de las circunstancias específicas de la controversia que se intente avenir a través del mismo.
- d) *Procedimiento en el que las partes **solicitan** la intervención del tercero.* Esta parte de la definición resalta el carácter voluntario de la conciliación comercial, es decir, solamente se puede asistir a la conciliación comercial si hay un acuerdo de las partes para acudir a ella. Este acuerdo puede ser anterior o posterior al surgimiento de la controversia ya sea mediante la inclusión de una cláusula contractual o mediante la celebración de un acuerdo o convenio al respecto. Cabe advertir que, a diferencia del arbitraje, no existe una formalidad específica que deba revestir dicho acuerdo, aunque siempre será recomendable que éste se haga por escrito para evitar posibles contingencias acerca de la existencia o alcance del mismo acuerdo.²⁵⁵
- e) *Asistencia por lograr un arreglo amistoso de una controversia.* La misma definición reconoce, desde mi punto de vista, que el procedimiento de conciliación comercial es un medio *amistoso* para procurar la solución de una disputa. Ello, quizá, es reflejo de la naturaleza de la conciliación comercial contrapuesta a los métodos adversariales de solución de controversias. Las partes, así como el conciliador, deben tener siempre presente que lo que se pretende es avenir, de la mejor manera posible, una disputa bajo el esquema ganar-ganar, en el que las partes pudiendo hacerse recíprocas concesiones (aunque no necesariamente), saquen el mejor provecho disponible. Por último y como presupuesto de toda conciliación comercial, debe existir una controversia, en el sentido amplio del término, como se señaló al tratarse los Mecanismos Alternativos.²⁵⁶
- f) *Que la controversia derive de una controversia comercial contractual o, inclusive, extracontractual.* El universo de controversias que se pueden resolver mediante la conciliación comercial es muy

²⁵⁴ “Normalmente existe un solo mediador, a menos que las partes acuerden que sean más.” Amézquita Díaz, Daniel, “El proceso de mediación”, en Pauta – Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., México, 2001; p. 9.

²⁵⁵ Si no consta el acuerdo por escrito o en algún medio que compruebe la intención de las partes en este sentido, se corre el riesgo de tener que probar la intención de las mismas.

²⁵⁶ Más adelante se estudiará el contenido del procedimiento conciliatorio, la importancia del tercero neutral (el conciliador), y cuáles son los métodos o habilidades que éste emplea durante el procedimiento. En esta sección se reflejará, un poco más detalladamente, el carácter benévolo o amistoso del procedimiento.

amplio.²⁵⁷ No obstante, la primer delimitación la encontramos en que el mecanismo que se estudia está enfocado a *controversias comerciales*.²⁵⁸ En este sentido vale la pena señalar lo que la misma Ley Modelo entiende por el término “comercial”:

“Debe darse una interpretación amplia al término “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”²⁵⁹

Como se desprende del texto transcrito, la definición del término “comercial” es muy amplia²⁶⁰. Por lo que respecta a derecho mexicano, existen un sinnúmero de procedimientos conciliatorios establecidos específicamente para la solución de conflictos comprendidos dentro de dicha definición como lo son las operaciones financieras, de banca, seguros, etcétera. Para adecuar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo acorde a la realidad jurídica mexicana, en caso de aceptar la inclusión de la Ley Modelo en nuestro sistema legal (como se hizo en su momento al adoptar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional), esto podría salvarse al establecer una leyenda como la siguiente “las disposiciones acerca de la conciliación comercial se aplicarán salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de conciliación.”

Como último comentario, solamente me gustaría recalcar que la conciliación comercial solo podría aplicarse a aquéllas controversias transigibles o respecto de las cuales las partes tengan libre disposición.

- g) *El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.* Este elemento de la definición concuerda con los elementos y características hasta ahora apuntados de la conciliación, sobre todo respecto de su naturaleza autocompositiva. En la conciliación comercial, el conciliador ayuda a negociar una transacción en que se compaginen las necesidades y los intereses de las partes en la controversia. El proceso conciliatorio se basa totalmente en el consenso y son las

²⁵⁷ Respecto del “universo” de las controversias que se pueden resolver mediante la conciliación comercial se recomienda el análisis del licenciado ENRIQUE GONZÁLEZ CALVILLO en su artículo “La Mediación en México”. GONZÁLEZ CALVILLO, ENRIQUE, “La Mediación en México”, *Op. cit. supra*, nota 152; pp. 200 y siguientes.

²⁵⁸ “En el curso de la preparación de la Ley Modelo se convino en que el ámbito de aplicación del reglamento uniforme se limitara a las cuestiones comerciales...”. *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional*; p. 19.

²⁵⁹ Cita textual de la nota al pie “a” referida al artículo 1(1) de la Ley Modelo.

²⁶⁰ “En la nota 1 de pie de página, correspondiente al párrafo 1 del artículo 1, figura una lista ilustrativa y no exhaustiva de relaciones que se podrían calificar “de índole comercial”. La finalidad de la nota es dar amplitud y envergadura al texto a fin de superar las dificultades técnicas que pudiera plantear el derecho interno al determinar el carácter comercial de una operación. “La nota está inspirada en la nota al pie de página del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. En dicha Ley Modelo no figura ninguna definición estricta del término “comercial” con el fin de que se dé al término una interpretación amplia de la interpretación sugerida y se aclara que el texto no se basa en lo que el derecho interno pueda considerar “comercial”. *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional*; p. 20.

partes quienes, con la asistencia de un tercero neutral, determinan el modo en que resolverán la controversia. El tercero neutral no tiene autoridad para imponer a las partes una solución de la controversia.

No obstante, el que el conciliador no esté facultado para imponer a las partes una solución a la controversia, no lo limita a que pueda hacer recomendaciones a las partes respecto posibles soluciones. Se considera, por tanto, de importancia crucial la flexibilidad que permiten los procedimientos de conciliación y la posibilidad de adaptar el proceso a las circunstancias de cada caso y a los deseos de las partes, quienes podrán determinar en todo caso si el conciliador podrá o no formular propuestas de solución.

3.2 Orígenes y antecedentes de la Conciliación Comercial

Los orígenes y antecedentes de la conciliación comercial, en su connotación actual, son prácticamente los mismos que se señalaron al analizar los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. No obstante y partiendo, como se advirtió con anterioridad, del análisis de la conciliación comercial en su estrecha relación con la mediación, se requiere puntualizar algunas cuestiones específicas al respecto.

La mediación como uno de los Medios Alternativos, tuvo uno de los impulsos más importantes a mediados de la década de los setentas en los Estados Unidos como mediación institucionalizada en la industria de la construcción que implica relaciones legales complejas entre el dueño, contratista, subcontratista, los arquitectos y los proveedores.

Para **ROBERTO A. GOODIN**, el origen de la mediación institucionalizada es el resultado de la "Teoría de Negociación" de **ROGER FISHER** y **WILLIAM URY**, que tuvo una gran difusión a través de su obra "Getting to Yes". Dichos autores sugieren que en vez de basarse en posiciones, la negociación debería concentrarse en los intereses fundamentales de cada uno de los participantes permitiendo así una solución justa y mutuamente beneficiosa del conflicto.²⁶¹

En el año de 1971, mediante una concesión del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, se crearon programas en el Distrito de Columbus, Ohio, para la resolución de disputas ciudadanas (mediación específicamente). Ésta fue la primera Corte en establecer este tipo de programas, utilizando a abogados que servían como mediadores.

Como se comentó en su oportunidad, en el año de 1976 en la conferencia "POUND", así llamada por la conmemoración del 70 aniversario de Dean Roscoe Pound (quien resaltó su disertación de la insatisfacción del sistema legal americano), es precisamente donde surgió el movimiento sobre los medios alternativos de solución de controversias. Esta conferencia fue el medio para que se fortaleciera la preocupación en observar debidamente el por qué de la insatisfacción popular, de cómo era llevada a cabo la impartición de justicia en ese país, siendo algunos de los principales focos de atención la gran carga de trabajo de los tribunales y el alto costo que propicia un litigio. Es en el año de 1977, cuando se inaugura el Instituto para la Medición y Resolución de Conflicto en la ciudad de Nueva York.

²⁶¹ **GOODIN, ROBERT**, "La Mediación - Panorama General de la Solución Alternativa de Controversias", *Issues of Democracy*, Departamento de Estado de los Estados Unidos, 1999, (Visible en la página web <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/1299/iids/goodin.htm>); p. 1.

Como se desprende de lo anterior, desde los años setentas del siglo pasado, la mediación se convirtió en un método para resolver una amplia variedad de disputas en los Estados Unidos y, particularmente, en el ámbito comercial.²⁶²

Un antecedente importante se dio en 1980 cuando la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional expidió su Reglamento de Conciliación. Dicho reglamento tuvo por objeto ofrecer a las partes un conjunto de normas armonizadas internacionalmente que sirvieran para dirimir controversias comerciales internacionales. El Reglamento en comento también fue utilizado como modelo por numerosas instituciones al redactar las normas que regulaban sus propios servicios de conciliación o mediación.²⁶³

En fechas recientes, el área de la conciliación comercial se ha desarrollado en forma importante. En específico, podría referirme, entre otros, a la expedición por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional (objeto de análisis de la presente tesis) y a la emisión por la Cámara de Comercio Internacional de su "Reglamento ADR".²⁶⁴

Asimismo, existen otras referencias adicionales que no pueden pasar desapercibidas como la expedición y utilización de las Reglas de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA), del Reglamento de Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI), del Reglamento de Mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), así como de la relativamente reciente creación del Instituto Mexicano de la Mediación (IMM).²⁶⁵

Derivado de lo anterior, un gran número de jurisdicciones en Europa, Asia, así como en varios países de Norte, Centro y Sudamérica, han adoptado en sus legislaciones el procedimiento de mediación (o conciliación comercial) para resolver controversias comerciales.

3.3 Especies de Conciliación Comercial, un comentario

Continuado con el estudio de la conciliación comercial, desde la óptica de la mediación, como ya se ha mencionado, vale la pena detenernos un momento y señalar algunas de los tipos de mediación/conciliación que señala la doctrina.

La doctrina estadounidense, por ejemplo, ha clasificado los programas de la mediación para dividirla, por una parte en aquellos en donde las partes ya tienen derechos preestablecidos llamados "A Base de Derechos", es decir, en donde el desarrollo de la decisión de las partes se basa precisamente en lo que las mismas piensan que

²⁶² En el año 2001, la Conferencia Nacional de los Comisionados para la Uniformidad de Leyes Estatales de los Estados Unidos, en un esfuerzo importante por armonizar más de 2,500 leyes diferentes relativas a la mediación en dicho país, adoptó la Ley Uniforme de Mediación (*Uniform Mediation Act*), para su uso en conflictos comerciales domésticos.

²⁶³ La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 35/52 del 4 de diciembre de 1980, recomendó el uso de dicho Reglamento "en casos donde las controversias surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales y las partes involucradas busquen una solución amigable a su disputa acudiendo a la conciliación". El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, por otro lado, a jugado un papel muy importante en la preparación de otros reglamentos, como el Reglamento de Mediación de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), el de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI), el Reglamento de Conciliación Facultativa y las Reglas ADR de la Cámara de Comercio Internacional e, inclusive, en la elaboración de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional. Vid. **BARIN, BABAK**, "UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – How can Canada make a contribution to the uniform enforcement of settlement agreements around the world?", *Op. cit. supra*, nota 2; p. 70.

²⁶⁴ Vid. **GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO**, *Arbitraje*, *Op. cit. supra*, nota 190; p. 25.

²⁶⁵ Como una referencia de la amplia gama de instituciones dedicadas a la administración de Mecanismos Alternativos como el arbitraje, la mediación y la conciliación comercial se recomienda la lectura de **MORENO MENDOZA, JESÚS**, "Los organismos administradores de la mediación", *Op. cit. supra*, nota 222.

obtendrían en caso de llevarse la controversia a juicio, por lo que existe un énfasis marcado para la protección de aquellos derechos que definen la posición negociante, y por otro lado un proceso de carácter más bien terapéutico, que se acerca más a la idea de la mediación tradicional llamado “De los Intereses Basados” en donde se auxilia a las partes en disputa a entender y a subrayar las necesidades e intereses de su contraparte.²⁶⁶

Cabe también apuntar, que la conciliación/mediación se puede clasificar por el ámbito material de su validez, siendo privada aquella que concierne exclusivamente a los particulares, y pública la que atañe a dos o más autoridades. Así, cuando intervengan las autoridades en algún procedimiento de mediación o conciliación comercial, ésta será considerada pública o privada según con el carácter que actúe dicha autoridad.

Es importante esta distinción debido a que la mediación pública sólo entre autoridades, difiere de la privada en el procedimiento, ya que la primera no sólo afecta a dichas autoridades sino también al interés general. El aspecto más significativo es la confidencialidad, ya que la mediación tradicional opera bajo los auspicios de tal confidencialidad, siendo lo contrario para la pública, pues ésta contiene materias que afectan a terceros.

Tomando como referencia la clasificación antes mencionada, como se comentó anteriormente, la licenciada **CECILIA AZAR** distingue entre la conciliación pública (conciliación ante comisiones administrativas y conciliación y mediación en sede judicial) y la conciliación o mediación privada.²⁶⁷

Muy parecido a lo que sucede con el arbitraje comercial, podemos encontrar otra clasificación o especie de conciliación/mediación desde el punto de vista de la intervención o no de un organismo (sea público o privado) en el desarrollo del procedimiento, así encontramos a la conciliación comercial institucionalizada y la conciliación comercial *ad-hoc*. La conciliación comercial institucionalizada, es aquella en las que participan “Centros Administradores de Conciliación Comercial” a los que acuden las partes a efecto de que le sean resueltas sus controversias. La *ad-hoc*, por su parte, es aquella en la que las mismas partes (junto con el conciliador) determinan las reglas que conducirán el procedimiento sin necesidad de la intervención de un organismo, centro o institución que los ayude a administrar el proceso.

Un aspecto a considerar relacionado con la conciliación comercial institucional es, como se mencionó con anterioridad, que se ha desarrollado una diferencia entre la conciliación pública y privada. Así, encontramos a organismos o centros de conciliación públicos o dependientes de los departamentos de justicia o poderes judiciales de cada Estado –siendo el mismo Estado quien ofrece el servicio de manera gratuita, bajo algunos supuestos, los cuales son sustentados por el presupuesto federal o local y promoviendo el servicio social de mediadores para la prestación del servicio²⁶⁸– y, por otro lado, instituciones netamente privadas que ofrecen los servicios de administración de procedimientos de arbitraje o mediación que cuentan con sus propias reglas de procedimiento y, en algunos casos, con listas de árbitros y mediadores.²⁶⁹ La diferencia radica en que estas instituciones no son dependientes del Poder Judicial, aunque el procedimiento sea esencialmente el mismo.

Cabe apuntar que la conciliación comercial (excepción hecha del caso de los Estados Unidos), se ha desarrollado, principalmente, en el ámbito internacional, por lo que podemos establecer una diferencia entre

²⁶⁶ **NOLAN-HALEY, JAQUELINE M.**, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, Op. cit. supra, nota 158; p. 57.

²⁶⁷ Vid. **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. 22 – 24.

²⁶⁸ Mediante esta vía, el Estado busca descongestionar el apartado de administración de justicia, en aquellas materias que éste considera como mediables, y son precisamente estos mediadores/conciliadores, los encargados de establecer y llevar a cabo el procedimiento (generalmente adscritos a los distintos juzgados y vigiados por los colegios de profesionales en las materias especializadas), y cuya actuación está definida por la diversa reglamentación de los distintos ordenamientos.

²⁶⁹ En la mayoría de los casos y cuando la materia objeto de la controversia lo permite, se deja a las partes la libertad de acudir a los centros de mediación pública adscritos al juzgado o, por otro lado, a acudir a instituciones o colegios de profesionales privados.

conciliación comercial nacional e internacional. Al igual de lo que sucede con el arbitraje comercial, podríamos decir que la conciliación comercial internacional, es aquella en la que: (i) Las partes en el momento de la celebración del acuerdo para resolver sus controversias mediante un procedimiento de conciliación, tengan sus establecimientos en países diferentes; o (ii) el lugar de conciliación, determinado en el acuerdo correspondiente, el lugar del cumplimiento de una partida sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de la controversia tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento.

3.4 *Diferencias entre la Conciliación Comercial y otros Mecanismos Alternativos*

3.4.1 *Diferencias con la Negociación*

La conciliación comercial difiere de la negociación entre las partes al involucrar una solución de la controversia a un tercero independiente e imparcial que ha de prestarles asistencia.

Puede decirse que la conciliación comercial es una extensión de la negociación, pero en la negociación, en *stricto sensu*, son las partes quienes directamente resuelven la disputa sin la necesidad de la intervención de un tercero neutral. Cuando la negociación tiene éxito, es el medio más eficiente de resolver la disputa, ya que no hay que costear los honorarios del tercero neutral, ni padecer los retrasos que implica, eventualmente, el procedimiento de selección del tercero neutral y su actuación, como podría suceder en la conciliación comercial.

3.4.2 *Diferencias con el Arbitraje*

La figura del arbitraje, a diferencia de la conciliación comercial, se da cuando las partes presentan su caso a un tercero neutral el cual está facultado para rendir, por ministerio de ley, una decisión vinculativa para las partes.

La conciliación comercial, a diferencia del arbitraje, es un procedimiento autocompositivo, es decir, son las partes quienes toman las decisiones siendo que el conciliador ayuda a las mismas a evaluar sus metas y opciones para así encontrar su propia solución. Una vez acordados los términos de solución, el conciliador podrá ayudar a las partes a redactar un acuerdo que sea obligatorio para aquéllas, basándose en reglas y principios de la teoría general de las obligaciones como el de *pacta sunt servanda*. La "ejecutoriedad" del acuerdo a que lleguen las partes depende de las reglas internas de cada país y será objeto de estudio más adelante. Por su parte el arbitraje, al igual que el litigio, es de carácter heterocompositivo, es decir, que la solución no es dada por las partes, sino que es precisamente el árbitro, un tercero ajeno a las partes, quien rinde una decisión legal que es vinculativa para las partes.

3.5 *El procedimiento de Conciliación Comercial*

Dada la flexibilidad de la conciliación comercial y su cada vez mayor utilización para solución de controversias de muy diversa índole, no existe un procedimiento conciliatorio único. Sin embargo, derivado de lo señalado por la mayoría de la bibliografía revisada e intentando hacer un compendio de varios reglamentos de mediación y conciliación privadas, podemos señalar algunas de las etapas genéricas en las cuales podemos dividir el procedimiento de conciliación comercial.

El proceso conciliatorio se basa en el consenso y son las partes quienes, con la asistencia de un tercero neutral, determinan el modo en que se dirimirá la controversia. Toda vía de conciliación puede diferir de otra similar en detalles de procedimiento que dependerán de lo que se juzgue ser el mejor método para resolver una determinada controversia ente las partes.

Antes de analizar dichas etapas, es importante hacer, aunque sea en forma breve, un comentario acerca de cómo acceder a un procedimiento de conciliación comercial.

La obligatoriedad de acudir a la conciliación comercial derivará de un acuerdo privado celebrado por dos o más partes o por mandato de ley, esto último en los países cuya legislación así lo prevea.

Por lo que hace al acuerdo de las partes, éste puede darse antes o después de suscitada la controversia y puede constar en una cláusula dentro de un contrato o convenio específico.

Dado que en muchos países, como es el caso de México, no está regulada expresamente la conciliación comercial, es de vital importancia para el éxito del procedimiento (por éxito del procedimiento no nos referimos al resultado como tal, sino al procedimiento en sí) cuidar la redacción de la cláusula o acuerdo que obligue a las partes a someterse al mismo. Dicha cláusula o acuerdo debe contener, entre otras cosas, lo siguiente:

- a) Identificación de cuál o cuáles son las controversias que someterán al procedimiento de conciliación comercial;
- b) Determinar si el proceso será administrado por alguna institución (y si en este caso se seguirán las reglas de conciliación de dicha institución) o, por el contrario, establecer, con el mayor detalle posible, los parámetros a seguir durante el procedimiento;
- c) El periodo en el cual las partes intentarán llegar a un arreglo (duración del procedimiento);
- d) El lugar donde se llevará a cabo el proceso de conciliación;
- e) Quién será la persona o personas que intervendrán como conciliador(es) o, en su defecto, las reglas para seleccionarlo.
- f) Consideraciones acerca de la confidencialidad del proceso, así como de la confidencialidad de los documentos y/o información que se utilice durante el procedimiento;
- g) Si el conciliador podrá o no hacer propuestas de solución a las partes;
- h) Acuerdo de no intentar acciones legales mientras esté pendiente la conciliación.

En términos generales, podemos identificar las siguientes etapas del procedimiento de conciliación comercial²⁷⁰:

- a) Contacto inicial entre los participantes y el conciliador;
- b) Establecimiento de reglas mínimas para guiar los procedimientos;

²⁷⁰ AMÉZQUITA DÍAZ, DANIEL, "El proceso de mediación", *Op. cit. supra*, nota 254; pp. 8 y ss.

- c) Obtención de información de las controversias, identificando las pretensiones de los participantes;
- d) Incentivar la elaboración de diversas opciones;
- e) Evaluar y comparar las opciones con las alternativas de los propios participantes;
- f) Elaboración del convenio de solución, así como los procedimientos para implementarlo.

Antes de entrar a analizar brevemente cada una de las etapas enumeradas, es importante señalar que las partes pueden, en cualquier momento, variar los procedimientos a seguir.

- a) *Contacto inicial entre los participantes y el conciliador*

La mediación inicia, generalmente, por la iniciativa de una de las partes, pero también puede hacerse mediante la iniciativa de ambas.

El participante que tome la iniciativa, debe enviar por escrito una solicitud de inicio del proceso de conciliación comercial, ya sea a su contraparte o, en su caso, al órgano administrador acordado previamente por las partes, pero en todo caso el procedimiento iniciará un vez que las partes estén de acuerdo a someterse al mismo.

En los casos en que la solicitud se envíe a un órgano administrador, este último puede invitar o emplazar al otro participante a la conciliación, procurando obtener el acuerdo de ambos.

La solicitud de conciliación o el documento donde se establezca el sometimiento a la misma contendrá una breve descripción de la naturaleza del conflicto, los nombres y direcciones de las partes en conflicto y de sus representantes, si los hubiere. La parte solicitante de entregar, si es el caso, una copia de la solicitud al órgano administrador y a cada una de las partes en conflicto.

Una vez aceptada por las partes el someterse al procedimiento de conciliación, éstas procurarán ponerse de acuerdo sobre la persona que fungirá como conciliador, en caso contrario, el órgano administrador intervendrá para ayudar a las partes a designar a dicho conciliador con base en las reglas acordadas por las partes o conforme a los métodos previstos en el Reglamento correspondiente.

Uno de los principios rectores de la conciliación comercial es el de *inmediatez*. Con base en dicho principio, es de vital importancia que acudan al procedimiento las mismas partes quienes podrán o no estar asesoradas por uno o varios representantes. En todo caso, los que comparezcan al procedimiento deberán tener la autoridad suficiente y bastante para poder resolver la controversia.

- b) *Establecimiento de reglas mínimas para guiar los procedimientos*

Sin perjuicio de lo acordado por las partes en la cláusula o acuerdo correspondiente, es recomendable que se tenga una reunión previa entre las partes y el conciliador para determinar las reglas mínimas para el desarrollo del procedimiento.

Algunos autores como **ENRIQUE GONZÁLEZ CALVILLO**, advierte la conveniencia de que se celebre un convenio previo. Con base en el escrito de solicitud de someterse al procedimiento de conciliación comercial (y en su caso el

escrito de contestación y aceptación de la contraparte), el conciliador debe explicar a las partes la naturaleza del procedimiento y deberá determinar junto con las partes las etapas posteriores.²⁷¹

Este es un primer acercamiento en el que se deberán identificar, con el mayor detalle posible, cuáles son las visiones y pretensiones de cada una de las partes identificando los hechos, implicaciones legales y de otro tipo. Aquí deberá el conciliador procurar identificar y enfocar a las partes a lo que realmente constituyen los desacuerdos (identificar realmente cuáles son los puntos controvertidos, en pocas palabras determinar lo que constituye la *litis*) y desechar todo lo que no sirva o pueda ensuciar el procedimiento o desviar la atención de las partes.

Con la celebración de este acuerdo se podrán incluir varios de los elementos antes mencionados para la celebración de la cláusula o acuerdo de sometimiento al proceso de conciliación o, inclusive, purgar errores que aquéllos pudieran traer de origen. Por ello, podrán incorporarse, entre otras, cuestiones como: (i) el lugar, la o las fechas y horas de las sesiones; (ii) el periodo de tiempo que se darán las partes para intentar llegar a un acuerdo; (iii) los términos mínimos relativos a la confidencialidad; (iv) si será necesario o no proporcionar información o documentación adicional y, en su caso, las reglas para su presentación; (v) determinación en el sentido de si el conciliador estará facultado o no de proporcionar a las partes propuestas de arreglo; (vi) determinación de los honorarios del conciliador y la forma y tiempos en que éstos deberán ser cubiertos por las partes, etcétera.

c) *Obtención de información de las controversias, identificando las pretensiones de los participantes*

Con base en lo acordado en el primer acercamiento de las partes y el conciliador, éste solicitará a cada una de las partes que le presenten una exposición sucinta de los hechos describiendo la naturaleza de la controversia y los puntos en litigio.

El conciliador puede solicitar de cada una de las partes una exposición adicional, acompañada de los documentos y otros medios de prueba que cada parte estime adecuados.

Si fuere necesario y si las partes estuvieren de acuerdo, el conciliador podrá requerir opiniones de expertos sobre aspectos técnicos de la controversia.

Las sesiones de conciliación deben ser privadas. El conciliador podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.

El conciliador, si recibe de una de las partes información relativa a la controversia podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. No obstante, el conciliador no podrá revelar a ninguna de las otras partes la información que reciba de esa parte si ésta dispone la condición expresa de que se mantenga como confidencial.

d) *Incentivar la elaboración de diversas opciones*

Cada una de las partes, a iniciativa propia o del conciliador, podrá presentar a éste sugerencias para la solución de la controversia.

Por su parte, el conciliador, con mucho cuidado de mantener su imparcialidad, puede, en cualquier etapa del procedimiento, presentar propuestas para un arreglo de la controversia.

²⁷¹ GONZÁLEZ CALVILLO, ENRIQUE, "La Mediación en México", *Op. cit. supra*, nota 152; pág. 182.

e) *Evaluar y comparar las opciones de solución con las alternativas de los propios participantes*

En esta etapa del procedimiento, íntimamente ligada con la anterior y con la siguiente, se deberán evaluar y comparar las sugerencias de las partes y del mismo conciliador para encontrar la mejor alternativa de solución a la controversia.

En todo momento, es muy importante que el conciliador vaya identificando, los puntos de acuerdo entre las partes, ya que ello facilitará, en su caso, la redacción del acuerdo de conciliación.

f) *Elaboración del convenio de solución, así como los procedimientos para implementarlo*

Cuando el conciliador estime que existen suficientes elementos para llegar a un acuerdo aceptable por las partes, ayudará a las partes a elaborar un convenio de conciliación. Para tal efecto, podrá redactarlo conjuntamente con las partes o elaborar él mismo (el conciliador) un primer proyecto de convenio mismo que presentará a las partes para que éstas expresen sus observaciones y comentarios al respecto. En vista de las observaciones, el conciliador podrá formular nuevamente otros términos de posible conciliación. Es recomendable que el mismo acuerdo de conciliación determine expresamente la solución al conflicto así como la forma o procedimientos para poder implementarlo, ello, en todo caso, facilitará el cumplimiento voluntario de las partes de dicho acuerdo.

Acordado por las partes el convenio de conciliación, procederán a darle la forma adecuada dependiendo de la legislación del lugar en el que se lleve a cabo la conciliación o del lugar en el que deberá cumplirse el acuerdo correspondiente, y deberá estar debidamente firmado por las partes o los representantes que hayan acreditado las facultades necesarias y bastantes para obligar a las partes a lo acordado en el acuerdo de conciliación.

El tema del “acuerdo de conciliación” es uno de los más importantes y sensibles de la conciliación comercial. Su obligatoriedad, la posibilidad de solicitar la ejecución de dicho acuerdo en caso de que no haya un cumplimiento voluntario del mismo, entre otros, son temas de la mayor importancia ya que de ello depende la certeza y seguridad jurídicas con las que cuentan las partes que se someten a este procedimiento.

El contenido de los acuerdos de un convenio de conciliación pueden ser de naturaleza muy variada y pueden implicar obligaciones unilaterales por una de las partes (desistimiento de una acción, allanamiento a una pretensión, el otorgamiento de un perdón, etcétera) u obligaciones bilaterales, que pueden ser recíprocas o no (en caso de ser recíprocas podría pensarse en celebrar un contrato de transacción, por ejemplo).

Pero en todo caso, como se señaló anteriormente, mucho dependerá de la legislación del lugar en el que se lleve a cabo la conciliación o del lugar en el que deberá cumplirse el acuerdo correspondiente. Las consideraciones respecto del caso de México y nuestras recomendaciones al respecto se tratarán en los capítulos siguientes.

Por último, es importante señalar las formas en que puede terminarse un procedimiento de conciliación a saber: (i) la celebración de las partes de un convenio de solución; (ii) por la declaración de alguna de las partes o de ambas en el sentido de que el procedimiento debe darse por terminado por no alcanzar un arreglo; o (iii) por una declaración del conciliador en el sentido de que, dadas las posiciones antagónicas de las partes, no es conveniente prolongar los esfuerzos para continuar con el procedimiento de conciliación dejando a salvo el derecho de las partes de intentar una solución a través de otro u otros procedimientos como el arbitraje o el litigio ante instancias judiciales.

3.6 El Conciliador

Como puede observarse de lo hasta aquí expuesto, el elemento clave en el procedimiento de conciliación es el conciliador; éste es el que debe procurar los medios óptimos para lograr que las partes solucionen sus diferencias.²⁷² El conciliador ayuda a negociar una solución en que se compaginen las necesidades e intereses de las partes en la controversia.

Pero, ¿quién es el conciliador?, ¿cuál es su papel en el procedimiento?, ¿cuáles son los requisitos y habilidades con las que debe contar el conciliador y cuáles son sus actividades dentro del procedimiento? Estas son algunas de las interrogantes que intentaremos responder en los párrafos siguientes.

3.6.1 Quién es el conciliador

El conciliador debe ser un negociador profesional que conduzca el encuentro de las partes en conflicto en procedimiento de conciliación.²⁷³ Es un facilitador entre las partes que ayuda a que ellas mismas encuentren las alternativas para dirimir sus controversias.

El conciliador es quien lleva de la mano a las partes manteniendo un nivel adecuado de comunicación a efecto de que, una vez que las partes hayan entendido y discutido sus pretensiones, se hagan propuestas que permitan resolver sus diferencias.²⁷⁴

El conciliador no goza de autoridad para imponer soluciones a las partes y mucho menos de hacer cumplir los acuerdos a los que lleguen las partes, características que distinguen al conciliador de los árbitros o los jueces.

3.6.2 El papel del conciliador

El papel del conciliador se limita a facilitar el diálogo entre las partes y no consiste en adoptar decisiones. En todo caso y si las partes están de acuerdo con ello, el conciliador puede simplemente hacer recomendaciones o propuestas a las partes para un arreglo de la controversia.

El conciliador es quien de cierta forma interpreta las intenciones y pretensiones de las partes, relaciona la información provista por éstas y replantea o reformula los problemas con vista a una mejor solución de los mismos. Dependen del propio conciliador las técnicas de negociación a ser utilizadas para mantener una adecuada comunicación con las partes, manejar y mitigar los ánimos y emociones de las mismas y saber organizar e interpretar la información provista por éstas.

La mayoría de los autores señala que el conciliador no debe adoptar un rol protagónico en el procedimiento, cediendo a las partes, en la medida de lo posible, el control de la agenda y solamente facilitar y guiar la comunicación de las mismas con miras a la solución de las diferencias. Pero ello, en última instancia,

²⁷² Vid. AMÉZQUITA DÍAZ, DANIEL, "El proceso de mediación", *Op. cit. supra*, nota 254; p. 7.

²⁷³ Vid. URQUIDI, ENRIQUE J., *Mediación Solución a Conflictos sin Litigios*, *Op. cit. supra*, nota 227; p. 43.

²⁷⁴ Vid. GONZÁLEZ CALVILLO, ENRIQUE, "La Mediación en México", *Op. cit. supra*, nota 152; p. 219.

dependerá de la circunstancias del caso, ya que en ciertas ocasiones, deberá ejercer un mayor control y limitar, en su caso, la participación de las partes en las negociaciones para evitar un mayor distanciamiento entre ellas o que se distraigan en asuntos menos importantes.²⁷⁵

El papel del conciliador puede variar durante las distintas etapas del procedimiento pero ¿de qué manera y hasta que grado podrá inmiscuirse en el asunto? En cierta forma, el conciliador puede o debe ser visto por las partes como un promotor del arreglo. Paralelamente, el conciliador debe proteger, en la medida de lo posible, los derechos de las partes, procurando que alcancen acuerdos con base en una decisión informada ya que ello convergerá en resoluciones más justas y equitativas. Éste debe ser el papel del conciliador para impulsar a las partes a que tomen sus propias decisiones y se responsabilicen de las mismas lo que redundará en un cumplimiento voluntario de sus determinaciones. Es decir, el conciliador debe ser suficientemente capaz de encaminar adecuadamente a las negociaciones, salvaguardar, mantener y controlar el procedimiento y no decidir sobre él. Se puede decir entonces que el conciliador será responsable del procedimiento y las partes de su contenido, lo que responde al límite de participación que debe tener el conciliador en el conflicto.²⁷⁶

JAQUILINE NOLAN HALEY, basándose en la doctrina estadounidense, señala dos formas o estilos de negociación en los que se puede basar un mediador (conciliador) durante el procedimiento: (i) el de concesiones recíprocas; o (ii) el de estrategias terapéuticas.²⁷⁷

El estilo de *concesiones recíprocas* consiste en intentar un acercamiento pragmático al conflicto para lograr un arreglo haciendo énfasis en las pretensiones de las partes más que en los sentimientos ocultos de las mismas. Aquí, el mediador asume un papel de dirección y conduce a las partes a un arreglo trabajando en las cuestiones objetivas que realmente importan, tratando de convencer a las partes de ceder en sus pretensiones para alcanzar un arreglo.²⁷⁸

Por su parte, la *estrategia terapéutica* consiste en hacer énfasis en el contenido emocional de las disputas y se enfoca en proceso de comunicación entre las partes. Aquí, el papel del conciliador es enseñar a las partes cuál es el significado de resolver el conflicto a través de un discurso pacífico y las incita a expresar y matizar sus molestias. El conciliador intentará que las partes entiendan el punto de vista de su contraparte y logrado esto, facilitar el llegar a una solución al conflicto.²⁷⁹

No obstante lo anterior, no existe un método exacto a seguir. Bien podría pensarse en una combinación entre ambas estrategias antes apuntadas tomando en cuenta la naturaleza de las cuestiones involucradas, así como de la personalidad de las partes. En todo caso, debe llevarse un procedimiento organizado, bien estructurado, crear un ambiente confortable que genere confianza y seguridad y que al mismo tiempo permita dimensionar y definir el conflicto para la creación de opciones viables, lo que ofrecerá una posibilidad real de éxito en la solución del conflicto y en el cumplimiento voluntario de los acuerdos alcanzados.²⁸⁰

²⁷⁵ Vid. **NOLAN-HALEY, JAQUELINE M.**, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, Op. cit. supra, nota 158; p. 68.

²⁷⁶ Vid. **KOVACH, KIMBERLY K.**, *Mediation - Principles and Practice*, Op. cit. supra, nota 157; pp 28 - 30.

²⁷⁷ Vid. **NOLAN-HALEY, JAQUELINE M.**, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, Op. cit. supra, nota 158; p. 70.

²⁷⁸ Vid. *Ibidem*.

²⁷⁹ Vid. *Ibidem*.

²⁸⁰ Vid. **URQUIDI, ENRIQUE J.**, *Mediación Solución a Conflictos sin Litigios*, Op. cit. supra, nota 227; pp. 46 y siguientes.

3.6.3 Habilidades del conciliador

El conciliador debe ser tolerante, paciente, persuasivo y claro. Asimismo, debe saber escuchar, observar, preguntar, negociar y aconsejar a las partes.

De lo anterior, podemos desprender tres habilidades necesarias en todo conciliador: (i) habilidad para la adecuada comunicación (verbal y no verbal), (ii) habilidad para la adecuada clasificación, organización y manejo de datos e información y (iii) habilidad para aconsejar.²⁸¹

3.6.3.1 Habilidad para la adecuada comunicación (verbal y no verbal)

La comunicación consiste en mandar y recibir mensajes, lo cual implica la habilidad para escuchar ya que el conciliador debe estar consciente del constante intercambio de mensajes que toman lugar durante el procedimiento de conciliación.

Esta habilidad se considera importante ya que con la misma se puede distinguir entre los aspectos de fondo y los de hecho, además de los aspectos emocionales que se relacionan con tales hechos. Es decir, con esta habilidad el conciliador puede obtener la información adecuada y reunir la información para identificar los puntos clave, los intereses de las partes y las alternativas de solución y, por otro lado, le permite al conciliador ir modelando el comportamiento de las partes.

Una gran parte de las disputas se generan por una falta de comunicación entre las partes. Mediante el desarrollo de esta habilidad, la conciliación se constituye en una gran oportunidad para las partes expresen libremente sus posturas y señalar lo que para ellos representa la controversia. Es importante resaltar, además, que con esta habilidad se crea más seguridad y confianza de las partes en el procedimiento, al sentirse escuchadas por el conciliador.²⁸²

El desarrollo de la habilidad no es un proceso intuitivo, el conciliador debe concentrarse en leer entre líneas los comentarios de las partes, entender lo que se ha dicho y retransmitirlo en un lenguaje amistoso a las partes.

Para validar la comprensión e intención de la información obtenida, el conciliador cuenta con varias técnicas a saber: (i) el *esclarecimiento*, que implica que el conciliador exponga un resumen de lo expuesto por las partes creando la retroalimentación, mediante la confirmación o aclaración sobre la intención y contenido del mensaje, (ii) la *reexpresión*, mediante la cual se acentúa la o las ideas expresadas mediante la repetición de lo que se ha dicho, (iii) el *parfraseo*, que significa un replanteamiento del mensaje transmitido, empleando palabras distintas, (iv) la *expansión*, que implica ampliar el mensaje recibido para un mejor entendimiento, (v) la *agrupación*, mediante esta técnica el conciliador ayuda a las partes a la identificación de ideas comunes y las agrupa, (vi) la *separación*, con esta técnica se separan las ideas, así como los puntos esenciales, para poder identificar cuál es la información relevante y (vii) la *nivelación*, mediante esta técnica el conciliador impulsa la autoestima de las partes para mantener una negociación equilibrada.²⁸³

²⁸¹ Vid. (i) **NOLAN-HALEY, JAQUELINE M.**, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, Op. cit. supra, nota 158; pp. 70 y siguientes; (ii) **KOVACH, KIMBERLY K.**, *Mediation - Principles and Practice*, Op. cit. supra, nota 157; pp. 31 y siguientes; y (iii) **URQUIDI, ENRIQUE J.**, *Mediación Solución a Conflictos sin Litigios*, Op. cit. supra, nota 227; pp. 33 y siguientes.

²⁸² Vid. **NOLAN-HALEY, JAQUELINE M.**, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, Op. cit. supra, nota 158; pp. 70 y 71.

²⁸³ Vid. **URQUIDI, ENRIQUE J.**, *Mediación Solución a Conflictos sin Litigios*, Op. cit. supra, nota 227; pp. 62 y 63.

Escuchar implica un proceso mental más sofisticado que el simplemente oír, ya que se busca la retroalimentación que enriquece la comunicación y, en consecuencia, se fomenta la confianza y se abre paso a la cooperación. Escuchar permite identificar las necesidades de los demás con rapidez e identificar así la información más relevante.²⁸⁴

Otro aspecto importante relacionado con al habilidad en comento es el propiciar el intercambio de información mediante el uso adecuado de preguntas. Una buena manera de hacerlo es realizar preguntas abiertas y tener el debido cuidado de evitar preguntas ambiguas, tendenciosas o preguntas encaminadas a recibir una respuesta específica.

La habilidad para la adecuada comunicación implica, también, a la “comunicación no verbal”. En este sentido, el conciliador puede hacerse llegar de información importante, mediante la observación del comportamiento de las partes, tanto en las sesiones conjuntas como en las reuniones privadas. En muchas ocasiones el lenguaje corporal puede acentuar o enfatizar parte del mensaje ante lo cual el mediador debe estar muy atento ya que será parte fundamental para recibir de mejor forma la información de las partes. Al llevar a cabo la comunicación visual o no verbal, el conciliador debe tener en cuenta, entre otros factores, las diferencias culturales de las partes o de sus representantes y evitar sacar conjeturas parciales.²⁸⁵

3.6.3.2 Habilidad para la adecuada clasificación, organización y manejo de datos e información

Esta habilidad es de gran ayuda para el conciliador, ya que sin ella poco nada servirá mantener una buena comunicación verbal y no verbal con las partes. Es decir, el conciliador debe tener la habilidad suficiente de recibir, clasificar, organizar y manejar la información recibida de las partes.

La necesidad de esta habilidad se acentúa ya que en la mayoría de las ocasiones en los procesos de conciliación se prescinde de medios o mecanismos electrónicos para el registro de lo discutido en las sesiones, tanto conjuntas como privadas.

El debido registro y organización de la información sirve como base al conciliador para encontrar los puntos esenciales de la controversia. El proceder sistemáticamente en la obtención, clasificación y organización de datos e información redundan en beneficios importantes que ayudarán a generar alternativas más objetivas y concordes con los intereses de las partes. Dependerá del conciliador la o las técnicas para la obtención de datos según las circunstancias del caso.²⁸⁶

3.6.3.3 Habilidad para aconsejar

La tercera de las habilidades apuntadas es la de saber controlar las emociones de las partes y saberlas aconsejar. De nada sirve mantener una buena comunicación, así como obtener y organizar adecuadamente la información si después no se puede utilizar para llevar a las partes a un arreglo de sus conflictos. Las técnicas

²⁸⁴ Vid. JOSÉ AGUILAR, PAUL YAMIL, *La mediación en México como vía alternativa para la solución de controversias*, Op. cit. supra, nota 156; p. 21.

²⁸⁵ Vid. NOLAN-HALEY, JACQUELINE M., *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, Op. cit. supra, nota 158; pp. 70 y 75.

²⁸⁶ KOVACH, KIMBERLY K., *Mediation - Principles and Practice*, Op. cit. supra, nota 157; pp. 35 y 36.

empleadas para aconsejar dependerán de las circunstancias del caso, de la naturaleza del conflicto, del comportamiento de las partes y de sus representantes. En todo caso lo más importante es que al aconsejar no se pierda de vista la neutralidad e imparcialidad con la que debe conducirse el conciliador, por lo que el consejo debe estar basado siempre en una postura objetiva.

3.6.4 *Requisitos para ser un conciliador*

Como se ha señalado anteriormente, el conciliador es el elemento clave del procedimiento de conciliación comercial. Si las partes no procuran allegarse de la ayuda de un tercero neutral que cuente con las habilidades necesarias, de poco o nada les servirá el procedimiento de conciliación comercial o, peor aún, podría ser contraproducente para las partes y quedar más distanciadas de lo que estaban al inicio del procedimiento.

Dado que el procedimiento de conciliación es un mecanismo autocompositivo de solución de controversias en el que son precisamente las partes las que juegan un papel determinante en la solución de las mismas, no se dio mucho énfasis en los requisitos que debía reunir el tercero neutral para fungir como conciliador, más allá de los normalmente buscados en todo procedimiento: el de ser una persona independiente e imparcial respecto de las partes.

Pero no tardó mucho en darse cuenta que la independencia e imparcialidad no eran los únicos factores a tomar en cuenta para nombrar a un conciliador. Por el contrario, pronto surgió la necesidad de que el conciliador contara con otros elementos y habilidades para garantizar, en la medida de lo posible, un procedimiento de conciliación exitoso.

Desde ahora vale la pena señalar que no es necesario ser abogado o licenciado en Derecho para poder fungir como conciliador. Si bien es cierto que los abogados cuentan (o deberían contar), por su preparación y práctica profesional, con ciertas habilidades propensas o afines con las necesarias para fungir como conciliador, como ya se aclaró no es necesario ser abogado para ser conciliador. También no hay que olvidar que gran parte de los esfuerzos por sistematizar e implementar mecanismos como el de la conciliación (mediación) se dieron en el foro judicial y con la ayuda de académicos (profesores de Derecho) y profesionistas en Derecho, es por ello que se ha relacionado en gran medida que los conciliadores sean abogados.

Por otro lado, una de las ventajas de varios Mecanismos Alternativos, como la conciliación comercial, es la posibilidad con la que cuentan las partes de nombrar, por sí mismas o a través de instituciones especializadas, a las personas que cuenten con conocimientos técnicos acerca de la materia objeto del litigio. Por tanto, bien podrían nombrarse como conciliadores a ingenieros, arquitectos, técnicos u otros profesionistas con más y mejores conocimientos del fondo de la controversia que los que podría tener un abogado. Además, en muchas ocasiones los abogados tienden a cerrarse a alternativas de solución jurídicas (cumplimiento forzoso de obligaciones o pago de daños y perjuicios, por ejemplo) y no permiten llegar a soluciones más innovadoras o que se adecuen de mejor forma a los intereses de las partes.

No obstante, no puedo dejar de reconocer que la participación de un abogado, bien sea para conducir el procedimiento o bien para asesorar a las partes a redactar el convenio al que lleguen al final del mismo, siempre es recomendable.

Como sucedió con la mediación adscrita a centros alternativos pertenecientes al poder judicial, éste último tenía y tiene la obligación de que aquellos que sean nombrados como mediadores (o conciliadores) estén debidamente capacitados para llevar un procedimiento. Así, poco a poco fueron confeccionándose cursos de

capacitación y estableciéndose ciertos requisitos (muchos de ellos se fueron estableciendo en diversos reglamentos) para aquellos que estuvieran interesados en fungir como mediadores (o conciliadores).

En Estados Unidos, por ejemplo, se considera ya a la mediación como una profesión, ya que la calificación del mediador es parte importante para la legitimación, práctica y estandarización del procedimiento. Pero no tardaron en levantar la mano voces en contra de la profesionalización de la mediación particularmente por los costos que ello implica.

No obstante que no se ha llegado a un consenso de cómo debe darse la calificación o certificación a un conciliador, algunos programas prevén desde un simple entrenamiento hasta una basta y compleja lista de requisitos para obtener dicha certificación.

Así, muchos centros alternos al poder judicial, barras y colegios de abogados, gremios de comerciantes o instituciones privadas encargadas de administrar procedimientos de conciliación y mediación han creado y perfeccionado con el tiempo, cursos de capacitación para formar a conciliadores y mediadores.

En casos como el de la Argentina, se han creado "Registros de Mediadores". En dichos registros se contemplan listas de mediadores que han acreditado: (i) contar con ciertos conocimientos generales o con un grado académico específico, (ii) haber obtenido una capacitación especial para fungir como conciliadores y (iii) mantener periódicamente otros cursos especiales para mantener el registro (como en la Argentina en donde se debe acreditar que se cubrió con un número determinado de horas en cursos de capacitación continua anuales para mantenerse dentro del registro).

En nuestro país se han desarrollado únicamente en forma reciente esfuerzos aislados, pero loables, para capacitar a personas que quieran fungir como mediadores o conciliadores. Un ejemplo de ello es el Instituto Mexicano de la Mediación, que cuenta con un código de ética que constituye un modelo de conducta de cómo deben comportarse los mediadores en un procedimiento.

No obstante y como se mencionó anteriormente, no se ha logrado establecer qué grado de experiencia, certificación o calificación debe tener un mediador o conciliador, ya que algunos factores para la calificación de dichas personas son puramente subjetivos por naturaleza, lo que hace más difícil su profesionalización. Si la conciliación comercial debe ser implementada como profesión, primero se deberá determinar y definir qué requisitos mínimos o qué perfil deberá reunir un conciliador para poder actuar como tal, además de que es difícil imaginar a un conciliador que domine todas las herramientas necesarias para los diferentes campos de aplicación, razón por la cual se debe contemplar, también, la posibilidad de solicitar la participación de peritos en aquellas materias y procedimientos que lo requieran.²⁸⁷

Por nuestra parte, consideramos que como criterio fundamental para ejercer la actividad de conciliador se deberá contar, por lo menos, con lo siguiente: (i) un título profesional con nivel de licenciatura; y (ii) un curso de capacitación respecto de los aspectos generales del procedimiento de conciliación comercial en el que, además, se instruya en técnicas generales de negociación asistida.

Por último y al considerar viable la adopción de la conciliación comercial en nuestro sistema jurídico en forma no obligatoria sino optativa, sería importante reunir los esfuerzos de instituciones, públicas y privadas, para continuar con la capacitación de personas interesadas en prestar sus servicios como conciliadores y que quede al

²⁸⁷ Vid. JOSÉ AGUILAR, PAUL YAMIL, *La mediación en México como vía alternativa para la solución de controversias*, Op. cit. supra, nota 156; pp. 89 y 90.

arbitrio de las partes (así como de las instituciones administradoras de la mediación o conciliación comercial) el escoger a la persona que consideren que reúne las características necesarias para desempeñarse como conciliador.

3.7 La Conciliación Comercial en México

Como se ha mencionado en ocasiones anteriores, no obstante aislados pero loables esfuerzos de instituciones privadas (entre ellas instituciones creadas y apoyadas por abogados), la conciliación es poco conocida y utilizada en México.

La conciliación comercial es un medio al cual las partes pueden acudir por su voluntad, pues no existen disposiciones legales que las obliguen a acudir a ella.

Una de las razones fundamentales por las que la conciliación comercial es poco conocida y utilizada en México, aparte de su escasa difusión (que constituye uno de los principales objetivos del presente trabajo), es la falta de una legislación adecuada que provea de certeza y seguridad jurídicas a aquellos que deseen utilizar a estos mecanismos para la solución de sus diferencias.

En México existe una amplia libertad para contratar, por lo que en materia comercial, en principio, las partes pueden válidamente celebrar acuerdos que los obliguen a acudir a un procedimiento de conciliación comercial antes de acudir al arbitraje o a un litigio ante tribunales judiciales. Además, no existe disposición constitucional ni legal en México que prohíba a dos partes de una relación jurídica comercial resolver, entre ellas mismas, sus controversias.

Como lo señala nuestro querido maestro **CARLOS LOPERENA RUIZ**, esto es posible específicamente por lo señalado en nuestro Código de Comercio. Al respecto, el citado autor señala:

“...el artículo 78 del Código de Comercio dispone que en los contratos mercantiles las partes se obligan de la manera y términos que aparezca que quisieron obligarse. No existe la exigencia de formalidades especiales para que las obligaciones sean válidas, excepto cuando la ley expresamente lo dispone. [...] Por lo tanto, los acuerdos que celebran las partes dentro de un contrato, o por separado, en el sentido de acudir a la mediación como paso previo a la controversia, ya sea ante tribunales estatales o ante árbitros, son válidos y puede exigirse su cumplimiento.”²⁸⁸

En este caso, la naturaleza consensual de la conciliación comercial es indiscutible. Las partes pactan sobre el intento de resolver sus conflictos por la conciliación comercial.

No obstante que el *status quo* en México permitiría llevar a cabo procedimientos de conciliación comercial, también es cierto que no existen reglas, aunque genéricas, determinen cuestiones de vital importancia para el buen desarrollo de estos procedimientos. En particular nos referimos, por ejemplo, a cuestiones relacionadas con la confidencialidad de los procedimientos, la admisibilidad de pruebas ofrecidas durante la conciliación en otros procedimientos y la naturaleza del convenio de conciliación.

²⁸⁸ LOPERENA RUIZ, CARLOS, “Notas en relación con el arbitraje comercial en México”, en *Pauta* - Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., número 29, México, Mayo de 2000; p. 39.

Como se señaló al principio de este apartado, existen algunos esfuerzos, la mayoría por instituciones privadas, por dar a conocer y promover la utilización de este mecanismo en México. Entre otros esfuerzos, podemos destacar los siguientes.

La labor realizada por la Comisión de Arbitraje Comercial del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, que ha promovido el empleo de la conciliación privada a través de la utilización de su entonces Reglamento de Conciliación Facultativa y por el impulso del actual Reglamento ADR de dicha institución.

Por otro lado, también es importante la labor del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, a través de la difusión de su Reglamento de Mediación. Al respecto, es importante hacer notar lo que señala esta institución en la “presentación” de dicho reglamento:

“La mediación comercial es un procedimiento por el cual uno o más terceros, llamados mediadores o conciliadores, ayudan a las partes a que éstas encuentren una solución que, sin necesidad de recurrir a litigios arbitrales o judiciales dé término amistoso a su controversia.

La mediación ofrece, entre otras, las siguientes ventajas: (i) flexibilidad, para proceder conforme requieran las circunstancias del caso y la posición e idiosincrasia de las partes; (ii) preservación de las relaciones de negocios entre las partes; (iii) eliminación de tiempo y en costos. En la mediación se observa un procedimiento más sencillo y corto que en un procedimiento contencioso; ambas partes ganan, puesto que el mediador trabaja conjuntamente con las partes para llegar a una solución del conflicto; es privado y confidencial, para evitar que se dé a conocer información privilegiada y generar publicidad adversa y otros inconvenientes de semejante tenor.

Por ello, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México da a conocer el presente Reglamento de Mediación Comercial, con el propósito de proporcionar a distintos sectores como el del comercio, los servicios, el turismo, la industria y la construcción, una herramienta eficaz para proteger sus intereses y fortalecer sus actividades.”²⁸⁹

Por último, pero no menos importante, cabe señalar la relativamente reciente creación del Instituto Mexicano de la Mediación. Al respecto, vale la pena transcribir lo señalado por el licenciado **EDUARDO SIQUEIROS**:

“Convencidos de la necesidad de establecer a la mediación como un mecanismo con arraigo en México, diversos despachos de abogados establecidos en la ciudad de México resolvieron crear el Instituto Mexicano de la Mediación, como asociación civil en el año de 1999. Este instituto, a pesar de su reciente formación, ha establecido bases sólidas que permiten reconocer a la mediación como una opción viable y reconocida para la solución de conflictos. Los objetivos del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C. en el corto plazo fueron:

1. Preparar mediadores capaces de atender en forma profesional un conflicto que fuera ser sometido a su consideración.

²⁸⁹ Visible en la siguiente página de internet: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/006-canacorgtomed.htm>.

2. Preparar reglas de procedimiento, para lo cual se apoyó en antecedentes que han sido probados en el extranjero y
3. Establecer un prestigio en la solución de conflictos.

A través de los auspicios del Instituto, han quedado ya resueltas diversas complejas controversias, cada una de las cuales hubiere provocado acudir a tribunales del orden civil o arbitral.²⁹⁰

Para concluir el presente apartado, los licenciados **JESÚS MORENO MENDOZA** y **J. ENRIQUE URQUIDI**²⁹¹ proponen varias medidas para superar los problemas que enfrentan actualmente los Medios Alternativos en México, que considero aplican perfectamente a la conciliación comercial:

- o Acentuar la difusión y conocimiento de la conciliación comercial, enfatizando sus ventajas en la solución de controversias comerciales;
- o Al mismo tiempo, generar mayor conciencia, conocimiento y preparar a los operadores – jueces, abogados, colegios de abogados— y a los particulares;
- o En su caso, establecer mecanismos, estímulos e incentivos para su desarrollo;
- o Organizar de modo institucional —sin descuidar el necesario impulso de la iniciativa privada— la implantación de la conciliación comercial, a través del fomento de ésta y el apoyo con perfiles estructurales;
- o **Perfeccionar o modificar las actuales regulaciones procesales;**
- o Promover la inserción de cláusulas de conciliación en todo tipo de contratos (o por lo menos en contratos mercantiles) como mecanismo preventivo y de solución de conflictos.

A partir de una toma de conciencia generalizada sobre los beneficios que ofrece la conciliación comercial, especialmente del lado de los operadores jurídicos quienes deben asumir un nuevo papel, se habrá allanado el camino para su consagración.²⁹²

En la medida que se incremente el conocimiento y el uso de la conciliación comercial en México, con la convicción de que este método de solución de conflictos prevé procedimientos eficaces, eficientes y flexibles para resolver conflictos, esto jugará un papel importante en el fortalecimiento del estado de derecho y contribuirá a construir un sistema de justicia más eficiente y más accesible a más mexicanos.²⁹³

²⁹⁰ SIQUEIROS, EDUARDO, “Antecedentes de mecanismos alternos de resolución de controversias”, *Op. cit. supra*, nota 170; p. 4.

²⁹¹ MORENO MENDOZA, JESÚS y J. ENRIQUE URQUIDI, “Medios alternativos para la resolución de conflictos – Reflexiones”, *Op. cit. supra*, nota 147; p. 52.

²⁹² *Vid. Ibidem.*

²⁹³ *Vid. MORENO MENDOZA, JESÚS, “Los organismos administradores de la mediación”, Op. cit. supra*, nota 222; p. 14.

CAPÍTULO IV.

LEY MODELO DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

Toca el turno de analizar la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional.

Para tales efectos es necesario, primero, explicar qué es una ley modelo, de dónde surge, quién la elabora, para qué sirve. Las respuestas a dichas interrogantes se encuentran en los primeros dos apartados del presente capítulo.

Una vez entendido el concepto de ley modelo, dedicamos un apartado al análisis del origen, mandato, composición, estructura y métodos de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ello es importante ya que, desde nuestro punto de vista, uno de los argumentos que nos legitima a aconsejar la posibilidad de incorporar la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional a nuestro sistema jurídico, descansa en la seriedad y profesionalismo del organismo encargado de su elaboración, mismos que garantizaron que durante la preparación de dicha Ley Modelo, ésta fuera objeto de la debida deliberación y de extensas consultas por expertos de distintas naciones y de muy diversas tradiciones jurídicas lo que garantizó, a su vez, la calidad del producto: la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional.

A continuación, en el apartado más extenso de nuestro estudio, nos abocamos al análisis detallado de la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional, sus antecedentes, su finalidad, su cuerpo normativo y, finalmente, aportaremos nuestras críticas a la misma.²⁹⁴

4.1 *Sistemas de unificación y armonización del Derecho Mercantil Internacional*

Como es natural, las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo. Con el transcurso de los años, la vida cambia no sólo dentro de un grupo social determinado, sino también de un grupo social a otro. Con frecuencia hay signos observables de esta evolución o de ese cambio que se reflejan en los productos culturales de cada sociedad, siendo el Derecho (y su aplicación) uno de esos productos y, por tanto, éste (el Derecho) suele ser distinto en la forma que se expresa en las diferentes instituciones sociales que cada grupo va creando. Estas variaciones culturales se acentúan por la interacción entre miembros de distintos grupos sociales.²⁹⁵

Debido a la diversidad de regulaciones jurídicas de las instituciones en cada grupo y al afán de obtener un mínimo posible de seguridad, certeza, igualdad y libertad, es importante definir ciertas bases que permitan alcanzar estos propósitos.²⁹⁶

²⁹⁴ Aquí vale la pena mencionar la gran ayuda de la *Guía para la Incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de Conciliación Comercial* emitida por la misma Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Sin duda, no solamente aclaró nuestras dudas en muchos temas, sino que nos ayudó a orientar nuestro análisis y el enfoque del mismo.

²⁹⁵ PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, 8ª ed., Colección Textos Jurídicos Universitarios, Edit. Oxford University Press, México, 2003; p. 129.

²⁹⁶ Vid. *Idem*; p. 130.

El comercio internacional no escapa a los problemas antes apuntados por lo que puede verse obstaculizado por factores como la coexistencia de normas distintas respecto de una misma institución, la falta de previsibilidad de la ley aplicable o la pervivencia de leyes obsoletas e inadecuadas para la práctica comercial y, además, por la falta de reglas claras para la solución de conflictos derivados del tráfico jurídico-comercial internacional.

Por lo anterior, podemos afirmar que debido a la gran cantidad de sistemas jurídicos coexistentes en el mundo y sobre todo a la diversidad cultural, no existe uniformidad en cuanto a las soluciones a los problemas planteados. Por ello, tanto la doctrina como la práctica contemporáneas han desarrollado la idea de buscar los medios necesarios para lograr una cierta armonización del derecho.²⁹⁷

Existen muy diversos métodos creados a través de la historia del pensamiento jurídico que intentan resolver los problemas derivados del tráfico jurídico internacional.²⁹⁸ Por ser muy vastos y complejos, nos referiremos solamente al *derecho uniforme* y a los *sistemas de armonización del derecho internacional* ya que de estos métodos se derivan las *leyes modelo* y las *guías legislativas*, figuras ambas objeto de estudio del presente trabajo.

Los conceptos de "unificación" y "armonización" del derecho mercantil internacional, en general, se refieren al proceso por el cual se van creando y aprobando normas jurídicas homogéneas que facilitan el comercio internacional.

Se entiende conceptualmente por "unificación" a la aprobación por diversos Estados de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones jurídicas internacionales a través de tratados o convenciones internacionales.²⁹⁹ Por su parte, por "armonización" se entiende el proceso por el que pueden modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones jurídicas transfronterizas.

Por lo anterior, podemos señalar que tanto el *derecho uniforme* como los *sistemas de armonización* son especies de un mismo género: ambos son métodos para resolver los problemas derivados del tráfico jurídico internacional a través de los cuales se van creando y aprobando normas jurídicas que intentan homogeneizar los distintos regímenes jurídicos, incluyendo aquéllos relativos al comercio internacional. Pero como toda especie que pertenece a un mismo género, el *derecho uniforme* y los *sistemas de armonización* tienen una diferencia específica que los distingue: por un lado el *derecho uniforme* se crea a través de la celebración de tratados y convenciones internacionales que implican un compromiso u obligatoriedad específico para los Estados que los celebran; y por otro, con base en los métodos o *sistemas de armonización* se emiten, entre otros, *leyes modelo* o *guías jurídicas o legislativas*, que son meras recomendaciones para los distintos Estados para incorporar un modelo legislativo a sus sistemas internos.³⁰⁰

Dentro de las ventajas que estos métodos presentan podemos señalar que a través de ellas se logra una verdadera compatibilidad internacional de conceptos y soluciones sobre un tema específico para un determinado número de Estados. La armonización lleva a la unificación de criterios lo que a su vez contribuye a una mayor

²⁹⁷ Vid. BELAIR M., CLAUDE, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, voz: ARMONIZACIÓN DEL DERECHO, 4ª ed., Tomo IV P – Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa, México, 1991; p. 219.

²⁹⁸ Como ejemplos de estos métodos el doctor LEONEL PEREZNIETO CASTRO señala, entre otros, el sistema conflictual tradicional, las normas de aplicación inmediata, las normas materiales, el derecho uniforme y la *lex mercatoria*. PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Op. cit. supra, nota 295; pp. 129 y ss.

²⁹⁹ En este sentido el doctor LEONEL PEREZNIETO define al *derecho uniforme* como el método a través del cual se crean normas de derecho material establecidas por un tratado o acuerdo internacional en donde se regulan las relaciones jurídicas que los particulares desarrollan en el ámbito internacional. Vid. *Idem*; p. 227.

³⁰⁰ Cabe hacer notar que existen autores que señalan que las leyes modelo son un ejemplo de *derecho uniforme* más que *sistemas de armonización* del derecho, ya que, aunque se tratan de meras recomendaciones, se pretende que una ley modelo no sea modificada (o se modifique lo menos posible) en su proceso de adopción al régimen jurídico del Estado promulgante.

certeza y previsibilidad jurídicas tanto en el contenido del derecho material como en los sistemas de solución de controversias transfronterizas.

Por último, respecto de los instrumentos creados por estos mecanismos podemos decir, por un lado, que una convención o un tratado son un instrumentos internacionales aprobados por los Estados para unificar el Derecho a nivel internacional; mientras que, por otro lado, una ley modelo o una guía legislativa son un simples ejemplos de textos cuya finalidad es armonizar el derecho interno con el de los demás Estados.

En el caso de una convención o un tratado internacionales, los Estados parte ven limitada su posibilidad de modificar o variar su régimen (formulando al respecto una “reserva”); inclusive, ciertas convenciones de derecho mercantil suelen o prohibir o limitar las reservas a unos pocos supuestos previamente definidos. Por otro lado, al incorporar el texto de una ley modelo a su derecho interno, es posible que un Estado desee modificar o suprimir alguna de sus disposiciones.

4.2 Leyes Modelo y Guías Legislativas como instrumentos de armonización legislativa

4.2.1 Leyes Modelo

Por ley modelo se entiende todo texto legal que se recomienda a los Estados para su incorporación al derecho interno.

El profesor **MANUEL OLIVENCIA** se refiere a ellas en los siguientes términos:

“Se trata de una técnica *indirecta* de uniformidad. A diferencia de las convenciones, las leyes modelo no son instrumentos internacionales que los Estados se obligan a integrar en sus respectivos ordenamientos; carecen de valor normativo; no son leyes: más exacta que la expresión *ley modelo* sería la de modelo de ley, porque su texto tiene el valor de un ejemplo orientativo, destinado a los legisladores nacionales con la recomendación de que lo adopten como tal *modelo* a la hora de dictar leyes internas en la materia.”³⁰¹

Por su parte, **CECILIA AZAR MANSUR**, al hablar de la naturaleza de las leyes modelo señala:

“Las leyes modelo, como su nombre lo indican, son modelo de regulación recomendado por Naciones Unidas para ser adoptado, total o parcialmente por los países interesados. Su elaboración se encomienda a un grupo de expertos y una vez propuesta, discutida y redactada por ellos, se ofrece a los distintos países para su adopción. Las leyes modelo no son obligatorias *per se*, deben ser incorporadas al derecho positivo de cada Estado, a través del proceso correspondiente y con las adaptaciones necesarias para poder aplicarse.”³⁰²

De los textos transcritos podemos desprender varias de las características de las leyes modelo.

³⁰¹ Citado por **PEREZNIETO CASTRO, LEONEL**, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Op. cit. supra, nota 285; p. 232;

³⁰² **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. 64 y 65.

En primer lugar, se trata de una técnica *indirecta* de uniformidad. Las leyes modelo, *per se*, no son obligatorias. En este sentido, es una técnica indirecta ya que para originar la uniformidad en una materia no basta con la emisión de la ley modelo, sino que requiere que cada Estado la incorpore a su sistema legal.

Por otro lado, se dice que la ley modelo es más flexible que una convención o tratado internacional ya que, al incorporar el texto de la ley modelo a su derecho interno, es posible que un Estado desee modificar o suprimir alguna de sus disposiciones. El problema que esto representa, como se explica más adelante, es que entre más modificaciones se hagan, menos podrá alcanzarse el fin de la uniformidad.

Esta flexibilidad inherente a una ley modelo resulta útil en todos aquellos casos en los que sea probable que un Estado desee introducir modificaciones al régimen uniforme propuesto para facilitar su incorporación al derecho interno. Cabe suponer que algunos Estados desean introducir ciertas modificaciones en un régimen uniforme que guarde una relación estrecha con el derecho interno. Ello supone, en principio, que el grado de armonización logrado y, por lo tanto, de certidumbre obtenida— será inferior si se recurre a la técnica de una ley modelo que lo que cabría esperar del régimen de una convención. No obstante, por razón de su flexibilidad es probable que un mayor número de Estados decidan adoptar el régimen de la ley modelo.

A pesar de lo anterior, con el objeto de lograr un grado de armonización y certidumbre satisfactorio, es muy importante los Estados procuren un introducir el menor número posible de cambios al incorporar el régimen de la nueva ley modelo a su derecho interno y, en todo caso, se ha de intentar que todo cambio introducido sea compatible con los principios básicos de la ley modelo de que se trate. Una de las razones por las que se debe respetar el texto de la ley modelo es que con ello se logrará que el régimen interno resulte más transparente y conocido para las partes extranjeras que realicen operaciones en el territorio de un Estado promulgante.³⁰³

Por lo general, una ley modelo está acompañada de una “guía explicativa” —distintas de las guías legislativas o jurídicas, que se analizarán más adelante— cuyo propósito fundamental es el orientar o guiar, valga la redundancia, al Estado promulgante al momento de llevar a cabo la incorporación del texto de la ley modelo a su derecho interno y, además, contiene ejemplos, comentarios y recomendaciones respecto de la utilización o implementación de la figura jurídica de que trata la ley modelo.³⁰⁴

4.2.2 Guías legislativas

Por su parte, las *guías legislativas* o *jurídicas*, aunque muy parecidas a las leyes modelo, son textos o modelos de normas que dejan diversas opciones (más de las de una ley modelo), para ser implementadas por un Estado promulgante. El grado de armonización es más laxo que el de una ley modelo.

4.3 Organizaciones internacionales para la uniformidad del Derecho Mercantil Internacional

³⁰³ “De ser posible, lo más recomendable es adoptar estas leyes [modelo] de manera integral, de lo contrario existe el riesgo de generar contradicciones.” AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. *supra*, nota 13; p. 65.

³⁰⁴ Estas guías explicativas son meras recomendaciones que indican al legislador nacional como puede proceder en tal o cual tema para la incorporación de las leyes modelo.

En el siglo pasado fuimos testigos de la creación y fortalecimiento del derecho internacional privado a consecuencia, en gran medida, del desarrollo de las relaciones comerciales entre agentes económicos de distintos países.³⁰⁵

Derivado de lo anterior, se han ido creando diversas instituciones u organizaciones internacionales que se abocan a la unificación o armonización en el campo del comercio internacional, mediante la elaboración de cuerpos normativos de distinta naturaleza encaminados a regular aspectos del derecho internacional de manera uniforme. En materia comercial, la labor de unificación ha sido amplia y de gran utilidad.

En primer lugar, mencionaremos a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo la “**CNUDMI**” o la “**Comisión**”), mejor conocida como UNCITRAL, por sus siglas en inglés. La CNUDMI, además de sus funciones como organismo intergubernamental en la elaboración de convenciones y tratados internacionales, busca la unificación o armonización del derecho mercantil internacional con el objeto de encontrar soluciones que sean aceptables para Estados de diferentes ordenamientos jurídicos y niveles de desarrollo económico y social. En el siguiente apartado se estudiará con más detalle a esta organización.

Por otro lado, encontramos al Instituto para la Unificación del Derecho Privado, conocido por sus siglas en inglés: *UNIDROIT*, con sede en Roma, el cual también es un organismo intergubernamental que entre sus objetivos principales tiene el de realizar estudios, proyectos de convenciones y propuestas de leyes modelo y de principios generales de contratación que ayudan al desarrollo del comercio internacional.³⁰⁶

En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), existe un esfuerzo importante de armonización del derecho internacional privado con la celebración de las denominadas Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado, mejor conocidas por sus siglas: CIDIP. No obstante, a diferencia de las organizaciones anteriores, ésta no sólo se aboca a la unificación y armonización de regímenes en materia comercial, sino en muchas otras materias como la civil y la familiar.

Por último, pero no menos importante, también es oportuno señalar los loables esfuerzos de instituciones como la Cámara de Comercio Internacional³⁰⁷ y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, para la uniformidad del Derecho Mercantil Internacional.

4.4 *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*

4.4.1 *Origen*

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional fue establecida por la Asamblea General en 1966 (Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966). La Asamblea General de las Naciones Unidas, al establecer la CNDMI, reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que, mediante la Comisión, las Naciones Unidas podrían desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos.

³⁰⁵ Vid. **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. 63 y 64.

³⁰⁶ Vid. **PEREZNIETO CASTRO, LEONEL**, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Op. cit. supra, nota 295; p. 233.

³⁰⁷ La Cámara de Comercio Internacional ha desarrollado una amplia gama de normatividad, tanto sustantiva como adjetiva, para facilitar el comercio internacional. Así, encontramos desde los *INCOTERMS* y las UCP 500 o Reglas y Usos Uniformes Relativos a Créditos Documentarios, hasta los Reglamentos de Arbitraje y ADR, por citar sólo algunos ejemplos.

4.4.2 Mandato

La Asamblea General de las Naciones Unidas dio a la CNUDMI el mandato general de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Desde entonces, la Comisión se ha convertido en el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

Desde su creación, la CNUDMI ha preparado una amplia gama de convenciones, leyes modelos y otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho mercantil que repercuten en el comercio internacional. La Comisión se reúne una vez al año, normalmente en verano, alternativamente en las ciudades de Nueva York y Viena.

Asimismo, la CNUDMI presta asesoramiento técnico a las autoridades que se encargan de preparar leyes inspiradas en sus leyes modelo o que han de dictaminar sobre la eventual adhesión de un país a alguno de los convenios de derecho mercantil internacional preparados por la misma Comisión.

4.4.3 Composición y estructura

La CNUDMI está integrada por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y los principales sistemas económicos y jurídicos. Los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años y el mandato de la mitad de ellos expira cada tres años.

Al igual que la mayoría de los órganos subsidiarios de la Asamblea General, integrada por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, la CNUDMI está integrada por un número más reducido de Estados, a fin de facilitar sus deliberaciones. En su origen, estaba integrada por 29 países; ese número se elevó a 36 en 1973, y a 60 países en 2004, en los que se encuentran representados cinco grupos regionales: Estados de África, de América Latina y el Caribe, de Asia, de Europa Occidental, de Europa Oriental y otros Estados.³⁰⁸

A su vez, la CNUDMI, para el desarrollo de sus labores, está dividida en una Secretaría General y en varios grupos de trabajo.

³⁰⁸ De conformidad con la información contenida en su página de Internet, desde el 14 de junio de 2004, los miembros de la CNUDMI —y los años en los que expira su mandato— son los siguientes: Algeria (2010), Alemania (2007), Argentina (2007), Australia (2010), Austria (2010), Bielorrusia (2010), Bélgica (2007), Benin (2007), Brasil (2007), Camerún (2007), Canadá (2007), Chile (2007), China (2007), Colombia (2010), Croacia (2007), Ecuador (2010), España (2010), Estados Unidos (2010), Federación Rusa (2007), Fiji (2010), Francia (2007) Gabón (2010), Guatemala (2010), India (2010), República Islámica de Irán (2010), Israel (2010), Italia (2010), Japón (2007), Jordania (2007), Kenia (2010), Líbano (2010), Lituania (2007), Macedonia (2007), Madagascar (2010), Marruecos (2007), **México (2007)**, Mongolia (2010), Nigeria (2010), Pakistán (2010), Paraguay (2010), Polonia (2010), Qatar (2007), Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2007), República Checa (2010), República de Corea (2007), Ruanda (2007), Serbia y Montenegro (2010), Sierra Leona (2007), Singapur (2007), Sri Lanka (2007), Sudáfrica (2007), Suiza (2007), Swazilandia (2010), Tailandia (2010), Túnez (2007), Turquía (2007), Uganda (2010), Uruguay (2007), Venezuela (2010) y Zimbawue (2010).

Una de las labores fundamentales de la Secretaría de la CNUDMI, aparte de fungir como el organismo administrativo de la misma, es la de prestar asesoramiento técnico a toda autoridad pública encargada de preparar textos legales basados en los documentos emitidos por la misma Comisión, como lo son las leyes modelo.

La Comisión ha establecido seis grupos de trabajo que se encargan de la labor preparatoria sustantiva de los temas del programa de trabajo de la CNUDMI. Cada uno de los grupos de trabajo está integrado por todos los Estados miembros de la Comisión.³⁰⁹

Los seis grupos de trabajo —y sus temas actuales— son los siguientes:

- 1) *Contratación pública;*
- 2) **Arbitraje y conciliación internacionales;**
- 3) *Derecho del Transporte;*
- 4) *Comercio electrónico;*
- 5) *Régimen de la insolvencia; y*
- 6) *Garantías reales (transacciones garantizadas).*

Como se señaló anteriormente, todos los Estados miembros de la CNUDMI son elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Todos los demás Estados que no son miembros de la Comisión, así como las organizaciones internacionales interesadas, son invitados a asistir a los períodos de sesiones de la Comisión y de sus grupos de trabajo en calidad de observadores. Se invita a dichos “observadores” a participar en las deliberaciones de la Comisión y de sus grupos de trabajo en igual medida que los Estados miembros.³¹⁰

4.4.4 Métodos de trabajo

La CNUDMI lleva a cabo su labor en períodos de sesiones anuales, que se celebran en años alternos en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York y el Centro Internacional de Viena.

Por su parte, cada grupo de trabajo celebra generalmente uno o dos períodos de sesiones al año, según el tema de que se ocupe; el lugar de celebración alterna también entre las ciudades de Nueva York (en primavera) y Viena (en otoño).

Como se señaló anteriormente al tratarse la composición de la CNUDMI, se invita a todos los Estados que no son miembros de la Comisión, así como a las organizaciones internacionales interesadas, a asistir como observadores a las sesiones de la Comisión y de sus grupos de trabajo, quienes pueden participar en las deliberaciones de las sesiones, en la misma medida que los Estados miembros.

³⁰⁹ Estos grupos de trabajo fluctúan según los temas a tratar por la CNUDMI y, en este sentido, desaparecen cuando se considera que han cumplido con sus objetivos.

³¹⁰ “...se ha de sumar la amplia participación en los Grupos de Trabajo de observadores de diversos Estados y de diversas organizaciones internacionales, como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Cámara de Comercio Internacional, el Comité Marítimo Internacional, y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Se ha de resaltar la importancia de la participación de las diversas organizaciones internacionales en la sesiones de los Grupos de Trabajo, ya que por su especialización aportan gran calidad a los debates y por ende a los trabajos de UNCITRAL.” PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, “La agenda de la UNCITRAL durante el trienio 2001—2003: comentario a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Edit. Iprolex, Madrid, 2003; p. 1233.

La CNUDMI adopta normalmente sus decisiones por consenso y no por votación económica. La base del consenso es realizar esfuerzos por atender a todas las preocupaciones, de modo que el texto definitivo adoptado resulte aceptable para todos. El consenso no debe entenderse en el sentido de que autorice a un Estado a vetar la opinión predominante en una sesión. Sin embargo, hay casos excepcionales en los que se adopta la decisión por mayoría de votos.

4.4.5 Leyes Modelo de la CNUDMI

Entre los textos preparados por la CNUDMI figuran convenciones, leyes modelo, guías jurídicas, guías legislativas, reglamentos y notas prácticas, además de varios documentos relacionados con los trabajos de cada uno de los órganos de la Comisión (Secretaría General, grupos de trabajo) dependiendo de la actividad realizada.

Las leyes modelo de la CNUDMI tienen como objetivo primordial dotar al concierto internacional de países con un “modelo” de ordenamiento o cuerpo normativo acerca de temas o instituciones que faciliten el comercio internacional y, derivado de ello, armonizar el derecho interno de cada país con el de los demás.

A la fecha, son ya varias las leyes modelo elaboradas por la CNUDMI y aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Como ejemplo podemos mencionar las siguientes: (i) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; (ii) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico; (iii) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas; (iv) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito; (v) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; (vi) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y (vii) **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional**.

4.5 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional

Frente a la importancia que han adquirido los mecanismos de solución amigable de conflictos, la CNUDMI consideró necesario proveer a la comunidad internacional de un documento que fungiera como un modelo para legislar en materia de conciliación. El grupo de trabajo encargado de esta labor, consciente de la conveniencia de regular esta materia, decidió elaborar un cuerpo normativo breve, conciso y general que incluyera los principios fundamentales encaminados a resguardar los derechos de las partes y la flexibilidad de este mecanismo.³¹¹

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (en lo sucesivo la “**Ley Modelo**”), fue aprobada por la CNUDMI en el marco de su 35º periodo de sesiones el 24 de junio de 2002. Posteriormente, la Ley Modelo fue aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 52ª sesión plenaria celebrada el 19 de noviembre de 2002.

Como preámbulo al análisis de la Ley Modelo, resulta interesante lo señalado en los textos de aprobación, tanto de la CNUDMI como el de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por lo que a continuación se transcriben.

La aprobación de la Ley Modelo por la CNUDMI señala:

³¹¹ Vid. AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; p. 66.

"141. La Comisión, tras examinar el texto del proyecto de ley modelo en la forma en que fue revisado por el grupo de redacción, aprobó la siguiente decisión en su 750ª sesión, celebrada el 24 de junio de 2002:

"La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Reconociendo el valor de la conciliación o mediación como método de solución amigable de las controversias surgidas en el contexto de las relaciones comerciales internacionales,

Observando al respecto que el término "conciliación" abarca la mediación y otros procesos de importancia análoga,

Convencida de que el establecimiento de una ley modelo sobre la conciliación aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuiría al desarrollo de las relaciones económicas internacionales armónicas,

Considerando que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional ayudará en medida significativa a los Estados a mejorar su legislación relativa al uso de técnicas modernas de conciliación o mediación y en la formulación de legislación cuando no exista,

Observando que la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional fue objeto de la debida deliberación y de extensas consultas tras la distribución del proyecto de texto para que los gobiernos y las organizaciones interesadas formularan observaciones,

Convencida que de la Ley Modelo, conjuntamente con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, recomendado por la Asamblea General en su resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980, contribuye en medida significativa al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficiente de controversias surgidas en las relaciones comerciales internacionales,

1. *Aprueba* la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional tal como figura en el anexo I del Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones;

2. *Pide* al Secretario General que transmita el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, junto con los trabajos preparatorios realizados por la Comisión en su 35º período de sesiones y con la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo, que la Secretaría habrá de finalizar sobre la base de las deliberaciones de la Comisión en su 35º período de sesiones, a los gobiernos y a las instituciones especializadas en la solución de controversias y demás organismos interesados, como las cámaras de comercio;

3. *Recomienda* que todos los Estados tomen debidamente en cuenta la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional en atención a la conveniencia de unificar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias y las necesidades concretas de la práctica comercial internacional en materia de conciliación o mediación."

Por su parte, la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas a la letra señala:

“La Asamblea General,

Reconociendo el valor para el comercio internacional de los métodos de solución de las controversias comerciales en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa,

Observando que esos métodos de solución de controversias, a los que se alude con expresiones tales como conciliación y mediación y términos similares, se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional en sustitución de los litigios judiciales,

Considerando que el uso de esos métodos de solución de controversias produce beneficios importantes, pues reduce los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil, facilita la administración de las transacciones internacionales por las partes comerciales y da lugar a economías en la administración de justicia por los Estados,

Convencida de que el establecimiento de una ley modelo sobre estos métodos que sea aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuiría al desarrollo de unas relaciones económicas internacionales armónicas,

Observando con satisfacción que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha concluido y aprobado la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional,

Estimando que la Ley Modelo ayudará en medida significativa a los Estados a mejorar su legislación relativa al uso de técnicas modernas de conciliación o mediación y a formular tal legislación cuando no exista,

Observando que la preparación de la Ley Modelo fue objeto de la debida deliberación y de extensas consultas con los gobiernos y los sectores interesados,

Convencida de que la Ley Modelo, conjuntamente con el Reglamento de Conciliación, recomendado por la Asamblea General en su resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980, contribuye en medida significativa al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficiente de controversias surgidas en las relaciones comerciales internacionales,

1. *Expresa su gratitud a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber concluido y aprobado la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, cuyo texto figura en el anexo a la presente resolución, y por haber preparado la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo;*

2. *Pide al Secretario General que haga todo lo posible por promover el conocimiento y la disponibilidad generales de la Ley Modelo y su Guía para la incorporación al derecho interno;*

3. *Recomienda que todos los Estados consideren debidamente la posibilidad de incorporar a su derecho interno la Ley Modelo, en atención a la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias y las necesidades concretas de la práctica comercial internacional en materia de conciliación.”*

De las transcripciones anteriores, consideramos importante resaltar, entre otros, los siguientes tres aspectos:

- a) *Reconocimiento del valor de la conciliación comercial como método de solución amigable de controversias y su contribución al desarrollo de las relaciones económicas tanto nacionales como internacionales.*

En ambas resoluciones, se hace un reconocimiento expreso a la conciliación comercial como un método amigable o amistoso de solución de controversias surgidas en el contexto de las relaciones comerciales, tanto nacionales como internacionales.

Asimismo, se reconoce expresamente que dicho mecanismo, sobre todo por los grandes beneficios que conlleva, reduce los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil lo que, a su vez, contribuye al desarrollo de las relaciones económicas y comerciales.

- b) *La Ley Modelo fue objeto de la debida deliberación y de extensas consultas con los gobiernos y los sectores interesados.*

En los apartados anteriores, se mencionó la estructura y composición plural de la CNUDMI y de sus grupos de trabajo. En ellos, participan reconocidos y destacados operadores jurídicos y comerciales, es decir, expertos en el campo del derecho (de muy variados sistemas jurídicos) y del comercio.

Por otro lado, como se verá más adelante, la elaboración de la Ley Modelo tardó más de tres años y fue ampliamente discutida por los miembros del Grupo de Trabajo que tuvo a su cargo la elaboración de la Ley Modelo, así como en las sesiones plenarias de la CNUDMI.

Por último, como lo reconocen tanto la CNUDMI y la misma Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la Ley Modelo fue objeto de extensas consultas con los gobiernos y los sectores interesados.

Los elementos antes apuntados: (i) participación de expertos en la elaboración de la Ley Modelo; (ii) amplias deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo de Arbitraje de Conciliación Internacionales y de la misma CNUDMI; y (iii) la elaboración de extensas consultas con gobiernos y sectores interesados; nos llevan a considerar, *a priori*, que la Ley Modelo es un producto bien hecho, en el que se amalgaman los distintos sistemas jurídicos existentes y se hace un reconocimiento expreso del dinamismo e importancia de las relaciones jurídico-comerciales.

- c) *La Ley Modelo contribuye en medida significativa al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficiente de controversias surgidas en las relaciones comerciales internacionales.*

Como consecuencia de lo señalado en los dos incisos anteriores, podemos augurar que, en la medida que los distintos Estados analicen y adopten la Ley Modelo a sus sistemas jurídicos, se creará un marco jurídico uniforme, con reglas claras para todos aumentando con ello la previsibilidad en los sistemas de solución de conflictos comerciales lo que proporcionar, además, más y mejor certeza y seguridad jurídicas a los operadores comerciales, tanto nacionales como internacionales.

Por último, vale la pena notar la importancia de la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo preparada por la misma CNUDMI (en lo sucesivo la “**Guía**”).³¹²

Al preparar y aprobar las disposiciones legales modelo sobre conciliación comercial, la CNUDMI estuvo conciente que esas disposiciones resultarían más eficaces para la evolución del derecho interno de los Estados si iban acompañadas de cierta información explicativa de su texto y sus antecedentes. Según la misma Comisión, esta Guía ayudará a los Estados poco familiarizados con la vía de la conciliación comercial como método para la solución de controversias, como es el caso de México, a entender en mejor forma su importancia y sus beneficios.

La Guía fue concebida primordialmente para los órganos encargados de efectuar la revisión legislativa oportuna de cada país (en general los órganos del poder ejecutivo y legislativo quienes están a cargo del procedimiento legislativo o de creación de normas y reglamentos de carácter general). Pero la información en ella recogida puede ser también útil para otros usuarios del texto de estas disposiciones, en particular, para empresarios, jueces y abogados en ejercicio, así como para los círculos académicos.

Una gran parte del material recogido en la Guía fue tomado de los trabajos preparatorios de la Ley Modelo.³¹³ En dicha Guía se explica cómo se fueron incorporando al texto de la Ley Modelo disposiciones que constituirían los rasgos mínimos esenciales de un instrumento legislativo destinado a alcanzar los objetivos de la Ley Modelo.

El licenciado **JOSÉ MARÍA ABASCAL ZAMORA** señala que son pocas las posibilidades de lograr una completa uniformidad al redactar convenciones y leyes modelo internacionales ya que los esfuerzos se limitan a lo que “...se puede lograr con un empleo razonable de tiempo y esfuerzo. Por ello nunca satisfacen los deseos generales de un tratamiento completo del tema en un texto legislativo.”³¹⁴ La Ley Modelo no fue la excepción ya que sus disposiciones afectan delicadas cuestiones de derecho de los diferentes sistemas legales del mundo, por lo que la Ley Modelo “...se limitó a asuntos que fueran realizables. Como consecuencia, muchos temas que son importantes en los procedimientos de conciliación se dejaron a la ley aplicable.”³¹⁵

Por lo tanto, “...algunas cuestiones que no se resuelven en la Ley Modelo se abordan, no obstante, en la Guía, que está destinada a servir de fuente de inspiración adicional para los Estados que incorporen la Ley Modelo a su derecho interno. La Guía ayudará además a los Estados a determinar las disposiciones de la Ley Modelo que deban ser modificadas para adaptarlas a determinadas peculiaridades de su derecho interno.”³¹⁶

³¹² Este es un vivo ejemplo de las guías explicativas a que hicimos referencia en apartados anteriores al analizar las leyes modelo.

³¹³ “En ella se reflejan las deliberaciones y decisiones de la Comisión durante el período de sesiones en el que se aprobó la Ley Modelo, así como las consideraciones del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) de la CNUDMI, que dirigió la labor preparatoria de su texto.” *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional*; p. 10.

³¹⁴ **ABASCAL ZAMORA, JOSÉ MARÍA**, “Algunas consideraciones sobre la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional”, *Op. cit. supra*, nota 252; p. 2.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional*; p. 9.

4.5.1 Antecedentes y finalidad de la Ley Modelo

El comercio internacional se ha desarrollado rápidamente, a medida que un número cada vez mayor de entidades, incluidas las pequeñas y medianas empresas, realizan operaciones transfronterizas. La expansión exponencial del comercio tanto nacional como internacional, hace insoslayable la necesidad de contar con un sistema eficiente y eficaz para la solución de las controversias. La CNUDMI preparó la Ley Modelo para ayudar a los Estados a establecer vías para la solución de las controversias que reduzcan su costo, promuevan un clima cooperativo entre las partes, prevengan futuras disputas y den mayor certeza al comercio nacional e internacional. Al adoptar la Ley Modelo y al instruir a los empresarios sobre las finalidades y bondades de su régimen, se les estará alentando a buscar vías para solucionar sus controversias que no dependan de un fallo vinculante y que dé más rentabilidad al mercado de que se trate.

Los objetivos de la Ley Modelo, entre los que cabe citar los de fomentar el recurso a la conciliación y ofrecer más previsibilidad y certeza en su empleo, son importantes para promover la economía y la eficiencia en el comercio nacional e internacional. La uniformidad contribuye a dar una mayor integridad y certeza al proceso conciliatorio y resulta aún más beneficiosa en los casos en que no esté claro el derecho aplicable.

Como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo (mismo que se reconoce expresamente en la Guía), se está recurriendo cada vez más a la conciliación comercial para la solución de las controversias en diversas partes del mundo, incluso, en regiones en que hasta hace una o dos décadas no era frecuente en la práctica comercial.

Asimismo, la conciliación comercial se está convirtiendo en una opción preferida y promovida para la solución de controversias en los tribunales y en organismos gubernamentales, así como en el ámbito comunitario y comercial. Esta tendencia se refleja, por ejemplo, en el establecimiento de cierto número de órganos, tanto privados como públicos, que ofrecen sus servicios a las partes interesadas en llegar a una solución amistosa de una controversia.

Derivado de lo anterior, simultáneamente, en diversas regiones del mundo se ha venido promoviendo la conciliación comercial como método para la solución de las controversias. Sin embargo, en muchos países la conciliación se rige por diversas leyes a la vez que siguen criterios diferentes en cuanto a la confidencialidad y a los privilegios probatorios y sus excepciones. Ello ha dado pie a que se apoyen soluciones jurídicas internacionales armonizadas que faciliten la utilización de este mecanismo.

Dado que el papel del conciliador se limita a facilitar el diálogo entre las partes y no consiste en adoptar decisiones, como sucede en los mecanismos autocompositivos de solución de conflictos, no se necesitan garantías procesales como las que existen en el arbitraje o en el litigio ante cortes locales. Se consideró, por tanto, de importancia crucial la flexibilidad que permiten los procedimientos de conciliación comercial y la posibilidad de adaptar el proceso a las circunstancias de cada caso y a los deseos de las partes.

Esa flexibilidad dio en su momento la opinión generalizada de que no era necesario regular jurídicamente un proceso que tanto depende de la voluntad de las partes. De hecho, se consideró (y hay varios autores que lo siguen estimando así) que las normas legislativas restringirían y socavarían indebidamente el proceso de conciliación.³¹⁷

³¹⁷ "Hemos dicho a lo largo de este trabajo que la regulación de esta materia es delicada y puede, si es excesiva, afectar de manera importante su flexibilidad..." Vid. AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. *supra*, nota 13; p. 70.

En primera instancia, se valoró que la manera adecuada de ofrecer certeza y previsibilidad era utilizar normas contractuales que remitieran a la aplicación de ciertos reglamentos de conciliación, como el mismo Reglamento de Conciliación de la CNUDMI de 1980.

No obstante, se han hecho patentes varias insuficiencias de las soluciones contractuales para atender plenamente a las necesidades de las partes, si bien al mismo tiempo son conscientes de la necesidad de preservar la flexibilidad del proceso conciliatorio. Por ejemplo, una de las preocupaciones de las partes en lo que respecta a la conciliación comercial es tener la certeza de que lo que haya declarado o admitido durante el procedimiento no se utilice como prueba en su contra en otro procedimiento y se consideró que con una solución contractual no se podía lograr ese objetivo. Otros ejemplos de la insuficiencia de soluciones contractuales lo son el papel del conciliador en actuaciones judiciales o arbitrales subsiguientes, el proceso de nombramiento de conciliadores, los principios amplios aplicables al procedimiento conciliatorio y la ejecutoriedad del acuerdo de transacción. Es por ello que varios Estados han venido promulgando leyes sobre conciliación comercial con objeto de responder a las insuficiencias de las soluciones contractuales.

Por lo anterior, la CNUDMI decidió preparar una ley modelo sobre el tema con objeto de superar las insuficiencias contractuales y procurar, al mismo tiempo, una previsibilidad y uniformidad en la utilización de la conciliación comercial. Así pues, el proceso de conciliación comercial podría beneficiarse con establecimiento de una legislación uniforme que podría ofrecer aclaraciones útiles y que se aplicarían supletoriamente cuando ambas partes desearan una conciliación pero no hubieran acordado la utilización de un reglamento específico o, por otro lado, cuando dicho reglamento no satisficiera la incertidumbre acerca de varios aspectos de la conciliación como los antes señalados.

Por otra parte, con respecto a cuestiones como el modo de facilitar la ejecución de los acuerdos de transacción resultantes de la conciliación comercial, se señaló que sólo mediante una legislación uniforme podría lograrse el grado de previsibilidad y certeza necesario para fomentar la conciliación.

Como se señaló anteriormente, toda vía de conciliación puede diferir de otra en detalles de procedimiento que dependerán de lo que se juzgue ser el mejor método para resolver esa controversia entre las partes. Las disposiciones que la Ley Modelo recoge para regir esos procedimientos dan margen para dichas diferencias y dejan al arbitrio de las partes y de los conciliadores de adopción del curso que juzguen más apropiado para el proceso conciliatorio. Fundamentalmente, se trata de proteger la integridad del proceso conciliatorio, por ejemplo, procurando que se cumplan las expectativas de las partes en cuanto a la confidencialidad y, al mismo tiempo, se prevé un grado máximo de flexibilidad preservando la autonomía de las partes.

En su 32º período de sesiones celebrado en 1999, la CNUDMI tuvo a su disposición una nota titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional". Acogiendo con agrado la oportunidad de examinar si sería conveniente o factible ampliar el régimen de arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró que había llegado el momento de evaluar la rica y positiva experiencia adquirida con la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) en el derecho interno de los países y decidió que entre los temas prioritarios figurase la conciliación comercial.

La Ley Modelo fue elaborada en el transcurso de cuatro períodos de sesiones del Grupo de Trabajo del 32º al 35º.

En su 35º período de sesiones de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo II concluyó el examen de las disposiciones de la Ley Modelo y examinó el proyecto de guía. Por su parte, la Secretaría de la CNUDMI revisó el texto del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo sobre la base de las deliberaciones del mismo Grupo de Trabajo II. El proyecto de ley modelo, junto con el proyecto de guía para su

incorporación al derecho interno y utilización, se distribuyó a los Estados miembros y observadores para que formularan comentarios y se sometió al examen y aprobación de la comisión en su 35º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002. La CNUDMI aprobó la Ley Modelo por consenso el 24 de junio de 2002 (las deliberaciones de la Comisión al respecto figuran en su informe sobre la labor de su 35º período de sesiones). Durante la preparación de la Ley Modelo participaron en el debate representantes de unos 90 Estados, 12 organizaciones intergubernamentales y 22 organizaciones internacionales no gubernamentales.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución transcrita en apartados anteriores, en la que recomendó a todos los Estados que consideraran debidamente la posibilidad de incorporar a su derecho interno la Ley Modelo, en atención a la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias y las necesidades concretas de la práctica comercial internacional en materia de conciliación. El material relativo a la preparación de la Ley Modelo se ha publicado en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas (árabe, chino, español, francés, inglés y ruso). Esos documentos también figuran en la página de internet de la CNUDMI (www.uncitral.org, bajo el título *trabajos preparatorios*) y en el Anuario de la CNUDMI.

4.5.2 Análisis del contenido normativo de la Ley Modelo

A continuación se analizará el contenido normativo de la Ley Modelo. Para tal efecto, como se mencionó al principio del presente capítulo, fue de gran utilidad la Guía emitida por la CNUDMI junto con el texto de la Ley Modelo, razón por la cual se siguió, en gran medida la estructura de dicha Guía sin prescindir, por supuesto, de nuestros comentarios personales y de la poca bibliografía que se ha formulado al respecto.

4.5.2.1 Estructura de la Ley Modelo

La Ley Modelo cuenta con 14 artículos en los que se contienen, en general, definiciones, procedimientos y directrices sobre cuestiones afines basadas en la importancia de que las partes retengan el control deseado sobre el procedimiento de conciliación comercial y su resultado.

En el artículo 1 se delimita el alcance de la Ley Modelo y se define la conciliación de forma general y, en términos más precisos, su ámbito de aplicación.

El artículo 2, por su parte, da una orientación sobre cómo debe interpretarse la Ley Modelo.

En el artículo 3 se dispone expresamente que todas las disposiciones de la Ley Modelo, salvo por dos excepciones que más adelante se comentarán, están sujetas a modificación mediante acuerdo de las partes, exaltando así el principio de la autonomía de la voluntad característico de los procedimientos conciliatorios.

Por su parte, del artículo 4 al 11 se regulan los aspectos procesales de la conciliación comercial. Esas disposiciones pueden ser de particular utilidad en aquellos casos en que las partes no hayan previsto ninguna regla de procedimiento para la solución de sus controversias, por lo que son de carácter supletorio. Pueden ser también de utilidad para las partes que, a pesar de haber previsto en su acuerdo algún procedimiento para la solución de sus controversias, deseen recurrir a ellas a título supletorio. Básicamente, como se verá con mayor detalle más adelante, dentro de dichas disposiciones se encuentran reglas respecto del inicio del procedimiento, número y

designación de conciliadores, la sustanciación del procedimiento conciliatorio, la comunicación entre el conciliador y las partes, la revelación de información, la confidencialidad de la información relativa al procedimiento conciliatorio, la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos y las formas de terminación del procedimiento de conciliación.

En las demás disposiciones finales de la Ley Modelo (artículos 12 a 14) se regulan cuestiones que pueden plantearse a raíz de un proceso de conciliación a fin de evitar la incertidumbre que resultaría de la ausencia de una normativa legal al respecto como lo son la posibilidad de que el conciliador actúe como árbitro en un procedimiento posterior, la posibilidad de limitar el acceso a otros procedimientos mientras se tramite la conciliación y por último, pero no por ello menos importante, la ejecutoriedad del acuerdo de conciliación.³¹⁸

4.5.2.2 Ámbito de aplicación y definiciones

Como se señaló anteriormente, en el artículo 1 de la Ley Modelo se delimita el alcance de la Ley Modelo, se define a la conciliación comercial y, en términos más precisos, su ámbito de aplicación.

El texto del artículo 1 es el siguiente:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

1. La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial internacional.
2. A los efectos de la presente Ley, el término “conciliador” podrá hacer referencia a un único conciliador o, en su caso, a dos o más conciliadores.
3. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.
4. Una conciliación será internacional cuando:
 - a) Las partes en un acuerdo de conciliación tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o
 - b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:
 - i) El Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni

³¹⁸ “Los artículos 12 a 14 de la LMCCCI se ocupan de los temas que probablemente puedan ser considerados como los más importantes, novedosos y candentes de la institución. Cuestiones todas ellas, además, problemáticas en cuanto a la solución que se otorga a los diversos temas considerados.” PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, “La agenda de la UNCITRAL durante el trienio 2001—2003: comentario a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”, *Op. cit. supra*, nota 310; p. 1240.

ii) El Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.

5. A los efectos del presente artículo:

a) Cuando alguna de las partes tenga más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) Cuando alguna de las partes no tenga ningún establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

6. La presente Ley también será aplicable a las conciliaciones comerciales cuando las partes convengan en que la conciliación es internacional o en que la presente Ley sea aplicable.

7. Las partes podrán convenir en que la presente Ley no sea aplicable.

8. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9, la presente Ley será aplicable independientemente de la razón por la cual se entable la conciliación, ya sea en virtud de un acuerdo concertado entre las partes antes o después de que surja la controversia, de una obligación establecida por ley o de instrucciones o indicaciones de un tribunal de justicia, tribunal arbitral o una entidad pública competente.

9. La presente Ley no será aplicable:

a) Cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes; y

b) [...]”

En el capítulo anterior se dedicó un apartado específico al análisis del concepto de la conciliación comercial, partiendo dicho análisis de la definición contemplada en el texto de la Ley Modelo antes transcrito. Por ello y en obvio de repeticiones innecesarias, ruego al lector a remitirse a dicho apartado.

Teniendo en cuenta lo anterior, los comentarios que nos merece el artículo 1 de la Ley Modelo son los siguientes.

Según la Guía, la finalidad del artículo en comento es perfilar el ámbito de la Ley Modelo limitándolo, en principio, a la conciliación comercial internacional. No obstante, la Ley Modelo no debe interpretarse como una invitación a los Estados promulgantes a limitar su aplicabilidad a las controversias internacionales. De esta forma su aplicación puede hacerse extensiva también a la conciliación local realizando pequeños ajustes al artículo que se sugiere la misma Ley Modelo, estos son, mediante la eliminación de la palabra “internacional” en el párrafo primero y la exclusión de los párrafos 4, 5 y 6.

Conforme al párrafo 7 de este artículo, las partes pueden acordar excluir la aplicabilidad de la Ley Modelo ya sea en forma expresa o tácita, mediante la sujeción a un derecho de conciliación distinto, ello atendiendo al carácter dispositivo con el que fue diseñada la Ley Modelo.

Derivado del texto del párrafo 8 del artículo en mención, se tiene en cuenta que, si bien la conciliación comercial es un procedimiento que con frecuencia ponen en marcha las partes, de común acuerdo (ya sea mediante un acuerdo antes o después de suscitada la controversia), pueden existir otras razones para que las partes se vean obligadas a recurrir a dicho procedimiento. En México no está contemplada la conciliación obligatoria, y al respecto existen varios precedentes judiciales, por lo que se ve poco probable que las partes se puedan ver obligadas a comparecer a un procedimiento de conciliación, máxime tratándose de una conciliación comercial y privada. No obstante, la Guía sugiere que, aunque en el Estado promulgante el acceder a la conciliación comercial se deje totalmente a criterio de las partes, no se omita el párrafo 8 del artículo 1 ya que esta disposición será útil para aclarar que la Ley Modelo (o las disposiciones incorporadas ya sea en una ley especial o en un cuerpo normativo preexistente) se aplicará "...en los casos en que las partes inician un proceso de conciliación regulado por el régimen jurídico de ese Estado en cumplimiento de una obligación jurídica emanada de ordenamiento extranjero o de una solicitud de un tribunal extranjero".³¹⁹

Por último, el párrafo 9 aclara que la Ley Modelo no aplica a los casos en que un juez o árbitro, durante un procedimiento arbitral o judicial, intente facilitar la concertación de un arreglo entre las partes. Según la Guía, se estimó que era necesaria esa exclusión para no entrar en conflicto con el derecho procesal vigente. Por otro lado, el mismo párrafo 9 faculta al Estado promulgante para excluir determinados supuestos del ámbito de aplicación de la ley. Desde mi punto de vista sería poco prudente establecer un listado exhaustivo de las materias a excluir, en todo caso podría incluirse un texto genérico como el siguiente (como se hizo al momento de adoptar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional): "...las disposiciones acerca de la conciliación comercial se aplicarán salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de conciliación."

4.5.2.3 Interpretación

El artículo 2 de la Ley Modelo, por su parte, establece sus propias reglas de interpretación.

El artículo 2 dispone:

"Artículo 2. Interpretación

1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
2. Las cuestiones relativas a las materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que ella se inspira."

De conformidad con la Guía, el artículo 2 de la Ley Modelo está inspirado en otros documentos elaborados por la misma CNUDMI³²⁰ y tiene el propósito de dar advertir (o dar una orientación) a los tribunales y demás

³¹⁹ Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional; p. 24.

³²⁰ "Esta disposición se inspira en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), en el artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), en el artículo 8 de la Ley Modelo de la

autoridades nacionales o locales que las disposiciones de la Ley Modelo, aunque sean promulgadas conforme al derecho interno y pasen a formar parte de éste, deben interpretarse teniendo en cuenta su origen internacional, a fin de velar por una interpretación uniforme en los diversos países.

Este principio de interpretación resultaría útil en el caso de México en el caso de que se decidiera incorporar la Ley Modelo en un cuerpo normativo preexistente (*i.e.* en el Código de Comercio), ya que evitaría, en principio, que los tribunales intentaran dar una interpretación cruzada de las disposiciones adoptadas para la conciliación comercial con las demás disposiciones del cuerpo normativo en el cual se haya incorporado. Este comentario se justifica por las malas experiencias —aunque pocas y aisladas, afortunadamente— que hemos tenido en el caso del arbitraje comercial, en el que, en diversas ocasiones, se ha distorsionado el sentido de sus disposiciones al intentar interpretarlas conjuntamente con otras del mismo Código de Comercio o, inclusive, con otras disposiciones en materia de obligaciones o de derecho procesal civil.³²¹

La misma Guía lista los principios que conforme al párrafo 2 del artículo en mención, se deben de tomar en consideración, mismos que se transcriben a continuación:

- a) Promover la conciliación como método de solución de controversias previendo soluciones jurídicas internacionales armonizadas, para facilitar una conciliación que respete la integridad del proceso y promoviendo la participación activa de las partes y su autonomía;
- b) Promover la uniformidad de la ley;
- c) Promover debates francos y abiertos entre las partes garantizando la confidencialidad del proceso, limitando la divulgación de cierta información y de hechos planteados durante la conciliación en procedimientos ulteriores, salvo la divulgación de información que requiera la ley o que sea necesaria a efectos de la aplicación o ejecución;
- d) Apoyar la evolución y los cambios del proceso conciliatorio que se deriven de adelantos técnicos como el comercio electrónico.³²²

CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997) y en el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001).” *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional*; p. 27

³²¹ Afortunadamente, en fechas recientes la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó un precedente muy importante al analizar y confirmar la constitucionalidad del artículo 1435 del Código de Comercio y señalar, entre otras cosas, que las disposiciones relativas al arbitraje comercial no deben ser interpretadas con las demás normas generales aplicables a los procedimientos mercantiles. En concreto, resolvió, entre otros, lo siguiente: “...En este orden de ideas, para el caso concreto sólo la integración legal del sistema procesal que contiene al numeral 1435 del Código de Comercio, puede llevar a determinar si éste satisface o no la garantía de seguridad jurídica, relativa al cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, para lo cual será menester desentrañar el verdadero alcance del Título Cuarto del Código de Comercio, “del arbitraje comercial” del cual forma parte el multicitado numeral. Lo anterior, porque el artículo 1051 del Código de Comercio en forma expresa establece que el procedimiento arbitral se regirá por las disposiciones del Título Cuarto, del Libro Quinto, del Código en mención, lo cual hace inaplicable lo dispuesto en el diverso 1054 de igual ley, en lo relativo a la supletoriedad de algún otro título o legislación y por tanto de la aplicación de las normas relativas a las disposiciones generales a todo juicio mercantil, que comprende de los artículos 1056 a 1376 del mismo cuerpo legal...” Amparo en Revisión: 759/2003. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este mismo sentido se pronuncia **CECILIA AZAR** al señalar: “...si la decisión es incorporar esta Ley al cuerpo de un código comercial, por ejemplo, cuando surja la necesidad de interpretar alguno de sus preceptos será necesario tomar en cuenta los principios generales en [su origen internacional y en] los que la Ley Modelo se inspiró antes de considerar una interpretación cruzada con el resto de los artículos del código en la cual se haya incorporado.” **AZAR MANSUR, CECILIA**, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, *Op. cit. supra*, nota 13; pp. 68 y 69. Sobre este tema en relación con las disposiciones de arbitraje comercial ver: **GRAHAM TAPIA, LUIS ENRIQUE**, “La interpretación de la legislación en materia de Arbitraje Comercial”, en la publicación del Séptimo Congreso Nacional de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, 2002.

³²² *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional*; p. 27.

Respecto de los principios antes apuntados, FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO señala se debe tomar en consideración, al momento de interpretar la Ley Modelo, lo siguiente: (i) flexibilidad; (ii) buena fe; (iii) cooperación; (iv) no intervención judicial; y (v) autonomía de voluntad.³²³

4.5.2.4 Autonomía de la voluntad

Con el objeto de insistir en la importancia que se asigna en la Ley Modelo al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se dedicó una disposición específica a este respecto: el artículo 3.

El texto del artículo 3 de la Ley Modelo es el siguiente:

“Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 y en el párrafo 3 del artículo 6, las partes podrán convenir en excluir o modificar cualquiera de las disposiciones de la presente Ley.”

Al consagrar el principio de la autonomía de las partes en un artículo específico de la Ley Modelo, además de recalcar la importancia del mismo, hace que no sea necesario repetirlo en las demás disposiciones de la Ley, como expresamente lo reconoce la Guía.

En este sentido, la Ley Modelo da un margen muy amplio a la voluntad de las partes en el procedimiento conciliatorio. Excepción hecha de dos temas³²⁴ —que son derecho imperativo y, por ende, las partes no pueden excluir su aplicación—, todas las demás disposiciones de la Ley Modelo han sido diseñadas como derecho dispositivo, es decir, derecho supletorio que admite pacto en contrario.³²⁵

4.5.2.5 Procedimiento de conciliación comercial

Como se señaló al tratarse la estructura de la Ley Modelo, del artículo 4 al 11 se regulan los aspectos procesales de la conciliación comercial.

Por considerarlo importante para los efectos del presente trabajo, en los incisos siguientes se analizará cada uno de los artículos antes mencionados.

4.5.2.5.1 Inicio del procedimiento conciliatorio

³²³ Vid. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Op. cit. supra, nota 190; p. 32.

³²⁴ Las dos excepciones al principio de la autonomía de la voluntad son las siguientes: (i) lo dispuesto en el artículo 2, relativo a la interpretación de la Ley Modelo, y (ii) el párrafo 3 del artículo 6, referente, como se verá más adelante, al trato equitativo que el conciliador debe dar a las partes.

³²⁵ Vid. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Op. cit. supra, nota 190; p. 32.

El artículo 4 de la Ley Modelo se pronuncia respecto del inicio del procedimiento de conciliación. Dicho artículo es muy importante ya que en él se comprenden tres temas a considerar: (i) el inicio del procedimiento como tal; (ii) cuestiones relativas a la suspensión o interrupción de la prescripción que pudieran derivar del inicio del procedimiento de conciliación; y (iii) cuestiones relativas a la existencia, validez y ejecutabilidad del acuerdo de las partes para someterse a la conciliación comercial.

El primero de los temas señalados se analizará en el presente apartado. Por considerarlo como un tema elemental para el éxito de la conciliación comercial (y de los más debatidos tanto por el grupo de trabajo que tuvo a su cargo la elaboración de la Ley Modelo, así como por la doctrina existente), se dedicará un apartado específico para la suspensión o interrupción de la prescripción. Por último, el tema de la existencia, validez y ejecutabilidad del acuerdo de las partes para someterse a un procedimiento conciliatorio, constituye una de las principales críticas a la Ley Modelo al no haberse señalado nada a este respecto, por lo que se analizará en apartados posteriores.

El artículo 4 dispone:

“Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación

1. El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo.
2. La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de esta última una aceptación de la invitación en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra parte ha rechazado su oferta de conciliación.”

El procedimiento conciliatorio comienza el día en que las partes acuerden que seguirán dicho procedimiento. Por consiguiente, aún cuando exista una disposición contractual con arreglo a la cual las partes deban iniciar un procedimiento conciliatorio, o incluso cuando un tribunal judicial o arbitral las comine a emprender esta vía³²⁶, el procedimiento de conciliación no comenzará hasta que las partes hayan convenido en entablarlo.

Según lo señala la Guía, la referencia genérica al “...día en que las partes acuerden iniciarlo” tiene por objeto abarcar los diversos medios por los que las partes pueden recurrir a la conciliación comercial. Así, la aceptación de una de las partes de la invitación enviada por la otra para recurrir a la vía conciliatoria, o la aceptación de ambas partes de una directriz o sugerencia de un tribunal judicial o arbitral o de una autoridad pública competente instándolas a que establezcan un proceso de conciliación, determinará el inicio del procedimiento. Por las consideraciones que se harán en el siguiente apartado (en relación la prescripción) se recomienda que la aceptación de las partes a recurrir a la conciliación debería constar por escrito o por algún otro medio que acredite o no deje duda de dicha aceptación.

El párrafo segundo del artículo 4 establece que la parte que haya cursado una invitación a la conciliación y en un plazo de 30 días, contados a partir de la fecha de envío, no haya recibido la aceptación de la otra parte, podrá considerar que esta última ha rechazado su invitación. Atendiendo al carácter supletorio de las disposiciones de la Ley Modelo y respetando el principio de la autonomía de la voluntad expresamente reconocido por la misma, el plazo de los 30 días puede ser modificado por las partes de común acuerdo.

³²⁶ Ver lo señalado respecto de este tema en el apartado 4.5.2.2 anterior.

Dicho párrafo segundo puede plantear un problema en lo relativo a su efecto en el caso de que las partes hayan convenido previamente en recurrir a la conciliación comercial respecto de controversias futuras y, cuando surjan éstas, una de las partes ya no desee acudir a la conciliación. El problema radica en determinar si el párrafo segundo ofrece a una de las partes la oportunidad de desatender su obligación contractual de acudir a la conciliación comercial simplemente no respondiendo a la invitación dentro del plazo de los 30 días. Si bien, como se señaló anteriormente, una de las críticas a la Ley Modelo es no haber regulado las consecuencias de que una de las partes no cumpla con el acuerdo de recurrir a la conciliación, baste solamente señalar en este apartado que la Guía reconoce que la finalidad del párrafo 2 de éste artículo no es permitir que se desatienda ningún compromiso contractual de conciliar, sino más bien dar certidumbre en una situación en que no quede claro si una de las partes está dispuesta a conciliar (determinando el momento en que se estime que un intento de conciliación ha fracasado), independientemente de si ese incumplimiento constituye o no una violación de un acuerdo para conciliar.³²⁷

4.5.2.5.2 Suspensión del plazo de prescripción

Íntimamente ligado al tema del inicio del procedimiento conciliatorio (y del procedimiento como tal) se encuentra el de la prescripción de las acciones de las partes para poder reclamar el o los incumplimientos derivados de la relación jurídica subyacente de los cuales surgen las controversias.

Al preparar la Ley Modelo, se debatió acerca de si era conveniente incluir una norma uniforme en virtud de la cual, al entablarse un procedimiento de conciliación comercial, dejaran de correr los plazos de prescripción que afectaran a reclamaciones objeto de la controversia.

Derivado de los textos preparatorios de la Ley Modelo, hubo una fuerte oposición a que se estableciera un artículo en este sentido, especialmente debido a que la cuestión de la prescripción planteaba problemas técnicos complejos que dificultarían la incorporación del texto a los regímenes procesales nacionales, que regulan a dicha institución (la prescripción) en formas muy variadas.

Quienes estuvieron en contra de dicha disposición, argumentaban, entre otras cosas, que dicho artículo no produciría efectos fuera del Estado que adoptara la Ley Modelo y que en algunos Estados nada más tendría efectos procesales, mientras que en otros sería parte del derecho sustantivo, y esta diferencia crearía dificultades a los Estados para implementar el artículo.

Además, señala el texto de la Guía, se opinó que la disposición era innecesaria ya que las partes, con base en otros artículos de la Ley Modelo, dispondrían de otros medios para proteger sus derechos y que establecer como norma que el inicio del procedimiento de conciliación daría lugar a la suspensión del plazo de prescripción haría necesario un alto grado de exactitud con respecto a lo que constituía ese inicio, lo que en cierta forma contrasta con el carácter fundamentalmente flexible de la conciliación. En suma, se podía poner en riesgo la aceptabilidad de la Ley Modelo si ésta entrase en conflicto con las normas vigentes, sustantivas o de procedimiento, relativas a la suspensión o interrupción de los plazos de prescripción.

Por otro lado, hubo también fuertes argumentos a favor de incluir una disposición en este sentido, pues se consideraba que si se amparaban los derechos de las partes durante la conciliación se daría un aliciente para recurrir a ese procedimiento. Se señaló, además, que en algunos ordenamientos jurídicos no era posible concertar una prórroga del plazo de prescripción y que era preferible que las partes dispusieran de un medio sencillo e

³²⁷ Vid. Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional; p. 30.

eficiente para proteger sus derechos, en vez de que sólo les quedara la opción de entablar procedimientos arbitrales o judiciales. Como otro argumento a favor, se señaló que, si no se incluyera un artículo señalando la suspensión del plazo de la prescripción, en algunos ordenamientos jurídicos se trataría el inicio del procedimiento de conciliación como *interrupción* del plazo de prescripción, el cual, al terminar un intento de conciliación frustrado, volvería a correr una vez más desde el primer día.

Para tratar de conciliar las dos posturas expuestas, se optó por incluir una disposición como nota de pie de página relativa al artículo 4 para que los Estados promulgantes pudieran optar por ella.

Dicha disposición es la siguiente:

“Los Estados que deseen adoptar una disposición relativa a la prescripción podrían incorporar en su respectiva ley el siguiente artículo:

Artículo X. Suspensión del plazo de prescripción

1. Cuando se inicie el procedimiento de conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.
2. Cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación.”

De conformidad con el texto transcrito, en caso de que se comience un procedimiento conciliatorio, la prescripción se suspenderá. Por otro lado, una vez concluido el procedimiento de conciliación sin llegar a un arreglo, el periodo de prescripción continuará.

Como lo señala **FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO**, la utilidad práctica de esta disposición es enorme. Lo anterior por los siguientes motivos: (i) elimina la presión a la que pudieran someterse las partes por una posible pérdida de sus derechos y, por lo tanto, facilitaría las negociaciones al eliminar la existencia de elementos exógenos que las compliquen y (ii) aclara una ambigüedad existente en derecho actual, ya que en otros procedimientos, como el caso del arbitraje, no existe una claridad acerca del impacto que la consecución de un procedimiento arbitral tiene sobre la prescripción.³²⁸ De no incluirse una disposición al respecto, se mantendría la ambigüedad antes apuntada y, seguramente, ello invitaría a las partes a remitirse a procedimientos adversariales, restándole eficacia a los procedimientos que buscan evitarlos.

La ventaja de un artículo sobre suspensión de la prescripción es que ofrece una solución práctica, simple y útil que incrementaría el atractivo de la conciliación al preservar los derechos de las partes sin que ello los invite a iniciar, necesariamente, un procedimiento adversarial.

³²⁸ Hay tres posturas al respecto: (i) la primera considera que el comienzo de un procedimiento arbitral *interrumpe* la prescripción, (ii) la segunda considera que *no interrumpe* la prescripción, y (iii) la tercera mantiene que el comienzo de un procedimiento arbitral *suspende* la prescripción. Vid. **GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO**, *Arbitraje*, *Op. cit. supra*, nota 190; p. 33.

4.5.2.5.3 Número y designación de los conciliadores

El artículo 5 de la Ley Modelo trata acerca del número y el procedimiento de designación de él o los conciliadores.

El texto del artículo 5 es el siguiente:

“Artículo 5. Número y designación de conciliadores

1. El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber dos o más.
2. Las partes tratarán de ponerse de acuerdo para designar al conciliador o los conciliadores, a menos que se haya convenido en un procedimiento diferente para su designación.
3. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona para la designación de los conciliadores. En particular:
 - a) Las partes podrán solicitar a tal institución o persona que les recomiende las personas idóneas para desempeñar la función de conciliador; o
 - b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.
4. Al formular recomendaciones o efectuar nombramientos de personas para el cargo de conciliador, la institución o persona tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, en su caso, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes.
5. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento conciliatorio, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.”

Como regla general, existirá un conciliador, a menos que las partes acuerden que existan dos o más.³²⁹ La finalidad del artículo 5 es alentar a las partes a designar, de común acuerdo, a él o los conciliadores. La ventaja de que las partes lleguen a un acuerdo sobre la persona que actuará como conciliador estriba en que de este modo se respeta el carácter consensual del procedimiento conciliatorio y se refuerza el control de las partes sobre el mismo, todo lo cual fomenta la confianza en el proceso.

³²⁹ “Esta norma... es acorde con la práctica relativa a los procedimientos de conciliación por la que las partes estiman que un único conciliador es suficiente para intentar llegar a una solución de la controversia.” PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, “La agenda de la UNCITRAL durante el trienio 2001—2003: comentario a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”, *Op. cit. supra*, nota 310; p. 1239.

Asimismo, las partes pueden establecer un procedimiento para su designación, para lo cual podrá solicitarse asistencia de un tercero o de una institución.

El tercero o la institución que recomiende o designe a los conciliadores debe hacerlo teniendo en consideración que los conciliadores sean independientes, imparciales y, cuando así lo considere prudente, puede considerar designar a un conciliador con nacionalidad distinta de la de las partes; es decir, neutral. En todos los casos, se le impone al conciliador el deber de divulgar cualesquiera circunstancias que generen una duda justificable acerca de su imparcialidad o independencia.

La principal crítica del presente artículo, como se mencionará más adelante, es que no se abordó acerca de las consecuencias que pudieran derivarse del incumplimiento del conciliador a la obligación de divulgar las circunstancias que generen una duda justificable acerca de su imparcialidad o independencia. De conformidad con el texto de la Guía, ello se debió a que la "...reglamentación de las consecuencias del incumplimiento incumb[e] al derecho interno del Estado promulgante, aunque no a la legislación en que se promulg[ue] el régimen de la Ley Modelo".³³⁰

4.5.2.5.4 Sustanciación del procedimiento

El artículo 6 de la Ley Modelo se pronuncia acerca de la sustanciación del procedimiento conciliatorio en los términos siguientes:

"Artículo 6. Sustanciación de la conciliación

1. Las partes podrán determinar, por remisión a algún reglamento o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.
2. De no haber acuerdo al respecto, el conciliador podrá sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estime adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.
3. En cualquier caso, el conciliador procurará dar a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia."

Primero que nada, el artículo 6 de la Ley Modelo reconoce la libertad de las partes para escoger la forma conforme a la cual se seguirá el procedimiento, para lo cual, las mismas podrán referirse a algún reglamento previamente establecido.

Si las partes no se hubieren puesto de acuerdo, el conciliador podrá llevar el procedimiento sin dejar de respetar la voluntad de aquellas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la necesidad de lograr un rápido

³³⁰ Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional; p. 35.

arreglo de la controversia. Aquí juega un papel muy importante la pericia y experiencia que tenga el conciliador en las técnicas de negociación asistida apuntadas el capítulo anterior, así como la confianza que las partes depositen en él ya que las circunstancias de la o las controversias surgidas pueden ser muy variadas.

A manera de orientación acerca del patrón de conducta que debe seguir el conciliador o grupo de conciliadores, el párrafo tercero del artículo en comento dispone que se debe procurar, en todo momento, un trato equitativo a las partes durante el procedimiento. Este principio, si bien de gran importancia y reflejado en todo procedimiento de solución de controversias, debe entenderse de una manera un tanto más flexible en la conciliación comercial. Con frecuencia, las circunstancias del caso, incluyendo la postura de las partes, puede requerir que el conciliador se reúna en forma más frecuente o durante más tiempo con una de las partes. Lo anterior no debe entenderse como una violación al principio de equidad (lo que le restaría al conciliador el margen de maniobra con el que necesita contar para intentar avenir a las partes), sino el resultado de su empeño por estudiar todas las cuestiones, intereses o posibilidades que puedan allanar el camino para llegar a un arreglo satisfactorio en el menor tiempo posible.

El conciliador puede, en cualquier momento del procedimiento, hacer propuestas de solución de la controversia. Lo anterior, es parte del papel del conciliador y no debe entenderse como una falta de imparcialidad. Al decidir sobre la oportunidad o el alcance de las propuestas de solución, el conciliador deberá tener en cuenta diversos factores, entre ellos, los deseos de las partes y las técnicas de negociación empleadas durante el procedimiento. No obstante, y como se ha comentado en apartados anteriores, las partes, al tener el control sobre el procedimiento y los arreglos a los que se puede llegar durante la conciliación, pueden restringir esta facultad del conciliador.

4.5.2.5.5 Comunicación entre el conciliador y las partes

El texto del artículo 7 de la Ley Modelo dispone:

“Artículo 7. Comunicación entre el conciliador y las partes

El conciliador podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.”

El conciliador puede comunicarse o sostener juntas con las partes tanto en forma individual como conjunta. A las reuniones que el conciliador lleva con una de las partes en forma independiente se le conoce como entrevistas o “caucus”.

Interpretado armónicamente el presente artículo con el anterior, el conciliador debe gozar de un margen de acción suficiente y racionalmente amplio. Si bien el conciliador no debe hacer distinciones entre las partes, no puede exigírsele que le dedique el mismo tiempo a las reuniones celebradas con cada una de las partes. Lo anterior por la simple razón que la complejidad de una postura o la psicología de una de las partes puede requerir más tiempo para abordarse que la de la contraparte. Es decir, el explorar las cuestiones, intereses o posibilidades que puedan servir para allanar el camino a un arreglo no sólo puede, sino que con toda seguridad tendrá el efecto de exigir más tiempo de una parte que de otra.

En este contexto es prudente mencionar que las excepciones o argumentos relacionados con “debido proceso” o garantía de audiencia serían improcedentes. El que un conciliador le dedique más tiempo a una reunión

con una de las partes no podrá calificarse de una violación de dar un trato equitativo a las partes. Por el contrario, lo más probable es que al dedicarle más tiempo a una parte que a otra esté actuando en beneficio de ambas partes al dedicarle el tiempo necesario para abordar cabalmente el problema, dedicando el tiempo necesario para limar las asperezas existentes.

El objetivo de las entrevistas o *caucus* es que las partes expongan libremente su caso ante el conciliador. Por su cuenta, el conciliador debe analizar la postura y argumentos de las partes con el propósito de detectar los puntos fuertes y los puntos débiles con miras a detectar un área de traslape que sirva como catalizador de la solución de la controversia.

Una función meta-jurídica y psicológica de esta etapa es que las partes ventilen su manera de ver las razones de la controversia. Son frecuentes los casos en los que la controversia carece de un verdadero desacuerdo y es motivada por la falta de posibilidad de que las partes ventilen sus enojos, aunque sea ante un tercero neutral. En este contexto el conciliador tendrá la difícil labor de saber abordar y canalizar dicha ira con miras a que sirva para cimentar una solución a la controversia.

4.5.2.5.6 Revelación de información

Por su parte, el artículo 8 de la Ley Modelo señala:

“Artículo 8. Revelación de información

El conciliador, si recibe de una de las partes información relativa a la controversia, podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. No obstante, el conciliador no podrá revelar a ninguna de las otras partes la información que reciba de esa parte si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.”

A menos que las partes indiquen que la información presentada directamente al conciliador es confidencial, éste podrá comunicar dicha información a la otra parte.

Para que la conciliación prospere, las partes y el conciliador deben estudiar y comprender lo más posible los problemas que se hayan planteado, los antecedentes y las circunstancias que dieron lugar a esos problemas (incluso las razones por las que las partes no pudieron llegar a un acuerdo) y las posibilidades de que las partes los superen y diriman la controversia. Así pues, en el curso de la conciliación tal vez se hable sobre otras cuestiones que no sean las que se habían planteado al comienzo de la conciliación, entre ellas, las posibilidades de reestructurar la futura relación entre las partes o propuestas de concesiones mutuas. Para que esas conversaciones rindan fruto, las partes deben estar dispuestas a ahondar en cuestiones que normalmente no se considerarían en procedimientos arbitrales ni judiciales, entre ellas algunos asuntos que las partes podrían considerar delicados o confidenciales. Por lo anterior, resulta esencial que en el régimen jurídico que regule el procedimiento conciliatorio establezca salvaguardas para ofrecer el grado necesario de protección jurídica contra la revelación impropia de ciertos hechos o información. Esas salvaguardas son el eje del régimen de la conciliación y una razón particularmente importante por la que se necesita disponer de legislación en la materia.

La intención es promover la comunicación abierta y franca de información entre cada una de las partes y el conciliador y, al mismo tiempo, amparar el derecho de las partes a la confidencialidad. La función del conciliador es fomentar un intercambio franco de información con respecto a la controversia. La revelación de información

infunde confianza a todas las partes en la conciliación, sin embargo, a efectos de tener en cuenta lo que podría considerarse una expectativa natural y legítima de las partes de que la información que comuniquen a los conciliadores sea de carácter confidencial, se recomienda que los conciliadores indiquen a las partes que la información que les comuniquen puede ser revelada a menos que les soliciten lo contrario.

Debe darse al término “información” una interpretación amplia y no limitarse a información por escrito. Conforme a la Guía, incluye todo dato comunicado al conciliador, inclusive con anterioridad a la apertura o inicio formal del proceso de conciliación.

4.5.2.5.7 Confidencialidad y admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

Este es un tema delicado del que en gran medida dependerá el éxito de la conciliación comercial ya que establece las bases de entendimiento que servirán para dar confianza a las partes para involucrarse en un procedimiento conciliatorio. Por ello, el grupo de trabajo encargado de la elaboración de la Ley Modelo, basándose en el artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, apoyó la inclusión en el texto de la Ley Modelo una regla general sobre la confidencialidad aplicable a todos los participantes del procedimiento conciliatorio.

La importancia de esta disposición radica en que las partes estarán más dispuestas a participar en un procedimiento de conciliación si pueden tener la certeza, respaldada por una obligación legal, de que la información relativa al procedimiento será de carácter confidencial.

Dada la naturaleza de los procedimientos conciliatorios y la forma en que los mismos se siguen, las partes divulgarán durante los mismos situaciones, hechos, posturas y demás información que, en un procedimiento adversarial nunca hubieran dado a conocer puesto que ello debilitaría su posición. Por ello, para fomentar el que dichas circunstancias se den y, por ende, se mejoren las posibilidades de llegar a una solución amistosa de la controversia, es crucial que las partes cuenten con la seguridad de que lo que revelarán no podrá ser utilizado en su contra en caso de que el procedimiento conciliatorio no prospere.

La Ley Modelo regula en sus artículos 9 y 10 lo relativo a la confidencialidad y la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos. El texto de los artículos es el siguiente:

“Artículo 9. Confidencialidad

A menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley o que sea necesaria a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.”

“Artículo 10. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1. Las partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en la tramitación del procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con:

- a) La invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio;
 - b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;
 - c) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;
 - d) Las propuestas presentadas por el conciliador;
 - e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;
 - d) Cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio.
2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable cualquiera que sea la forma que revisan la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.
3. Ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo y, si esa información se presentase como prueba en contravención del párrafo 1 del presente artículo, dicha prueba no se considerará admisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la ley o en que sea necesario a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.
4. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo serán aplicables independientemente de que el procedimiento arbitral, judicial o de índole similar se refiera a la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento conciliatorio.
5. Sin perjuicio de las limitaciones enunciadas en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.”

Como se desprende de la lectura del artículo 9, salvo que las partes convengan otra cosa³³¹, toda la información relativa al procedimiento deberá considerarse como confidencial. La Guía señala que al momento de elaborarse este artículo, se intentó dar un sentido amplio a las palabras “toda información relativa al procedimiento conciliatorio” a fin de abarcar no sólo la información revelada durante el procedimiento, sino también al contenido y el resultado de éste e, inclusive, a los hechos relacionados con la conciliación que hayan ocurrido antes de que las partes hubieren acordado someterse al procedimiento conciliatorio (i.e. las conversaciones sostenidas sobre la

³³¹ Aquí, de nueva cuenta, se reconoce el principio dispositivo del procedimiento conciliatorio y se le da la posibilidad a las partes de que pacten lo que consideren oportuno respecto de la confidencialidad de la información relativa al procedimiento conciliatorio y, además, se ofrece una regla clara para darles orientación cuando no hayan convenido lo contrario.

procedencia de acudir a la conciliación comercial —la invitación a recurrir a la conciliación y la aceptación o el rechazo de la misma— los términos del acuerdo para someterse al procedimiento conciliatorio y la selección de él o los conciliadores).

Reconociendo la diversidad de la regulación en materia de confidencialidad de los distintos países y buscando en mayor medida la uniformidad en la práctica, se previeron dos excepciones expresas al principio de confidencialidad a saber: (i) cuando la divulgación de la información esté prescrita por la ley; y (ii) cuando sea necesario revelar información a efectos de ejecutar el acuerdo de conciliación.

Como se señaló anteriormente, en el curso de un procedimiento de conciliación las partes y el conciliador suelen formular sugerencias y expresar sus opiniones respecto de ciertos hechos. Si la conciliación comercial no da lugar a un arreglo de la controversia, es posible que esas opiniones, sugerencias, indicaciones o reconocimientos sean utilizados en detrimento de alguna de las partes. La simple posibilidad de que esa información trascienda al procedimiento conciliatorio puede disuadir a las partes a esforzarse por encontrar una solución, lo que socavaría la utilidad de la vía conciliatoria. Por ello, la finalidad del artículo 10 de la Ley Modelo es promover el intercambio fluido y sincero de información entre las partes y el conciliador³³² prohibiendo utilizar en procedimientos posteriores la información “protegida” por el párrafo primero de dicho artículo.³³³

Con base en lo anterior, podemos decir que la información “protegida” abarca lo siguiente:

- a) La invitación de una parte a la otra para seguir un procedimiento conciliatorio o el que una parte hubiere accedido a llevar el mismo;
- b) Los puntos de vista o sugerencias realizados por una de las partes en la conciliación sobre la posibilidad de existir una posible transacción entre las partes;
- c) Las declaraciones o admisiones realizadas por una parte durante un procedimiento conciliatorio;
- d) Las propuestas realizadas por el conciliador durante un procedimiento conciliatorio;
- e) El hecho de que una parte haya indicado su disposición a aceptar una propuesta de transacción realizada por el conciliador; y
- f) Documentación preparada exclusivamente para los procedimientos de conciliación.

Como puede apreciarse, la información protegida por el artículo 10 versa sobre comportamiento que tuvo lugar durante el procedimiento conciliatorio (independientemente de quien haya dado lugar a ella), o información que versa sobre el mismo y que, de hacerse del conocimiento de un órgano que tenga que resolver la controversia en una forma adversarial, podría comprometer a dicha parte o afectar adversamente el ánimo de dicho órgano.

³³² “...de hecho, las partes deben estar persuadidas de ‘jugar con las cartas abiertas’, de hablar abiertamente acerca sus problemas reales, de compartirlos con la otra parte en lugar de esconderlos bajo ‘buenos argumentos legales’ o una bonita historia. Si esto no es así, la mediación comercial no producirá sus resultados óptimos.” FIECHTER, ERIC W., “Mediation: Confidentiality and Enforcement Issues and Solutions”, en *Mediation – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados*, vol. 1, núm. 1, Londres, Reino Unido, Abril de 2005; p. 46.

³³³ Respecto al artículo 10 de la Ley Modelo **MA. DEL PILAR PERALES** señala que dicha disposición “es lógica a la vista de la información en que se desenvuelve el procedimiento de conciliación, lo que puede provocar que declaraciones realizadas en el curso del procedimiento conciliatorio resultaren adversas en un procedimiento judicial o arbitral. De esta forma, al impedir que dichas declaraciones, sugerencias, o reconocimiento de hechos puedan ser aportadas con posterioridad, no se coarta la libertad de las partes durante el procedimiento de la conciliación.” **PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR**, “La agenda de la UNCITRAL durante el trienio 2001—2003: comentario a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”, *Op. cit. supra*, nota 310; p. 1240.

Respecto de este tema, FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO señala tres principios que protegen a la información protegida desde los ángulos a partir de los cuales dicha información podría filtrarse, a saber: (i) el principio de no-revelación, (ii) el principio de no-requerimiento y (iii) el principio de no-admisibilidad.³³⁴

Conforme al *principio de no-revelación*, ninguna de las partes, el conciliador o cualquier tercero involucrado en la conciliación, podrán introducir como pruebas o dar testimonio sobre la información protegida en procedimientos arbitrales, judiciales o análogos. Lo anterior aplica no importando la denominación que a dicho efecto las partes le den a la información protegida en el procedimiento de conciliación.

Por otro lado, conforme al *principio de no-requerimiento*, ningún tribunal arbitral, estatal o cualquier otra autoridad gubernamental, podrá requerir la presentación o divulgación de la información protegida, salvedad hecha de que la divulgación esté prescrita por la ley o que sea necesaria para la ejecución del acuerdo de conciliación.

Por último, el *principio de no-admisibilidad* implica que, para el caso de que la información protegida sea divulgada por una de las partes en violación del principio de no-revelación, esta no considerará admisible como prueba en un procedimiento posterior. Aquí también aplican las excepciones mencionadas anteriormente.

Alcance de protección de la Información Protegida

Por último, la Ley Modelo hace una aclaración importante en el sentido de que las pruebas presentadas durante el procedimiento conciliatorio no las convierte, por ese solo hecho, en inadmisibles en otros procedimientos. Para su inadmisibilidad deberá distinguirse entre una prueba lisa y llanamente, del hecho de que la misma constituya lo que entiende el artículo 10 de la Ley Modelo como información protegida.

4.5.2.5.8 Terminación del procedimiento de conciliación

El último de los artículos de la Ley Modelo respecto de la sustanciación del procedimiento conciliatorio es el artículo 11 que establece las formas en las cuales dicho procedimiento puede terminarse, a saber:

"Artículo 11. Terminación del procedimiento de conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por terminado:

- a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;
- b) Al efectuar el conciliador, previa consulta con las partes, una declaración en la que se haga constar que ya no hay razones para seguir intentando llegar a la conciliación, en la fecha de tal declaración;
- c) Al hacer las partes al conciliador una declaración de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o

³³⁴ Vid. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Op. cit. supra, nota 190; p. 37.

d) Al hacer una parte a la otra o las otras partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración de que da por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración.”

Los redactores de la Ley Modelo reconocieron las distintas formas de terminación del procedimiento conciliatorio señaladas en el capítulo anterior, por lo que no consideramos necesario repetir lo señalado al respecto.

Derivado de lo anterior, baste simplemente comentar que, en caso de que se optare por incluir la disposición relativa a la suspensión de la prescripción, sería conveniente contemplar que la terminación del procedimiento conciliatorio, sobre todo en los supuestos de terminación en los cuales no se llegó a una solución de la controversia, conste por escrito. Lo anterior con el objeto de determinar, con mayor facilidad, el momento en que vuelve a empezar a correr el plazo de prescripción.

4.5.2.6 El conciliador como árbitro

Conforme al artículo 12 de la Ley Modelo, a menos que las partes acuerden lo contrario, el conciliador no podrá actuar como árbitro en la controversia objeto de la conciliación, o cualquier otra controversia que haya surgido de la misma relación legal o contractual, así como cualquier otra que se relacione con la misma.

El texto del artículo 12 es como sigue:

“Artículo 12. El conciliador como árbitro

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos.”

La restricción anterior obedece a la noción que el conciliador, por el diseño mismo del procedimiento conciliatorio, tendrá acceso a la verdadera postura de las partes, las debilidades de su caso, así como las circunstancias en las que las partes estarían dispuestas a conciliar. Lo anterior se considera incompatible con la función del árbitro.

Asimismo, dadas características del procedimiento conciliatorio apuntadas en el párrafo anterior, pueden originar que el conciliador se forme una opinión sobre el asunto que puede perjudicarlo en contra de una de las partes y perjudicar, por tanto, su imparcialidad al convertirse en árbitro de la causa.

Han existido propuestas en el sentido de establecer que por ningún motivo puedan los conciliadores fungir como árbitros. No obstante, la Ley Modelo toma una postura neutral, al establecer dicha limitante como regla general, si bien dicha regla está sujeta a pacto en contrario; con la finalidad de fomentar la confianza en el conciliador y en la conciliación comercial como método de solución de conflictos.

Es posible que las partes no tengan la misma confianza en exponer su caso frente al conciliador si existe la posibilidad de que, al fracasar la conciliación, el conciliador sea designado como árbitro en procedimiento de arbitraje posterior.

Podría preguntarse el motivo por el cual las partes podrían llegar a aceptar que el conciliador se convierta en árbitro, si existe el riesgo apuntado. Dependiendo del caso en cuestión, la única circunstancia que a nuestro juicio aconsejaría a las partes a designar como árbitro al otrora conciliador: ha estudiado el caso. Esta circunstancia puede resultar en un ahorro de tiempo y demás recursos al obviar la necesidad de que un nuevo individuo estudie el caso.

Aunque la Ley Modelo es omisa al respecto, las mismas consideraciones por las que un conciliador no debiera convertirse en árbitro son las mismas por las que un conciliador no debiera actuar posteriormente como juez tratándose de la misma causa que dio origen a la conciliación. La Guía señala que este supuesto no se abordó en la Ley Modelo por que “es un caso más raro y el hecho de regularlo podría entrañar una injerencia en el régimen de la administración de justicia.”³³⁵

En proyectos anteriores de la Ley Modelo se limitaba también la posibilidad de que un conciliador actuara como representante o “asesor letrado” de una parte en procedimientos posteriores, a menos de que las partes, de común acuerdo, decidieran lo contrario. Sin embargo, se omitió esta disposición en el texto final ya que en algunos Estados, aun cuando las partes se pusieran de acuerdo en que el conciliador representara a alguna de ellas en un procedimiento posterior, esto podría contravenir las normas éticas por las que se debe regir un conciliador lo que socavaría la integridad de la conciliación comercial como método de arreglo de controversias.

4.5.2.7 Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Texto del artículo 13 de la Ley Modelo:

“Artículo 13. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Quando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.”

En el capítulo anterior, se comentó la ventaja de que las partes, al recurrir a un procedimiento de conciliación, se comprometieran a no entablar, mientras estuviera pendiente el procedimiento conciliatorio, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a la misma controversia en él planteada. Esto se conoce en derecho estadounidense como un “*stand still*”. Esto fue considerado por la Ley Modelo ya que no regularlo probablemente redundaría en detrimento de llegar a un arreglo en el procedimiento conciliatorio. No obstante, no hubo consenso en cuanto a formular una regla general por la que se prohibiera que las partes entablaran esos procedimientos, o que ese derecho se limitara a la adopción de las medidas necesarias para impedir, por ejemplo, la expiración del plazo de la prescripción. Se consideró que si se limitaba el derecho de las partes a entablar procedimientos

³³⁵ Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional; p. 51.

arbitrales o judiciales, en determinadas situaciones las partes estarían menos dispuestas a ponerse de acuerdo en recurrir a la vía de la conciliación. Además, el hecho de impedir el acceso a los tribunales podía plantear problemas de derecho constitucional, puesto que en algunos ordenamientos jurídicos el acceso a los tribunales se considera un derecho inalienable.

El artículo 13 de la Ley Modelo sólo aborda la hipótesis de que las partes hubiesen acordado específicamente renunciar a su derecho de entablar procedimientos arbitrales o judiciales en el curso de la conciliación. La consecuencia de esta disposición, según la misma Guía, es que el tribunal arbitral o judicial estará obligado a impedir que se entable un arbitraje o litigio si eso fuese contrario a lo acordado por las partes. Si se aceptase que la tramitación del procedimiento conciliatorio suspende el plazo de la prescripción, y teniendo en cuenta que cualquiera de las partes puede solicitar la terminación de dicho proceso (es decir, que aunque se obligan a acudir al procedimiento no están obligados necesariamente resolver sus controversias en él), entonces se puede advertir que no se vería socavado u obstruido el derecho de las partes a acudir, posteriormente, a un mecanismo adversarial como el arbitraje o el litigio.

Además, la Ley Modelo reconoce que aun y cuando las partes hayan acordado renunciar a su derecho de entablar procedimientos arbitrales o judiciales en el curso de la conciliación, una de las partes desatienda dicho acuerdo siempre y cuando eso sea necesario para salvaguardar sus derechos, es decir, la disposición está basada en el supuesto de que las partes se limiten de buena fe a entablar procedimientos arbitrales o judiciales cuando esos procedimientos sean verdaderamente necesarios para salvaguardar sus derechos. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de las partes de solicitar medidas cautelares o provisionales tendientes a proteger el derecho objeto de la controversia.³³⁶

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO señala, y compartimos su opinión, que esta medida resulta útil a efecto de evitar que situaciones exógenas a la voluntad de las partes de llegar a un arreglo eviten o dificulten la solución del mismo a través de la conciliación.³³⁷

4.5.2.8 Ejecutoriedad del acuerdo de conciliación

Tal vez la crítica más importante que haremos de la Ley Modelo se refiere al último de sus artículos (el artículo 14), mismo que, en relación con la ejecutoriedad del acuerdo de conciliación, señala lo siguiente:

“Artículo 14. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción

Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución... [los Estados promulgantes podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad].”

Además, la Ley Modelo incluye una nota al pie de dicho artículo que también se transcribe a continuación:

³³⁶ No incluimos, a propósito, la cuestión de la prescripción ya que, como se mencionó anteriormente, estamos a favor de adoptar el texto del “Artículo X” que figura en la nota al pie del artículo 4 de la Ley Modelo, con lo cual las partes no pondrían en riesgo esos derechos.

³³⁷ Vid. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, *Op. cit. supra*, nota 190; p. 40.

“Al aplicar el procedimiento de ejecución de los acuerdos de transacción, el Estado promulgante podrá considerar la posibilidad de que dicho procedimiento sea imperativo.”

Sin lugar a dudas, uno de los aspectos torales para que las partes tengan confianza en conciliar sus controversias, es tener la seguridad y la certeza de que el arreglo alcanzado durante el procedimiento conciliatorio será respetado y, si ello no sucediese así, se cuente con las herramientas jurídicas para hacerlo valer o, dicho de otra forma, para solicitar la ejecución forzosa de dicho arreglo. Desde nuestro punto de vista, el artículo 14 no soluciona este problema y constituye, solamente, una carta de buenas intenciones.

No hablaré, por ahora, de lo que no contiene el artículo 14 ya que ello será materia del siguiente apartado, sino solamente de lo que sí contiene el texto de dicho artículo.

En cuanto a las *razones para agilizar la ejecución*, la Guía señala que muchos profesionales del derecho han adelantado el parecer de que la conciliación comercial ganaría adeptos si se dotara al arreglo concertado en el curso del procedimiento conciliatorio de un régimen de ejecución ágil o de una fuerza ejecutoria idéntica o similar a la de un laudo arbitral.³³⁸

Por otro lado, la misma Guía señala que el texto del artículo 14 constituye el mínimo común denominador entre los diversos ordenamientos jurídicos. Entre otras cosas, la Guía señala lo siguiente:

“...Durante la preparación de la Ley Modelo la Comisión en general estuvo de acuerdo en que los acuerdos de transacción debían ejecutarse con facilidad y rapidez. Sin embargo, se reconoció que los métodos para agilizar la ejecución diferían enormemente de un ordenamiento jurídico a otro y dependían de tecnicismos propios del derecho procesal interno que no se prestaban fácilmente a la armonización por medio de legislación uniforme. Así pues, en el artículo 14 la cuestión de la ejecutoriedad, las excepciones a la ejecutoriedad y la designación de los tribunales (u otras autoridades de las cuales se pudiera recabar la ejecución de un acuerdo de transacción) quedan supeditadas al derecho interno aplicable o a disposiciones de la ley por la que se promulgue el régimen de la Ley Modelo.”³³⁹

Como se desprende del texto transcrito, existió consenso en que era deseable la implementación de un procedimiento de ejecución de acuerdos conciliatorios que fuera expedito y con defensas muy limitadas. En este sentido, la Ley Modelo se restringió a establecer que, si las partes concluyen un acuerdo de transacción que resuelva una controversia, dicho acuerdo debía ser vinculatorio y ejecutable.³⁴⁰ Al respecto, la Ley Modelo invita a los Estados a que incluyan la descripción del método de ejecución del acuerdo conciliatorio o que establezcan una disposición que regule dicha ejecución, sin necesidad de establecer un método uniforme específico. Finalmente, de seguirse esta invitación, la Ley Modelo hace una sugerencia adicional: que dicho procedimiento sea imperativo, no

³³⁸ Vid. Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional; p. 55

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ Según **BABAK BARIN**, abogado canadiense experto en temas de mediación y mecanismos alternativos de solución de controversias, quien participó en la elaboración de la Ley Modelo y actualmente preside el Subcomité de la IBA sobre la misma Ley Modelo, señala que el texto del artículo 14 enuncia el “mínimo común denominador aceptable” de entre 90 naciones, 12 organizaciones gubernamentales y 22 organizaciones no-gubernamentales que participaron en la elaboración de la Ley Modelo. **BARIN, BABAK**, “UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – How can Canada make a contribution to the uniform enforcement of settlement agreements around the world?”, *Op. cit. supra*, nota 2; p. 70.

dispositivo. Para ello, la Guía establece algunos ejemplos y comentarios que pueden ser de utilidad al legislador nacional para lograr una solución satisfactoria.

Como lo señalaré más adelante, considero que se perdió una buena oportunidad para propiciar una armonización legislativa (y en consecuencia en su utilización en la práctica comercial internacional) en lo relativo a uno de los temas centrales de la conciliación comercial: la ejecutoriedad del acuerdo conciliatorio.

4.5.3 Principales críticas a la Ley Modelo

Concientes del innegable valor *per se* de la Ley Modelo y de las invaluable aportaciones que hace a la armonización y uniformidad de la conciliación comercial internacional, desde mi punto de vista considero que al menos hubieron tres temas respecto de los cuales fue omisa y que constituyen mi principal crítica a la misma³⁴¹: (i) falta de disposiciones relativas a la existencia, validez y ejecutabilidad del acuerdo para conciliar, (ii) falta de disposiciones relativas al incumplimiento o responsabilidades del conciliador y (iii) falta de disposiciones respecto de los métodos para ejecutar un acuerdo conciliatorio. Nótese que, sin que ello implique una contradicción, mis principales críticas a la Ley Modelo se refieren a lo que *no contiene* la misma, ya que se son temas que fueron “intencionalmente no abordados dentro del contexto de la Ley Modelo”³⁴².

No obstante, antes de pasar al análisis de los temas antes señalados vale la pena hacer algunas precisiones.

Parto de la base que las Leyes Modelo no tienen la fuerza unificadora de otros instrumentos legales internacionales como las convenciones o tratados. Asimismo, entiendo que, por su propia naturaleza, las Leyes Modelo son meras recomendaciones y que su texto puede ser modificado al momento de llevar a cabo su incorporación al derecho interno por el Estado promulgante.

Por otro lado, también es importante tener en cuenta que es prácticamente imposible que las Leyes Modelo satisfagan los deseos de un tratamiento completo o exhaustivo del tema que pretendan legislar. Esto es reconocido por el Lic. **JOSÉ MARÍA ABASCAL ZAMORA**, abogado mexicano experto en el tema y quién, además, estuvo a cargo del grupo de trabajo de la CNUDMI que elaboró la Ley Modelo. En este sentido, al hablar acerca de las dificultades de la elaboración de la Ley Modelo el Lic. **ABASCAL ZAMORA** señala:

“Hay poca uniformidad en los instrumentos legislativos, la mayor partes se encuentra en contratos, usos, jurisprudencia, normas de derecho o *soft law* e instrumentos similares. Son pocas las posibilidades de lograr uniformidad al redactar convenciones y leyes modelo internacionales. Los esfuerzos legislativos se limitan a lo que se puede lograr con un empleo razonable de tiempo y esfuerzo. Por ello, nunca se satisfacen los deseos generales de un tratamiento completo del tema en un texto legislativo. Por lo regular, los intentos ambiciosos retrasan o evitan cualquier resultado aceptable.

³⁴¹ Otra de las invaluable aportaciones de la Ley Modelo es que ha abierto la discusión sobre varios temas que constituyen algunas de las críticas contenidas en este apartado. Inclusive, se han abierto foros institucionalizados de discusión acerca de varios de estos temas, prueba de ello es la creación de un sub-comité especial del Comité de Mediación de la Barra Internacional de Abogados (*International Bar Association* o IBA por su siglas en inglés). Vid. **BARIN, BABAK**, “IBA Mediation Subcommittee on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation”, en *Mediation – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados*, vol. 1, núm. 2, Londres, Reino Unido, Agosto de 2005.

³⁴² Vid. El texto de la *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional*, y **GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO**, *Arbitraje*, *Op. cit. supra*, nota 190; p. 41.

La LMC no fue la excepción, de hecho, su tema central afecta delicadas cuestiones de derecho, de los diferentes sistemas legales del mundo. La negociación de la LMC se limitó a asuntos que fueran realizables. Como consecuencia, muchos temas que son importantes en los procedimientos de conciliación se dejaron a la ley aplicable.”³⁴³
(Énfasis nuestro)

No obstante lo anterior, al tratarse de temas de vital importancia para el procedimiento conciliatorio, se debió, quizá, establecer propuestas de artículos como se hizo en el caso de la prescripción y no solamente dejar que ellos fueran resueltos por la ley aplicable del Estado promulgante o, por lo menos, se debió hacer un análisis más detallado de cómo conciliar estos temas con la legislación interna en la Guía.

Si bien es cierto que a veces no es posible negociar una disposición legal uniforme, en dichos casos, una solución menos perfecta, pero útil, es buscar la armonización del tema; es decir, dar lineamientos que permitan la implementación de soluciones legales que aunque no sean uniformes, no sean divergentes ni contradictorias. Al respecto, es necesario reconocer que en la Guía se recogen varios comentarios respecto de los temas antes mencionados que no fueron incluidos en el texto de la Ley Modelo. No obstante, considero que dichos comentarios no fueron suficientes. Se debió, por lo menos, haber aprovechado la oportunidad de contar con expertos de muchos y muy variados sistemas jurídicos para elaborar propuestas, a manera más de armonización legislativa y no tanto de derecho uniforme, para hacer frente a estos temas.

4.5.3.1 Existencia, validez y ejecutabilidad del acuerdo para conciliar

La Ley Modelo no regula la existencia, validez y ejecutabilidad del acuerdo para conciliar.³⁴⁴ Como se comentó al inicio de este apartado, la ausencia de disposición alguna sobre ello no es producto del descuido, es intencional. Es por ello que el artículo 4 de la Ley Modelo de Conciliación versa directamente sobre el inicio del procedimiento conciliatorio sin detenerse a establecer los requisitos del acuerdo para conciliar.

El motivo de dicha omisión, según la Guía, obedece a que ello es objeto del derecho contractual aplicable y, con miras a lograr uniformidad, era preferible que dicha área descansara en el derecho contractual que resultara aplicable.

Desafortunadamente, con frecuencia los acuerdos de conciliación son violados por las partes en tanto que acuden inmediatamente a un proceso adversarial (arbitraje o litigio). La consecuencia de ello y la posible responsabilidad que ello implique debe encontrarse en el derecho contractual de la jurisdicción en cuestión.

Aunque se reconoce la dificultad de legislar sobre este tema, debido, principalmente a la naturaleza voluntaria y la flexibilidad del procedimiento conciliatorio, hubiera sido conveniente que se establecieran los requisitos mínimos que debiera contener cualquier acuerdo para conciliar con el objeto de evitar contingencias respecto de su existencia y validez y, además, facilite el proceso de ejecución del acuerdo conciliatorio.

³⁴³ ABASCAL ZAMORA, JOSÉ MARÍA, “Algunas consideraciones sobre la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional”, *Op. cit. supra*, nota 252; p. 2.

³⁴⁴ Es importante que no se confunda el acuerdo para conciliar con el acuerdo conciliatorio. El primero se refiere al acuerdo de las partes para someterse a un procedimiento de conciliación comercial y, el segundo, es el acuerdo al que llegan las partes derivado del mismo procedimiento conciliatorio.

Respecto de la ejecutoriedad del acuerdo para conciliar, sería muy complicado, por lo menos en México, obligar a las partes a comparecer al proceso conciliatorio por dos cuestiones: (i) podría considerarse, como se ha hecho en reiteradas ocasiones, que una disposición en este sentido sería contraria al artículo 17 constitucional por constituir un obstáculo para acceder a la justicia, y (ii) por la naturaleza voluntaria del procedimiento de conciliación, ya que la mera presentación de una demanda ante un juez o un árbitro, dependiendo del caso, puede constituir una renuncia tácita de la parte demandante a comparecer al procedimiento conciliatorio.³⁴⁵

No obstante, existen algunos esfuerzos recientes, muy interesantes, para forzar a las partes a respetar los acuerdos celebrados para acudir a un mecanismo conciliatorio o de mediación. Ejemplo de ello es el caso italiano, en donde desde el 2003 se ordenó, mediante un decreto oficial, que en los casos en los que las partes que hubieren celebrado un acuerdo para conciliar o mediar una disputa y una de ellas acude directamente a un procedimiento judicial sin haber intentado previamente la vía conciliatoria, la corte debe remitir a las partes a la conciliación por el periodo que se hubiere acordado. Si una de las partes no acude a la vía conciliatoria, esto será tomado en cuenta por el juez que conozca del asunto posteriormente en donde podrá condenar a dicha parte al pago de los gastos y costas del procedimiento, inclusive en el caso de que dicha partes hubiere prevalecido en el procedimiento judicial.³⁴⁶

4.5.3.2 Incumplimientos y responsabilidades del conciliador

La Ley Modelo no regula, por otro lado, las consecuencias legales de una omisión o violación del conciliador a las reglas acordadas por las partes o lo dispuesto en la Ley Modelo. La negligencia, mala fe o inducción al error de un conciliador puede, además de ocasionar el fracaso de la conciliación, generar responsabilidad hacia el conciliador; pero el tema no ha sido regulado por la Ley Modelo.

El conciliador puede incurrir, además, en otras violaciones como pueden ser, entre otras, divulgar la información recibida de una de las partes que deba ser mantenida como confidencial o, por otro lado, brindar testimonio en procedimientos arbitrales o litigios subsecuentes en relación con el procedimiento conciliatorio. Dichas consecuencias tampoco son materia de la Ley Modelo sino del derecho sustantivo aplicable.

De conformidad con la Guía, la responsabilidad del conciliador encontró posturas radicalmente distintas — inclusive contradictorias— y fue difícil de encontrar una solución uniforme. Por ello, se dejó fuera de la Ley Modelo.

No obstante que las reglas éticas y de procedimiento a las que debe sujetarse el conciliador pueden ser pactadas por las partes ya sea directamente en el acuerdo para conciliar o utilizando como referencia algún reglamento elaborado previamente por una institución, en caso de existir conducta cuestionable por parte del conciliador y al no existir una regla clara al respecto, la parte afectada podría ver frustrada no sólo su intención de arreglar amistosa y satisfactoriamente la controversia, sino que podría sufrir, además, daños y perjuicios considerables y no contar con la o las herramientas jurídicas necesarias para reclamar dichos incumplimientos del conciliador y sus correspondientes consecuencias.

³⁴⁵ Es decir, uno de los aspectos fundamentales de la conciliación comercial es su voluntariedad. Como se señaló en su oportunidad, una de las formas de dar por terminado el procedimiento conciliatorio es mediante la renuncia expresa de una de las partes al procedimiento —es decir, la declaración unilateral de una de las partes en el sentido de no querer continuar más con el procedimiento conciliatorio. En este orden de ideas, el que una de las partes, a sabiendas de que existe un acuerdo previo que invite a las partes a intentar conciliar sus diferencias, decida recurrir directamente al arbitraje o a la jurisdicción ordinaria, según sea el caso, puede o debe considerarse como una renuncia tácita a la conciliación.

³⁴⁶ Vid. RUBINO SAMMARTANO, MAURO, "Mandatory Compliance with Mediation Agreement", en *Mediation – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados*, vol. 1, núm. 1, Londres, Reino Unido, Abril de 2005; p. 25.

Existen algunos ejemplos de cómo puede sancionarse a los conciliadores por la omisión o violación de las reglas acordadas por las partes durante el procedimiento conciliatorio. Uno de ellos es el caso de la Ley de Mediación Civil de Ginebra, Suiza. Dicha ley faculta al organismo encargado de administrar los procedimientos de mediación conforme a dicha ley a imponer *sanciones disciplinarias* a los mediadores que no cumplan con los estándares de conducta establecidos en las disposiciones de dicha ley. Dependiendo de la gravedad de las faltas cometidas por el mediador, se le pueden imponer las siguientes sanciones: (i) advertencia, (ii) apercibimiento, (iii) multa; (iv) sustraerlo de la lista oficial de mediadores hasta por un año y (v) sustracción definitiva de la lista oficial de mediadores.³⁴⁷

Por otro lado, en relación a la violación o incumplimiento del mediador a la obligación de confidencialidad, si la mediación se lleva a cabo en Inglaterra y el mediador es abogado, se le aplicarán, en su caso, las sanciones establecidas a la violación de confidencialidad de las “comunicaciones privilegiadas” entre cliente y abogado.³⁴⁸

4.5.3.3 Ejecutoriedad del acuerdo de conciliación

Como lo señalamos al analizar el artículo 14, la presente constituye la principal crítica a la Ley Modelo.³⁴⁹

En primer lugar, el artículo 14 se refiere, a nuestro parecer en forma poco afortunada, a la “*ejecutoriedad del acuerdo de transacción*.” Desde nuestro punto de vista, no todo acuerdo derivado de un procedimiento de conciliación comercial es necesariamente una transacción³⁵⁰, o por lo menos no desde el punto de vista del derecho positivo mexicano.

Ni la Ley Modelo, ni la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización, señalan lo que el grupo de trabajo quiso decir al hablar del *acuerdo de transacción*. Tal vez si nos vamos al término utilizado en la versión en inglés de la Ley Modelo: “*Settlement Agreement*”, que aunque su traducción al español corresponde efectivamente al contrato de transacción, lo cierto que la regulación de aquél, por lo menos en derecho estadounidense, es más laxa o genérica que la empleada en México por contrato de transacción³⁵¹.

³⁴⁷ Vid. FIECHTER, ERIC W., “Mediation: Confidentiality and Enforcement Issues and Solutions”, en *Mediation* – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados, vol. 1, núm. 1, Londres, Reino Unido, Abril de 2005; pp. 45 y ss.

³⁴⁸ *Idem*; p. 45.

³⁴⁹ “...desde la adopción de la Ley Modelo de Conciliación, se han suscitado muchas discusiones acerca de qué podrá hacerse para armonizar internacionalmente el resultado final de mediaciones o conciliaciones internacionales —en otras palabras, cómo armonizar la ejecución de los acuerdos de conciliación”. BARIN, BABAK, “IBA Mediation Subcommittee on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation”, *op. cit. supra*, nota __. En otro artículo, el mismo BABAK BARIN señala: “[d]e los temas antes mencionados, aquel que suscitó el debate más controversial entre los delegados en la reunión de Viena fue el de la ejecutoriedad de los acuerdos conciliatorios establecido en el Artículo 14.” BARIN, BABAK, “UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – How can Canada make a contribution to the uniform enforcement of settlement agreements around the world?”, *Op. cit. supra*, nota 2; p. 70.

³⁵⁰ En este mismo sentido se pronuncia JEFFREY A. TALPIS, reconocido académico de la Universidad de Montreal, en su estudio acerca de la ejecutabilidad de los acuerdos de mediación derivados de controversias internacionales entre los países parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. TALPIS, JEFFREY A., “Enforceability of Mediated Settlements of International Disputes within the NAFTA Countries”, en DÍAZ, LUIS MIGUEL y NANCY A. ORETSKIN (editores), *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*, *Op. cit. supra*, nota 162; p. 171.

³⁵¹ En el derecho estadounidense se define a la transacción (*settlement*), como “el acto o proceso de ajustar o determinar un ajuste entre personas, concierne a sus tratos o dificultades; un convenio mediante el cual las partes que tienen asuntos controvertidos entre ellas, logran o averiguan lo que viene de una a la otra, arreglo de dificultades; composición de dudas o diferencias; determinación por convenio; y, liquidación.” ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO, “Medios Alternativos de Solución de Controversias”, *Op. cit. supra*, nota 131; p. 374. Por otro lado, el Artículo 2944 del Código Civil Federal señala: “[l]a transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura”.

El acuerdo derivado de un procedimiento conciliatorio que resuelve satisfactoriamente una controversia puede ser de naturaleza muy variada. Puede, por un lado, tener un contenido unilateral; esto es que una de las partes reconozca la que su contraria tiene la razón y ceda en sus pretensiones (pudiendo darse, por ejemplo, el reconocimiento de un derecho, el otorgamiento de un perdón —cuando esto sea posible— el allanamiento o el desistimiento de una acción, etcétera). Por otro lado, el acuerdo conciliatorio puede tener un contenido bilateral en el que ambas partes se hagan recíprocas concesiones y se obliguen a ciertos hechos. Supuesto éste último, muy parecido, que no necesariamente igual, al contrato de transacción regulado en nuestro Código Civil, tanto federal como para el Distrito Federal.³⁵² De hecho, independientemente de que se le dé el nombre de transacción a un contrato, el contenido obligacional de éste corresponde más bien a un contrato innominado, a un contrato de préstamo, de partición, de remisión de deuda o de donación, entre otros ejemplos.³⁵³

Como se desprende de lo anterior, la transacción no es el género, sino solamente una especie del resultado de un procedimiento conciliatorio. Por lo anterior, consideramos poco afortunada la referencia al acuerdo conciliatorio como acuerdo de transacción.

En relación con la forma de ejecución del acuerdo de conciliación, desafortunadamente no se adoptó una regla uniforme.³⁵⁴ El motivo principal fue que la ejecución de las mal llamadas *transacciones*, derivadas de una conciliación, resultaba un tema extremadamente complicado para regular ya que los métodos existentes difieren enormemente de un ordenamiento jurídico a otro lo que dificultaba la armonización de este tema a través de una Ley Modelo.³⁵⁵

La principal diferencia la encontramos entre los países de tradición jurídica de derecho anglosajón (o *Common Law*) y aquéllos de derecho civil o escrito. Los primeros, por lo general, optan por mecanismos judiciales de para darle ejecutoriedad al acuerdo conciliatorio, estableciéndose, por ejemplo, mecanismos específicos de reconocimiento y aprobación del convenio conciliatorio por una autoridad judicial, otorgándoles, con ello, la naturaleza de sentencias. Por otro lado, aquéllos países de tradición de derecho civil o escrito, siguen el ejemplo del Código Napoleónico de 1804 y determinan un contrato específico, denominado transacción, al cual le otorgan, aunque con varios matices, la fuerza de cosa juzgada o *res judicata*. No obstante lo anterior, para complicar un poco más el panorama, existen, inclusive, marcadas diferencias entre países de la misma tradición para solucionar el problema de la ejecutoriedad de los acuerdos conciliatorios (o de transacción, en su caso).³⁵⁶

³⁵² “Si bien, por principio de cuentas, podría parecer un tema que no presentaba dificultad especial, durante los debates se consideró que los acuerdos que ponen fin a una controversia, no obstante que su naturaleza puede parecer bastante clara (de una transacción) con frecuencia involucran un método complejo de poner fin a la controversia, como puede ser establecer obligaciones futuras y complejas que no se limitan a pagar una cantidad sino que contemplan derechos y obligaciones recíprocos. Inclusive, en ocasiones muchos de ellos contemplan cláusulas de solución de controversias vía arbitraje.” GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, *Op. cit. supra*, nota 190; p. 42.

³⁵³ Vid. TALPIS, JEFFREY A., “Enforceability of Mediated Settlements of International Disputes within the NAFTA Countries”, *Op. cit. supra*, nota 162; pp. 176 y 177.

³⁵⁴ “...lo que la Ley no dice es cuál es el método para dar cumplimiento a los acuerdos de transacción, por lo que los Estados promulgantes de la Ley Modelo habrán de agregar el método para otorgarles ejecutoriedad.” PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, “La agenda de la UNCITRAL durante el trienio 2001—2003: comentario a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”, *Op. cit. supra*, nota 310; p. 1241.

³⁵⁵ “En Canadá, la LMC [la Ley Modelo] y su artículo 14 en particular, han sido objeto de varias críticas. De acuerdo con un autor, la disposición de la LMC acerca de la ejecutoriedad del acuerdo alcanzado a través de la conciliación... deja mucho que desear... Desafortunadamente, la disposición no establece que el acuerdo conciliatorio tenga el beneficio de contar con un procedimiento expedito para el reconocimiento de su ejecutoriedad.” BARIN, BABAK, “UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – How can Canada make a contribution to the uniform enforcement of settlement agreements around the world?”, *Op. cit. supra*, nota 2; p. 71.

³⁵⁶ En su estudio antes aludido, el maestro JEFFREY A. TALPIS hace un análisis muy interesante de las distintas regulaciones existentes al respecto en los países signantes del TLCAN: (i) Estados Unidos de América, país de tradición jurídica anglosajona; (ii) México, país de tradición jurídica civilista; y (iii) Canadá, que contempla las dos tradiciones jurídicas en sus distintas provincias. De dicho estudio saltan a la vista varias conclusiones respecto de la ejecutoriedad de acuerdos derivados de un procedimiento conciliatorio o de mediación: (i) que en ninguno de los tres países existe un procedimiento específicamente diseñado para tal efecto; (ii) que entre los mismos países existen marcadas diferencias entre los

No obstante lo anterior, “con miras a facilitar la consideración de posibles opciones por parte de los legisladores”, se incluyeron en la Guía, a mi parecer en forma muy escueta y poco clara, diversos ejemplos de cómo se ha tratado la cuestión de agilizar la ejecución de los mal llamados acuerdos de transacción en el derecho interno de algunos países. Los ejemplos que se tratan en la Guía son los siguientes: (i) no establecer disposición alguna y, por consiguiente, el acuerdo conciliatorio se ejecutará como cualquier otro contrato o, en este mismo sentido, establecer expresamente que los acuerdos derivados de conciliación son ejecutables como contratos, (ii) que los acuerdos conciliatorios son “cuasi-laudos” o laudos, y (iii) que los acuerdos conciliatorios pueden ser ejecutables en forma ejecutiva puesto que los derechos y obligaciones contenidos en los mismos resultan del pacto expreso de las partes.³⁵⁷

Todas las soluciones proporcionadas, desde mi punto de vista, muestran dificultades. A continuación se analizará brevemente cada una de ellas.

a) Como contratos

Una disposición que estableciera que los acuerdos de conciliación se ejecutan como contratos parecería redundante. Más aún, dicha disposición no proporcionaría una solución rápida o un mecanismo de ejecución expedito.

Por otro lado, como ya se comentó con anterioridad, dada la complejidad y diversa naturaleza de los acuerdos de conciliación, sería poco conveniente darle, al menos genéricamente, el mismo trato que a un contrato de transacción. Además, es bien sabido que en México la regulación del contrato de transacción es muy desafortunada y poco clara. Ello, no obstante, recientes criterios jurisprudenciales que intentan resolver los problemas de interpretación legal que arroja la mala regulación del contrato de transacción.³⁵⁸

procedimientos utilizados; y (iii) que ninguno de ellos resuelve cabalmente el problema. **TALPIS, JEFFREY A.**, “Enforceability of Mediated Settlements of International Disputes within the NAFTA Countries”, *Op. cit. supra*, nota 162; p. 170 y 171.

³⁵⁷ “A estos efectos, el derecho comparado muestra variedad de fórmulas, como la remisión del acuerdo a un árbitro para que dicte un laudo basado en el acuerdo de conciliación; o, en nuestra opinión, bastarían procedimientos más simples como indicar que el acuerdo de conciliación es ejecutorio como si de un laudo arbitral se tratase.” **PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR**, “La agenda de la UNCITRAL durante el trienio 2001—2003: comentario a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”, *Op. cit. supra*, nota 310; p. 1241.

³⁵⁸ En el presente estudio no analizaremos a fondo la figura de la transacción ya rebasa los alcances y los fines del mismo. La transacción, *per se*, y su regulación en el Derecho Mexicano podría ser —y de hecho ha sido— objeto de un estudio específico. No obstante, baste hacer las siguientes reflexiones a modo de pie de página. El maestro **FRANCISCO LOZANO NORIEGA** señala que la regulación de la transacción en nuestro país fue inspirada en el Código Civil Francés. Como antecedentes de la reglamentación misma del contrato de transacción, señala dicho autor, que “en el Proyecto de Código Civil Francés no figuraba ningún título o capítulo consagrado al estudio de la transacción”; cuando se elaboró el Código Civil Francés tampoco existían estudios doctrinales respecto de esta figura. Fue, comenta el maestro **LOZANO NORIEGA**, “un trabajo de última hora y bastante deficiente. [...] Tampoco la legislación extranjera tiene nada importante que señalar, sino que han copiado al Código Civil Francés elaborado con tanta premura y sin cuidado. Dice Planiol que en realidad hubiese sido preferible suprimir del Código el capítulo consagrado al estudio de la transacción, en el que simplemente hacen repetir al caso concreto de la transacción artículos que no son sino meras aplicaciones. **LOZANO NORIEGA, FRANCISCO**, *Cuarto curso de Derecho Civil – Contratos*, 6ª ed. (1ª reimpresión), Edit. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1998; p. 439. Derivado de lo anterior, la transacción ha creado muchas confusiones en la práctica: (i) se señala que la transacción tiene, respecto de las partes, la misma autoridad que la cosa juzgada, pero por otro lado se puede pedir la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la ley; (ii) su vinculación con la vía de apremio para su ejecución ha ocasionado muchos problemas en cuanto a la forma que debe adoptar el contrato ya que, aunque el Código Civil simplemente impone el requisito de forma escrita (salvo que el interés del asunto no sobrepase los \$200 pesos), para poder acceder a la vía de apremio es necesario, en principio, que la transacción conste en escritura pública o judicialmente en autos. En este sentido, la maestra **LORETTA ORTÍZ AHLF** nos comenta: “A pesar de lo señalado por dicha disposición [refiriéndose al artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal que atribuye a la transacción la autoridad de cosa juzgada] la posibilidad de hacer efectivo el contrato de transacción y hacerlo efectivo por la vía de apremio representa problemas. El Poder Judicial Federal ha resuelto en algunas ocasiones que para alcanzar el estado de cosa juzgada un contrato de transacción requiere en forma expresa de la aprobación judicial, en otras que la ejecución de la transacción en la vía de apremio es improcedente cuando ha sido celebrada en un contrato privado, y ha resuelto también, que los contratos de transacción celebrados en forma judicial y extrajudicial, tienen calidad de cosa juzgada y es procedente su ejecución en la vía de apremio. **ORTÍZ AHLF, LORETTA**, “Ejecución de acuerdos de mediación”, en **DIÁZ**,

b) *Cuasi-laudos o laudos*

En relación con la posibilidad de tratar a los acuerdos conciliatorios como “cuasi-laudos”, es decir, establecer que son ejecutables como si fueran laudos, de conformidad con el régimen internacional (vía las convenciones internacionales que al respecto existen, por ejemplo, la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá, etcétera) y nacional (mediante la reglamentación nacional correspondiente) aplicable, las soluciones jurídicas variaron. Estas fueron: (i) establecer su ejecutabilidad directa, para ello los acuerdos conciliatorios se equipararían a los laudos arbitrales, o (ii) darle a las partes el derecho para designar a un árbitro que le diera forma del laudo al acuerdo conciliatorio. De esa manera, la transacción sería ejecutable como un laudo.

A primera vista, las soluciones podrían parecer atractivas; sin embargo un análisis adicional demostró que eran problemáticas y no lograban el objetivo de dar certeza jurídica y uniformidad universal.

No existe certeza que dichos cuasi-laudos puedan ser ejecutables bajo la Convención de Nueva York, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional o sistemas similares puesto que, por lo menos en algunas jurisdicciones, se requiere que exista una controversia para iniciar un procedimiento arbitral y es dudoso que los cuasi-laudos sean, en verdad, laudos arbitrales bajo dichos sistemas. Por consiguiente, la falta de certeza sobre su ejecutabilidad universal continúa. Inclusive una regla uniforme que así lo estableciera daría poca certeza hasta que existiera jurisprudencia internacional confiable que sostuviera dicha postura.³⁵⁹

A su vez, es cuestionable que las causas que le restan ejecutabilidad bajo la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, sean aplicables a los llamados cuasi-laudos. Una parte que firme un acuerdo conciliatorio no puede, en principio: (i) sostener la nulidad de dicho acuerdo, (ii) argumentar que no participó en la designación de los conciliadores el conciliador, (iii) señalar que no tuvo la oportunidad de presentar su caso o que el procedimiento de conciliación no fue seguido de conformidad con las reglas del derecho aplicable³⁶⁰, o (iv) que el acuerdo conciliatorio es *ultra petita*. Por otro lado, existen excepciones y defensas que podrían considerarse válidas para el caso de la conciliación que no están incluidas en la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, por ejemplo, que la parte que solicita la ejecución no cumplió, por su parte, con obligaciones sustanciales que le correspondían conforme al acuerdo de transacción.³⁶¹

Otro argumento en contra de esta postura señala que no se puede acudir a un procedimiento judicial o arbitral sin plantear una controversia entre partes, con el único objeto de darle a un acuerdo conciliatorio la característica de un instrumento ejecutable como lo son una sentencia o un laudo. Es decir, si las partes llegaron a

LUIS MIGUEL y NANCY A. ORETSKIN (editores), *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*, *Op. cit. supra*, nota __; pp. 213 y 214. Respecto del comentario de la maestra ORTÍZ AHLF, vale la pena mencionar que en el año 2000 la primera sala de la Suprema Corte de Justicia emitió una jurisprudencia por contradicción de tesis en la que aparentemente se resuelven varias de las contradicciones antes apuntadas (Contradicción de tesis 79/98. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. Tesis de jurisprudencia 41/2000. Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de 29 de noviembre de 2000, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas).

³⁵⁹ Aquí hay que tener en cuenta que, sin perjuicio del párrafo 9 del artículo 1 de la Ley Modelo, existe la posibilidad de que si las partes llegan a un arreglo de una disputa (sea a través del un procedimiento conciliatorio o no) durante la tramitación de un juicio o de un arbitraje, se puede pedir al juez o árbitro que reconozca dicho acuerdo y le de la forma de sentencia o laudo dotando así a dicho acuerdo de obligatoriedad y fuerza ejecutiva.

³⁶⁰ Como se señaló en su oportunidad, por la naturaleza autocompositiva de la conciliación comercial y no obstante ciertos principios básicos del procedimiento como el de igualdad de trato, no le son aplicables las formalidades esenciales que debe reunir todo procedimiento adversarial.

³⁶¹ Vid. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, *Op. cit. supra*, nota 190; pp. 43 y 44.

un acuerdo satisfactorio derivado de un procedimiento conciliatorio se entiende que la controversia desaparece, deja de existir al momento de transigir, por lo que no existiría ya un conflicto o litigio entre partes, presupuesto procesal para acudir a un procedimiento judicial o arbitral.³⁶² Por otro lado, la función de un juez o un árbitro, en principio, es la de resolver una controversia, no la de servir como instrumento para dar una forma específica a un documento, por lo que se desvirtuaría la naturaleza de sus funciones.³⁶³

Finalmente, no podía sostenerse categóricamente que pudiera utilizarse el régimen sobre laudos transaccionales ya existente en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, puesto que, por un lado, esto solamente se aplicaría en los casos en que el procedimiento conciliatorio se diera en el marco de un procedimiento arbitral preexistente e, inclusive, la misma Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial le permite al árbitro negar la solicitud de elevar una transacción a laudo.³⁶⁴

c) Vía ejecutiva

Por último, la Guía señala como ejemplo que en algunos ordenamientos se ha previsto una “vía ejecutoria sumaria” en el supuesto de que las partes firmen un arreglo de transacción que contenga una declaración por la que se faculte a las mismas para intentar la ejecución sumaria de su acuerdo. Asimismo, continúa señalando la Guía, es posible que se haya previsto la ejecución sumaria de un arreglo que haya sido, por ejemplo, certificado por notario o refrendado por un juez.

Este es el caso previsto en la Ley de Mediación Civil de Ginebra, Suiza, que prevé un procedimiento muy sencillo de ratificación de acuerdos de mediación ante un juez para darle a dicho acuerdo la naturaleza de una sentencia o laudo arbitral.³⁶⁵

En el derecho positivo mexicano, no está reconocida esta posibilidad, es decir, no está reconocido que un acuerdo conciliatorio constituya un título ejecutivo que pueda ser ejecutado por la vía sumaria.

En suma, desde mi punto de vista, ni la Ley Modelo ni la Guía resuelven el problema relativo a la forma de ejecución del acuerdo de conciliación.

Más allá de la complejidad del tema y de la diversidad de regulaciones al respecto, quedó de manifiesto la poca creatividad que hemos acusado a los profesionales del derecho de encontrar soluciones concretas, aun cuando ello suponga la creación de sistemas o mecanismos distintos a los previamente establecidos para otras instituciones. Seguimos intentando encontrar o derivar respuestas de esquemas creados bajo circunstancias y respecto de temas

³⁶² Vid. **BARIN, BABAK**, “UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – How can Canada make a contribution to the uniform enforcement of settlement agreements around the world?”, *Op. cit. supra*, nota 2; p. 70.

³⁶³ Vid. **FIECHTER, ERIC W.**, “Mediation: Confidentiality and Enforcement Issues and Solutions”, *Op. cit. supra*, nota 332 pp. 46 y 47.

³⁶⁴ El artículo 1447 del Código de Comercio (que es uno de los artículos adoptados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional) señala: “Si durante las actuaciones arbitrales, las partes llegaren a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes...”. (Énfasis añadido).

³⁶⁵ “Las pueden, inclusive, solicitar la ratificación de los acuerdos conciliatorios. Esta solicitud es muy simple y debe contener solamente los datos de identificación de las partes, un breve resumen de los hechos y el requerimiento de que el acuerdo conciliatorio sea ratificado por el juez. El acuerdo conciliatorio debe anexarse a la solicitud. El juez, después de verificar solamente que el acuerdo no sea contrario al orden público o a una norma imperativa, emite un acuerdo firmado por él o ella, el secretario de acuerdos del juzgado y por las partes y sus abogados (si fuere el caso), incorporando el convenio conciliatorio a dicho acuerdo, el cual es posteriormente inscrito en el juzgado y registrado como una sentencia civil, con el mismo valor que cualquier otra sentencia civil suiza emitida por un juez competente.” **FIECHTER, ERIC W.**, “Mediation: Confidentiality and Enforcement Issues and Solutions”, *Op. cit. supra*, nota 332; p. 47. Esta posibilidad también está contemplada, con ciertos matices, en la provincia de Ontario, en Canadá.

diferentes. ¿Por qué encasillar necesariamente el procedimiento de ejecución de un acuerdo de conciliación en otros métodos de ejecución que fueron creados para otro tipo de procedimientos o instituciones jurídicas? ¿Por qué le tenemos que dar al acuerdo conciliatorio la naturaleza de un laudo o de una transacción? ¿Por qué no mejor desarrollar un nuevo procedimiento destinado específicamente para ejecutar los acuerdos conciliatorios? Sólo el tiempo y el compromiso de los Estados soberanos y organizaciones internacionales³⁶⁶ podrán resolver estas interrogantes.

Lo anterior se hizo respecto del arbitraje comercial y, aunque debo reconocer que no ha sido fácil, ha dado resultados satisfactorios en la práctica. Para el arbitraje comercial se planteó la ejecutoriedad y obligatoriedad de los laudos como premisa fundamental y se aportaron métodos específicos para lograr su ejecución. Asimismo, y teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento arbitral, se plantearon, en forma limitada, mecanismos para intentar la nulidad o la inejecución de los laudos. ¿Por qué no hacer lo mismo para la conciliación comercial?

Desde nuestro punto de vista, para garantizar la ejecutoriedad de los acuerdos de conciliación, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Deberá señalarse que el acuerdo de conciliación debe constar por escrito y estar firmado por las partes.
- b) Conforme al texto actual del artículo 14 de la Ley Modelo, el acuerdo deberá ser reconocido como vinculante y susceptible de ser ejecutado en el caso de que una de las partes no cumpliera con el mismo. Con lo anterior, se le otorgará al acuerdo conciliatorio fuerza ejecutiva, característica que tienen la gran mayoría los contratos *per se*.
- c) El Estado promulgante deberá dirigir sus esfuerzos para asegurar que el acuerdo conciliatorio, en caso de que no sea cumplido voluntariamente por una de las partes, pueda ser *aprobado* o *reconocido* por un juez competente³⁶⁷ conforme a un procedimiento simple y expedito³⁶⁸, para que pueda ser debidamente ejecutado.
- d) La revisión judicial acerca de la validez del acuerdo conciliatorio deberá limitarse a que la materia objeto de la conciliación sea susceptible de ser transigida y que no sea contraria al orden público.

En el caso de que una o algunas de las cuestiones resueltas por la vía conciliatoria no sean susceptibles de transacción o contrarias al orden público, solamente se denegará la aprobación o reconocimiento respecto de estas y se podrá otorgar la aprobación o reconocimiento de las otras.

Con lo anterior se asegura que el procedimiento de *aprobación* o *reconocimiento* sea simple y expedito y, por otro lado, se garantiza la legalidad del acuerdo conciliatorio.

- e) En caso de considerar necesario establecer causales para solicitar la nulidad del acuerdo conciliatorio, éstas tendrían que ser muy limitadas y tener el debido cuidado de evitar, por un lado, que se caiga en los problemas que se suscitan en el caso de las transacciones y, por otro, evitar crear

³⁶⁶ "Mientras tanto, un Subcomité del recientemente creado Comité de Mediación de la IBA está tomando la iniciativa de estudiar éstas y otras interrogantes." **BARIN, BABAK**, "UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – How can Canada make a contribution to the uniform enforcement of settlement agreements around the world?", *Op. cit. supra*, nota 2; p. 71.

³⁶⁷ Que en este caso podrá ser un juez de primera instancia federal o del orden común del lugar en donde se lleve a cabo el procedimiento de conciliación o se intente ejecutar el acuerdo.

³⁶⁸ Que en nuestro caso puede ser, al igual que en arbitraje comercial, la vía incidental de conformidad con el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

un procedimiento conforme al cual se pueda reconocer, hacer validas y dotar de ejecutoriedad a obligaciones nulas.

- f) La resolución respecto de la aprobación o reconocimiento del acuerdo conciliatorio no será objeto de recurso alguno.
- g) Una vez otorgada la aprobación o reconocimiento del acuerdo conciliatorio, este se podrá ejecutar por la vía establecida en el Estado promulgante para el caso de una sentencia judicial que haya causado ejecutoria.³⁶⁹

Para terminar este apartado, a continuación transcribo las palabras de **BABAK BARIN**, quien como se señaló anteriormente es experto en estos temas y participó activamente en la elaboración de la Ley Modelo:

“La Convención de Nueva York³⁷⁰, elaborada en ‘un mundo imperfecto de estados soberanos’, se ha convertido en el documento internacional más importante en el campo del arbitraje comercial internacional. Todavía en un mundo imperfecto, y sobre la base de consensos, la CNUDMI preparó, para la posible adopción por estados soberanos, la LMC [Ley Modelo de Conciliación] que contiene ‘el mínimo común denominador aceptable’ — Artículo 14. Queda ahora en manos de los estados soberanos hacer la diferencia.”³⁷¹

³⁶⁹ Por la denominada “vía de apremio”.

³⁷⁰ En este acuerdo multilateral se estableció, desde 1958, las reglas esenciales para facilitar la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

³⁷¹ **BARIN, BABAK**, “UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – How can Canada make a contribution to the uniform enforcement of settlement agreements around the world?”, *Op. cit. supra*, nota 2; p. 71.

CAPÍTULO V. PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE LA LEY MODELO AL DERECHO MEXICANO

A lo largo del presente trabajo se ha hecho énfasis en que los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias se presentan realmente como una alternativa viable, no solamente para aminorar los problemas que conlleva acceder a la justicia ordinaria, sino también como mecanismos dinámicos, novedosos y flexibles que permiten resolver controversias comerciales en forma eficiente y práctica.

La conciliación comercial no es la excepción. Como ha quedado asentado en capítulos anteriores, dentro de los Mecanismos Alternativos con mayor desarrollo y aceptación en el área comercial encontramos al arbitraje y la mediación (o conciliación comercial).

Sin lugar a dudas, en México confluyen muy diversos factores que nos autorizan a señalar que la incorporación de la conciliación comercial a nuestro sistema jurídico no sólo es conveniente, sino que necesaria.

Dentro de dichos factores podemos encontrar, entre otros, los siguientes: (i) hubo un cambio sustancial en la perspectiva mexicana al abrir sus fronteras (económica y jurídicamente hablando) a finales de la década de los ochentas y principios de los noventas, (ii) derivado de ello se incrementó exponencialmente el comercio, tanto nacional como internacional, al ingresar al llamado “proceso de globalización”, (iii) asimismo, se incrementó la complejidad de las relaciones jurídico-comerciales y, en consecuencia, se incrementó la complejidad de los conflictos derivados de dichas relaciones comerciales, y (iv) aunque no podemos soslayar los loables esfuerzos del Poder Judicial, tanto a nivel federal como en cada uno de los Estados de la República, por mejorar el sistema de impartición de justicia, debemos reconocer que actualmente existe una crisis en nuestro sistema judicial provocada, principalmente, por la sobresaturación de casos y por la carencia de sistemas y procedimientos ágiles, flexibles, eficaces y eficientes para solucionar esos conflictos.³⁷²

5.1 Argumentos a favor de la incorporación de la Ley Modelo al Derecho Mexicano

Habiendo mencionado los factores anteriores como telón de fondo podemos señalar, además, algunos argumentos a favor de la incorporación de la Ley Modelo a nuestro sistema jurídico:

5.1.1 Argumento histórico

Como se puede derivar de los capítulos anteriores, la conciliación, como un mecanismo de solución de conflictos (que no necesariamente comerciales), tiene larga tradición en nuestro país. Esta tradición ha sido reconocida por el legislador y se ha hecho patente al incluir a la figura conciliación reformando, principalmente a partir la segunda mitad del Siglo XX, varios códigos procesales y emitiendo un basto número de leyes administrativas.

³⁷² En este sentido, ENRIQUE GONZÁLEZ CALVILLO opina que ya sea que veamos o no resuelta la problemática por la ineficacia de la impartición de justicia en México, aún y cuando tuviéramos un impecable aparato judicial, es importante y por demás oportuno seguir promoviendo los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje y adoptar a la conciliación comercial como otra alternativa adecuada y eficiente para la solución de controversias que afectan y atañen tanto al individuo como a la empresa. Vid. GONZÁLEZ CALVILLO, ENRIQUE, “La Mediación en México”, *Op. cit. supra*, nota 152; pp. 207 y 208.

5.1.2 Argumento legal

Desde el punto de vista legal, México adquirió el compromiso de promover el recurso a medios alternativos de solución de controversias comerciales al firmar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en lo sucesivo “TLCAN”). En este sentido el artículo 2022 de dicho instrumento señala:

“ARTÍCULO 2022. OPCIÓN PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES

1. En la medida de lo posible, **cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares** en la zona de libre comercio.

2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de laudos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

3. Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan con las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.

4. La Comisión establecerá un comité consultivo integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.”

(Énfasis añadido)

Este compromiso internacional se hizo toda vía más patente, sobre todo tratándose de conciliación comercial internacional, por lo señalado por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN en una declaración conjunta emitida con motivo de la reunión sostenida el 7 de octubre de 2003, misma que, por su importancia, transcribimos a continuación en su parte conducente:

“COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO DEL TLCAN
DECLARACIÓN CONJUNTA
Montreal, Canadá, 7 de octubre del 2003

“Celebrando una década del TLCAN”

El Honorable Pierre S. Pettigrew, Ministro de Comercio Internacional de Canadá; Fernando Canales Clariond, Secretario de Economía de México; y el Embajador Robert B. Zoellick, Representante Comercial de los Estados Unidos; se complacen en emitir la siguiente Declaración Conjunta, que repasa los resultados de la reunión de la Comisión de Libre Comercio celebrada en la ciudad de Montreal, Québec, Canadá, el 7 de octubre del 2003.

Conforme nos acercamos al décimo aniversario de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), es importante evaluar el impacto que este ha tenido en nuestros tres países. Los resultados son claros –el TLCAN ha sido un gran éxito para las tres Partes. Es también una clara demostración de los beneficios que trae la implementación en nuestros países de políticas comerciales como un medio para incrementar el bienestar, mejorar la competitividad y expandir los beneficios a los consumidores, trabajadores y empresarios. En este sentido, seguimos comprometidos en asegurar que el TLCAN continúe ayudando a fortalecer la economía de Norteamérica a través de un marco regulatorio claro para el comercio.

Desde la entrada en vigor del TLCAN, el 1 de enero de 1994, los flujos comerciales entre nuestros tres países han alcanzado más de \$621 mil millones de dólares estadounidenses, más del doble del nivel que se tenía previamente. Por su parte, la Inversión Extranjera Directa proveniente de países no miembros del TLCAN hacía nuestros países, se duplicó para alcanzar \$299.2 mil millones de dólares estadounidenses en el 2000.

La historia del TLCAN va más allá de los resultados de comercio e inversión. Este 1 de enero del 2004 también se conmemorará el décimo aniversario de la entrada en vigor del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte y del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte. Estos exitosos Acuerdo han contribuido a asegurar que la integración económica promovida por el TLCAN se realice en el marco de condiciones ambientales adecuadas y de mejora en las condiciones laborales.

En la última reunión de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, celebrada en mayo del 2002, instruimos a nuestros funcionarios para analizar los escenarios de trabajo unilateral que estimulen el comercio entre nuestros tres países y que permitan aprovechar el potencial de una economía Norteamericana más integrada y eficiente.

Con base en el trabajo logrado a la fecha, hemos acordado al día de hoy una serie de acciones para estimular el comercio y la inversión entre nuestros tres países y hemos instruido a nuestros funcionarios para que analicen las oportunidades futuras de cooperación trilateral.

[...]

Hemos aceptado la recomendación del Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas del TLCAN en el sentido de exhortar a nuestras autoridades competentes para adoptar en cada uno de nuestros países la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Este hecho facilitará la resolución efectiva de controversias privadas de comercio mediante el establecimiento de un marco jurídico común en la región del TLCAN.”

(Énfasis nuestro)

Con base en lo anterior, es innegable el compromiso adquirido por el Estado y Gobierno Mexicanos, respectivamente, para promover y facilitar el recurso a Mecanismos Alternativos y, en específico, en adoptar la Ley Modelo a nuestro sistema legal.

5.1.3 Argumento político

Conforme al marco constitucional y legal mexicanos, que sirven de sustento al Sistema Nacional de Planeación Democrática, la presente administración, así como la pasada, al establecieron lo siguiente al aprobar sus respectivos Planes Nacionales de Desarrollo:

Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000:

"2.3.5 Impartición de justicia

[...]

También es necesario introducir mecanismos alternativos de resolución de conflictos que permitan mayor rapidez y especialización en las resoluciones, pues cierto tipo de conflictos logran los mismos efectos de la justicia ordinaria a un bajo costo. Igualmente, se fortalecerán las vías de resolución de los conflictos por medio del arbitraje en diversas materias, y se realizarán reformas para que los laudos resultantes de los procesos puedan tener una más eficiente ejecución."³⁷³

Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006:

"7. Área de Orden y Respeto

[...]

Se iniciarán reformas al marco legal tendientes a crear medios alternativos de resolución de conflictos, para favorecer el acceso a una administración de justicia expedita y aliviar la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales."³⁷⁴

En este sentido y como se apuntó en apartados anteriores, **MIGUEL SARRE**, catedrático del Instituto Tecnológico Autónomo de México, realizó un estudio acerca de las perspectivas de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos con contenido patrimonial en México, desde un enfoque de políticas públicas. Dentro de las conclusiones y propuestas de dicho estudio encontramos, entre otras, las siguientes:

"Los MASC representan una alternativa necesaria y viable para el sistema de justicia en México, siempre que se parta de una correcta apreciación de su naturaleza, límites y posibilidades. [...]"

Los MASC, como formas de hacer justicia diferentes a la que comúnmente imparte el Estado, se inscriben dentro del derecho de acceso a la jurisdicción, en consonancia con el principio de subsidiariedad, según el cual el Estado, como garante último de la impartición

³⁷³ *Diario Oficial de la Federación*, 31 de mayo de 1995; p. 26.

³⁷⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 30 de mayo de 2000; p. 125.

de justicia, debe alentar la mayor participación de los particulares en formas alternativas de resolución de conflictos dentro de la legalidad.

El acceso a la justicia y el principio de subsidiariedad, deben prevalecer sobre los criterios de mera eficiencia económica para definir las políticas públicas en la materia. Aunque sea deseable que se produzca un ahorro presupuestal como consecuencia de la adopción de los MASC, puede considerarse que ésta es exitosa a la luz de criterios diversos, como la confianza en las instituciones de justicia.”

Lo anterior nos lleva a considerar que, desde el punto de vista de políticas públicas, resulta conveniente por, lo menos, analizar la posibilidad de adoptar la Ley Modelo, así como de otros Mecanismos Alternativos, a nuestro sistema jurídico.

5.1.4 Argumento práctico

Podríamos mencionar muchos argumentos a favor de la adopción de la institución de la conciliación comercial a nuestro sistema legal (a través de la incorporación de la Ley Modelo), pero tal vez el más importante de ellos sea el siguiente: porque funciona. Al analizar la evolución reciente de los Mecanismos Alternativos, y en especial de la conciliación comercial (mediación), se encontraron cualquier cantidad de datos estadísticos que demuestran no sólo el incremento en la utilización de estos mecanismos, sino también el éxito que han tenido en la práctica. Esto se ha visto reflejado en la proliferación de distintas instituciones, tanto internacionales como domésticas, encargadas de administrar procedimientos conciliatorios y de arbitraje. Asimismo, es también una realidad que con mayor frecuencia encontramos contratos y acuerdos comerciales con cláusulas que prevén distintos Mecanismos Alternativos como medios para resolver las controversias derivados de los mismos.

Dentro de este mismo argumento podríamos señalar, además, que la adopción de la Ley Modelo en México no sólo contribuiría a la unificación y armonización de la legislación comercial internacional, sino que seguramente sería un aliciente que atraiga más inversión extranjera directa; ya que los inversionistas extranjeros se sentirían más cómodos y seguros al saber que cuentan con herramientas y reglas claras para poder solucionar las diferencias que pudieran derivar de su inversiones.

De lo anterior, desprendemos que México tiene la necesidad y ofrece las oportunidades para adoptar un método de conciliación comercial, sobre todo si dicho método tiene su origen en un esfuerzo loable de unificación y armonización del Derecho Comercial Internacional, con la posibilidad de adaptarlo a nuestra idiosincrasia y que cumpla con las necesidades específicas de nuestra sociedad.

5.2 Argumentos en contra de la incorporación de la Ley Modelo al Derecho Mexicano

Del análisis de la figura de la conciliación comercial y de la poca doctrina existente respecto de la Ley Modelo, podemos señalar dos argumentos en contra de su incorporación a nuestro sistema jurídico: (i) no es necesario regular jurídicamente un procedimiento que depende tanto de la voluntad de las partes, de hecho, el establecimiento de dicha regulación restringiría y socavaría indebidamente el proceso de conciliación; y (ii) aunque la Ley Modelo aporta beneficios considerables, no resuelve aspectos de vital importancia como lo es el de la ejecutoriedad del acuerdo de conciliación; aventurarse a adoptar la Ley Modelo en dichos términos iría en contra de sus propios objetivos: la armonización de la legislación acerca de la conciliación comercial.

Aunque válidos y significativos, desde nuestro punto de vista los argumentos en contra de la Ley Modelo no hacen desfallecer nuestra opinión acerca de que la conveniencia y necesidad de incorporar la conciliación comercial a nuestro sistema jurídico, entre otras, por las siguientes consideraciones.

Respecto del primer argumento, el grupo de trabajo encargado de elaborar la Ley Modelo, consiente de la discusión en torno a la conveniencia o inconveniencia de regular esta materia, decidió construir un cuerpo normativo breve, conciso y general que no incluyera disposiciones rígidas sobre el procedimiento de conciliación comercial sino principios fundamentales encaminados a resguardar los derechos de las partes y respetar la flexibilidad de la conciliación.³⁷⁵

Las disposiciones que la Ley Modelo recoge para regir el procedimiento de conciliación, dan margen y dejan al arbitrio de las partes y de los conciliadores la adopción del curso que juzguen más apropiado para el proceso conciliatorio. Fundamentalmente, se trata de proteger la integridad del proceso conciliatorio, por ejemplo, procurando que se cumplan las expectativas de las partes en cuanto a la confidencialidad, y al mismo tiempo prevé un grado máximo de flexibilidad preservando la autonomía de las partes.

Por otro lado, al analizar la conveniencia o inconveniencia de elaborar la ley modelo, sus redactores se dieron cuenta de lo siguiente: (i) cada vez era más utilizada la conciliación como mecanismo eficaz para resolver conflictos comerciales; (ii) que las soluciones contractuales para la determinación de procedimientos conciliatorios eran insuficientes y causaban problemas considerables a las partes; (iii) que pocos Estados cuentan con una legislación adecuada que de certeza y seguridad jurídica a las partes que se vean involucradas en un proceso de conciliación; (iv) que sería deseable contar con una reglamentación uniforme para la conciliación comercial, ya que dicha uniformidad contribuiría a dar mayor integridad y certeza al proceso conciliatorio; y (v) la elaboración de una ley modelo de conciliación comercial fomentaría el recurso a este mecanismo al ofrecer más previsibilidad y certeza en su empleo lo que brindaría innegables beneficios al comercio internacional. Por todo lo anterior, se considero, atinadamente en mi concepto, conveniente y necesaria la elaboración de la Ley Modelo.

Por lo que respecta al segundo argumento, sin lugar a dudas la Ley Modelo es un documento perfectible, que probablemente no cumplió con todas las expectativas de armonización, como sucedió con el artículo 14. En este sentido, actualmente se están llevando a cabo estudios serios y profundos de cómo corregir o mejorar algunas cuestiones de la Ley Modelo.³⁷⁶ Por lo anterior, llevando a cabo un análisis preciso al momento de incorporar la Ley Modelo se pueden mejorar y aportar soluciones a cuestiones no resueltas por la Ley Modelo sin llegar al extremo de prescindir de ella.

5.3 Proceso de incorporación de la Ley Modelo al Derecho Mexicano

Habiendo encontrado oportuna la incorporación de la Ley Modelo a nuestro sistema jurídico, cabe ahora dedicar algunas líneas al cómo debería llevarse a cabo dicha incorporación.

Las primeras preguntas que saltan a la vista son ¿quién es el encargado de legislar sobre este tema, el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados? y ¿Se debe crear una ley independiente o reformar las leyes aplicables ya existentes para incorporar las disposiciones de la Ley Modelo?

³⁷⁵ Vid. AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Op. cit. supra, nota 13; pp. 66.

³⁷⁶ Como los llevados a cabo por el Sub-comité recientemente creado en el seno de la *International Bar Association* específicamente para analizar la Ley Modelo.

A primera vista, la primer interrogante resulta más fácil de responder que la segunda. No nos cabe duda que estamos ante un tema netamente comercial, procesal, pero comercial al fin y al cabo. En este sentido, la misma Constitución resuelve el problema si tenemos en cuenta lo dispuesto por su artículo 73 (facultades del Congreso de la Unión), junto con el 124 de la misma (distribución de competencias). Dichas disposiciones señalan lo siguiente:

“**Artículo 73.** El Congreso tiene facultad:

[...]

- X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, **comercio**, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123;”

(Énfasis nuestro)

“**Artículo 124.** Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”

Con base en lo anterior, al tratarse de un tema netamente comercial, la facultad de legislar acerca de la conciliación comercial le corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión y la ley o reforma que emita, en su caso, será de aplicación federal.

Como lo anticipamos, la segunda de las interrogantes resulta más difícil de solucionar. En principio hay dos posturas al respecto: aquéllos que señalan que en caso de adoptar las disposiciones de la Ley Modelo esto debe hacerse como una ley independiente y, por otro lado, aquellos que señalan que dichas disposiciones deberían incluirse en legislaciones previamente establecidas, en este caso, el Código de Comercio.

Aquéllos que defienden la postura de crear una ley independiente señalan, entre otras cosas, que el hacerlo de esta manera es más adecuado desde el punto de vista de la técnica legislativa, lo que evitaría problemas de interpretación de las normas incorporadas. A aquéllos que defienden esta postura no les falta razón, sobre todo por la desafortunada experiencia que hemos padecido con el arbitraje comercial.

A groso modo, el problema fue el siguiente: las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional fueron incorporadas en el Título Cuarto (Del Arbitraje Comercial) del Libro Quinto (De los Juicios Mercantiles) del Código de Comercio. Esta medida tuvo el infortunado resultado de dificultar la correcta interpretación de las disposiciones de arbitraje. En efecto, si bien no es el momento para abundar sobre dicho tema, baste decir que la mejor manera de interpretar el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio es a manera de un cuerpo normativo independiente del mismo Código de Comercio. Sin embargo, es de entenderse que ciertos principios de hermenéutica jurídica obstaculicen dicha sugerencia. Lo anterior ha conducido a interpretaciones sobre las disposiciones de arbitraje que en ocasiones han sido desafortunadas y en otras ocasiones caen en lo absurdo.³⁷⁷

³⁷⁷ Vid. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Op. cit. supra, nota 190; p. 46.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta dos cuestiones: (i) en fechas recientes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una sentencia trascendental para la vida del arbitraje³⁷⁸ (y podríamos decir para otros medios alternativos de solución de conflictos), en la cual, entre otras cosas, determinó el método de interpretación de las disposiciones del Título Cuarto del Libro Quinto, señalando que se trata de un cuerpo normativo independiente por lo que no cabe su interpretación cruzada con el resto de las disposiciones del Libro Quinto; y (ii) la misma Ley Modelo sobre conciliación comercial establece, como se analizó en su momento, sus propias reglas de interpretación.

Por otro lado, están aquéllos que pugnan porque las disposiciones de la Ley Modelo se incorporen al Código de Comercio. Éstos, basan su postura en dos razones fundamentales: (i) la primera, que es en dicho Código de Comercio en donde se regulan los procedimientos mercantiles (recuérdese que la conciliación comercial es un procedimiento mercantil); y (ii) la segunda, por cuestiones netamente prácticas, al estar ubicadas las disposiciones en el Código de Comercio, tendrían mayor difusión y se lograría promover con mayor facilidad la conciliación comercial en México.³⁷⁹

Reconocemos en ambas posturas presentan ventajas y desventajas, mismas que deben tenerse en cuenta al profundizar sobre la inclusión de la Ley Modelo a nuestro sistema legal. Sin restar importancia práctica a este tema, consideramos que este no es el momento para definir una postura al respecto. Nuestro interés, en este momento, es simplemente sembrar la inquietud acerca de la conveniencia de adoptar la Ley Modelo en México y de todas las ventajas que ello conllevaría.

Por último e íntimamente relacionado con lo anterior, desde nuestro punto de vista, para el buen desarrollo y éxito del proceso legislativo en el que se planté la adopción de la Ley Modelo, ya sea mediante la creación de una nueva ley o la reforma a una existente, deben considerarse, por lo menos, tres etapas distintas: (i) una de información, discusión y elaboración de una propuesta; (ii) otra de incorporación; y (iii) la tercera y última, de implementación y madurez.

5.3.1 Etapa de Información

En la primera etapa, como su nombre lo dice, debe haber un planteamiento estratégico tendiente a informar acerca de la conveniencia de incorporar la Ley Modelo a nuestro sistema legal y recabar las observaciones correspondientes de los agentes interesados. Es decir, difundir en distintos foros el proyecto de la Ley Modelo entre empresarios, abogados practicantes, académicos e instituciones de enseñanza, gremios de comerciantes y colegios de abogados³⁸⁰, miembros del Poder Judicial, instituciones administradoras, etcétera; y recabar las impresiones de

³⁷⁸ Sentencia de Amparo en Revisión 759/2003, quejoso: Teléfonos de México, S.A. de C.V.

³⁷⁹ Vid. VON WOBESER, CLAUS, "UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation", en *ADR & the LAW – Developments in ADR: 2002*, a Report of the American Arbitration Association, the Fordham International Law Journal, and the Fordham Urban Law Journal, 17^o ed., EE.UU., 2003; p. 197.

³⁸⁰ En fechas recientes, el relativamente nuevo Comité de Mediación de la Barra Internacional de Abogados (*International Bar Association*) creó un Subcomité abocado exclusivamente a analizar la evolución y desarrollo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional: "En las primeras etapas, uno de los objetivos principales del Subcomité será estudiar a detalle ciertas disposiciones de la Ley Modelo de Conciliación y hacer recomendaciones para su uso y futura adopción por los gobiernos nacionales alrededor del mundo. Por ejemplo, desde la adopción de la Ley Modelo de Conciliación, han habido muchos debates acerca de qué debe hacerse para armonizar internacionalmente el resultado final de mediaciones o conciliaciones internacionales —en otras palabras, cómo armonizar la ejecución de convenios conciliatorios. Una de las aspiraciones del Subcomité será examinar y eventualmente elaborar un reporte acerca de cómo los estados interesados en incorporar la Ley Modelo de Conciliación podrían armonizar la aplicación del Artículo 14. El Subcomité también planea estudiar otros temas importantes como lo son la confidencialidad y admisibilidad de pruebas en otros procedimientos." "IBA Mediation Subcommittee on

todos ellos para poder fomentar su discusión y preparar un proyecto razonable que tome en consideración las exigencias propias de la realidad mexicana sin perder de vista el carácter internacional de la Ley Modelo y su propósito de unificación y armonización de las normas internacionales acerca de la conciliación comercial.³⁸¹

El proyecto de reforma debe ir acompañado de los insumos de fondo correspondientes, entendiendo por éstos a la serie de documentos jurídicos y técnicos para acreditar la conveniencia y la viabilidad del proyecto. Asimismo, como insumo de fondo podría considerarse, entre otros, un estudio comparativo de legislaciones internacionales acerca de este tema y, principalmente, de aquéllos Estados que hayan incorporado, o estén en vías de incorporación, de la Ley Modelo.³⁸²

5.3.2 Etapa de Incorporación

Una vez formulado el proyecto y contando con el consenso y apoyo de los agentes interesados, se pasaría a la segunda etapa, a la de incorporación, que se refiere propiamente al proceso legislativo o parlamentario. Esta etapa también requiere de un planeamiento estratégico. Dicha estrategia comprende la elaboración de un mapeo parlamentario identificado la o las mejores rutas para ingresar el proyecto de iniciativa al Congreso, sobre todo con la finalidad de no politizar el proyecto y evitar, con ello, que se convierta en objeto de negociaciones políticas que sin duda entorpecerían y retrasarían su aprobación. Es muy importante tomar en cuenta que la implementación exitosa de esta estrategia descansará, en gran medida, en la calidad y precisión del proyecto formulado, así como de los insumos de fondo que acompañen el proyecto. Asimismo, será conveniente acompañar el proyecto durante todo el proceso legislativo y brindar el apoyo necesario a las comisiones dictaminadoras para evitar que el proyecto sea modificado y se desvirtúe la naturaleza del procedimiento conciliatorio. Esta fase o etapa concluiría con la promulgación y publicación de las disposiciones de la Ley Modelo, ya sea mediante la emisión de una ley independiente o la citada la reforma al Código de Comercio.

5.3.3 Etapa de Implementación

Pero el proceso no termina aquí, lejos de ello faltaría la tercera, pero no menos importante, de las etapas sugeridas: la de implementación y madurez de la Ley Modelo. Una vez promulgadas las disposiciones de la Ley Modelo, se requerirá de una fuerte campaña de difusión de la misma. En esta fase o etapa deben confluir los esfuerzos, nuevamente, de todos los agentes interesados: empresarios, comerciantes, abogados postulantes, académicos e instituciones de enseñanza, gremios de comerciantes, colegios de abogados, instituciones privadas, jueces, magistrados, ministros y demás miembros del poder judicial, entre otros. Todo ello con el objeto de propiciar el conocimiento de la conciliación comercial y sus ventajas y, en consecuencia, promover la utilización de este mecanismo en la sociedad comercial mexicana.

the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation”, texto publicado en la sección editorial de la revista: *Mediation – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados*, vol. 1, núm. 2, Londres, Reino Unido, Agosto de 2005.

³⁸¹ Para tratar de ubicarnos dentro de este proceso, ahora estaríamos en esta primera etapa. De hecho, uno de los propósitos fundamentales del presente estudio es precisamente el difundir las bondades del procedimiento conciliatorio (comercial) y las ventajas de incorporarlo a nuestro sistema legal, para fomentar su discusión y retroalimentación necesarias para formular un proyecto definitivo.

³⁸² Debido a que la emisión de la Ley Modelo es muy reciente, a la fecha de la elaboración de este estudio todavía no se cuenta con la información necesaria y suficiente para poder ofrecer un estudio comparado del proceso y la forma de adopción de dicha Ley Modelo en otros países.

Otra labor no menos importante que debe acompañar a esta etapa es la relativa a la capacitación de conciliadores. Si no se proveen los medios necesarios para contar con conciliadores debidamente capacitados, de poco o nada serviría tener una legislación de vanguardia acerca de conciliación comercial. Por el contrario, dicha legislación, lejos de ser vanguardista, estaría condenada al fracaso.

En suma, se trata de un proceso ordenado, razonado, bien estructurado; que traiga como resultado la adopción de la Ley Modelo a nuestro sistema jurídico respetando, en su gran mayoría, el texto de la misma e incorporando, cuando ello fuere indispensable, las adecuaciones y precisiones de mérito para adecuarlas a nuestra realidad jurídica.

5.4 Propuesta de reforma legislativa

En el capítulo precedente se hizo un análisis detallado del contenido normativo de la Ley Modelo y se presentaron lo que a nuestro entender son las críticas más importantes a la misma. En su momento, se fueron indicando nuestras consideraciones respecto de cada artículo y, en su caso, se sugirió la forma en que deberían adoptarse.

Derivado de lo anterior, para obviar repeticiones innecesarias, a continuación se presenta una propuesta de reforma legislativa con objeto de incorporar las disposiciones de la Ley Modelo a nuestro sistema jurídico, sin hacer comentarios respecto de cada uno de sus artículos. Para tal efecto, se solicita al lector se remita al análisis que de cada uno de ellos se hizo en su oportunidad.

Además, es importante que el lector tenga en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) Se trata de una propuesta perfectible, sujeta a críticas que sin duda podrán, en su caso, mejorarla en ejercicios posteriores;
- b) Con base en lo señalado respecto de las etapas que deberá sortear el proceso de incorporación de la Ley Modelo, conforme el proyecto sea objeto de discusión por los actores interesados, se deberán ir preparando los insumos de fondo que acompañarán al proyecto de iniciativa de ley —o de iniciativa de reforma de ley, en su caso— a ser presentada al Congreso de la Unión para su consideración³⁸³;
- c) En su momento y conforme a la técnica legislativa empleada en nuestro país, los artículos deberán ir numerados en orden progresivo, anteponiendo el número que corresponda dependiendo de que se trate de una nueva ley o de una adición o reforma al Código de Comercio.
- d) En caso de que las disposiciones de la Ley Modelo se incorporen al Código de Comercio, o algún otro cuerpo normativo preexistente, se deberá tener el debido cuidado de hacer las adecuaciones que sean necesarias para evitar contradicciones y problemas de interpretación entre las disposiciones de la Ley Modelo y de las demás del cuerpo normativo al que se incorporen.
- e) Siguiendo el texto actual de la Ley Modelo, cada artículo se acompaña, al inicio, de una pequeña leyenda o encabezado que señala de lo que trata su contenido. Lo anterior es simplemente para efectos prácticos y facilitar el análisis de la propuesta. En su momento y también atendiendo a la técnica legislativa empleada en México, dichos encabezados podrán eliminarse.

³⁸³ Por ejemplo, con base en el análisis de cada artículo y de las diversas consideraciones contenidas en el presente trabajo, así como en los comentarios y mejoras que la presente propuesta mereciere, se deberá elaborar la “exposición de motivos” correspondiente. Una buena exposición de motivos no sólo facilitará la aprobación de la iniciativa o reforma, según sea el caso, sino que será de gran ayuda para la interpretación de las disposiciones cuando éstas sean estudiadas o aplicadas en la práctica.

Propuesta:**“Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones**

Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán a la conciliación comercial.

Para efectos de la presente Ley:

- a) el término “conciliador” podrá hacer referencia a un único conciliador o, en su caso, a dos o más conciliadores.
- b) se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

Las partes podrán convenir en que la presente Ley no sea aplicable.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9, la presente Ley será aplicable independientemente de la razón por la cual se entable la conciliación, ya sea en virtud de un acuerdo concertado entre las partes, antes o después de que surja la controversia, de una obligación establecida por ley o de instrucciones o indicaciones de un tribunal judicial, de un tribunal arbitral o una entidad pública competente.

La presente Ley no será aplicable:

- a) Cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes; y
- b) Cuando en un tratado internacional del que México sea parte o en otras leyes federales, se establezca un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de conciliación.

Artículo 2. Interpretación

En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones relativas a las materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 y en el párrafo tercero del artículo 6, las partes podrán convenir en excluir o modificar cualquiera de las disposiciones de la presente Ley.

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación

El procedimiento de conciliación dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo.

La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de esta última una aceptación de la invitación en el plazo de 30 días contados a partir de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra parte ha rechazado su oferta de conciliación.

Cuando se inicie el procedimiento de conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.

Cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanuda a partir del momento en que concluya.

Artículo 5. Número y designación de conciliadores

El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber dos o más.

Las partes tratarán de ponerse de acuerdo para designar al conciliador o los conciliadores, a menos que se haya convenido en un procedimiento diferente para su designación.

Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona para la designación de los conciliadores. En particular:

- a) Las partes podrán solicitar a tal institución o persona que les recomiende las personas idóneas para desempeñar la función de conciliador; o
- b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.

Al formular recomendaciones o efectuar nombramientos de personas para el cargo de conciliador, la institución o persona tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, en su caso, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes.

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento conciliatorio, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Artículo 6. Sustanciación de la conciliación

Las partes podrán determinar, por remisión a algún reglamento o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.

De no haber acuerdo al respecto, el conciliador podrá sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estime adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

En cualquier caso, el conciliador procurará dar a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia.

Artículo 7. Comunicación entre el conciliador y las partes

El conciliador podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.

Artículo 8. Revelación de información

El conciliador, si recibe de una de las partes información relativa a la controversia, podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. No obstante, el conciliador no podrá revelar a ninguna de las otras partes la información que reciba de esa parte si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.

Artículo 9. Confidencialidad

A menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley o que sea necesaria a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de conciliación.

Artículo 10. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

Las partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en la tramitación del procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con:

- a) La invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio;
- b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;
- c) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

- d) Las propuestas presentadas por el conciliador;
- e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;
- f) Cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio.

El párrafo primero del presente artículo será aplicable cualquiera que sea la forma que revista la información mencionada en dicho párrafo.

Ningún tribunal arbitral, tribunal de judicial ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información a que se hace referencia en el párrafo primero del presente artículo y, si esa información se presentase como prueba en contravención del presente artículo, dicha prueba no se considerará admisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la ley o en que sea necesario a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Las disposiciones de los párrafos anteriores del presente artículo serán aplicables independientemente de que el procedimiento arbitral, judicial o de índole similar se refiera a la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento conciliatorio.

Sin perjuicio de las limitaciones enunciadas en el primer párrafo del presente artículo, ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.

Artículo 11. Terminación del procedimiento de conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por terminado:

- a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo, mismo que deberá constar por escrito y estar firmado por las partes;
- b) Al efectuar el conciliador, previa consulta con las partes, una declaración por escrito en la que se haga constar que ya no hay razones para seguir intentando llegar a la conciliación, en la fecha de tal declaración;
- c) Al hacer las partes al conciliador una declaración por escrito de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o
- d) Al hacer una parte a la otra o las otras partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración por escrito de que da por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración.

Artículo 12. El conciliador como árbitro

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos.

Artículo 13. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.

Artículo 14. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción

Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho deberá constar por escrito y estar firmado por las partes. Dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución conforme al presente artículo.

Si una de las partes no cumpliera con el acuerdo de conciliación, la parte afectada podrá solicitar a un juez de primera instancia federal o del orden común competente, que reconozca el acuerdo para su posterior ejecución.

La parte que solicite el reconocimiento de un acuerdo de conciliación deberá presentar, junto con su solicitud, el original del acuerdo de conciliación o copia certificada del mismo.

Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un acuerdo conciliatorio cuando el juez compruebe que, según la legislación mexicana, la materia objeto del acuerdo de conciliación no sea susceptible de transacción por las partes o que sea contraria al orden público. Si solamente una parte del acuerdo conciliatorio no fuere susceptible de transacción o contraria al orden público y esta parte pudiere separarse de las demás que integran el acuerdo de conciliación, el juez podrá denegar el reconociendo de las primera y otorgará el reconocimiento de las segundas.

El procedimiento de reconocimiento del acuerdo de conciliación se sustanciará incidentalmente de conformidad con el Artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles y sin más requisitos ni formalidades que las expresamente señaladas en el presente artículo. La resolución no será objeto de recurso alguno.

Una vez otorgado el reconocimiento, la parte afectada podrá solicitar, sin mayor trámite, la ejecución del acuerdo de conciliación por la vía respectiva."

CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, la adopción de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional aportará grandes beneficios a la sociedad mexicana, proveyéndola de una herramienta óptima para hacer frente en forma eficaz, eficiente, expedita y flexible a los múltiples conflictos generados por el tráfico jurídico-comercial actual. Esta conclusión, que no es otra cosa sino la tesis que se pretende sostener en esta pequeña obra, fue debidamente expuesta y sustentada a lo largo de los cinco capítulos que conforman esta tesis. En virtud de lo anterior, en las líneas siguientes haremos una simple enunciación sintética, en la medida de lo posible, de los resultados de nuestra investigación en el orden en que fueron surgiendo a lo largo de este trabajo.³⁸⁴

- i. El hombre es un ser social, vulnerable, que requiere de otros seres humanos para subsistir y trascender. Entre otros factores, el hecho de existir recursos limitados para la sobrevivencia humana, así como diferencias notorias —físicas e intelectuales— entre los hombres, hace indispensable el establecimiento de reglas mínimas de convivencia.
- ii. La misma realidad fáctica nos enseña que la interacción de los seres humanos y el establecimiento de relaciones entre ellos, ocasionan, en muchas circunstancias, conflictos de muy diversa índole que rompen el equilibrio de la sociedad en la que se encuentran. Tal situación genera la necesidad de encontrar mecanismos adecuados para solucionar dichos conflictos y, en consecuencia, conciliar y reestablecer el equilibrio fracturado.
- iii. A lo largo de la historia del pensamiento jurídico la distinta composición y estructura social de cada época y de cada región ha sido determinante para establecer sus sistemas de resolución de conflictos.
- iv. Desde los pueblos primitivos en los que encontramos una justicia privada muy precaria, con rigorismos exacerbados y confusión con temas religiosos y místicos, y pasando por la rica experiencia medieval, llegamos hasta el proceso jurisdiccional, método en donde el “Estado moderno” se ha caracterizado por monopolizar la solución de los conflictos.
- v. El examen de los hechos que nos presenta la historia nos permite observar que la función de resolver controversias de modo vinculativo no ha sido exclusiva del Estado. En Roma y en Edad Media, eran los jurisperitos —que no eran órganos estatales— los encargados de dicha función, lo cual nos arroja la conclusión de que la jurisdicción no es algo que necesariamente acompañe al Estado, en ninguna de sus formas, ni siquiera al Estado moderno.
- vi. Cabría objetar, no obstante, que la función jurisdiccional pertenece al Estado por necesidad, ya que él es el único titular de la violencia legítima, o el poder público. Sin embargo, es falso que esto signifique la facultad de resolver una controversia conforme a derecho, pues la labor estatal puede circunscribirse al reconocimiento de la labor de un juez privado y la ejecución de su fallo, tal cual sucedió en la Roma clásica y con el derecho de la Edad Media.
- vii. No existe, desde el punto de vista histórico y de la teoría política y procesal, ninguna razón especial para considerar que la función jurisdiccional corresponde esencial y exclusivamente al Estado.

³⁸⁴ Nota: Los números que aparecen a la izquierda son para referencia exclusivamente. Como se apreciará, los párrafos que siguen no contienen necesariamente una sola idea autónoma, sino que se encuentran ligados unos a otros.

- viii. En regímenes jurídicos de tradición civilista, los medios para solucionar conflictos de intereses jurídicamente trascendentes, como se deduce del concepto del maestro **NICETO ALCALÁ-ZAMORA**, se clasifican en tres grandes grupos a saber: (i) la autotutela, (ii) la autocomposición y (iii) la heterocomposición.
- ix. Esta clasificación es utilizada por la gran mayoría de los tratadistas que estudian figuras como la mediación y la conciliación comercial, entre otras, ya que es de gran utilidad para ubicar a dichas figuras dentro del universo de los métodos de solución de controversias y a determinar sus notas características.
- x. Analizada la clasificación antes mencionada, en nuestra opinión, la conciliación comercial se encuentra dentro de los sistemas autocompositivos de solución de controversias en el que las partes, y solamente las partes, son las que, independientemente de la intervención de un tercero, ponen fin a la controversia.
- xi. Actualmente coexisten varios sistemas de solución de controversias comerciales, dentro de los cuales encontramos, entre otros: (i) la jurisdicción ordinaria a cargo del Estado, (ii) y los denominados “equivalentes jurisdiccionales”, dentro de los cuales encontramos a los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.
- xii. Podemos definir los Mecanismos Alternativos como la gama de procedimientos o medios, voluntarios u obligatorios y distintos o ajenos a los utilizados por el sistema judicial tradicional, destinados a resolver eficazmente una controversia entre dos o más partes, con o sin la intervención de un tercero neutral.
- xiii. Muchos de los Mecanismos Alternativos, por lo menos los medios tradicionales y de los cuales derivan todos los demás, no son instrumentos novedosos o desconocidos para la historia del pensamiento jurídico, por el contrario, ellos son, incluso, anteriores a la aparición del litigio o del concepto moderno de jurisdicción.
- xiv. Resurgen así distintas instituciones como la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, mismas que se han ido revalorizando y transformando para asumir una función más dinámica y vigorosa de orientación social. Así, el uso de alternativas privadas viene a ser, más que una innovación, el resultado de una emancipación: la manifestación de un cambio de actitudes de los particulares frente al proceso judicial.
- xv. El desarrollo de las Mecanismos Alternativos es consecuencia tanto de una nueva visión sobre los objetivos y pormenores de la solución que puede darse a una controversia, como una respuesta dinámica por parte de quienes construyen dichas alternativas de acuerdo con las necesidades que intentan satisfacer y a las diversas circunstancias en que dichas alternativas pueden intervenir exitosamente para disminuir la ineficiencia, los costos o los daños que puede llegar a causar un litigio.
- xvi. El interés que han despertado los Mecanismos Alternativos en años recientes es un reflejo de la esperanza albergada por muchos de que puedan crearse nuevos métodos —o aplicarse viejos métodos a nuevos campos— que ayuden a resolver desacuerdos de una manera más adecuada que la lograda al recurrir al procedimiento judicial tradicional. De cierta forma, se busca lograr un resultado menos alejado de las partes, permitiendo que al tener éstas una intervención substancial en la construcción de una solución, se distribuyan las cargas, las culpas y los derechos, lo que la rigidez de las normas de derecho, en muchas ocasiones, impide.
- xvii. La gran mayoría de los estudios acerca de los Mecanismos Alternativos parten del análisis de la experiencia estadounidense, ya que es en Estados Unidos en donde se concentran las circunstancias que dan origen al nuevo movimiento de los MASC y, asimismo, donde se dan los primeros procesos de sistematización de

dichos mecanismos, y son, además, los que muchos otros países han tomado como ejemplo para incorporarlos a sus sistemas jurídicos.

- xviii. En la experiencia estadounidense podemos identificar dos tipos de causas convergentes que dieron origen a los Mecanismos Alternativos: por un lado, aquellos sucesos que provocaron un ánimo social propicio para la concepción y aceptación de los Mecanismos Alternativos y, por el otro, los factores de tipo práctico que los convertían en medios ventajosos para la solución de controversias.
- xix. Son dos las razones que justifican la aparición y desarrollo de los Mecanismos Alternativos como respuestas efectivas para la solución de controversias comerciales: (i) la incapacidad del Estado moderno de prestar eficientemente una de sus funciones primordiales: la impartición de justicia; es decir, los Mecanismos Alternativos se consideran un reflejo del alto grado de frustración ante las crecientes y constantes deficiencias de los sistemas tradicionales de solución de controversias; y (ii) la composición del escenario comercial actual derivado, entre otros aspectos, de una complejidad creciente en el tráfico jurídico comercial en el que confluyen elementos como la internacionalización y especialización de las relaciones comerciales; escenario que demanda herramientas eficaces para hacer frente a los múltiples conflictos derivados de dichas relaciones.
- xx. La gran mayoría de los autores coinciden en las siguientes ventajas de los Mecanismos Alternativos: (i) flexibilidad (tanto en el procedimiento como en la o las soluciones adoptadas); (ii) concentración de la atención en los asuntos principales a resolver; (iii) celeridad en el procedimiento; (iv) bajos costos; (v) confidencialidad; (vi) ayudan a conservar la relación entre las partes; (vii) especialización (contar con la participación de un tercero neutral que conozca y entienda el conflicto); (viii) las partes mantienen el control del procedimiento; (ix) beneficios económicos para el Estado; y (x) efectividad.
- xxi. Por otro lado, las desventajas encontradas en dichos Mecanismos Alternativos son las siguientes: (i) tienen un ámbito de aplicación restringido; (ii) no son convenientes cuando se busca sentar un precedente judicial; (iii) presentan complejidades para preservar la materia objeto del litigio; (iv) también varios de ellos presentan complejidades para ejecutar o hacer cumplir el acuerdo o solución encontrada; (v) es dudosa la confidencialidad de ciertos Mecanismos Alternativos; y (vi) la utilización de los Mecanismos Alternativos es poco recomendable cuando hay mucha animadversión entre las partes.
- xxii. Como ejemplos de Mecanismos Alternativos podemos encontrar, entre otros, los siguientes: (i) la negociación; (ii) la mediación; (iii) la conciliación; (iv) el arbitraje; (v) el pequeño juicio; (vi) el oyente neutral; (vii) determinaciones por experto neutral; (viii) adaptación de contratos; (ix) consultas; (x) buenos oficios; e (xi) investigaciones.
- xxiii. Si bien es generalmente aceptado que por virtud de la conciliación y la mediación un tercero asiste a las partes a resolver una controversia, existe una falta de consenso acerca de la naturaleza exacta y diferencia entre ambas. El empleo de los términos *conciliación* y *mediación* ha despertado inquietud no solamente en México, sino en muchos otros países.
- xxiv. Una primera aproximación al tema nos lleva a concluir que las dos figuras (conciliación y mediación) son distintas. No obstante, la impresión general y universalmente aceptada es que la conciliación comercial (distinta de la conciliación como tal) amalgama ambos conceptos.
- xxv. La mediación y la conciliación, como sistemas de solución de conflictos, coinciden en que: (i) son técnicas empleadas para solucionar conflictos; (ii) un tercero neutral interviene en el procedimiento (independientemente de las facultades de dicho tercero); y (iii) son las partes, que no el tercero, las que, en

su caso, solucionan el conflicto por sí mismas. Por otro lado ambas figuras difieren en: (i) la labor o facultades del tercero neutral; (ii) la tradición jurídica de la cual derivan y en la cual se han desarrollado; y (iii) el foro de utilización de cada figura.

- xxvi. Se puede definir a la conciliación comercial como: el procedimiento, designado por los términos de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar al arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual (u otro tipo de relación jurídica que vincule a las partes). El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.
- xxvii. Los orígenes y antecedentes de la conciliación comercial, en su connotación actual, son prácticamente los mismos que se señalaron al analizar los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.
- xxviii. Encontramos las siguientes clasificaciones de la conciliación comercial: (i) a base de derechos o de los intereses basados; (ii) privada o pública; (iii) *ad hoc* o institucional; y (iv) nacional e internacional.
- xxix. La conciliación comercial, como una especie de los Mecanismos Alternativos de Soluciones de Controversias, tiene varias diferencias específicas que la distinguen de los demás Mecanismos Alternativos como la negociación y el arbitraje.
- xxx. No existe un procedimiento único de conciliación comercial, sin embargo, se pueden señalar las siguientes etapas genéricas en las cuales podemos dividir y sistematizar el procedimiento: (i) contacto inicial entre los participantes y el conciliador; (ii) establecimiento de las reglas mínimas para guiar los procedimientos; (iii) obtención de información, identificando las pretensiones de las partes; (iv) estímulo de la elaboración de opciones de solución; (v) evaluación y comparación de las alternativas de solución; y (vi) elaboración del convenio de arreglo, así como los procedimientos para implementarlo.
- xxxi. El elemento clave en el procedimiento de conciliación comercial es el conciliador; éste es el que debe procurar los medios óptimos para lograr que las partes solucionen sus diferencias.
- xxxii. El conciliador debe ser un negociador profesional que conduzca el encuentro de las partes en conflicto en procedimiento de conciliación, es, propiamente, un facilitador entre las partes que ayuda a que ellas mismas encuentren las alternativas para dirimir sus controversias.
- xxxiii. El papel del conciliador se limita a facilitar el diálogo entre las partes y no consiste en adoptar decisiones. En todo caso y si las partes están de acuerdo con ello, el conciliador puede simplemente hacer recomendaciones o propuestas a las partes para un arreglo de la controversia.
- xxxiv. El conciliador debe contar con, por lo menos, las siguientes habilidades: (i) habilidad para la adecuada comunicación (verbal y no verbal); (ii) habilidad para la adecuada clasificación, organización y manejo de datos e información; y (iii) habilidad para aconsejar.
- xxxv. En nuestra opinión, para ejercer la actividad de conciliador se debería contar, por lo menos, con lo siguiente: (i) un título profesional con nivel de licenciatura; y (ii) un curso de capacitación respecto a los aspectos generales del procedimiento de conciliación comercial en el que, además, se instruya en técnicas generales de negociación asistida.
- xxxvi. Al considerar viable la adopción de la conciliación comercial en nuestro sistema jurídico en forma no obligatoria sino optativa, será importante reunir los esfuerzos de instituciones, públicas y privadas, para

continuar con la capacitación de personas interesadas en prestar sus servicios como conciliadores y que quede al arbitrio de las partes (así como de las instituciones administradoras de la mediación o conciliación comercial) el escoger a la persona que consideren que reúne las características necesarias para desempeñarse como conciliador.

- xxxvii. La conciliación comercial es poco conocida y utilizada en México.
- xxxviii. Una de las razones principales por las que la conciliación comercial es poco conocida y utilizada en México, aparte de su escasa difusión, es la falta de una legislación adecuada que provea de certeza y seguridad jurídicas a aquellos que deseen utilizar a estos mecanismos para la solución de sus diferencias.
- xxxix. No obstante que el *status quo* en México permitiría llevar a cabo procedimientos de conciliación comercial, también es cierto que no existen reglas, aunque genéricas, que determinen cuestiones de vital importancia para el buen desarrollo de estos procedimientos.
- xl. Existen algunos esfuerzos, la mayoría por parte de instituciones privadas, para dar a conocer y promover la utilización de este mecanismo en México. Entre otros esfuerzos, podemos destacar los siguientes: (i) la labor realizada por la Comisión de Arbitraje Comercial del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional; (ii) la labor del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México; y (iii) por último, pero no menos importante, cabe señalar la relativamente reciente creación del Instituto Mexicano de la Mediación
- xli. En la medida que se incremente el conocimiento y el uso de la conciliación comercial en México, con la convicción de que este método de solución de conflictos prevé procedimientos eficaces, eficientes y flexibles para resolver conflictos, esto jugará un papel importante en el fortalecimiento del estado de derecho y contribuirá a construir un sistema de justicia más eficiente y más accesible a más mexicanos.
- xlii. Debido a la gran cantidad de sistemas jurídicos coexistentes en el mundo, no existe uniformidad en cuanto a las soluciones a los problemas generados por el tráfico jurídico internacional. Por ello, tanto la doctrina como la práctica contemporáneas han desarrollado la idea de buscar los medios necesarios para lograr una cierta armonización del derecho.
- xliii. Los conceptos de "unificación" y "armonización" del derecho mercantil internacional, en general, se refieren al proceso por el cual se van creando y aprobando normas jurídicas homogéneas que facilitan el comercio internacional.
- xliv. Dentro de las ventajas que los sistemas de unificación y armonización del derecho mercantil internacional presentan, podemos señalar que a través de ellas se logra una verdadera compatibilidad internacional de conceptos y soluciones sobre un tema específico para un determinado número de Estados. La armonización lleva a la unificación de criterios lo que a su vez contribuye a una mayor certeza y previsibilidad jurídicas tanto en el contenido del derecho material como en los sistemas de solución de controversias transfronterizas.
- xlv. Por "ley modelo" se entiende todo texto legal, creado por una institución u organización internacional, que se recomienda al concierto internacional de países para su incorporación al derecho interno.
- xlvi. Se trata de una técnica *indirecta* de uniformidad. Las leyes modelo, *per se*, no son obligatorias. En este sentido, es una técnica indirecta ya que para originar la uniformidad en una materia no basta con la emisión de la ley modelo, sino que requiere que cada Estado la incorpore a su sistema legal. La flexibilidad

inherente a una ley modelo resulta útil en todos aquellos casos en los que sea probable que un Estado desee introducir modificaciones al régimen uniforme propuesto para facilitar su incorporación al derecho interno. Ello supone, en principio, que el grado de armonización y de certidumbre así obtenido será inferior si se recurre a la técnica de una ley modelo que lo que cabría esperar del régimen de una convención o tratados internacionales. No obstante, por razón de su flexibilidad es probable que un mayor número de Estados decidan adoptar el régimen de la ley modelo.

- xlvi. A pesar de lo anterior, con el objeto de lograr un grado de armonización y certidumbre satisfactorio, es muy importante que los Estados procuren introducir el menor número posible de cambios al incorporar el régimen de la nueva ley modelo a su derecho interno y, en todo caso, se ha de intentar que todo cambio introducido sea compatible con los principios básicos de la ley modelo de que se trate. Una de las razones por las que se ha de pretender, en lo posible, respetar el texto uniforme de la ley modelo es que con ello se logrará que el régimen interno resulte más transparente y conocido para las partes extranjeras que realicen operaciones en el territorio de un Estado promulgante.
- xlviii. Las leyes modelo usualmente se acompañan de una guía explicativa, en las que se establecen diversas recomendaciones para que aquellas sean adoptadas; es decir, son recomendaciones que indican al legislador nacional cómo puede proceder en tal o cual tema para la incorporación de las leyes modelo.
- xlix. Existen varias organizaciones internacionales destinadas a procurar la unificación y armonización del derecho internacional privado, en particular del derecho mercantil. Como ejemplo de dichas organizaciones encontramos las siguientes: (i) la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; (ii) el Instituto para la Unificación del Derecho Privado; (iii) la Organización de Estados Americanos a través de sus Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado; (iv) la Cámara de Comercio Internacional; y (v) la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.
- I. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional fue establecida por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1966.
 - li. La Asamblea General de las Naciones Unidas dio a la CNUDMI el mandato general de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.
 - lii. Desde su creación, la CNUDMI ha preparado una amplia gama de convenciones, leyes modelos y otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho mercantil que repercuten en el comercio internacional.
 - liii. La CNUDMI está integrada actualmente por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo.
 - liv. Entre los textos preparados por la CNUDMI figuran convenciones, leyes modelo, guías jurídicas o legislativas, reglamentos y notas prácticas, además de varios documentos relacionados con los trabajos de cada uno de los órganos de la Comisión dependiendo de la actividad realizada.
 - lv. Las leyes modelo de la CNUDMI tienen como objetivo primordial dotar al concierto internacional de países con un "modelo" de ordenamiento o cuerpo normativo acerca de temas o instituciones que faciliten el comercio internacional y, derivado de ello, armonizar el derecho interno de cada país con el de los demás.

- lvi. A la fecha, son ya varias las leyes modelo elaboradas por la CNUDMI y aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Como ejemplo podemos mencionar las siguientes: (i) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; (ii) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico; (iii) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas; (iv) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito; (v) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; (vi) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y (vii) **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional**.
- lvii. Frente a la importancia que han adquirido los mecanismos de solución amigable de conflictos, la CNUDMI consideró necesario proveer a la comunidad internacional de un documento que fungiera como un modelo para legislar en materia de conciliación.
- lviii. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, fue aprobada por la CNUDMI en el marco de su 35º periodo de sesiones el 24 de junio de 2002. Posteriormente, la Ley Modelo fue aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 52ª sesión plenaria celebrada el 19 de noviembre de 2002.
- lix. Elementos como los siguientes: (i) participación de expertos en la elaboración de la Ley Modelo; (ii) amplias deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo de Arbitraje de Conciliación Internacional y de la misma CNUDMI; y (iii) la elaboración de extensas consultas con gobiernos y sectores interesados; nos llevan a considerar, *a priori*, que la Ley Modelo es un producto bien hecho, en el que se amalgaman los distintos sistemas jurídicos existentes y se hace un reconocimiento expreso del dinamismo e importancia de las relaciones jurídico-comerciales.
- lx. En la medida que los distintos Estados analicen y adopten la Ley Modelo a sus sistemas jurídicos, se creará un marco jurídico uniforme, con reglas claras para todos aumentando con ello la previsibilidad en los sistemas de solución de conflictos comerciales lo que proporciona, además, más y mejor certeza y seguridad jurídicas a los operadores comerciales, tanto nacionales como internacionales.
- lxi. La Ley Modelo cuenta con 14 artículos en los que se contienen, en general, definiciones, procedimientos y directrices sobre cuestiones afines basadas en la importancia de que las partes retengan el control deseado sobre el procedimiento de conciliación comercial y su resultado.
- lxii. Conscientes del innegable valor *per se* de la Ley Modelo y de las invaluable aportaciones que hace a la armonización y uniformidad de la conciliación comercial internacional, desde mi punto de vista considero que al menos hubo tres temas respecto de los cuales fue omisa y que constituyen mi principal crítica a la misma: (i) falta de disposiciones relativas a la existencia, validez y ejecutabilidad del acuerdo para conciliar; (ii) falta de disposiciones relativas al incumplimiento o responsabilidades del conciliador; y (iii) falta de disposiciones respecto a los métodos para ejecutar un acuerdo conciliatorio.
- lxiii. Sin lugar a dudas, en México confluyen muy diversos factores que nos autorizan a señalar que la incorporación de la conciliación comercial a nuestro sistema jurídico no sólo es conveniente, sino necesaria.
- lxiv. Existen, además, varios argumentos a favor de la incorporación de la Ley Modelo a nuestro sistema legal como: (i) argumentos históricos; (i) argumentos legales; (iii) argumentos políticos; y (iv) argumentos prácticos.
- lxv. El órgano facultado para legislar acerca de la conciliación comercial es el Congreso de la Unión; y la ley o reforma que emita, en su caso, será de aplicación federal.

- lxvi. Existen dos posturas válidas para incluir la Ley Modelo a nuestro sistema legal: (i) emitiéndose una ley independiente; o (ii) incorporando sus disposiciones en el Código de Comercio.
- lxvii. Por último, para el buen desarrollo y éxito del proceso legislativo en el que se planteó la adopción de la Ley Modelo, ya sea mediante la creación de una nueva ley o la reforma a una existente, deben considerarse, por lo menos, tres etapas distintas: (i) una de información, discusión y elaboración de una propuesta; (ii) otra de incorporación; y (iii) la tercera y última, de implementación y madurez.
- lxviii. Actualmente nos encontramos en la etapa de información, discusión y elaboración de una propuesta definitiva para incorporar, en su caso, la Ley Modelo. En este sentido, el presente trabajo tiene dos aspiraciones principales: (i) difundir en el foro mexicano el contenido y ventajas de la Ley Modelo; y (ii) abrir la puerta a su discusión para plantear su posible incorporación en nuestro sistema jurídico.
- lxix. La propuesta aportada se plantea como un proyecto perfectible, sujeto a críticas que, seguramente, contribuirán a mejorarla en un futuro cercano.

FUENTES CONSULTADAS

I. Doctrina

A) Diccionarios y enciclopedias

Black's Law Dictionary, **CAMBELL BLACK, HENRY**, 6^ª ed. abreviada, Edit. West Publishing Co., EE.UU., 1991;

Diccionario de Derecho, **RAFAEL DE PINA y RAFAEL DE PINA VARA**, 23^ª ed. actualizada por **JUAN PABLO DE PINA GARCÍA**, Edit. Porrúa, México, 1996;

Diccionario de Derecho Privado, **VIARIOS**, dirigido por **IGNACIO DE CASSO Y ROMEO y FRANCISCO CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO**, Edit. Labor, S.A., Barcelona, España, 1950;

Diccionario de Derecho Procesal Civil, **EDUARDO PALLARES**, 22^ª ed., Edit. Porrúa, México, 1996;

Diccionario de la Lengua Española, 20^ª ed., **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Tomos I y II, Edit. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, España, 1992;

Diccionario de Terminología Jurídica Mexicana (Español—Inglés), **JAVIER F. BECERRA** con la colaboración de **George E. Humphrey**, Edit. Escuela Libre de Derecho, México, 1999;

Diccionario del Uso del Español, **MARÍA MOLINER**, Ed. Gredos, Madrid, España, 1984;

Diccionario Jurídico (Español—Inglés / Inglés—Español), **ANTONIO RAMÍREZ**, Edit. Gestión 2000, Barcelona, España, 2003;

Diccionario Jurídico Jurisprudencial, **MARTÍN E. ARRIBÁZAGA**, Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000;

Diccionario Mexicano de Legislación y Jurisprudencia, **JOSÉ M. HERRERA ALARCÓN**, Edit. Talleres Tipográficos Modelo, S.A., México, 1941;

Diccionario Jurídico Mexicano, **INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS - Universidad Nacional Autónoma de México**, 4^ª ed., Edit. Porrúa, México, 1991;

Diccionario Océano de sinónimos y antónimos, Edit. Ediciones Océano, S.A., Barcelona, España, 1992;

Diccionarios Jurídicos Temáticos, 2ª serie, Volumen 5: Derecho Internacional Privado, por PEREZNIETO CASTRO, LEONEL y JORGE ALBERTO SILVA SILVA, Edit. Oxford University Press, México, 2003;

Enciclopedia Jurídica Mexicana, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Edit. Porrúa junto con la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002;

Enciclopedia Jurídica Omeba, VARIOS, Edit. Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1971;

Nueva Enciclopedia Jurídica, VARIOS, dirigida por CARLOS E. MASCARENAS, Edit. Francisco Seix, Barcelona, España, 1952;

Oxford Dictionary of Philosophy, Edit. Universidad de Oxford, Reino Unido, 1996;

B) Tratados, textos y monografías

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, *Derecho Procesal Mexicano*, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 1985;

_____, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992;

_____, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3ª ed., Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991;

ÁLVAREZ GLADIS S., ELENA I. HILTON y ELIAS JASSAN, *Mediación y Justicia*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1996;

ALVAREZ, HENRI C., NEIL KAPLAN y DAVID W. RIVKIN, *Model Law Decisions (Cases Applying the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985-2001)*, Edit. Kluwer Law International, La Haya, Londres y Nueva York, 2003;

AVENDAÑO CONSTANTINO, ADRIÁN, *et al*, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed. corregida y aumentada, Edit. Porrúa, México, 1998;

AZAR MANSUR, CECILIA, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Breviarios Jurídicos No. 11, Edit. Porrúa, México, 2003;

BARMAT, NORBERTO DANIEL, *La Mediación ante el Delito* (Una alternativa para resolver conflictos penales en el Siglo XXI), Edit. Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 2000;

BECERRA BAUTISTA, JOSÉ, *El proceso civil en México*, 16^ª ed. revisada y actualizada, Edit. Porrúa, México, 1999;

BLACKABY NIGEL, DAVID LINDSAY y ALESSANDRO SPINILLO, *International Arbitration in Latin America*, Edit. Kluwer Law International, Holanda, 2003;

BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3^ª ed. ampliada y actualizada, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001;

BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, *El Arbitraje Comercial - Doctrina y Legislación*, 2^ª ed., Edit. Limusa Noriega Editores, México, 1999;

BROWN HENRY J. y ARTHUR L. MARRIOTT, *ADR Principles and Practice*, 2^ª ed., Edit. Sweet & Maxwell, Londres, 1999;

BÜRING-UHLE, CHRISTIAN, *Arbitration and Mediation in International Business*, Edit. Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 1996;

CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Edit. Librería el Foro, Buenos Aires, Argentina, 1996;

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Cómo se hace un proceso*, Edit. Colofón, México, 2004;

CASTANEDO ABAY, ARMANDO, *Mediación, alternativa para la resolución de conflictos*, Edit. Advocatus, Córdoba, Colombia, 2000;

CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL (CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO) y CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO, *Arbitraje y solución alternativa de controversias – Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*, Edit. Themis, México, 2003;

COULLANGES, FUSTEL DE, *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, (estudio preliminar de Daniel Moreno), 9^ª ed., Edit. Porrúa, México, 1994;

COUTURE, EDUARDO J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I (La Constitución y el Proceso Civil), 3^ª ed. (1^ª reimpresión), Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998;

CRAIG W. LAURENCE, WILLIAM W. PARK y JAN PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., Edit. Oceana Publications, Inc., New York/ICC Publishing, S.A., París, 2000;

CRESWELL, JOHN W., *Research Design*, Edit. Sage Publications, EE.UU., 2003;

CRUZ MIRAMONTES, RODOLFO y OSCAR CRUZ BARNEY, *El Arbitraje – Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, Edit. Porrúa junto con la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004;

CUEVAS CANCINO, FRANCISCO, et al., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998.

DAVIDSON, PAUL Y LUIS PRET (editores con la colaboración de Martín Langlois), *Commercial Arbitration in the Americas (International conventions and UNCITRAL Model Law) El Arbitraje Comercial en las Américas (Convenciones internacionales y ley Modelo CNUDCI) in memoriam of Ludwik Kos-Rabcewicz-Zubkowski*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992;

DEPUIS, J.C., *Mediación y Conciliación*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999;

DÍAZ, LUIS MIGUEL y NANCY A. ORETSKIN (editores), *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*, Edit. Uiris Net LLC, EE.UU. 1999;

D'ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano*, 7ª ed. revisada, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España, 1989;

DUPUIS, JUAN CARLOS, *Mediación y Conciliación*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999;

FINE, ERIKA S., et al, *CPR Legal Program Mini-Trial Workbook*, Edit. Center for Public Resources Legal Program, Nueva York, EE.UU., 1985;

FLORES, BENITO, *La conciliación y su desarrollo en el Derecho Internacional Contemporáneo* (origen en las Américas del método de arreglos pacíficos por medio de la conciliación – posibilidades que ofrece en la conservación de la paz), Editado por la Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1936;

FOLBERG JOY y ALISON TAYLOR, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, Traducción de Beatriz E. Blanca Mendoza, Edit. Limusa, México, 1992;

FOUCHARD, PHILIPPE, EMMANUEL GAILLARD y BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Edit. Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 1999;

GAMBOA BALBÍN, CÉSAR L., *Las virtudes y los vicios de la conciliación extrajudicial: Dualidad discursiva de la justicia moderna*, Edit. Justicia Viva, Perú, 2005;

GARBER, CARLOS A., *¡La mediación funciona!*, Prólogo de JULIO CESAR CUETO RÚA, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996;

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Introducción al estudio del derecho*, 56ª ed. (reimpresión), Edit. Porrúa, México, 2004;

_____, *Filosofía del Derecho*, 10ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998;

GOLDBERG, STEPHEN B., FRANK E. A. SANDER y NANCY H. ROGERS, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Edit. Little Brown and Company, Boston, EE.UU. 1992;

GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1999;

GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Teoría General del Proceso*, 9ª ed., Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Edit. Oxford University Press, México, 2002;

GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Edit. Porrúa, México, 2004;

GOZÁINI, OSVALDO ALFREDO, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995;

GROSSI, PAOLO, *El orden jurídico medieval*, (traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez), Colección Monografías Jurídicas, Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, España, 1996;

HERRERA TREJO, SERGIO, *La Mediación en México*, Edit. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., México, 2001;

HOFFMANN E., ROBERTO, *Introducción al estudio del derecho*, Editado por la Universidad Iberoamericana, México, 1994;

HUNTER MARTIN, JAN PAULSSON, NIGEL RAWDIN Y ALAN REDFERN, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, 2ª ed., Edit. Kluwer Law and Taxation Publishers, Holanda, 1999;

IBÁÑEZ, ANDRÉS (coordinador y traductor), *Corrupción y Estado de Derecho, el papel de la jurisdicción*, Edit. Trotta, Madrid, España, 1996;

IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e instituciones*, 2ª reimpresión de la 11ª ed., Edit. Ariel, Barcelona, España, 1997;

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, Italia, 1995;

KANOWITZ, LEO, *Alternative Dispute Resolution*, Edit. West Publishing Co., Minnesota, EE.UU., 1985;

KOVACH, KIMBERLY K., *Mediation. Principles and Practice*, Edit. West Group, Minnesota, EE.UU., 1994;

KUNKEL, WOLFGANG, *Historia del Derecho Romano*, (traducción de la 4ª ed. alemana por Juan Miquel), Edit. Ariel, Barcelona, España, 1994;

LASCALA, JORGE HUGO, *Aspectos Prácticos en Mediación*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999;

LETTERMAN, GREGORY, *UNIDROIT's Rules in Practice (Standard International Contracts and Applicable Rules)*, Edit. Kluwer Law International, La Haya, Londres y Boston, 2001;

LOVENHEIM, PETER, *How to mediate your dispute*, Edit. Nolo Press, EE.UU., 1996;

LOZANO NORIEGA, FRANCISCO, *Cuarto curso de Derecho Civil – Contratos*, 6ª ed. (1ª reimpresión), Edit. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1998;

MANTILLA MOLINA, ROBERTO L., *Derecho Mercantil (introducción y conceptos fundamentales)*, 29ª ed. revisada y puesta al día por Roberto L. Mantilla Caballero y José María Abascal Zamora, Edit. Porrúa, México, 1993;

MARTÍNEZ DE MURGUÍA, BEATRÍZ, *Mediación y Resolución de Conflictos*, Edit. Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1999;

MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS I., *La teoría de la justicia en John Rawls*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1985;

MERCHAN ALVAREZ, ANTONIO, *El Arbitraje – Estudio histórico jurídico*, Edit. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, España, 1981;

MONROY CABRA, MARCO GERARDO, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, Oxford University Press, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997;

_____, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999;

NOLAN-HALEY, JAQUELINE M., *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, 3ª ed., Edit. West Group, Nueva York, EE.UU., 1992;

ORTIZ AHLF, LORETTA, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Edit. Oxford University Press, México, 1998;

OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Teoría General del Proceso*, Edit. Harla, México, 1991;

_____, *Derecho Procesal Civil*, 9ª ed., Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Edit. Oxford University Press, México, 2003;

PALLARES, EDUARDO, *Derecho Procesal Civil*, Edit. Porrúa, México, 1961;

PAULSOON, JAN, NIGEL RAWDING, LUCY REED y ERIC SCHWARTZ, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, 2ª ed., Edit. Kluwer Law International, La Haya, Holanda, 1999;

PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, *Introducción al estudio del derecho*, 4ª ed., Colección de Textos Universitarios, Edit. Oxford University Press, México, 2002;

_____, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, 8ª ed., Colección Textos Jurídicos Universitarios, Edit. Oxford University Press, México, 2003;

RIGAUX, FRANCOIS, *Derecho Internacional Privado – Parte General*, traducción y adaptación al Derecho Español por ALEGRÍA BORRAS RODRIGUEZ, Edit. Civitas, S.A., Madrid, España, 1985;

SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN, *De los contratos civiles*, 15ª ed. (actualizada), Edit. Porrúa, México, 1997;

SANTOS BELANDRO, RUBÉN B., *Bases Fundamentales de la Mediación, Conciliación y Arbitraje (Interno e internacional)*, Serie Documentos 4, Asociación de Escribanos del Uruguay 2002, Montevideo, Uruguay, 2002;

SARRE, MIGUEL, *Perspectivas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con contenido patrimonial en México* (Análisis a partir de su situación en el Distrito Federal y en los estados de Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo y Zacatecas, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Departamento de Derecho (Centro de Estudios de Derecho Público), México, 2001;

SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, 2ª ed., Colección de Estudios Jurídicos, Oxford University Press, México, 2001;

SINGER, LINDA, *Resolución de Conflictos*, Edit. Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1999;

TELLEZ ULLOA, MARCO A., *Código de Comercio con jurisprudencia – Parte sustantiva y parte procesal (1917 a mayo del 2000)*, Edit. Sufragio, México, 2000;

URQUIDI, ENRIQUE J., *Mediación – Solución de conflictos sin litigio*, Centro de Resolución de conflictos, México, 1999;

VALDÉS SÁNCHEZ, ROBERTO, *La Transacción, solución alternativa de conflictos*, 2ª ed., Edit. Legis, Bogotá, Colombia, 1998;

VIDELA DEL MAZO, JOSÉ MARÍA, *Estrategia y resolución de conflictos*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999;

VILLORO TORANZO, MIGUEL, *Introducción al estudio del derecho*, 13ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998;

VINYMATA CAMP, EDUARD, *Aprender mediación*, Edit. Paidós, Barcelona, España, 2003;

WILDE, ZULEMA D. y LUIS M. GAIBROIS, *Que es la mediación*, 2ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1995;

C) Artículos

ABASCAL ZAMORA, JOSÉ MARÍA, "Algunas consideraciones sobre la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional", *Boletín Informativo de Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México*, año 4, número 9, Septiembre de 2004, México;

AMÉZQUITA DÍAZ, DANIEL, "El proceso de mediación", en *PAUTA* – Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., México, 2002;

BARIN, BABAK, "IBA Mediation Subcommittee on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation", en *Mediation* – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados, vol. 1, núm. 2, Londres, Reino Unido, Agosto de 2005.

_____, "UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – How can Canada make a contribution to the uniform enforcement of settlement agreements around the world?", en *Mediation* – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados, vol. 1, núm. 2, Londres, Reino Unido, Agosto de 2005;

CONNERY, ANTHONY, "The Role of ADR in the Resolution of International Disputes", en *Arbitraje Internacional*, Revista de la London Court of International Arbitration, vol. 12, No. 1, 1996;

COLLINS, R., "Alternative Dispute Resolution – Choosign the Best Settlement Option", *Australian Construction Law Newsletter*, número 3, Australia, 2002;

ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO, "Solución de Controversias, Medios Alternativos", en *PAUTA* – Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., México, 2002;

_____, "Medios Alternativos de Solución de Controversias", en *JURÍDICA* – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 26, México, 1996;

FIAREN GUILLÉN, VÍCTOR, "Figuras extraprocesales de arreglo de conflictos: la Conciliación, la Mediación, el Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994;

FIECHTER, ERIC W., "Mediation: Confidentiality and Enforcement Issues and Solutions", en *Mediation* – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados, vol. 1, núm. 1, Londres, Reino Unido, Abril de 2005;

FISHER, JOHN, "Local Governments and Alternative Dispute Resolution: New Solutions to the Environmental Problems", en *Public Management*, v. 75, EE.UU., 1993;

GONZÁLEZ CALVILLO, ENRIQUE, "La Mediación en México", en *JURÍDICA* – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 29, México, 1999;

GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, "Alternativas diferentes del proceso judicial para la solución de controversias", en *ARS IURIS* - Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, número 11, México, 1994;

_____, "Instituciones no jurisdiccionales para la resolución de conflictos", en *Justicia y Sociedad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994;

GRAHAM TAPIA, LUIS ENRIQUE, "La interpretación de la legislación en materia de Arbitraje Comercial", en la publicación del Séptimo Congreso Nacional de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, 2002;

LOPERENA RUIZ, CARLOS, "Notas en relación con el arbitraje comercial en México", en *PAUTA* - Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., número 29, México, Mayo de 2000;

MORENO MENDOZA, JESÚS y J. ENRIQUE URQUIDI, "Medios alternativos para la resolución de conflictos – Reflexiones", en *PAUTA* - Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., número 32, México, 2003;

MORENO MENDOZA, JESÚS, "Los organismos administradores de la mediación", en *PAUTA* - Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., número 29, México, Mayo de 2000;

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, "La agenda de la UNCITRAL durante el trienio 2001—2003: comentario a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Edit. Iprolex, Madrid, 2003;

PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, "Mediation in Mexico", en *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, Willamette University Collage of Law, EE.UU., Vol. 10;

RUBINO SAMMARTANO, MAURO, "Mandatory Compliance with Mediation Agreement", en *Mediation* – Boletín de la División de Práctica Legal de la Barra Internacional de Abogados, vol. 1, núm. 1, Londres, Reino Unido, Abril de 2005.

SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, JORGE, "Centro de Derecho Uniforme – México", en *PAUTA* – Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., Num. 32, México, 2001;

SIQUEIROS, EDUARDO, "Antecedentes de mecanismos alternos de resolución de controversias", en *PAUTA* – Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, A.C., México, 2001;

VON WOBESER, CLAUS, "UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation", en *ADR & the LAW – Developments in ADR: 2002*, A Report of the American Arbitration Association, the Fordham International Law Journal, and the Fordham Urban Law Journal, 17^ª ed., EE.UU., 2003;

ZAPIOLA PÉREZ, HORACIO, "El Instituto de la Mediación – Algunas reflexiones oportunas de la experiencia argentina", en *PAUTA - Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.*, México, 2001;

D) Tesis

CASTELLANOS TIENDA, JESÚS ALEJANDRO, *La institucionalización de los medios alternativos de solución de conflictos en el Estado de Querétaro*, tesis que se presenta como parte de los requisitos para obtener el título de Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Querétaro, México, 2003;

DE LA GARZA HERRERA, CARLOS JUAN, *El arbitraje comercial en México: análisis de las reformas de 1993 al Código de Comercio*, tesis profesional para obtener el título de Abogado, Escuela Libre de Derecho, México, 1993;

JOSÉ AGUILAR, PAUL YAMIL, *La mediación en México como vía alternativa para la solución de controversias*, tesis profesional para obtener el título de Abogado, Escuela Libre de Derecho, México, 2002;

LABASTIDA MARTÍNEZ, JORGE ALBERTO, *El Mini-Trial y otras alternativas del arbitraje para la solución privada de controversias de índole comercial*, tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1991;

MUÑOZ LUNA, ROBERTO, *Sobre la justificación de los medios alternativos de solución de controversias*, tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2001;

PEÓN BARRIGA, LUIS ERNESTO, *La cooperación juez-árbitro en el arbitraje comercial privado en México*, tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004;

QUIROZ GUTIÉRREZ, MARISOL, *El arbitro privado como autoridad para efectos del amparo*, tesis profesional para obtener el título de Abogado, Escuela Libre de Derecho, México, 1999;

VALDERRAMA LÓPEZ, OLIVIA, *Los métodos alternativos de solución de controversias; una herramienta útil para enfrentar los problemas del sistema judicial mexicano*, tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004;

VARELA GONZÁLEZ, ALFONSO, *El acuerdo arbitral y los medios alternativos para la solución de controversias*, tesis profesional para obtener el título de Abogado, Escuela Libre de Derecho, México, 1998;

E) Conferencias

GÓMEZ-PALACIO, IGNACIO, *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI (UNCITRAL). Posible incorporación al Derecho Mexicano*, ponencia preparada y presentada durante la reunión de la Academia Mexicana de Derecho Internacional, México, 2004;

SALGADO, ERÉNDIRA, *Medios alternos de resolución de controversias, una opción para modernizar la administración de justicia*, Conferencia Regional del Banco Mundial "Nuevos Enfoques para Atender la Demanda de Justicia", Mesa: Sesión sobre metodología y análisis empírico, México 2001;

ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO y **CARLOS DE HOYOS WALTHER**, "Otros Medios Alternativos para la Resolución de Controversias", documento presentado en el evento denominado "México-Estados Unidos – Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Sherman & Sterling con el copatrocinio de varios despachos mexicanos de abogados en noviembre de 1995, México;

II. Legislación

A) Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa, Leyes y Códigos de México, México, 2005. Promulgada por decreto del 5 de febrero de 1917 y en vigor a partir del 1º de mayo del mismo año, excepto por lo relativo a la elección de los Supremos Poderes Federales, cuyas disposiciones entraron en vigor el 31 de enero de dicho año, por virtud de lo dispuesto por el artículo primero transitorio.

Código Civil Federal. Edit. Themis, México, 2005. Publicado en el Diario Oficial de la Federación de 26 de marzo de 1928, corregido según fes de erratas publicadas en el mismo Diario de 13 de junio y 21 de diciembre del mismo año. En vigor a partir del 10 de octubre de 1932, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1º de septiembre de 1932.

Código Federal de Procedimientos Civiles. Edit. Themis, México, 2005. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943 y en vigor a partir de los 30 días siguientes a su publicación, conforme su artículo primero transitorio.

Código de Comercio. Edit. Themis, México, 2005. Publicado en el Diario Oficial los días 7 a 13 de octubre de 1889 y en vigor a partir del 1º de enero de 1980, conforme su artículo primero transitorio.

Código de Procedimientos Civiles para Distrito Federal. Edit. Themis, México, 2005. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de mayo de 1928, y en vigor a partir del 1º de octubre de 1932.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Firmado el 17 de diciembre de 1992, aprobado por el Senado de la República el 22 de noviembre de 1993 y promulgado y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993. Dicho tratado entró en vigor a partir del 1º de enero de 1994.