

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA SOLUCIONAR LOS LITIGIOS

Jesús CASTELLANOS MALO*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Función estatal.*
III. *Proceso.* IV. *Alternativas.* V. *Objeciones.* VI. *Aspectos que
contemplar.* VII. *Justicia coexistencial.* VIII. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A medida que la vida va transcurriendo a finales ya de este siglo, se han ido complicando de manera acelerada las diversas y diferentes fórmulas que habían venido asegurando, de una manera o de otra, la convivencia humana. Esto ha alterado la estabilidad obtenida gracias a las experiencias de nuestras generaciones anteriores, que legaban los modos necesarios para la obtención de un orden establecido a través de organizaciones y estructuras que han dado resultados positivos durante tanto tiempo. El resultado de estas organizaciones es la maduración de sus diversas administraciones, para que el Estado cumpla cabalmente con su función teleológica como lo es el bien común.

Ahora bien, en el tiempo y en el espacio, nunca se ha visto que un grupo humano no cuente con el básico cimiento de una administración pública adecuada que cumpla sus exigencias para suministrar lo necesario a efecto de satisfacer sus necesidades de orden colectivo, que es su propia finalidad. De igual manera, tampoco se ha encontrado algún pueblo que carezca de sistema jurídico, por elemental que sea, aun cuando aparezca ante nuestros modernos conocimientos como algo rudimentario, pues debe dar respuesta a las más reducidas nociones de los principios esenciales de la naturaleza humana. Es en estas últimas

en donde los pueblos tienen que ir a buscar y encontrar las respuestas, a efecto de estructurar los elementos o prolegómenos del derecho, fincados en la verdad, en el bien, en la justicia, en la libertad.

Así tenemos que cualquiera de esos sistemas, que encausa y dirige la ciencia jurídica para constituirse en un auténtico orden legal, tendrá que responder a los mencionados supremos valores de una manera debidamente administrada. No bastará que se enfatice alguno de ellos con menoscabo de los otros, y peor aún, si se olvida o ignora cualquiera de ellos. Ante esas posibles omisiones, de qué podría servir la propia justicia, si no está fincada en la verdad, o si no persigue el bien, o más aún, si en ellos no se preocupa por asegurar y garantizar la libertad de la *persona*, entendida esta última como una sustancia individual de carácter racional, que debe ser protegida a la luz del derecho.

El hombre, gracias a sus facultades anímicas, está dotado para el conocimiento y el amor, al contar con inteligencia y voluntad. A través de la primera puede encontrar lo que es la verdad, y por medio de su función volitiva, obtener el bien, con plena conciencia para discernir lo que es bueno y lo que es malo, a efecto del cumplimiento de su último fin trascendental (recordemos que todo ser debe satisfacer su finalidad de acuerdo con la misma naturaleza con que fue dotado y para lo cual fue creado). Para eso, tiene capacidad de elegir entre varios o diversos propósitos, decidir entre uno u otro el que mejor le convenga a su esencia misma. Una vez tomada la decisión, obtiene un compromiso que le acarrea una responsabilidad, o sea, tendrá que dar respuesta por el acto que cristalizó esa conducta humana. Todo esto implica el ejercicio de lo que es en sí la libertad, entendida como el don que tiene el hombre para elegir y decidir con compromiso y responsabilidad; para auto-dirigir (auto-realizarse) en forma espontánea sus actos hacia aquello que es su propio fin, por ser espíritu corporativizado, alma que se expresa en el cuerpo informado por un espíritu inmortal con principio de trascendencia. Sin embargo, nunca debe entenderse tal libertad como algo mera o puramente (lisamente) mecánico, con ausencia de trabas, como idea de poder hacer lo que se quiera, pues esto choca con la más elemental lógica, sería algo irracional el autorizarla como patente de corzo, para hacer lo que le plazca.

Asentado lo anterior, indicaremos que dentro de ese sistema de derecho, se requiere se satisfagan de manera equilibrada y armoniosa los mencionados valores. Sin embargo, como mencionábamos al inicio de este trabajo, ante el reto acelerado de nuestra actual convivencia, no se cumplen satisfactoriamente por un sin número de factores que debemos tomar en cuenta, como lo son entre otros: la mala distribución de la ri-

queza, el secularismo que padecemos, la inmoderada concentración demográfica en algunos de los puntos de nuestro país que han generado metrópolis con graves problemas sociales, aglomeraciones masivas, pérdida de los auténticos valores, etcétera. Todos estos factores han originado concepciones de estilo de vida contrarios a los principios esenciales de la naturaleza humana.

Todo lo anterior es un reto, ya que el estudioso del derecho, el jurista, debe encontrarle respuesta adecuada por medio de mecanismos o fórmulas atinadas que satisfagan racionalmente las funciones y finalidades de ese fantástico, maravilloso, mundo como lo es el derecho, y cuya teleología es el orden jurídico-social, la seguridad y la justicia.

II. FUNCIÓN ESTATAL

A través de la historia de la humanidad, se ha encontrado que en el grupo social debidamente organizado, se requiere crear estructuras que encaucen sus aspectos fundamentales. Entre éstos se pueden considerar la elaboración de normas rectoras que armonicen su convivencia para la satisfacción de sus finalidades por medio de leyes —que son reglas de comportamiento de la conducta humana, dictadas por la autoridad competente, atendiendo a la recta razón y para obtener y lograr el bien común como lo es el *acto regla*—. Es por ello que aparecen diversos modelos de órganos legislativos, para que la función estatal cumpla con su tarea de lo que se ha denominado como Estado-legislador. Asimismo, se requiere del aparato administrativo necesario y suficiente para el suministro del servicio público, que es la actividad técnica, que presta el ente público, de manera constante, permanente, ininterrumpida para la satisfacción de las necesidades de orden colectivo, emergiendo de esta manera lo que se suele indicar como Estado-administrador.

Sin embargo, no bastaría para el cumplimiento y satisfacción de la función estatal que se previeran tan sólo los dos anteriores extremos (el legislativo y el administrativo). De igual forma, tampoco se podría decir que, una vez cumplidos dichos extremos, esa comunidad ha resuelto su vida cotidiana, ya que también es indispensable la acción de lo que igualmente se señala como Estado-juzgador. No podemos desconocer que dentro del grupo social, se presentarán controversias y conflictos, a los que hay que dar solución ante los litigios (pleitos) que legalmente hay que remediar, que son lesiones dentro de ese cuerpo social que se requiere sanar lo más pronto posible, ante la dificultad de ponerse de

acuerdo por derechos discutidos entre los participantes, ya sea en el orden individual o en el de carácter colectivo. De ahí la urgencia de contemplar órganos jurisdiccionales que decidan con fuerza vinculatoria sobre los conflictos, ya sea con alcances para los directamente interesados, o en casos especiales con efectos generales o *erga omnes*, que nuestro sistema se resiste aceptar.

III. PROCESO

Históricamente, han aparecido mecanismos de auto-defensa, para civilizar adecuadamente los extremos de las *vindictas*, para ir superando la venganza pública y la privada, que es respuesta a los sentimientos de agresión que lleva muy adentro el individuo. Fórmulas de auto-composición para arreglar los conflictos entre los contendientes, hasta llegar al proceso que es la más perfectible dentro de ellas, para poder asegurar la mayor y mejor imparcialidad dentro de la administración de justicia. Para ello, intervienen en la solución del conflicto tanto los protagonistas del mismo, como un tercer elemento a cargo del Estado que satisface esa exigencia de no inclinarse a favor previamente de ninguno de ellos. Éste fundamenta su imparcial ayuda en principios fundamentales dentro de esos procedimientos jurisdiccionales, que durante siglos se han instrumentado de la mejor manera posible para la consecución de la *desiderata* permanente como lo es la justicia.

IV. ALTERNATIVAS

Sin embargo, ya en la actualidad no es posible que todas las contiendas se canalicen por dicho conducto, pues en múltiples ocasiones, por tecnicismos injustificados, formulismos ancestrales, no se cumplen los mencionados propósitos, o bien, se ven dilatados en sus soluciones, ante el incremento de asuntos en los juzgados que aumentan en progresión geométrica, como una triste realidad. Es por esto que se requiere que se investigue sobre otras formas alternativas, para poder así estar en actitud de remediar todas esas situaciones donde los interesados no se puedan poner de acuerdo en sus pretendidos derechos o solucionar sus posibles litigios.

V. OBJECIONES

Es importante que de antemano distingamos la siguiente dicotomía o dualidad que se presenta, no con un carácter exclusivamente semántico o de una postura lingüística sino con ramificaciones en el aspecto Legal, respecto de los significados de *decir* el derecho —como actividad de difusión, información, enseñanza, aprendizaje de esa fantástica ciencia jurídica, que lo puede realizar y satisfacer el catedrático universitario, el investigador, el jurista, el abogado a su cliente etcétera— y *decidir* —que trae aparejada la ejecutoriedad por parte del Estado a través del auxilio de la fuerza pública—. En esta última actividad, deben contemplarse medios alternativos al jurisdiccional para solucionar los conflictos, como puede ser la homologación de los convenios, transacciones y compromisos arbitrales. Por otra parte, conscientes de que todo esto genera un alto grado de dificultad, ya que no puede quedar a la voluntad de las partes la solución del conflicto, pues sería no práctico, dichos medios alternos deben ser investido con la facultad *autárquica* del Estado para hacer cumplir sus propias determinaciones. Recordemos que Rudolf Stammler indica como elementos del derecho los siguientes: querer (voluntad), entrelazante, autárquico e inviolable.¹

VI. ASPECTOS QUE CONTEMPLAR

Como primer premisa encontramos —y así ya lo hemos comentado, dentro del orden ontológico (del ser) y ante una incuestionable realidad— que hay un incremento geométrico alarmante en el número de causas por resolver, que van aumentando de manera progresiva a la par de una idiosincrasia no propicia para las fórmulas conciliatorias alternativas. Esta manera de pensar es más bien reacia y hasta adversa a los medios distintos al proceso judicial, y es provocada, entre otras cosas, por la cultura de que el litigio debe resolverse siempre a través del proceso (litigiosidad); por la resistencia en muchos casos del profesionalista del derecho para solucionarlo por esas vías, donde incluso, propicia diferencias o desavenencias aún más ondas y profundas que separan radicalmente a las partes en conflicto; por los diversos tecnicismos que abundan dentro del proceso que hacen valer los contendientes para alargarlo y así obtener todo el tiempo necesario para diferirlo antes que cumplir con sus respectivas obligaciones —porque esto es lo único

¹ *El juez*, Editora Nacional, p. 32.

que lamentablemente les interesa—, sin preocuparse por solucionarlo en el fondo. También contribuye a este rechazo la soberbia, el egoísmo y el orgullo de los sujetos en conflicto, o su mala fe y predisposición de convertirlo en un campo de gladiadores en luchas desgastantes, en que al final no hay ni ganador ni perdedor porque todos sufrieron sus consecuencias. En fin, en este ángulo del *ser* existen diversas causas eficientes que provocan la crítica destructiva para impedir el establecimiento o cumplimiento de tales instrumentos alternos en comento, donde hay que tener cambio de mentalidad. Se debe comprender que el enfrentamiento inter-partes crea malos entendidos, relaciones tensas —tal vez por una escasa visión del problema, o por una pretensión de superioridad, de jactancia— en las que hay que superar la fase *adversarial* para dar paso a lo cooperativo, a efecto de lograr una mutua colaboración de los sujetos en conflicto para su superación y entendimiento inter-personal definitivo. Por eso hay que contemplar los aspectos de un problema complejo que divide a dos o más personas que se reúnen, no para obtener cada una su propia victoria, sino para solucionar, concordes, la cuestión planteada. E igualmente, tomando muy en cuenta la siguiente situación: que lo normal en nuestro mundo cotidiano es que el derecho se cumpla, en la mayoría de los casos, espontáneamente, sin necesidad de acudir a la maquinaria judicial, y que sostener lo contrario, sería simplemente caótico. Y que esa cultura litigiosa es conveniente encauzarla o sublimarla hacia soluciones de pacificación.

Como segunda premisa en este nuestro silogismo, encontramos ya dentro del campo deontológico (del deber ser) todo el apoyo teórico-doctrinario para establecer convenientemente los instrumentos o medios jurídicos alternos en estudio, con un amplio respaldo, que es precisamente el objetivo de las inquietudes vertidas en este trabajo. Por último, las conclusiones las abordaremos en su parte final, como posibles soluciones de justicia a los conflictos planteados por los contendientes.

VII. JUSTICIA COEXISTENCIAL

Ante la perspectiva anterior, cabe pensar que la solución de un conflicto puede provenir no sólo del juzgador, sino también surgir a menudo de los propios sujetos participantes, bajo la dirección de un tercero imparcial, que no necesariamente sea letrado. Esto da motivo para la excursión hacia vías alternativas en el servicio de administración de justicia o sus equivalentes jurisdiccionales, cuyos intervinientes suponen

tener una técnica que requiera el apoyo de una enseñanza previa y continuo entrenamiento posterior.

Históricamente, estas vías se han presentado por medio de las figuras de: a) negociación; b) mediación; c) conciliación y, d) arbitraje, con matices muy propios para cada uno. Así tenemos que la *negociación* es protagonismo fundamental de las partes. Éstas son las que la inician y la llevan a cabo, no hay tercero intermediario, es actividad que realizan ambas partes, en directa comunicación (habitualmente asistidas por abogado) para lograr la solución del conflicto. O también se puede presentar como comunicación de las partes, con sus abogados o no, normalmente sin la presencia de un tercero que desbroza el conflicto, es una interacción de ida y vuelta, para llegar a una solución evitando el litigio judicial. Puede igualmente aparecer la figura del *nuncio*, que es un tercero que merezca confianza en recibir el encargo de transmitir (*enunciar*), referir lo que cada una desea anunciar a la otra para que el diálogo negocial continúe, pues las relaciones son tensas entre los enfrentados.

Por su parte, la *mediación* es el procedimiento no adversarial en que un tercero neutral y que no tiene ningún poder o autoridad sobre las partes, ayuda a que ellas encuentren una armonización de sus intereses explorando fórmulas de arreglo. No hay reglas fijas en el modo de proceder, el intermediario está entre las partes ofreciendo su colaboración, dándoles asistencia y servicio a ambas en la elaboración de una solución adecuada para ellas, sin gozar de superioridad jerárquica ni capacidad de imposición, sino en el mismo plano en que se encuentran los sujetos en cuestión. Por eso es un método no adversarial para la solución de conflictos.

La *conciliación* es el procedimiento en el que las partes ayudadas por un tercero (conciliador) llegan a la solución del cuestionamiento que existe entre ellas mediante una transacción. Es un modo bilateral para disponer del conflicto, a veces para suprimirlo, pero fundamentalmente para superarlo o podríamos decirlo, sublimarlo (armonizando las contrapuestas posiciones). Para ello es necesario sugerir el diálogo, procurar la solución y proponer el arreglo preparando a las partes para su aceptación y así tenemos mayor protagonismo por el conciliador.

Por último, el *arbitraje*, ya como justicia paralela a la del Estado pero con mayor flexibilidad o informalidad, debe caracterizarse por su celeridad. En éste, al igual que en el judicial oficial, hay reglas de proceder, menos formales y se debe actuar y fallar con *equidad*. En algunos sistemas encontramos incluso el aparato formal para ello a través de "cámaras arbitrales".

Las susodichas vías alternas requieren forzosamente del conocimiento de una técnica especializada para la consecución de su función teleológica, como al inicio expusimos y que es propia para cualquier sistema de justicia, donde el Estado debe preocuparse para su realización al constituir lo que la doctrina señala como “servicio público esencial”. Además, y como consiguiente, se hace necesaria una adecuada preparación por medio de “escuelas judiciales” que implementen sus programas, no ya bajo el clásico diseño de la tradicional enseñanza de impartición de conocimientos, sino con la mira de dinamizar esas actividades desde el punto de la práctica de tales soluciones auto-negociadas.

La preparación profesional de estos técnicos es importante para asegurar su idoneidad en obtener las negociaciones, concertación, los arreglos, buscar puntos de contacto, guiar a los intervinientes, acercarlos en sus respectivas posiciones contrapuestas. Para ello deben contar con: conocimientos específicos en tales materias; estrategias de negociación de psicología; una visión clara para dar soluciones de equidad, de piedad; la voluntad para buscar “lo justo”, lo humano y no lo meramente formal o técnico. Estos técnicos deben propiciar que se logre penetrar en el conflicto realmente humano, que subyace dentro del pleito, y con eso obtener un equilibrio o armonía en la desavenencia que separa a los contendientes. Deben además prever cualquier otra cuestión hacia el futuro para evitarse nuevos conflictos, por eso deben tener una visión futurista, pues de lo contrario su labor sería infructuosa. Deben ser personas con condiciones éticas, morales e intelectuales bien reconocidas, con suficiente experiencia de la vida (la conocida “mundología”), que respalden su actuar en esa función conciliatoria o arbitral.

Igualmente a lo anterior, surgen cuestionamientos ante la problemática acerca de:

1. La necesidad de incorporarlos de manera obligatoria o no; que sean procedimientos paraprocesales; o bien, como requisitos previos de procedibilidad, o sea, como una fase preliminar antes de poder acudir al proceso;

2. Su oportunidad de ser previo (pre-procesal), o dentro del proceso (intra) después de trabada la *litis*, o bien, en cualquier momento en el trámite ya del enjuiciamiento;

3. Fijar las materias propias para estos métodos de manera enunciativa o limitativa, como podría entre otros versar cuando se ventilen asuntos sobre: problemas de familia, menores de edad, pensiones alimentarias, custodias; los de caracteres patrimoniales en el orden civil o mercantil; negocios de menor cuantía inferiores a un tope legal donde deban someterse obligatoriamente a tal sistema;

4. Se debe instrumentar reglas para que opere el principio de reserva, de confidencialidad, como es el secreto profesional, de tal forma que lo cuestionado en esta fase alternativa no se invoque posteriormente como armas para atacarse las partes en el supuesto que fuera inevitable el litigio ante juez. También es menester equilibrarlo cuando ella sea simple pretexto para emplearla como instrumento de dilaciones procesales por uno de los sujetos participantes que actúe de mala fe, simplemente para obtener el mayor tiempo posible, o enterarse de todas las potenciales defensas de su contraparte, contrariando así los básicos principios deontológicos.

VIII. CONCLUSIONES

1. Es necesario regular cabalmente estas formas de autocomposición (auto-gestión) cuando intervienen los dos conciliandos; de heterocomposición si participan uno o más terceros, ya sea de manera unitaria o colegiada en su composición formal. Que pueden presentarse de manera “pre” o “extra” procesal antes del litigio judicial, o bien, endo-procesal, después que el conflicto devino en tal pleito. Y ante la desjudicialización que se presenta como tendencia actual, es importante darlas a conocer, difundiéndolas y haciéndolas populares para que cobren carta de ciudadanía y se hagan creíbles y confiables para el común de los justiciables, para lo cual es necesario fomentar su culturización.

2. No basta que en ley exista la facultad de convocar a una audiencia de conciliación, por parte del juez o a petición de parte, sino que debe estar debidamente regulada y diseñada en el ordenamiento jurídico.

3. El asesoramiento y consejo jurídico a las partes debe de ser gratuito.

4. Respecto a su trámite o procedimiento es necesario que sea informal y simplificado, con criterios de equidad, de piedad, justo y humano.

5. Se debe profesionalizar por medio de escuelas judiciales.

6. Que en todo caso cuando alguno de los interesados proponga la elección de tal método sea la decisión judicial la que lo defina.

7. No es conveniente dejar potestades decisorias al personal judicial subalterno, por eso es importante diseñar una “Coordinación de Conciliadores, o Árbitros”, como ahora ya sucede con la de los actuarios y la de peritos, en este estado de Querétaro.

8. No debe dejarse que sea el propio juez el encargado de la conciliación de las partes, porque esto: a) crea problemas de tiempo en el desempeño de su trabajo; b) exterioriza de una u otra manera su punto

de vista o criterio respecto del asunto contenido; c) hay posibilidad de que pierda su imparcialidad frente al negocio o caso planteado, alterando inevitablemente el principio de neutralidad del juzgador; d) se requeriría de un aumento presupuestario muy considerable para la designación de otros nuevos jueces; e) en cierta forma existe incompatibilidad con sus funciones; f) igualmente las partes podrían quedar compelidas o amenazadas para dirimir sus controversias.