

Unidad 1

- Litigio y medios de solución.

1.1 EL LITIGIO

En la vida social las personas se relacionan normalmente sobre la base del acuerdo de voluntades, del convenio o del contrato, del cumplimiento espontáneo de sus obligaciones. Sin embargo, eventualmente surgen conflictos de intereses entre los sujetos de derecho: una persona afirma ser la propietaria de un bien y pretende que se le entregue, y la que posee dicho bien se resiste a entregarlo, aduciendo que ella también tiene título de propiedad sobre el mismo bien. Es entonces cuando surge el litigio.

Francesco Carnelutti fue uno de los primeros autores que formuló un concepto de litigio, el cual ha sido considerado como clásico. Para este célebre procesalista italiano, el litigio es "*el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro*". El conflicto de intereses sólo se convierte en litigio *cuando una persona formula contra otra una pretensión, es decir, exige la subordinación del interés ajeno al interés propio; y frente a esa pretensión, la otra parte expresa su resistencia, o sea, se opone a la misma, negando subordinar su interés propio al interés hecho valer mediante la pretensión*. Si ante la pretensión de la primera, la segunda no opusiera resistencia, no surgiría el litigio; el conflicto de intereses quedaría resuelto por la sumisión de la persona contra la cual se formuló la pretensión.

Los elementos del concepto carneluttiano de litigio son la existencia de dos sujetos uno que pretende y otro que resiste y de un bien jurídico -que puede ser material o inmaterial-, respecto del cual versan la pretensión y la resistencia. Cada uno de estos sujetos recibe el nombre de parte; con ello se indica más bien su posición que su individualidad, o sea, que es uno de los dos sujetos del conflicto y, por lo mismo, que forma parte de un todo. No se debe confundir el sujeto del litigio con el hombre; en los conflictos en que están en juego intereses colectivos, el sujeto del litigio puede ser, en lugar de un hombre, un grupo de ellos.

Pero para Carnelutti el litigio no es sólo un conflicto de intereses, sino *un conflicto jurídicamente calificado*, es decir, trascendente para el derecho. En efecto, no todo conflicto de intereses es un litigio. Puede haber conflictos de intereses de carácter económico, científico, etc., que no estén tutelados por el derecho; conflictos cuya solución se haya dejado a la espontaneidad de la vida social, porque no se haya estimado necesario proporcionar criterios ni medios para resolverlos. Un conflicto que surja entre dos empresas que tratan de lograr el predominio en un mercado, mientras no traiga consigo una infracción a las leyes sobre la libre competencia, o de alguna otra disposición jurídica, no tendrá carácter de litigio y, por tanto, no será susceptible de ser sometido a la decisión de un juzgador, de un órgano jurisdiccional del Estado, por medio del proceso. En similar situación se encontraría una disputa de carácter meramente

científico.

En cambio, *cuando en un conflicto el derecho otorga su tutela en favor de uno de los intereses en pugna, se puede hablar propiamente de litigio*. Para seguir los dos ejemplos que hemos mencionado, podemos señalar que cuando la competencia entre dos empresas por un mercado, tenga como consecuencia una infracción a las leyes relativas a la libre concurrencia o a alguna otra disposición jurídica; o cuando en el debate científico se profieran insultos, amenazas o alguna otra violación del ordenamiento jurídico, el conflicto de intereses adquirirá el carácter de un verdadero litigio, por lo que los interesados podrán someterlo al conocimiento y resolución de la autoridad competente.

El propio Carnelutti llevó su concepto de litigio al Proyecto de Código Procesal Civil que elaboró para Italia y publicó en 1926. Este concepto fue recogido, en México, por el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, de 1934, cuyo proyecto fue elaborado por Adolfo Maldonado. Este destacado jurista guanajuatense también preparó el proyecto de lo que sería después el Código Federal de Procedimientos Civiles, de 1943, y aunque este último ordenamiento no contiene de forma expresa el concepto de Carnelutti acerca del litigio, es evidente que tiene como base de su estructura a dicho concepto.

El art. 71 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato recoge este concepto en los siguientes términos: "Dos partes se encuentran en litigio cuando una pretende que el Derecho apoya en su favor un interés en conflicto con el interés de la otra, y ésta se opone a la pretensión, o aun no oponiéndose, no cumple con la obligación que se le reclama". Este precepto prevé que el litigio surge cuando, frente a la pretensión de una de las partes, la otra asume una de las dos siguientes actitudes: o discute la pretensión, oponiéndole resistencia, o bien, no la discute, pero no cumple la obligación que se le reclama. En la primera hipótesis se estará frente a lo que Carnelutti llama pretensión discutida; en la segunda, frente a lo que denomina pretensión insatisfecha.

El concepto de litigio es de gran importancia para el derecho procesal. En primer término, es útil para determinar cuándo un conflicto de intereses puede ser considerado como un litigio y es susceptible, por tanto, de ser sometido al conocimiento y resolución del juzgador, a través de un proceso. En segundo lugar, este concepto sirve para delimitar la materia, el contenido o el tema sobre el cual va a versar el proceso, pues ***el litigio es precisamente el objeto del proceso***. A partir de la identificación del litigio -por medio de los sujetos, el bien jurídico y la pretensión, de acuerdo con Carnelutti-, las leyes procesales van a determinar cuándo existe *litispendencia*, es decir, cuándo hay un litigio pendiente de resolución por un juzgador, el cual no puede ser conocido por otro órgano jurisdiccional; cuándo existe *conexidad* en la causa, es decir, cuándo hay un litigio conexo a otro, en virtud de la causa de pedir (*causa petendi*), lo que trae como consecuencia la acumulación de los expedientes de los dos procesos, a través de los cuales se tramitan los litigios conexos; cuándo existe *cosa juzgada*, que significa que *el objeto del proceso (el litigio) resuelto mediante sentencia firme o inimpugnable, deviene inmutable jurídicamente, por lo que no podrá ser discutido en un proceso posterior ni en cualquier otra oportunidad procesal*.

La principal crítica que se ha hecho al concepto de Carnelutti señala que, si bien este concepto es válido para los conflictos de carácter civil, mercantil, laboral, agrario y, en general, para aquellos en los que se debaten intereses sobre determinados bienes -

materiales o inmateriales-, el mismo *no resulta aplicable a los conflictos en los que los intereses en pugna no se relacionan de manera directa con un bien jurídico determinado, o a aquellos en los que lo que una parte obtenga no va a ser en detrimento del patrimonio de la otra*. Tal acontece -se afirma- en los conflictos penales y en los administrativos, en los que no se manifiesta una contraposición entre los intereses patrimoniales de las partes: entre el Ministerio Público y el inculpado y su defensor, en el primer caso; y entre el particular y la administración pública, en el segundo.

El propio Carnelutti trató de superar esta crítica introduciendo la idea de *controversia*, para designar el conflicto en el ámbito penal, en el que no se da un contraste de intereses patrimoniales, sino solamente de opiniones. Cabe aclarar que esto no es completamente exacto, pues en la controversia penal también se puede llegar a reclamar, cuando proceda, la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito. Humberto Briseño Sierra también ha intentado responder a esta crítica, por lo que se refiere a los conflictos entre el particular y la administración pública, proponiendo que, en vez de litigios, se les denomine desacuerdos, pues, en opinión del autor citado, es el desacuerdo entre lo determinado por la autoridad y lo afirmado por el particular, lo que forma el conflicto entre ellos.

Por su parte, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo ha sugerido un concepto más amplio de litigio, deliberadamente vago, para que pueda aplicarse a todo tipo de conflicto. Para este destacado procesalista español, el litigio es "el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa".

Sin embargo, estimamos que el concepto carneluttiano de litigio podría aplicarse a cualquier tipo de conflicto, sin tener que recurrir a otras denominaciones, como las de controversia o desacuerdo, ni tener que ampliarlo hasta hacerlo deliberadamente vago; para ello, ***basta con no limitar los intereses en conflicto a los meramente patrimoniales, a los referidos a bienes o cosas que forman parte del patrimonio de las personas en litigio; sino que hay que relacionarlos también con las funciones que corresponden a las partes***. Es evidente que los intereses contrapuestos en el conflicto penal y en el administrativo no son los patrimoniales de las personas que tienen a su cargo el desempeño de funciones de agente del Ministerio Público o de la administración pública, sino que son los intereses objetivos de las funciones que les competen como órganos del Estado. El Ministerio Público tiene interés jurídico en la persecución de los delitos. También la administración pública tiene interés jurídico en la defensa de la legalidad de sus propios actos. Son precisamente estos intereses jurídicos objetivos, y no los patrimoniales de las personas que tienen a su cargo las funciones mencionadas, los que entran en colisión con los del inculpado y su defensor -en el proceso penal-, y con los del particular -en el administrativo-, para configurar, en cada caso, el litigio.

Los medios para solucionar este conflicto de intereses jurídicamente trascendente, como se puede deducir del concepto de Alcalá-Zamora, se clasifican en tres grandes grupos: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. Como su nombre lo indica, tanto en la autotutela como en la autocomposición la solución va a ser dada por una o ambas partes en conflicto; por eso se califica a estos medios como parciales, no en el sentido de que sean incompletos, sino de que provienen de las propias partes. En cambio, en la heterocomposición la solución va a provenir de un tercero ajeno a la controversia por lo que se califica de imparcial.

1.2 LA TUTELA

La autotutela o autodefensa consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno.

Es, como dice Alcalá-Zamora, un medio de solución egoísta, en contraposición a la autocomposición, que implica la renuncia a la pretensión propia o la aceptación de la contraria, por lo que la califica de altruista. "La autodefensa -expresa el autor citado- se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto. . . , y aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso".

Lo que distingue a la autotutela son dos notas; en primer lugar, la ausencia de un tercero ajeno a las partes y, en segundo término, la imposición de la decisión por una de ellas a la otra. En una amplia perspectiva de la evolución histórica, la autotutela o autodefensa fue, en un principio, el medio más frecuentemente utilizado para solucionar los conflictos. A través de un largo proceso evolutivo se ha llegado a una situación inversa: actualmente, una vez que el Estado ha asumido como propia y exclusiva la función de solucionar, mediante el proceso y en ejercicio de la jurisdicción, los conflictos de trascendencia jurídica, ha quedado prohibida, por regla, la autotutela.

El art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho; y señala, asimismo, que 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. Este precepto constitucional prohíbe, por un lado, la autotutela o autodefensa; pero, en contrapartida, reconoce *el derecho a la tutela jurisdiccional, es decir, el derecho que toda persona tiene a que se le haga justicia, a través de un proceso jurisdiccional del que conozca un tribunal independiente e imparcial, que emita una decisión sobre el conflicto planteado y, en su caso, ejecute lo resuelto.*

La prohibición de la autotutela tiene protección penal. El art. 226 del Código Penal Federal y del Distrito Federal tipifica el delito de "ejercicio indebido del propio derecho", considerando como tal el "hacer efectivo un derecho o pretendido derecho", empleando violencia". El "hacerse justicia por sí mismo" también puede implicar la comisión de otros delitos. Por ejemplo, si el propietario de una casa que ha entregado en arrendamiento a otra persona, ante la falta de pago de las rentas convenidas desaloja por sí mismo al inquilino, en forma violenta o furtiva, o empleando amenaza o engaño, incurrirá en el delito de despojo previsto en el art. 395, frac. II, del Código Penal citado.

Sin embargo, el Estado no puede llegar a la prohibición total o absoluta de la autotutela. Existen determinadas situaciones de emergencia en las que la tutela de un derecho exige su defensa o ejercicio inmediatos por su titular, sin que pueda esperar la intervención de los tribunales, ya que ésta sería tardía e ineficaz. En estas situaciones de emergencia, el ordenamiento jurídico tiene que optar por uno de los intereses en pugna - por el que considere más valioso- y permitir su preservación ó su prevalecimiento por medio de la autotutela. Pero estas hipótesis de autotutela permitida tienen, como ha quedado señalado, un carácter excepcional: son una excepción a la regla general que prohíbe dicho medio de solución. Asimismo, dichas hipótesis excepcionales normalmente

pueden ser revisadas por los tribunales, a través de un proceso, en el que se debe determinar si los hechos ocurridos corresponden efectivamente a las hipótesis previstas en la ley.

Alcalá-Zamora clasifica los casos de autotutela permitida, de la siguiente manera:

1. En primer lugar, la autotutela puede funcionar como una réplica o respuesta a un ataque precedente. En esta categoría se encuentra la legítima defensa, la que se presenta cuando una persona repele "una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende" (art. 15, frac. IV, del Código Penal).

En el plano internacional se suele señalar que el único caso en que es válido que un Estado utilice la guerra, es cuando lo hace en legítima defensa, es decir, para repeler una agresión armada de otro Estado;

2. La autotutela permitida también se puede manifestar como el ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo, sin que su titular haya sufrido previo ataque. En este grupo se ubican el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho, que son causas de licitud que excluyen la *antijuridicidad* de una conducta tipificada penalmente (art. 15, fracs. V y VI del Código Penal); las diversas hipótesis en que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho de retención (arts. 810, frac. 11, 2286, 2287, 2328, 2445, 2579, 2644 y 2669 del Código Civil para el Distrito Federal); la persecución de abejas (art. 872, ibidem); el corte de ramas y raíces de árboles del predio vecino que se extiendan al propio (art. 848, ibidem), y la caza de animales ajenos que causen daños en el fundo propio (arts. 865 y 866, ibidem). Dentro de este grupo se suele incluir al llamado robo de famélico que regula el art. 379 del Código Penal; sin embargo, éste no es sino un caso específico del estado de necesidad, al que nos hemos referido en el párrafo anterior, si bien la regulación que hace el art. citado resulta defectuosa y limitativa, como lo ha puntualizado la doctrina penal.

En este grupo también se debe señalar al despido de los trabajadores por los patrones. La fracción XXII del apartado A del art 123 constitucional permite, de manera implícita, que los patrones puedan despedir a sus trabajadores sin tener que seguir previamente un proceso ante los tribunales, en el que se acredite la causa legal de la rescisión del contrato o la relación de trabajo. Cuando el despido o rescisión se haya llevado a cabo sin causa justificada, el precepto constitucional otorga al trabajador la opción para elegir entre dos clases de pretensiones: la de reclamar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje competente el cumplimiento del contrato o la relación de trabajo, con la consecuente reinstalación en su puesto de trabajo; o bien, la de demandar ante dicho tribunal el pago de una indemnización por el importe de tres meses de salario y las demás prestaciones que le correspondan.

Es evidente que el despido que hace el patrón de un empleado es una autotutela, pues a través de dicho despido el patrón impone su pretensión propia en perjuicio del interés del trabajador, ya que decide, por sí, la rescisión del contrato o de la relación de trabajo. Aunque el párrafo final del art. 47 de la Ley Federal del Trabajo impone al patrón el deber de comunicar por escrito al

trabajador la causa del despido, la decisión para rescindir la relación se mantiene, en principio, en manos del patrón. Sólo hasta el momento en que el trabajador despedido formule su pretensión de reinstalación (cumplimiento del contrato o de la relación de trabajo) o de indemnización, la decisión del patrón será sometida a la revisión de la Junta de Conciliación y Arbitraje, la que, con base en las pruebas aportadas, determinará si el despido fue o no justificado, y en este último caso, condenará al patrón a satisfacer la pretensión formulada por el trabajador, en los términos de ley.

3. En tercer término, la autotutela también se puede presentar como el ejercicio de facultades atribuidas al mando para hacer frente a situaciones de excepción. En este grupo se encuentran las facultades que se otorgan, a los capitanes de los buques en alta mar o en aguas extranjeras para ordenar deliberada y directamente hacer gastos extraordinarios o realizar cualquier acto que produzca daños al buque o a su cargamento, para salvarlos de un riesgo conocido y real; es decir, para ordenar lo que se conoce como avería gruesa o común (art. 115 de la Ley de Navegación).

En este grupo se incluye también el cumplimiento de un deber, el que, al igual que la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho, es causa de licitud que elimina la antijuridicidad de una conducta típica a la luz del derecho penal (art. 15, frac. VI, del Código Penal).

4. Asimismo, la autodefensa se puede expresar como el ejercicio de una potestad de uno de los sujetos en litigio. En este cuarto grupo se suele ubicar la facultad disciplinaria, que se confiere a la administración pública para imponer, por sí misma, sanciones administrativas (apercibimiento, amonestación, suspensión, sanción económica e inhabilitación temporal) a los servidores públicos que incumplan con sus obligaciones (arte. 113 de la Constitución Política y 47, 53 y 56 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos). Cabe aclarar que las sanciones impuestas por la propia administración pública pueden ser impugnadas ante el Tribunal Fiscal de la Federación, por medio del proceso o juicio de nulidad (arte. 70 y 73 de la ley citada).

También debemos ubicar dentro de este grupo a la llamada potestad sancionadora de la administración pública, que permite a ésta imponer sanciones administrativas (multa, arresto, clausura, etcétera) a los particulares que incurran en infracciones a las leyes administrativas. Esta potestad sancionadora, al igual que la facultad disciplinaria, se ejerce por medio de la autotutela, pues en el conflicto entre la administración pública y el particular o el servidor público, la primera impone su propia determinación, si bien antes de hacerlo debe seguir un procedimiento en el que otorgue al particular (potestad sancionadora) o al servidor público (facultad disciplinaria), la oportunidad de aportar pruebas y alegar en su defensa. No obstante este procedimiento, la decisión va a provenir de una de las partes en conflicto.

Igualmente, dentro de este tipo de autotutela debemos incluir la que se denomina facultad económico-coactiva, por medio de la cual las autoridades fiscales cobran de manera inmediata y, directa los impuestos y demás créditos fiscales, sin necesidad de demandarlos ante los tribunales, e incluso sin tener que conceder a los contribuyentes previamente la oportunidad de aportar pruebas y formular alegatos en su defensa, es decir, sin tener que concederles la garantía de

audiencia.

5. En quinto término, también se contempla la autotutela como un combate entre partes enfrentadas, que fían a la fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias. En esta categoría se señalan el duelo, que en el Código Penal no es considerado como una "circunstancia excluyente" del delito, sino sólo como una atenuante de la pena aplicable a los delitos de lesiones y homicidio (arts. 297 y 306, respectivamente); así como la guerra si bien en otras épocas se llegó a considerar legítimo o permitido el recurrir al uso de las armas para resolver los conflictos internacionales, a partir del Pacto Briand-Kellog de 1928 y conforme a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945, se encuentra prohibido el uso de la guerra como medio de solución de dichos conflictos, y sólo se estima permitida la guerra que se hace en legítima defensa frente a un ataque armado de otro Estado.
6. Por último, la autotutela también puede ser utilizada como un medio de presión o de coacción sobre la contraparte para lograr el prevalecimiento de los propios intereses. En este grupo se señala a la huelga o suspensión de labores, que es un medio legítimo de presión que otorgan a los trabajadores las fracs. VII y VIII del art. 123, apartado A, de la Constitución, para "conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital". La frac. X del apartado B del mismo artículo autoriza la huelga de los trabajadores al servicio del Estado, sólo para "cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que (dicho) artículo les consagra".

Por su parte, a los patrones se les otorga el derecho de hacer paros, "cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje" (frac. XIX del apartado A del art. 123 constitucional).

También se menciona dentro de este subgrupo a la cláusula de exclusión por separación, en virtud de la cual la asociación de los trabajadores -el sindicato- puede solicitar al patrón que separe de su trabajo a los miembros que renuncien o sean expulsados de aquélla (art. 395 de la Ley Federal del Trabajo). Es evidente que esta especie de autotutela, que permite que por una decisión del sindicato se prive a un trabajador de su empleo, sin que se le otorgue la oportunidad de defenderse en juicio, atenta contra el derecho a la libertad de asociación sindical, el derecho al trabajo y el derecho de defensa en juicio (arte. 123, primer párr. y frac. XVI, y 14, segundo párr., de la Constitución).

Aparte de estos seis grupos de autotutela permitida, cabría considerar el caso del *pacto comisorio*. Esta expresión tiene dos significados. Por un lado, por pacto comisorio se puede entender el acuerdo celebrado entre el acreedor y el deudor en un contrato de prenda, que permite al primero quedarse o disponer de la cosa dada en prenda, en caso de que el deudor no pague a tiempo el adeudo. Esta clase de pacto comisorio, que obviamente contiene una autotutela convenida entre las partes, se encuentra actualmente prohibido, por los abusos que propicia. Sin embargo, lo que se prohíbe es que el pacto se acuerde en el mismo contrato de prenda y al precio que se establezca en éste; por lo que si se permite que, con posterioridad a la constitución de la prenda, el deudor autorice al acreedor para quedarse o disponer del bien dado en prenda al precio que se fije al vencimiento de la deuda (art. 2883 y 2887 del Código Civil para el Distrito Federal y 344 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Pero, por otro lado, por pacto comisorio también se entiende a la llamada *condición resolutoria*, es decir, la facultad que se confiere a la parte que haya cumplido dentro de una obligación recíproca, y se vea afectada por el incumplimiento de la otra parte, para optar por exigir el cumplimiento de la obligación o bien, su rescisión (o resolución), lo que significa la privación de los efectos del acto jurídico en el cual se originó la obligación recíproca. Esta clase de pacto comisorio o condición resolutoria puede haberse convenido expresamente, en cuyo caso se habla del pacto comisorio expreso; pero aunque no se acuerde de manera expresa, la ley lo considera implícito en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas (art. 2883).

Una vez que se presente el incumplimiento, la parte afectada puede demandar ante el juzgador competente el cumplimiento de la obligación o su rescisión por incumplimiento, en cuyo caso estará utilizando el medio heterónomo positivo del proceso jurisdiccional para solucionar el litigio; y en este supuesto, será la decisión de un tercero imparcial la que determine si hubo o no incumplimiento y, en caso afirmativo, si condena al demandado al cumplimiento de la obligación o si declara la rescisión o resolución de ésta, conforme lo haya solicitado la parte actora. Lo normal es que la rescisión de una obligación se obtenga mediante una declaración judicial. Sin embargo, en ocasiones se prevé en el *pacto comisorio* expreso que, en caso de incumplimiento, la parte afectada podrá declarar unilateralmente la rescisión de la obligación, bastando que lo comunique por escrito a la contraparte. En este supuesto estamos frente a una autotutela autorizada previamente por las partes, pues la rescisión se obtiene no de la decisión de un tercero imparcial como ocurre cuando es declarada judicialmente, sino de la determinación de una de las partes que se limita a comunicarla por escrito a la otra.

1.2 AUTOCOMPOSICION

Al igual que la autotutela, la autocomposición es un medio de solución parcial, porque proviene de una o de ambas, partes en conflicto. La autocomposición es unilateral cuando proviene de una de las partes, y bilateral cuando tiene su origen en ambas partes. Pero, 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 a la de la contraparte. Según vimos anteriormente (supra 1.2), Alcalá-Zamora califica a este medio de solución como altruista, porque a través de él se hace prevalecer el interés de la otra parte, el interés ajeno.

Sin embargo, el mismo autor hispano reconoce que, atendiendo al estado de ánimo de la renuncia o de la sumisión, los móviles pueden variar sobremanera e incluso puede faltar por completo la espontaneidad, que debiera ser el requisito esencial de toda modalidad autocompositiva. "Por desgracia —advierte el procesalista en cita—, la desigual resistencia económica de los litigantes (sin desconocer por ello los enormes abusos procesales cometidos por los insolventes de mala fe), la lentitud y la carestía del procedimiento, las malas artes o las influencias de una de las partes o de su patrocinador, la desacertada conducción del pleito, etcétera, arrastran a autocomposiciones que son más bien rendiciones, en las cuales la decisión altruista viene provocada por la más o menos solapada imposición egoísta del contrario".

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 que satisfaga, así sea limitadamente, los intereses de las dos partes en conflicto.

Las especies de la autocomposición son el desistimiento, el perdón del ofendido, el allanamiento y la transacción. Las tres primeras tienen carácter unilateral y la última bilateral.

1.2.1 Desistimiento

El desistimiento, es, al decir de Alcalá-Zamora. "la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante, y, en caso de haber promovido ya el proceso, la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado en su reconvención".

Así como el actor expresa su pretensión o reclamación en el acto por el cual inicia el proceso, es decir, en su demanda, así también el demandado, en la contestación a la demanda, puede no sólo oponer resistencia a la pretensión del actor, sino también, aprovechando la relación jurídica procesal establecida, formular, a su vez, su propia pretensión o reclamación contra la parte actora. A esta pretensión del demandado se denomina reconvención, contrademanda o contrapretensión. Por esta razón, la renuncia a la pretensión deducida en el proceso puede ser hecha tanto por el actor como por el demandado, pero este último sólo en el evento de que hubiese formulado su reconvención, que le agrega a su carácter de demandado, el de actor (precisamente en la reconvención).

El art. 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal distingue, con algunas confusiones terminológicas, dos tipos de desistimiento:

1. el desistimiento de la acción (o más específicamente de la pretensión), el cual corresponde al desistimiento descrito en los dos párrafos anteriores, pues "extingue (la acción) aun sin consentirlo el demandado"; por ello, este tipo de desistimiento proporciona una solución definitiva al litigio, ya que la parte actora no podrá formular de nuevo la acción desistirla; y
2. el desistimiento de la demanda o de la instancia, que sólo es una renuncia a los actos del proceso, por lo que deja a salvo la acción intentada, la cual podrá ser ejercida, de nueva cuenta, en un proceso posterior.

Cuando este segundo tipo de desistimiento se formule antes de que se emplace al demandado (es decir, antes de que se notifique a éste la demanda y se le otorgue un plazo para que la conteste), no se requiere el consentimiento de dicha parte para que el desistimiento (que en este caso, lo es sólo de la demanda) pueda tener eficacia jurídica. En cambio, cuando el actor formule este segundo tipo de desistimiento después de que se haya llevado a cabo el emplazamiento del demandado, si se exige el consentimiento de éste para que aquél pueda surtir sus efectos (en esta hipótesis, el desistimiento lo es de la instancia y no sólo de la demanda). Se debe aclarar, sin embargo, que ninguno de estos dos casos —el desistimiento de la demanda o el de la instancia— constituye realmente una autocomposición, pues ninguno de ellos soluciona el litigio planteado; ambos dejan subsistente la posibilidad de que el actor ejerza la misma acción, para someter, de nueva cuenta, el mismo conflicto al conocimiento del juzgador.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora, al igual que los demás ordenamientos estatales que tomaron como modelo al Anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales de 1948, distingue con toda precisión entre el *retiro de la demanda* (desistimiento de ésta antes del emplazamiento) y el *desistimiento de la instancia* (después del emplazamiento y el de la acción —arts. 42 y 230—).

Es necesario advertir que, en todo caso, el desistimiento de la acción tiene como presupuesto indispensable el carácter renunciable o disponible de los derechos sustanciales o materiales (véase infra 2.1) en los que intente fundarse. Por esta razón, este media autocompositivo opera válidamente en los litigios civiles, mercantiles, y, en general, en todos aquellos en los que las partes tienen facultades para disponer de, o renunciar a, sus derechos materiales controvertidos. En cambio, en aquellos conflictos que versen sobre derechos indisponibles o irrenunciables, no tendrá o no deberá tener eficacia el desistimiento.

Por este motivo, en el proceso penal no procede, normalmente, el desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público, pues éste carece de facultades para disponer del *ius puniendi* (derecho de castigar). El Ministerio Público tiene el deber de ejercer la acción penal en aquellos casos en que, como resultado de la averiguación previa, hayan quedado demostrados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado; y una vez ejercida la acción penal ante los tribunales, deberá sostenerla hasta que éstos emitan su decisión sobre la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado. Por ello se afirma que una de las características de la acción penal es que es *irrevocable*. Una vez ejercida la acción penal ante los tribunales, el Ministerio Público se convierte en sólo una de las partes, por lo que la decisión de las cuestiones planteadas debe quedar a cargo exclusivamente del juzgador. El Ministerio Público es sólo el titular de la acción penal, pero no es el "propietario" de ella; como titular debe ejercerla en los casos en que hayan quedado acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad; y, con el mismo carácter, debe aportar los medios de prueba pertinentes y formular las conclusiones correspondientes. Pero esta titularidad no le da, en modo alguno, una facultad para disponer de la acción penal, como si fuese su "propietario".

Sin embargo, en nuestro país se permite, sin ninguna técnica ni lógica jurídicas, que el Ministerio Público desista de la acción penal a través de dos fórmulas: 1) por medio del desistimiento de la acción penal propiamente dicha, y 2) a través de la formulación de conclusiones "no acusatorias". Ambas instituciones carecen de toda base lógica, la primera, por la naturaleza irrevocable de la acción penal y por la falta de facultades del Ministerio Público para disponer del *ius puniendi*; la segunda, por las mismas razones anteriores y porque resulta completamente inexacto que el Ministerio Público acusa o no acusa **hasta el momento en que formula sus conclusiones**; es decir, en el acto con el que pone término a su intervención en el proceso penal, en su primera instancia. Si la acusación consiste, como expresa Fix-Zamudio, en el "señalamiento ante la autoridad respectiva de que una persona ha realizado una conducta que se considera delictuosa, a fin que se siga en su contra el proceso judicial respectivo y en su caso, se le aplique la sanción correspondiente", es evidente que dicha acusación se formula desde el principio del proceso penal, con la consignación,

que es el acto con el que el Ministerio Público inicia el ejercicio de la acción penal, y no con las conclusiones finales, como tradicionalmente se ha sostenido.

En rigor, en las conclusiones el Ministerio Público ya no tiene la opción de acusar o no acusar, pues lo que ha venido haciendo desde el principio del proceso es precisamente acusar. Si se le otorga esa opción, en realidad se le está facultando para que desista de la acusación que hizo desde el principio. Las conclusiones finales del Ministerio Público normalmente deben sostener la culpabilidad del procesado, como consecuencia de las pruebas aportadas. Serán conclusiones de "culpabilidad", pero no de "acusación" o "acusatorias". Sólo en casos verdaderamente excepcionales se debería permitir al Ministerio Público concluir que, pese a la acusación formulada al inicio del proceso y a las pruebas aportadas, el procesado no es culpable, en su opinión. Pero como se trata sólo de la opinión de una de las partes expresada al terminar su intervención en el proceso, en el cual obviamente ya hubo acusación y cuyo tema a decidir quedó señalado desde el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, la determinación de si es o no fundada esa opinión, al igual que la de la defensa, debe quedar exclusivamente a cargo del juzgador, como órgano imparcial y supra partes. Estas conclusiones no vinculantes del Ministerio Público se podrían denominar de "inculpabilidad" y no de "no acusación".

No obstante, en algunas leyes procesales penales mexicanas se suele autorizar tanto el desistimiento de la acción penal como la formulación de conclusiones de "no acusación" o "inacusatorias", en ambos casos con efectos vinculantes para el juzgador, de tal manera que una vez presentados el desistimiento o dichas conclusiones, aquél debe dictar una resolución de sobreseimiento, con efectos de absolución definitiva, para el inculpado. A través de estos actos de disposición de la acción penal, el *Ministerio Público usurpa la función de decidir la controversia*, que debe corresponder exclusivamente al juzgador.

Debemos aclarar que en 1983 se reformó el Código Federal de Procedimientos Penales, para sustituir el desistimiento de la acción penal, por la promoción del sobreseimiento (arts. 138 y 298, frac. II). Y en la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1991, se precisó que en todos los casos de *sobreseimiento* los cuales incluyen, entre otros, las anteriores hipótesis de desistimiento de la acción penal, le corresponde al juzgador decidir si procede o no decretarlo, por lo que deberá entenderse que éste no queda vinculado por la promoción del sobreseimiento (art. 298). En el Diario Oficial de la misma fecha se publicó también una reforma similar para el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (art. 663). *Por sobreseimiento se suele entender la resolución judicial por la que se pone fin anticipadamente al proceso, sin hacer un pronunciamiento sobre el conflicto de fondo planteado.*

Por último, en la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1994 se adicionó el párr. cuarto al art. 21 constitucional, para prever que "las resoluciones del Ministerio Público sobre... desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley". Los autores de la reforma no tomaron en cuenta que en la legislación procesal penal federal y del Distrito Federal ya no se regula el desistimiento de la acción penal, sino la promoción del sobreseimiento, como se

indica en el párrafo anterior; ni tampoco que ni el desistimiento de la acción penal ni la promoción del sobreseimiento son "resoluciones", sino actos de petición de la parte acusadora sujetos a la decisión del juzgador, por lo que resulta inapropiado someterlos a impugnación. *Sólo los actos de la autoridad, y no así los de las partes, pueden ser combatidos a través de los medios de impugnación.*

1.2.2 Perdón del ofendido.

Semejante al desistimiento de la acción —por sus efectos sobre el contenido del proceso (el litigio) y sobre el proceso mismo—, es la institución conocida como *perdón del ofendido en los delitos que se persiguen por querrela*. En el derecho procesal penal se distingue entre los delitos que deben ser *perseguidos de oficio*, es decir, mediante denuncia, de aquellos que deben ser *perseguidos por querrela*. **La denuncia es el acto por medio del cual cualquier persona, haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a tipificar o configurar un delito.** La función del denunciante se limita a *dar parte a la autoridad investigadora* de la comisión de tales hechos; pero una vez presentada la denuncia, será dicha autoridad la encargada de cumplir, de oficio, sus funciones de averiguar y, en su caso, ejercer la acción penal, sin que la voluntad del denunciante tenga legalmente relevancia alguna para suspender ni para poner término al procedimiento iniciado o al procesó promovido.

La querrela, al igual que la denuncia, también consiste en hacer del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir algún delito; pero, a diferencia de la denuncia, *la querrela sólo puede ser presentada por la persona afectada por el delito, es decir, por el ofendido (o por su representante), y debe contener la expresión de voluntad de aquél para que se sancione a él o a los responsables*. En estos delitos se considera que debe prevalecer el interés del ofendido, por lo que sólo se debe proceder contra el probable responsable, cuando lo solicite el propio ofendido.

La regla general es que los delitos deben ser perseguidos de oficio. Como se trata de una hipótesis de excepción, sólo son perseguibles por querrela aquellos delitos que de manera expresa señalen las leyes. En esta situación se encuentran, en el Distrito Federal, entre otros, los delitos de robo de uso, abuso de confianza, fraude y de daño en propiedad ajena, cualquiera que sea su monto e independientemente de la calidad del sujeto activo: el robo, el despojo y la extorsión cuando sean cometidos por determinadas personas vinculadas con el ofendido por el parentesco, la adopción, el matrimonio o el concubinato (art. 399 bis del Código Penal); los delitos de hostigamiento sexual, estupro y adulterio (arts. 259 bis, 263 y 274, ibidem); etcétera. *Actualmente se advierte una tendencia a someter a todos los delitos patrimoniales al requisito de la querrela, pues se considera que en tales delitos debe procurarse satisfacer, sobre todo, los intereses patrimoniales del ofendido.*

A diferencia del denunciante —cuya voluntad, según vimos, es irrelevante para la continuación de la averiguación y, en su caso, del ejercicio de la acción—, el querellante conserva un poder dispositivo sobre el proceso penal, pues su perdón extingue la pretensión punitiva, con tal de que se conceda antes de que se

pronuncie sentencia de segunda instancia (art. 93 del Código Penal). En el delito de adulterio, el perdón del ofendido puede otorgarse aun después de que se haya dictado sentencia de segunda instancia, y en tal caso deja sin efectos la sentencia y la condena impuesta (art. 276, *ibidem*).

1.2.3 Allanamiento

En el derecho procesal, la palabra allanamiento designa la actitud autocompositiva propia de la parte demandada, consistente en aceptar o en someterse a la pretensión de la parte actora, de la parte atacante. Cuando el demandado se allana o se somete a la pretensión de la otra parte, no opone ninguna resistencia frente a aquélla, por lo que no llega a manifestarse realmente un litigio. Por esta razón, cuando el demandado se allana en el procesó, se suprimen las etapas de pruebas y de alegatos; y aunque el juzgador cita para sentencia y pronuncia una resolución a la que denomina formalmente sentencia, ésta no tiene realmente tal carácter, pues no es una decisión sobre un litigio, que no llegó siquiera a manifestarse, sino que es simplemente una resolución que aprueba el allanamiento del demandado.

Para que el juzgador pueda aprobar esta actitud autocompositiva, es indispensable que el allanamiento se refiera a derechos de los que pueda disponer libremente el demandado, a derechos renunciables. El allanamiento, como el desistimiento, constituye un acto de disposición de derechos, por lo que sólo podrá tener eficacia cuando se haga sobre derechos renunciables. Por esta razón, el juzgador no deberá aprobar este acto de disposición cuando pretenda afectar derechos irrenunciables o indisponibles o derechos de terceros.

El art. 274 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal dispone lo siguiente: "Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente ante el juez de los autos si se trata de juicio de divorcio. . ." Se debe aclarar, en primer término, que el allanamiento consiste sólo en la aceptación de la pretensión de la parte actora, por lo que carece de sentido el requisito de que se formule respecto de "la demanda en todas sus partes". Basta con que se admita la pretensión o las pretensiones contenidas en la demanda, sin que sea necesario, además, aceptar expresamente las cuestiones de hecho y de derecho en que intente basarse. La admisión de estas cuestiones quedan fuera del allanamiento en sentido estricto, y corresponden a otras actitudes del demandado frente a la demanda: la confesión, cuando se admiten como ciertos los hechos expresados en la demanda, y el reconocimiento, cuando se aceptan los fundamentos de derecho."

Por otro lado, la exigencia de ratificar el escrito en el que se contiene el allanamiento, ante el juzgador que conoce del juicio de divorcio, resulta claramente insuficiente para impedir que, a través de este medio, se haga una renuncia de derechos indisponibles como son los derivados del estado familiar, o de derechos de terceros, también irrenunciables, como son los de los hijos, particularmente el de recibir alimentos. Este requisito de ratificación es insuficiente, además, porque se circunscribe a los juicios de divorcio, que no son los únicos sobre la familia y el estado civil de las personas.

Por eso es más acertada la regulación del allanamiento en esta materia en los códigos de procedimientos civiles de los estados de Sonora, Morelos y Zacatecas. El art. 240 del primer ordenamiento mencionado establece que "no procede citar para sentencia en caso de allanamiento, si la cuestión planteada interesa al orden público o cuando manifiestamente la sentencia por dictar surta efectos frente a terceros que no han litigado, y en los demás casos en que la ley así lo disponga". Conforme al art. 553, frac. IV, del Código en cita, en los procesos sobre cuestiones familiares y del estado civil de las personas, el allanamiento no vincula al juez.

Cuando el allanamiento satisfaga los requisitos legales, su principal consecuencia es que no será necesario agotar las etapas de pruebas y de alegatos, por lo que el juez deberá citar a las partes para oír sentencia. En virtud de que el demandado, al allanarse, no ofrece resistencia a la pretensión de la parte actora, ni controvierte expresamente sobre los hechos y el derecho alegados por esta última parte, no serán necesarias dichas etapas por no haber hechos controvertidos que probar ni alegatos que expresar (art. 274 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal). En cambio, cuando la parte demandada sólo confiesa que son ciertos los hechos expresados por la parte actora en su demanda, sin que se allane a la pretensión, únicamente se suprimirá la etapa de pruebas (por no ser necesarias éstas frente a los hechos confesados), pero si tendrá que llevarse a cabo la de alegatos, para que las partes manifiesten sus argumentos sobre las cuestiones de derecho discutidas (art. 276 del mismo ordenamiento).

Es casi innecesario aclarar que en el proceso penal ni el allanamiento, ni la confesión, ni el reconocimiento pueden ni deben vincular al juzgador, ni suprimir etapas procesales. Los derechos fundamentales que la Constitución establece en favor del procesado, tales como el derecho a la defensa y a contar con la asistencia de defensor, el derecho a la prueba, el derecho a un juicio público y breve, etcétera, no pueden ser desconocidos o violados bajo el pretexto de que el inculpado "se allanó", "confesó" o "reconoció", pues ello significaría, en último análisis, subordinar la vigencia de tales derechos fundamentales, a prácticas policíacas que desafortunadamente todavía se encuentran lejanas de la investigación criminalística y en las que aún no predomina una cultura de respeto a los derechos humanos. El proceso penal debe continuar a pesar de estas supuestas actitudes del inculpado y sólo debe terminar con una sentencia, en la que el juez, con base en pruebas idóneas y pertinentes, resuelva si los hechos imputados quedaron o no comprobados y, en caso afirmativo, si se probó o no la culpabilidad del procesado.

1.2.4 Transacción

Por. último, la transacción es, de acuerdo con el art. 2944 del Código Civil del Distrito Federal, "un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura".

La transacción es un medio autocompositivo bilateral, porque a través de ella las dos partes solucionan el litigio renunciando parcialmente a su respectiva pretensión y resistencia. Desde el punto de vista de la justicia de la solución, la

transacción debe implicar una renuncia o concesión equilibrada y razonable de cada parte.

La forma más apropiada para llevar a cabo la transacción, la que ofrece mayores garantías, es la del convenio judicial, que es aquel que las partes celebran dentro de un proceso o juicio, con la aprobación del juzgador. Esta última otorga al convenio judicial, la autoridad y eficacia de la cosa juzgada, equiparándolo a una sentencia firme. Por esta razón, si alguna de las partes no cumple con lo convenido, la otra podrá solicitar al juzgador que ordene la ejecución coactiva del convenio, sin necesidad de promover un nuevo proceso o juicio, sino directamente a través de la vía de apremio (arts. 2953 del Código Civil y 501 y 502 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal). El cumplimiento del convenio judicial también puede ser reclamado por medio del juicio ejecutivo (art. 443, frac. VI, del Código citado en segundo término).

La transacción, al igual que el desistimiento y el allanamiento, es un acto de disposición de derechos o, al menos, de pretensiones litigiosas, por lo que sólo puede recaer sobre derechos renunciables. Por este motivo, no pueden ser objeto de transacción, entre otras, las siguientes cuestiones:

1. El estado civil de las personas;
2. La validez del matrimonio;
3. El delito;
4. El derecho de recibir alimentos, y
5. Los derechos que deriven de una sucesión futura o de un testamento antes de ser visto (arts. 2947, 2948 y 2950 del Código Civil distrital).

Por último, conviene advertir que, a diferencia de los medios autotutelares - que normalmente son revisables a través del proceso, por lo que no excluyen a éste en definitiva-, los medios de solución autocompositivos si excluyen al proceso, ya sea evitando que éste surja -cuándo aquellos se utilizan antes de que se promueva-, o ya sea extinguiéndolo en forma anticipada -cuando dichos medios se hacen valer en el curso del proceso-. En este último caso, los medios de solución autocompositivos funcionan como modos anormales de terminación del proceso, ya que impiden que éste continúe y que termine en forma normal, por medio de una sentencia que decida la controversia.

1.3 HETEROCOMPOSICIÓN

En la heterocomposición la solución al conflicto es calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia.

1.3.1 Mediación.-

La función de este tercero puede limitarse a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes, para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. En este caso, el tercero será simplemente un mediador, que al hacer posibles las condiciones para que las partes intercambien sus puntos

de vista sobre el litigio y al invitarlas para que lleguen a un acuerdo, hace propicia la solución. A la función que desempeña este tercero se denomina mediación.

La mediación normalmente se lleva a cabo de manera informal y, por lo mismo, no existen organismos o instituciones encargadas de prestar regularmente este servicio. En los litigios individuales los propios abogados pueden contribuir a establecer la comunicación directa entre las partes, a fin de encontrar una solución negociada. En los conflictos internacionales, la mediación, a la que se suele identificar con los buenos oficios, ha sido un buen medio de solución pacífica. En este sentido, Sorensen señala que " la función de los buenos oficios y la mediación consiste en producir la iniciación o la reanudación de las negociaciones entre las partes, y ayudar a su progreso".

1.3.2 Conciliación.-

En segundo término, el tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel más activo, consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. En esta hipótesis el tercero asume el papel de conciliador y a su función se le denomina conciliación. El conciliador no se limita a mediar entre las partes, sino que les debe sugerir fórmulas específicas para que puedan llegar a un convenio entre ellas. Para que el conciliador pueda desempeñar eficientemente su función, es indispensable que conozca la controversia de que se trate, a fin de que esté en condiciones de proponer alternativas razonables y equitativas de solución.

Pero la función del conciliador se limita a proponer posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo caso, a la voluntad de las partes. Éstas 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. Ésta 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.

A diferencia de la mediación, la conciliación normalmente es desempeñada por organismos o instituciones, a través de procedimientos formalizados en las leyes. En este sentido, la conciliación se clasifica en judicial o extrajudicial, según si la persona que la ejerce es un juzgador o un, auxiliar de éste, o bien, si es un órgano fuera de la organización judicial. En este último caso se encuentran la Procuraduría Federal del Consumidor, que tiene entre sus atribuciones la de procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores conforme al procedimiento conciliatorio previsto en la Ley Federal de Protección al Consumidor (art. 24, frac. XVI); la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a la que compete procurar la conciliación en los conflictos entre las entidades financieras y los usuarios de sus servicios (art. 4, frac. X, de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores); la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, a la que corresponde la conciliación de las diferencias entre las instituciones de fianzas o de seguros y sus usuarios (arts. 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros), etcétera.

A su vez, a la conciliación judicial se le denomina preprocesal cuando se

manifiesta como una etapa previa a la iniciación o el desarrollo del proceso --como acontece con la audiencia previa y de conciliación en el juicio ordinario civil--; y recibe el nombre de intraprocésal cuando se presenta dentro del desarrollo del proceso, obviamente antes de que éste termine. En nuestro país, la conciliación extrajudicial y particularmente la que practica la Procuraduría Federal del

Consumidor ha alcanzado niveles de eficiencia muy superiores a los que pueden obtenerse a través de la conciliación judicial.

1.3.3 Ombudsman.-

El tercero ajeno a la controversia también puede asumir el papel de lo que en el derecho comparado se conoce como Ombudsman. Esta institución nació en la Constitución sueca de 1809 como un representante o comisionado del Parlamento, encargado de cuidar por los derechos generales e individuales del pueblo; de recibir las quejas de los particulares contra actos de funcionarios públicos que estimen violatorios de la ley; de llevar a cabo investigaciones sobre dichos actos; así como de formular las recomendaciones que considere pertinentes para resolver el problema planteado.

El Ombudsman se desarrolló durante el siglo pasado sólo en Suecia y hasta este siglo se difundió primero en los Estados escandinavos (Finlandia, Dinamarca y Noruega); después de la segunda guerra mundial ha tenido una gran influencia en numerosos países que, con características propias, lo han venido adoptando. Entre otros Estados podemos mencionar a Francia (el Médidteur), España (el Defensor del Pueblo), Gran Bretaña (el Parliamentary Commisioner for Administration), Italia (el Difensore Civico y Portugal (el Promotor de la Justicia)."

En México la institución del Ombudsman se introdujo en 1976 con la Procuraduría Federal del Consumidor, pues este organismo tiene funciones similares a las del Ombudsman sueco del consumidor. Además de la función conciliatoria que hemos señalado, la Procuraduría también puede excitar (es decir, recomendar) a las autoridades competentes a que tomen medidas adecuadas para combatir todo género de prácticas que lesionen los intereses del consumidor (art. 24, frac. XIX, de la Ley Federal de Protección al Consumidor).

Posteriormente, en 1985 se introdujo en la UNAM la Defensoría de los Derechos Universitarios, para conocer de las reclamaciones de estudiantes y miembros del personal académico por la afectación de los derechos que les otorga la legislación universitaria; realizar las investigaciones necesarias, y proponer a las autoridades de la UNAM las soluciones que considere adecuadas. En 1989 se creó la Procuraduría Social del Distrito Federal, que conoce de las reclamaciones de los particulares contra las autoridades de dicha entidad federativa, realiza investigaciones sobre las mismas y formula recomendaciones.

El 5 de junio de 1990 fue creada la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual fue elevada a rango constitucional por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 de enero de 1992. En el nuevo apartado "B" del artículo 102, se autoriza al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados para establecer organismos de protección de los derechos humanos, que conocerán de las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza

administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público, que violen esos derechos, con exclusión del Poder Judicial Federal.

Estos organismos (la Comisión Nacional, las comisiones estatales de derechos humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal) conocen, dentro de sus respectivas competencias, de las quejas de probables violaciones a derechos humanos; llevan a cabo las investigaciones sobre éstas; procuran la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, y formulan recomendaciones públicas autónomas no vinculatorias.

Como puede advertirse, los organismos inspirados en el Ombudsman no emiten resoluciones obligatorias, sino recomendaciones cuya eficacia depende de la respetabilidad del organismo que las formula, de la fundamentación de sus propuestas y de la disposición de las autoridades para acatarlas.

1.3.4 Arbitraje

Además de estos tres papeles, el tercero ajeno a la controversia puede tener una función de mayor relieve en la solución del litigio; como ocurre en el arbitraje. En esta especie de la heterocomposición, el tercero -al que se denomina árbitro- no se va a limitar a proponer la solución a las partes, sino que va a disponer dicha solución a través de una resolución obligatoria para las partes, a la que se conoce como laudo. Sin embargo, para que el arbitraje pueda funcionar es necesario que previamente las partes hayan aceptado, de común acuerdo, someterse a este medio de solución.

El arbitraje, como los demás medios de solución a los que se refiere en este capítulo, presupone la existencia de un conflicto, de un litigio que surge entre las partes; pero también requiere que haya dentro de ese litigio, un acuerdo entre las partes para someter sus diferencias al arbitraje. Éste presupone, por tanto, la existencia de un acuerdo entre las partes para solucionar su desacuerdo, su litigio, a través de dicho medio heterocompositivo.

El acuerdo previo de las partes —al que se suele denominar genéricamente acuerdo arbitral— puede revestir la forma de una cláusula arbitral, que es una estipulación contenida dentro de un contrato principal, en la cual las partes contratantes manifiestan su voluntad de que, si llega a surgir algún conflicto sobre la interpretación o aplicación del contrato, aquél sea resuelto por medio del arbitraje. En este caso, el acuerdo sólo es una cláusula dentro de un contrato, que se conviene antes de que surja el litigio, precisamente para prever su medio de solución. Pero el acuerdo también puede manifestarse a través de un compromiso arbitral, que es un convenio principal que celebran las partes para someter un litigio presente al arbitraje. En ambos casos, es la voluntad de las partes la que hace posible que el litigio se sujete a la decisión del árbitro; pero una vez celebrada la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral, la sujeción de las partes al arbitraje y al laudo ya no depende, de nueva cuenta, de su voluntad; después del acuerdo arbitral, la sumisión al arbitraje y el acatamiento del laudo resultan obligatorios para las partes.

No obstante, el árbitro, por ser sólo un particular y no un órgano del Estado, una autoridad de éste, carece de imperio para imponer coactivamente, por si

mismo, sus resoluciones, tanto las que dicte en el curso del arbitraje como aquella con la que decida la controversia, es decir, el laudo. Las facultades del árbitro para solucionar el conflicto no derivan directamente del Estado, sino del acuerdo previo celebrado por las partes, conforme a la legislación. Pero este acuerdo de las partes no puede proveer al árbitro del imperio del Estado. El árbitro no es autoridad, pues carece de *coertio* para imponer las determinaciones que dicte durante el arbitraje, y de *executio* para ejecutar el laudo. En ambos casos, el interesado tendrá que acudir a un juzgador, a un órgano jurisdiccional del Estado, para que, en ejercicio de sus facultades de imperio, ordene el cumplimiento forzoso de la determinación o la ejecución coactiva del laudo. Éste no posee por sí mismo la fuerza ejecutiva de la sentencia judicial. El juzgador debe ordenar su ejecución, sólo si estima que el laudo fue dictado conforme a las disposiciones jurídicas aplicables; en caso contrario, puede negar la ejecución.

El fundamento de la obligatoriedad del laudo reside en el acuerdo previo de las partes y en la autorización que la ley da a éstas para que sometan su controversia al arbitraje. Mientras las partes no acuerden someter su conflicto al arbitraje o en tanto que la ley prohíba o no autorice expresamente el arbitraje, tanto éste como el laudo carecerán de fuerza obligatoria. En la libertad de las partes está el decidir si acuden o no al arbitraje, siempre y cuando la ley lo permita. Hay controversias respecto de las cuales la ley prohíbe o no autoriza que se resuelvan por este medio. Hete roco m positivo, por lo que el acuerdo de las partes para someter este tipo de conflictos al arbitraje, carecerá de eficacia jurídica.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal reconoce el derecho de las partes para sujetar sus diferencias al arbitraje, pero excluye de éste, entre otras, a las siguientes cuestiones:

1. El derecho de recibir alimentos;
2. Los divorcios, excepto en cuanto concierne a la separación de bienes y las demás diferencias puramente pecuniarias;
3. Las acciones de nulidad de matrimonio, y
4. Las concernientes al estado civil de las personas (arts. 609 y 615).

El Código mencionado también faculta a las partes para que en el compromiso o en la cláusula autoricen al árbitro para que resuelva el litigio sin ajustarse a las reglas de derecho, sino con base en la equidad (art. 628). En esta hipótesis se tratará de un arbitraje de equidad m amigable composición, por oposición al arbitraje de derecho.

Conviene aclarar que existen instituciones que, a pesar de poseer denominaciones que aluden al arbitraje, no ejercen, en realidad, funciones arbitrales. En este caso se encuentran las Juntas (Federal y Locales) de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (así como sus equivalentes en los Estados), que son verdaderos tribunales del Estado (en sentido amplio), que conocen de procesos jurisdiccionales sobre conflictos laborales. Sus facultades para conocer de estos conflictos- no derivan de un acuerdo previo de su partes sino de la fuerza de la ley y del imperio del Estado. Sus resoluciones sobre las controversias de que conocen, aunque formalmente se denominen laudos, constituyen verdaderas sentencias, que no sólo son

obligatorias para las partes, sino que poseen fuerza ejecutiva por sí mismas; las Juntas y el Tribunal pueden ordenar su ejecución forzosa, pues como órganos del Estado que son, están dotados de imperio para hacerlo (infra 6.7).

Puede ocurrir también que se encomiende a un órgano del Estado la función de actuar como árbitro para resolver determinado tipo de litigios. Tales son los casos, por ejemplo, de la Procuraduría Federal del Consumidor, que por ley puede fungir como árbitro en los conflictos entre los consumidores y los comerciantes o proveedores (art. 117 de la Ley Federal de Protección al Consumidor); de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, que puede desempeñarse como árbitro para resolver los conflictos entre los usuarios del servicio de banca y crédito y las instituciones de crédito (art. 120 de la Ley de Instituciones de Crédito), y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, que puede conocer y resolver, con el mismo carácter, los conflictos tanto entre los contratantes de seguros y las instituciones de seguros como entre los beneficiarios y las instituciones de fianzas (arts. 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros y 93 y 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). En estos casos, los órganos del Estado sólo pueden desempeñar su función arbitral cuando las partes estén de acuerdo en someter sus conflictos al arbitraje de dichos órganos; y al ejercer su función arbitral, éstos no podrán hacer uso de facultades de imperio, por lo que para poder obtener el cumplimiento de sus determinaciones deberán solicitar la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado competentes.

1.3.5 Proceso

Por último, cuando ese tercero ajeno que decide el conflicto es un órgano jurisdiccional del Estado, un juzgador, con facultades no sólo para emitir una resolución obligatoria para las partes, sino también para imponerla por sí mismo en forma coactiva, estaremos frente al proceso. Dice Eduardo J. Couture que el proceso, desde el punto de vista de las soluciones al litigio, es el "medio idóneo para dirimir imparcialmente, por actos de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica".

El proceso es la solución heterónoma positiva, es decir, la solución imparcial, a cargo de un órgano de autoridad del Estado, el juzgador, que interviene a instancia de una de las partes y cuya autoridad deriva del imperio del propio Estado y de la fuerza de la ley. Para que intervenga el órgano jurisdiccional del Estado no es necesario que las partes hayan acordado previamente someterse a este órgano del Estado; no es requisito un acuerdo previo —ni obviamente posterior— de las partes. Al igual que en el arbitraje, en el proceso hay un litigio; pero en el segundo, a diferencia del primero, no se requiere que haya acuerdo entre las partes para someter sus diferencias a determinado medio de solución. Basta con que uno solo de los interesados decida someter la controversia al conocimiento del órgano jurisdiccional competente del Estado, para que, por el imperio de éste y la fuerza de la ley, la otra parte quede sujeta al proceso que se siga ante ese órgano jurisdiccional del Estado; y, asimismo, ambas partes estarán obligadas a cumplir las determinaciones del juzgador y su pronunciamiento final, que recibe el nombre de sentencia.

Esta no sólo es obligatoria —como también lo es el laudo— sino que,

además, posee fuerza ejecutiva por sí misma. Una vez que el órgano jurisdiccional del Estado pronuncia la sentencia, y que ésta deviene firme, inimpugnable, el interesado puede solicitar al propio juzgador que ordene la ejecución forzosa de la misma, sin necesidad de un reconocimiento por parte de un órgano distinto.

Para resolver el litigio, el árbitro dicta su laudo; pero para poder obtener la ejecución de éste, es necesario que el interesado lo someta al reconocimiento u homologación del órgano jurisdiccional competente, a fin de que éste ordene la ejecución correspondiente. En cambio, el juzgador, una vez que el proceso se ha desarrollado en todas sus etapas normales, pronuncia la sentencia con la que pone término a aquél y resuelve el litigio; y cuando dicha sentencia adquiera firmeza (autoridad de cosa juzgada), porque se hayan agotado los medios de impugnación contra ella o no se hayan hecho valer dentro de los plazos establecidos para tal efecto, el propio juzgador, a instancia de la parte interesada, es quien debe ordenar la ejecución forzosa de la sentencia. Ésta es, por consiguiente, tanto obligatoria como ejecutiva por sí misma.

Siguiendo la terminología de Alcalá-Zamora, podemos distinguir los medios de solución heterónomos positivos, afirmando que en la conciliación el conciliador propone alternativas de solución; el Ombudsman la recomienda; en el arbitraje, el árbitro dispone la solución a través del laudo; y en el proceso, el juzgador dispone e impone la solución por medio de la sentencia.

Es difícil hacer un análisis comparativo de los diversos medios de solución al litigio a que hemos hecho referencia en este capítulo, para determinar cuál de ellos, en términos generales, es el más adecuado para lograr, de la manera más justa y eficaz, la composición del conflicto.

Por un lado, los medios autotutelares que el ordenamiento jurídico autoriza en forma excepcional, permiten hacer frente, en forma inmediata, a determinadas situaciones de emergencia que no podrían ser atendidas con oportunidad y eficacia por otros medios. Sin embargo, se trata, como ya ha sido señalado, de medios excepcionales que sólo pueden utilizarse en las hipótesis expresamente previstas y que normalmente requieren de una revisión ulterior, a través de un proceso jurisdiccional.

De ahí que su alcance sea muy reducido, por los graves riesgos que implica el autorizar la "justicia por propia mano".

Ya se indicaron también los riesgos que trae consigo la autocomposición, sobre todo cuando las desigualdades económicas, políticas y culturales entre las partes son muy marcadas, ya que entonces las renunciaciones, las sumisiones y los acuerdos no responden a criterios de equidad y de justicia, sino a la imposición disimulada del interés de una de las partes, sobre el interés de la otra. Pero, fuera de estas eventualidades, los medios autocompositivos pueden contribuir a la solución eficaz y justa de los litigios.

Dentro de la heterocomposición, la eficacia de la mediación y de la conciliación depende, en muy buena medida, de la voluntad de las partes y también de la de sus abogados, quienes en ocasiones tienen más interés en seguir un proceso que en obtener una solución negociada. Una de las razones por las que hasta ahora la conciliación no ha funcionado con los resultados satisfactorios esperados, ha consistido precisamente en que quienes tienen a su cargo tal

función regularmente no la asumen en forma integral, y suelen limitarse a preguntar a las partes si han llegado o no a una conciliación, sin hacerles ninguna propuesta concreta que pueda resultar razonable y equitativa. Sin embargo, si se hace una mejor selección de los conciliadores para tratar de obtener más altos niveles de preparación y responsabilidad, es fundado esperar una mayor eficacia, ya que la conciliación es un medio de solución que puede evitar los gastos, las dilaciones y el estado de incertidumbre que el proceso trae consigo.

También el arbitraje es un medio alternativo al proceso, que ha contribuido a la solución de conflictos en materias muy específicas, como ha ocurrido en el derecho mercantil. En este campo se han creado organismos con funciones arbitrales: además de la Procuraduría Federal del Consumidor, de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, a las que ya se hizo referencia, existen la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COMPROMEX), las comisiones de arbitraje de las cámaras de comercio y de industria, la Junta de Conciliación y Arbitraje de Controversias Azucareras, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, etcétera.

El arbitraje también ha sido un medio de solución para los conflictos internacionales. En este terreno ha sido importante la función desempeñada por la Corte Permanente de Arbitraje, con sede en La Haya, fundada desde 1899.

Sin embargo, desde el punto de vista de su estructura y de las oportunidades y garantías que ofrece a las partes, el proceso, pese a los defectos que todavía padece -tales como su prolongada duración, su onerosidad y las fallas en la preparación y selección de los juzgadores-, y que deben ser subsanados, continúa siendo el medio más seguro para obtener una solución justa y apegada al derecho; el medio más idóneo para lograr "la justa composición del litigio", para emplear la célebre fórmula de Carnelutti. En este sentido, Alcalá-Zamora afirmaba, con razón, que "si mediante el acicate de la crítica, por un lado, y mediante la efectiva e inexorable exigencia de responsabilidad judicial en cuantos casos la reclamen, por otro, se conjuran la decidia y la corrupción de los juzgadores, el proceso será, dentro de sus imperfecciones humanas, el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres".

Además de los esfuerzos por establecer o mejorar los métodos de preparación y selección de los juzgadores, así como los sistemas para hacer efectiva su responsabilidad, también deberá cuidarse que el proceso mismo sea, cada vez más, un método justo, sencillo, rápido y eficaz de debate y resolución de litigios.