



Cuestiones constitucionales

ISSN: 1405-9193

ISSN: 2448-4881

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Cabrera Dircio, Julio; Aguilera Durán, Jesús
La justicia alternativa, el derecho colaborativo y sus perspectivas en México
Cuestiones constitucionales, núm. 40, 2019, Enero-Junio, pp. 243-275
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.14482/INDES.30.1.303.661>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88571713009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 40, enero-junio 2019

La justicia alternativa, el derecho colaborativo y sus perspectivas en México

The Alternative Justice, the Collaborative Law and their Perspectives in Mexico

Julio CABRERA DIRCIO*
Jesús AGUILERA DURÁN**

RESUMEN: Uno de los problemas más importantes que tenemos en nuestro país y en Latinoamérica es la desconfianza, y ésta se ve reflejada en la inseguridad que cada día es más perceptible en los tres ámbitos de gobierno (el federal, el estatal y, especialmente, el municipal) y también en los órganos de procuración y administración de justicia. Esto nos lleva a buscar alternativas viables que nos puedan ayudar a resolver esta situación. El derecho colaborativo, que nace de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 y la de derechos humanos en 2011, pasa a ser un elemento de suma importancia en su aplicación.

Palabras clave: derecho colaborativo; justicia alternativa.

ABSTRACT: One of the most important problems that we have in our country and in Latin America is distrust, and this is reflected in the insecurity that every day is more noticeable in the three spheres of government (the federal, the state and, especially, the municipal) and also in the organs of procurement and administration of justice. This leads us to find viable alternatives that can help us to solve this situation. The collaborative law, which comes from the constitutional reforms in criminal law of 2008 and the human rights in 2011, becomes a very important element in its implementation.

Keywords: Collaborative Law; Alternative Justice.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, España; investigador, nivel I, Sistema Nacional de Investigadores; jefe del Departamento de Mediación de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México (dr.juliocabreradircio@hotmail.com).

** Becario del Doctorado en Derecho y Globalización del PNPC; maestro en Derecho; catedrático en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (jad-2009@live.com.mx).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Justicia alternativa en México*. III. *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal*. IV. *Principios rectores de la justicia alternativa*. V. *Otras reformas constitucionales*. VI. *El arbitraje*. VII. *La mediación*. VIII. *La conciliación*. IX. *La junta restaurativa*. X. *La negociación*. XI. *El derecho colaborativo*. XII. *Características del derecho colaborativo*. XIII. *Profesionales del derecho colaborativo*. XIV. *Ventajas y desventajas colaborativas*. XV. *Aplicación del derecho colaborativo*. XVI. *Perspectivas del derecho colaborativo*. XVII. *Conclusiones*. XVIII. *Fuentes de información*.

I. INTRODUCCIÓN

En México, a partir de las reformas constitucionales de 2008 en materia de justicia alternativa y la de 2011 en materia de derechos humanos, se está rompiendo con el paradigma que se tenían sobre el derecho y, al mismo tiempo, se está viviendo una metamorfosis en este campo al tener que implementarlas: la primera, al tratar de buscar una salida al problema de sobrecarga de trabajo que encontramos en los juzgados, y la segunda, con la aplicación del principio *pro homine*, y, finalmente, en las dos, buscando recuperar la confianza de la sociedad al trabajar en la implementación de un derecho más humano.

Al hablar de la justicia alternativa, quienes entran en este procedimiento pasan a ser los actores principales en la resolución de sus diferencias, e implícitamente se refiere a la oportunidad de llegar a un acuerdo por las personas involucradas en un conflicto, participando de manera colaborativa con relación a alguna afectación en sus bienes o sus derechos, y donde el fin principal es que las partes alcancen una solución que satisfaga sus intereses recíprocos.

Los medios alternos no parten del uso coactivo de la autoridad, sino de la voluntad de los participantes; se trata de un acto entre particulares en el cual no existe relación de subordinación, como en el caso del juzgador. Es un acuerdo de voluntades de los sujetos involucrados lo que pone fin a sus diferencias, partiendo de la máxima en los contratos: el acuerdo de voluntades, sin que exista coerción alguna.¹

¹ Fierro Ferráez, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, México, Oxford-CIDE, 2012, p. 16.

De tal manera que todo lo acordado entre las partes tendrá como fin resolver la situación controvertida y, además, que se obtenga una mayor satisfacción individual para todos los involucrados, a través de la participación de manera positiva, constructiva y mirando al futuro, tratando, en la medida de lo posible que se recupere la relación de amistad que prevalecía hasta antes del problema.

Cabe señalar que en México existe mucha resistencia a aplicar los medios alternos de solución de conflictos, por parte de los operadores jurídicos, en materia de procuración y administración de justicia; incluso, se escucha con frecuencia a juristas decir que no creen que con estas reformas se vayan a acabar los problemas en materia de seguridad, aun con la puesta en marcha, de manera obligatoria, de la medida penal a partir de junio del presente año.

El doctor Daniel Montero Zendejas señala que son métodos alternativos la mediación, la conciliación y el arbitraje, así como las conversaciones, foros o conferencias restaurativas, las reuniones para decidir condenas, los círculos de sanación o cualquiera que sea su denominación doctrinal o jurídica.²

A esta concepción se le debe agregar la negociación como parte del proceso en cualquiera de ellos, donde la colaboración ayuda en la solución de diferencias justas y equitativas, donde quienes resuelven son los que generaron los conflictos y al hacerlo son resoluciones de fondo, y donde es necesaria en el proceso que se sigue en la justicia alternativa, tratando distender o resolver un conflicto.

La mención al derecho colaborativo sugiere una aproximación amable al conflicto entre las partes, una llamada a la negociación, a la cooperación, a la colaboración. Cuando hablamos específicamente de Derecho Colaborativo (IACP Standards), no nos referimos a una actitud amable ante el conflicto, sino a un método alternativo de resolución de conflictos detalladamente reglado en la práctica internacional.³

² Montero Zendejas, Daniel, “La mediación penal en el ámbito internacional y sus efectos en la legislación local. Retos y perspectivas”, en Cabrera Dircio, Julio *et al.*, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad*, México, Fontamara-UAEM, 2014, p. 131.

³ Plaza, Amancio, “Primera aproximación al derecho colaborativo: los elementos esenciales del derecho colaborativo”, *Revista Deusto*, Bilbao, año 32, núm. 127, julio-septiembre de 2015, p. 13.

El derecho colaborativo se presenta como una alternativa a la solución de conflictos entre las partes, sin tener que acudir a una autoridad jurisdiccional, porque además ello implica procesos costosos, dilatados y desgastantes emocionalmente para las partes; en pocas ocasiones, los resultados causan satisfacción plena a las mismas.

De tal modo que se considera pertinente profundizar en la justicia alternativa, y, a su vez, trascendente el conocer e indagar más sobre el derecho colaborativo, como sus orígenes, sus características, los profesionales que se involucran, sus alcances y formas de aplicación buscando, poner en su real contexto cuál es la perspectiva de este medio alterno en México y sus posibles ámbitos de aplicación.

II. JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO

La función principal del Estado es proveer las condiciones adecuadas para que la sociedad viva en un ambiente de paz y de armonía que, permita una convivencia lo más sana posible; sin embargo, esto no se ha logrado, porque cada vez se ve más desigualdad, injusticia, impunidad y corrupción, incluso las últimas estadísticas a nivel mundial y nacional señalan que somos de los países más violentos.

Las estadísticas que manejan las organizaciones civiles a nivel mundial, nacional y local son de verdad alarmantes; por ejemplo, para junio de 2017 se dio a conocer la evaluación de los países menos violentos a través del Global Peace Index (GPI), que es el único estudio que cuantifica la paz mundial y que es elaborado por el Institute for Economics and Peace (IEP). Este año lo amplió para clasificar a 162 Estados independientes. Compuesto de 23 indicadores cualitativos y cuantitativos, el GPI combina factores internos y externos, que van desde gasto militar hasta relaciones con países vecinos y niveles de delitos violentos.

En el estudio, el primer lugar de la región lo obtuvo Canadá (8o.), al cual le siguieron Chile (24o.), Costa Rica (34o.), Uruguay (35o.), Panamá (49o.), Argentina (55o.), Ecuador (66o.), Paraguay (68o.), Perú (71o.), Nicaragua (74o.), Guyana (81o.), Haití (83o.), Bolivia (86o.), Cuba (88o.), Jamaica (92o.), Trinidad y Tobago (97o.), República dominicana (99o.), Honduras (106o.), Brasil (108o.), Estados Unidos (114o.), El Salvador (115o.), Guatemala (117o.), México (142o.), Venezuela (143o.) y Colombia (146o.).⁴

⁴ Disponible en: <http://www.visionofhumanity.org/#/page/indexes/global-peace-index> (fecha de consulta: 8 de julio de 2017).

Es preciso enfatizar que, para que exista armonía social, las instituciones públicas deben respetar los derechos de las personas en un plano de igualdad, donde las normas, además de que sean equitativas, no sean discriminatorias ni excluyentes, y ello permita vivir en un verdadero Estado de derecho.⁵

Sirva lo anterior para resaltar que el Estado no ha garantizado a cabalidad el derecho de acceso a la justicia, el cual, en ocasiones, es negado o no está al alcance de las personas por falta de recursos económicos para pagar un proceso judicial, que va a ser largo, costoso, y que de ninguna forma garantiza alcanzar justicia a sus pretensiones.

Ante las crisis de los tribunales judiciales, las sobrecargas de juicios que se presentan ante ellos y la lentitud para resolverlos, la cual afecta a los justiciables, y con la intención de crear una nueva cultura de mayor negociación y comunicación en miras a la solución de los conflictos, en las últimas décadas se alentó en la mayoría de los países la promoción de los métodos alternativos de resolución de conflictos.⁶

En otras palabras, la justicia alternativa nace como una respuesta al reclamo de una sociedad profundamente dañada por la forma de resolver implementada por la justicia tradicional, pues las autoridades jurisdiccionales basan sus resoluciones en un método que cada vez es más complejo de determinar, lo cual se puede notar cuando aquéllas emiten sentencias sin fundamento; sentencias contradictorias, en caso de que sean analizados casos semejantes por diversos juzgadores; sentencias absolutorias a personas culpables, o sentencias condenatorias a inocentes.

De acuerdo con la Envepe,⁷ con relación a la percepción sobre la confianza que la sociedad manifiesta respecto de las autoridades, en el rubro de desempeño institucional, en 2014 sólo se alcanzó un nivel de confianza

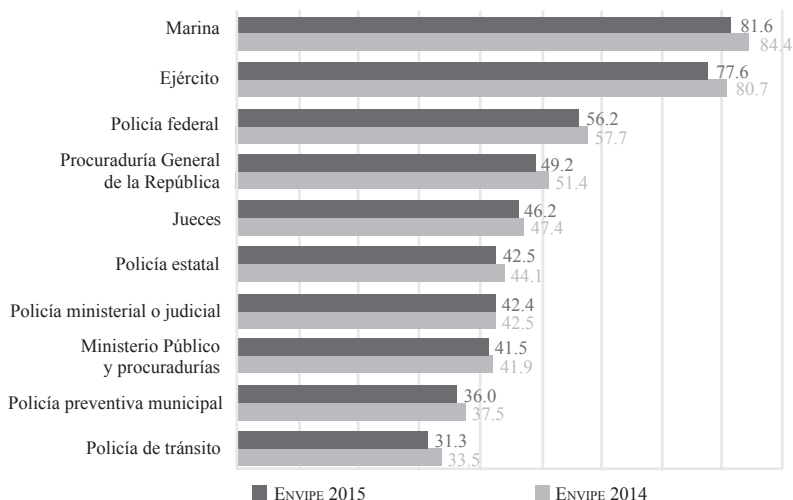
⁵ Aguilera Durán, Jesús, “El derecho de asociación de los trabajadores de confianza del municipio en el estado de Morelos”, en Cabrera Dircio, Julio *et al.* (coords.), *Las reformas constitucionales y su impacto en el municipio*, México, Fontamara-UNAM, 2015, p. 164.

⁶ Martín Prus, Federico, “Experiencia argentina en «mediación familiar» y comparaciones con el derecho colaborativo”, en Roca i Trias, Encarnación *et al.*, *Especialidades en derecho de familia*, Madrid, Asociación Española de Abogados de Familia-Dykinson, 2014, p. 273.

⁷ INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (Envepe), 2015, disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2015/especiales/especiales2015_09_7.pdf (fecha de consulta: 27 de julio de 2016).

en los jueces del 47.4% y en 2015 disminuyó a tan solo un 46.2%, es decir, ni siquiera la mitad de los encuestados confían en acudir a ellos.

NIVEL DE PERCEPCIÓN SOBRE LA CONFIANZA QUE LA SOCIEDAD
 MANIFIESTA RESPECTO DE AUTORIDADES: MUCHA O ALGUNA
 (MARZO-ABRIL DE 2015)



En el derecho romano, para Ulpiano, el concepto de justicia consiste en dar a cada quien lo suyo, lo que, desde el punto de vista filosófico, nos ayuda mucho, pero que al aplicarlo de manera práctica es muy difícil definir de quién es realmente lo suyo y, una vez haciéndolo, si efectivamente lo dado le pertenece de forma equitativa a esa persona o, por el contrario, que tanto de ello le corresponde a la otra parte, pues en la justicia tradicional uno gana y el otro pierde.

En este contexto, la “justicia” alternativa, como su nombre lo indica, quiere ser una solución alterna, viable y no jurisdiccional que alcance, hasta donde humanamente sea posible, lo justo, lo equitativo, lo que honrada y realmente corresponde a cada uno.⁸

Históricamente, se ha tratado de encontrar la forma correcta de aplicar la justicia, de buscar la funcionalidad del derecho para encontrar la armonía

⁸ Soto Guerrero, Salvador, “Justicia alternativa en materia civil”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 233.

en la sociedad, sin necesidad de llegar a la aplicación del poder coactivo del que goza el Estado; no sólo aquella en que un juez resuelva la controversia planteada, donde al final va a resultar un ganador, sino también aquella que permita a las partes ser protagonistas en la decisión final.

La búsqueda de medios alternativos de solución de controversias orienta aquellos nuevos caminos de solución y abre nuevas avenidas dentro del marco del Estado de derecho.⁹ Sin duda, esto queda de manifiesto al implementar la reforma penal e incluir en la misma a estos medios alternos.

Con la reforma constitucional en 2008, la justicia alternativa agarró nuevos bríos; en nuestro país, el cuarto párrafo del artículo 17 constitucional quedó en los términos siguientes: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

III. LEY NACIONAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL

Como consecuencia de la mencionada reforma constitucional, se expidió la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASCMP),¹⁰ la cual contempla a la mediación, la conciliación y la junta restaurativa.

Se considera importante señalar que, si bien esta Ley sentó las bases para que la justicia alternativa se aplicara en materia penal, se hubiera podido contemplar otras ramas del derecho, que siguen teniendo los mismos problemas, y adecuar otros medios alternos de solución de controversias (MASC) que garanticen el acceso a la justicia para todas las personas.

No obstante, los MASC no sólo deben aplicarse con base en la nueva concepción de la impartición de justicia, con una visión humanista, reconocida dentro del catálogo de garantías, sino también deben comprender

⁹ Díaz Müller, Luis T., “Medios internacionales de solución de controversias: una aproximación desde la bucólica ensenada”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 112.

¹⁰ Esta ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 2014, con igual entrada de vigencia que el Código Nacional de Procedimientos Penales, establecida en el artículo segundo transitorio de su Decreto de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.

la eliminación de la estigmatización, discriminación o exclusión que se produce en los procedimientos judiciales, pues de lo contrario no se estará cumpliendo con su función.¹¹

Es en las legislaciones de las entidades federativas donde se pueden hallar leyes que regulan de manera particular algunos de estos medios. Esta legislación privilegia la mediación, mecanismo que desde hace varios años ha venido permeando los sistemas de justicia del país, seguida de la conciliación. Por otra parte, existe poca presencia de la justicia restaurativa, indispensable para los conflictos generados por el ilícito penal en busca de la auténtica reparación del daño a las víctimas y la reinserción social del ofensor.¹²

Por ejemplo, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal¹³ aborda exclusivamente la mediación, sin referirse a ningún otro medio alterno. Si bien establece en su artículo 1o. que dicha Ley es reglamentaria del párrafo cuarto del artículo 17 y del párrafo sexto del artículo 18 constitucionales, no hace referencia alguna a la justicia alternativa en general.

De tal modo que no se contempla la utilización de otros medios alternativos de solución de controversias, lo que significa que no pueden ser implementados; tal es el caso del derecho colaborativo, que pudiera ser de gran utilidad en determinados casos para solucionar conflictos que por su naturaleza requieran la participación de otros profesionales especializados en áreas afines a la disputa de intereses, que a través de su experticia coadyuvan positivamente a la obtención de un acuerdo con resultados satisfactorios para las partes.

IV. PRINCIPIOS RECTORES DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA

En las leyes de los estados en México, en lo que respecta a los principios rectores de la justicia alternativa, hay uniformidad sólo en la voluntariedad

¹¹ González Martín, Nuria, “Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alterno de solución de conflictos”, en Ángeles Hernández, Marisol *et al.*, *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 120

¹² Buenrostro Báez, Rosalía *et al.*, *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, México, Segob, 2015, pp. 231 y 232.

¹³ Esta ley se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 8 de noviembre de 2011.

y en la confidencialidad. La mayoría de ellas incluye el de imparcialidad, y únicamente Chihuahua no lo contempla; casi todas lo consideran los principios de flexibilidad, neutralidad, legalidad y equidad.¹⁴

PRINCIPIOS RECTORES QUE PREVEN LAS LEYES
DE JUSTICIA ALTERNATIVA

Estados	Aguascalientes	Baja California	Campeche	Chiapas	Chihuahua	Coahuila	Colima	Distrito Federal	Durango	Estado de México	Guanajuato	Hidalgo	Jalisco	Morelos	Nayarit	Nuevo León	Oaxaca	Quintana Roo	Sinaloa	Sonora	Tamaulipas	Tlaxcala	Veracruz	Yucatán	Zacatecas
Principios																									
Voluntariedad	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Confidencialidad	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Imparcialidad	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Flexibilidad		✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓		✓	✓	✓	✓	✓			✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓
Neutralidad	✓	✓		✓				✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓	✓
Legalidad			✓	✓	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓			✓
Equidad	✓	✓	✓	✓	✓			✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

Esto nos permite deducir que no hay una forma general de establecer criterios para la utilización de los principios rectores de la justicia alternativa; por ende, eso evita que las personas conozcan éstos y su utilidad práctica a la hora de resolver un conflicto. Por tal motivo, a continuación, se abordan de manera breve dichos principios.

Principio de voluntariedad. Este principio es elemento *sine qua non* para que se inicie un procedimiento dentro de la justicia alternativa, ya que la voluntad de las partes debe existir para iniciarlo y poder así dirimir un conflicto de manera extrajudicial.

Principio de confidencialidad. En la justicia alternativa, los participantes deben mantener en estricta confidencialidad el asunto que se está sometiendo al procedimiento, principalmente por dos razones: en primer lugar, porque las partes expresan sus necesidades y, en segundo lugar, porque muestran sus pretensiones. Por lo tanto, al mantener en secreto esas diferencias, los involucrados se respetan entre sí.

¹⁴ Buenrostro Báez, Rosalía *et al.*, *op. cit.*, p. 233.

Principio de imparcialidad. Por virtud de este principio, el tercero debe ser, además de neutral, imparcial, lo que implica no tener favoritismo hacia una de las partes, no inclinar su actuar hacia otra ni establecer diálogos parciales; con ello se construyen caminos que llevarán a lograr un acuerdo final.

Principio de flexibilidad. Podemos entenderla como el conjunto de actitudes que deben tomar las partes y el Estado en un conflicto, a fin de llegar a acuerdos satisfactorios, sin necesidad de que existan actos formales que dilaten la aplicación de la justicia y que pongan en riesgo una posible solución con base en la negociación racional de las partes.¹⁵

Principio de neutralidad. Con el propósito de que las partes se reconozcan y se comprometan, en la justicia alternativa el mediador debe asumir una actitud profesional y mantenerse justo en medio de la comunicación en el proceso, sin inclinarse hacia lado alguno; ello propicia la confianza en ambas partes.

Principio de legalidad. La justicia alternativa, aunque se realice de manera privada, no se debe alejar de las disposiciones legales que contempla el orden jurídico nacional e internacional, por lo que todos los acuerdos se deben hacer con base en la ley, el respeto a los derechos humanos y la buena fe.

Principio de equidad. La equidad constituye el instrumento que busca dar un equilibrio a las relaciones jurídicas dentro de la sociedad en la aplicación de la ley, asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden igualitario y justo. A menudo se exige la incorporación de medidas específicas para compensar ciertas desventajas que cualquiera de las partes pudiera enfrentar en algún procedimiento.¹⁶

Hay otro principio que viene establecido en la LNMASCM: la honestidad, que nos la define de manera muy mínima: “VII. Honestidad: Los Intervinientes y el Facilitador deberán conducir su participación durante el mecanismo alternativo con apego a la verdad”.¹⁷

Con la aplicación efectiva de estos principios, se busca que la justicia alternativa pueda coadyuvar de manera directa en la problemática existente y resultar de gran ayuda para resolver los conflictos entre particulares, puesto

¹⁵ Cabrera Dircio, Julio, *Mediación penal y derechos humanos*, México, Ediciones Coyoacán, 2014, p. 178.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 179 y 180.

¹⁷ Esta ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 2014.

que el fin último de la justicia es solucionar problemas y, si además se cuenta con la participación colaborativa de los involucrados, su resolución no sólo será de manera equitativa para las partes, sino también de fondo, es decir, no abra necesidad de aplicar algún otro recurso jurídico. Por lo tanto, la justicia alternativa debe ser un mecanismo eficaz para concluir de manera definitiva y expedita los conflictos, y no una vía para prolongarlos.¹⁸

Los medios alternos utilizados con mayor frecuencia en México son el arbitraje, a partir de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1992; la mediación, que se tiene que aplicar en todo el entorno nacional en materia penal a partir de junio del presente año; la conciliación, que ha sido parte del procedimiento en materia laboral y en la rama civil, y la junta restaurativa, cuya columna vertebral es la negociación.

V. OTRAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

También se han generado otras reformas en este sentido, como las relativas al artículo 73 constitucional, en la fracción XXI, incisos *b* y *c*, y en la fracción XXIX-A, todas del 5 de febrero de 2017, y la de la fracción XXX, realizada el 15 de septiembre de 2017, de las que podemos establecer los siguientes aspectos:

De la reforma a la fracción XXI, inciso *b*, se ha generado una polémica grave, a tal grado de que el año pasado se realizaron varios foros en el país con la finalidad de establecer cuáles son las circunstancias por las que el nuevo sistema penal adversarial y acusatorio no funciona, olvidándose que la función principal es proteger los derechos de las víctimas y la presunción de inocencia, y que se busca transformar y fortalecer las instituciones para que sean más eficientes y transparentes.

En nuestro país se sigue pensando que todos los problemas se van a resolver por decreto y que cualquier sistema procesal, desde el momento en que sea derecho positivo, va a resolver todos los inconvenientes que tenemos, sobre todo, en materia de seguridad y no sólo de la pública, sino también de la jurídica y, principalmente, de la social, y que a 10 años de su

¹⁸ Márquez Algara, Ma. Guadalupe y Villa Cortés, José Carlos de, “Medios alternos de solución de conflictos”, en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios y jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t. II, p. 1599.

puesta en marcha debe funcionar al 100%, sin implementar el nuevo proceso cultural donde participen todos a quienes pasen a formar parte de este proceso, ya sea directa o indirectamente.

Se tiene que capacitar a todos los operadores del derecho tanto en materia de procuración como en materia de administración de justicia, así como a los juristas e, incluso, a la misma sociedad, para que no pase lo mismo que en el sistema tradicional, que siempre se da a conocer mediante fórmulas que quedan al arbitrio de la autoridad; por ejemplo, la facultad discrecional implícita en los textos jurídicos es utilizada para su beneficio, siendo que esa facultad discrecional se debe emplear en beneficio de quienes participan en un proceso jurisdiccional, aunque ahora con la reforma, que hace obligatoria la aplicación del principio pro persona, ha quedado totalmente claro.

De la reforma a la fracción XXI, inciso *c*, podemos ver la legislación única en materia procedimental penal. Si bien es cierto que ya es derecho positivo, no se ha logrado armonizar en los estados, en virtud de que el problema principal es la resistencia de quienes participan en estos procesos en materia de mediación y muchos siguen pensando en el sistema tradicional al tratar de litigar. Por ejemplo, en el estado de Morelos hubo una reforma al Código Civil en 1994, donde en el procedimiento se estableció la audiencia de conciliación y depuración; sin embargo, a los operadores nunca se les preparó para conciliar y los litigantes siempre pedían no conciliar y constantemente solicitaban la depuración del procedimiento y abrirlo al periodo probatorio. Lo más grave es que el estado de Morelos es el único a nivel nacional que no hace mediación en sala.

Con respecto a las reformas de las fracciones XXIX-A y XXX, éstas sólo han quedado en buenas intenciones, pues todo se ha dejado a las iniciativas de ley, que buscan empezar a trabajar para resolver los conflictos sin necesidad de llegar a los tribunales. Además, se pretende que quienes generen un conflicto actúen de manera responsable también para resolverlo y, de esta manera, poner una solución de fondo, donde quienes participen sean los protagonistas en dirimir sus diferencias de manera civilizada.

VI. EL ARBITRAJE

Para Leonel Pereznieto, su nacimiento se encuentra reflejado desde dos supuestos:

a. Mediante una cláusula en el contrato inicial que debe contener los elementos y el acuerdo de someter las controversias que se motiven con la interpretación o del cumplimiento del contrato.

b. Mediante un contrato específico, que recibe el nombre genérico de convenio que se celebre después de que no se cumpla con lo pactado y surja el conflicto determinando la naturaleza y alcance del arbitraje.¹⁹

Por lo general, las partes acuden al arbitraje, ya que necesariamente se debe encontrar una cláusula arbitral dentro del contrato, donde las partes, en caso de conflicto, se comprometen a someterse a un tribunal arbitral, aunque es importante establecer con claridad sus cláusulas para que no quede a la interpretación de las partes su aplicación.

Contreras señala que existen diversas definiciones de arbitraje, pero que él lo entiende como el proceso alterno a la justicia ordinaria mediante el cual las partes escogen a un tercero neutral, especialista sobre el asunto objeto de la disputa, para que resuelva el caso de manera definitiva y obligatoria.²⁰

En nuestro país, este medio alterno pasó a ser muy conocido con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, pues las diferencias que llegarán a existir en su implementación en los tres países se tendrían que resolver mediante los paneles arbitrales y, de esta manera, hacer que los procesos en su implementación sean más ágiles y tengan menos obstáculos procesales, sin llegar a aplicar el derecho romano-germánico del sistema mexicano o, en su caso, el anglosajón de Estados Unidos y Canadá.

La característica principal y definitoria es su carácter convencional. Las partes son libres para someterse a este sistema de resolución de controversias, y lo pactarán voluntariamente, cuando lo consideren más conveniente a sus intereses particulares, en cuyo caso sustituirán la justicia pública por la privada.²¹

¹⁹ Medina Mora, Raúl, “Cláusula y acuerdo arbitrales”, *Arbitraje comercial internacional*, 2a. reimp., México, Fontamara, 2006, p. 19.

²⁰ Contreras Melara, José Rogelio, *Manual del profesor para la materia Métodos alternos de solución de controversias y salidas alternas al proceso penal acusatorio*, México, Centro de Estudios sobre la Enseñanza y Aprendizaje del Derecho, 2015, p. 37.

²¹ San Cristóbal Reales, Susana, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, t. XLVI, 2013, p. 49.

VII. LA MEDIACIÓN

En la cultura de la paz, la mediación como un medio alternativo siempre será de suma importancia, pues es mejor un acuerdo entre las partes que un litigio largo, prolongado y costoso; es mucho más satisfactorio que las partes logren un común acuerdo a que reciban una sentencia que sólo satisface a uno, el cual obtendrá más beneficios que la parte perdedora. Por ello la mediación es esencial en todas las sociedades evolucionadas y civilizadas, ya que la gente tiende a participar en la resolución de sus propios conflictos y no a abandonarlos en manos de un tercero, como es el juez.²²

El artículo 21 de la LNMASCMCP proporciona el siguiente concepto sobre la mediación: “Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes”.

El autor Andrew Floyer establece que la mediación es una negociación en la que interviene la ayuda de un tercero. El mediador realiza reuniones conjuntas y separadas con las partes en conflicto, a fin de:

- Reducir la hostilidad y establecer una comunicación eficaz;
- Ayudar a las partes a comprender las necesidades y los intereses del otro;
- Formular preguntas que pongan de manifiesto los intereses reales de cada parte;
- Plantear y aclarar cuestiones que han sido pasadas por alto, o que no han recibido la suficiente atención;
- Ayudar a las personas a concebir y a comunicar nuevas ideas;
- Ayudar a reformular las propuestas en términos más aceptables;
- Moderar las exigencias que no son realistas;
- Comprobar la receptividad a nuevas propuestas;
- Ayudar a formular acuerdos que resuelvan los problemas actuales, salvaguarden las relaciones y permitan prever necesidades futuras.²³

²² Cabrera Dircio, Julio, “Derechos humanos y mediación” en Cabrera Dircio, Julio *et al.* (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad*, México, Fontamara-UAEM, 2014, p. 17.

²³ Floyer Acland, Andrew, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, España, Paidós, 1993, p. 40.

Sin duda, la forma en que este autor puntualiza las funciones principales del mediador nos permite comprender lo importante que son sus funciones en el desarrollo del proceso de mediación, puesto que sin ellas las partes proseguirían alargando la disputa de intereses, sin lograr alcanzar aquel acuerdo que deje satisfechas sus necesidades recíprocas.

VIII. LA CONCILIACIÓN

El artículo 25 de la LNMASCM define a la conciliación como “el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados”.

La conciliación como un medio alternativo de solución es un procedimiento de participación que surge cuando las partes recurren a un tercero neutral, quien, además de convocar a las partes y facilitar el reinicio del diálogo, puede, de considerarlo necesario, hacer sugerencias de alternativas de solución para que sean evaluadas por las partes, cuando éstas no puedan llegar a un acuerdo, y, de ser el caso, acordadas libremente; sin embargo, las partes retienen el poder de decisión para aceptar o rechazar las sugerencias del conciliador.²⁴

Este medio alterno tiene algunas características propias en su implementación, pues quienes participan como conciliadores pueden opinar e, incluso, proponer alternativas de solución al conflicto, lo que hace que no necesariamente debe de ser una conciliación pura y, por lo tanto, se pueden apoyar de otros profesionales del derecho, que le van ayudar a encauzar cada una de las acciones que sean necesarias.

La autora Susana San Cristóbal señala que la conciliación es un mecanismo autocompositivo, por el que las partes, por la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, mediante un consenso en la solución de su conflicto, alcanzado ante un tercero, el cual nunca decide, ya que los que resuelven son las partes.²⁵

La conciliación, por su propia naturaleza, siempre busca un acuerdo desde el punto de vista de la autocomposición; se trabaja para un arreglo

²⁴ Caivano, Roque J. et al., *Negociación, conciliación y arbitraje: mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*, Lima, APENAC, 1998, p. 37.

²⁵ San Cristóbal Reales, Susana, *op. cit.*, p. 45.

pacífico que evite el proceso que resuelva el fondo del asunto. La conciliación se fundamenta en la cultura de la paz, pues posee un carácter negocial, que tiene por objeto el arreglo amigable de un conflicto; en cambio, el proceso, que nace del sistema inquisitivo, se fundamenta en la cultura de la violencia.

Con respecto a la consecución de acuerdos, lo importante es que el conciliador, una vez que ha ya generado las opciones, pueda guiar a las partes para lograr los acuerdos, utilizando preguntas abiertas para, llegar, de ser posible a una solución en cada uno de los puntos controvertidos.²⁶

La guía formulada por el conciliador no se ocupa de otorgar la razón a una de las partes en contra de la otra, sino en encontrar un punto de acuerdo lo más justo posible, evitando rencores que vicien sus futuros tratos. De manera particular, la conciliación busca en aquellos conflictos en que las partes van a continuar con algún tipo de relación que su resolución sea lo más duradera posible.

IX. LA JUNTA RESTAURATIVA

El artículo 27 de la LNMASCMP establece que la junta restaurativa

...es el mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social.

A esta forma de solución de conflictos se le ha encomendado buscar la sanación en las relaciones entre las partes involucradas en una disputa de intereses derivada de la comisión de un delito, el cual, de acuerdo a las leyes penales, puede ser arreglado de común acuerdo.

Esta clase de justicia parte de la premisa de que el hecho reproducible no sólo causa daño a la víctima u ofendido, sino que también la colectividad se ve afectada, pues reciente un grado de inseguridad y desconfianza en el

²⁶ Soletto Muñoz, Helena, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, p. 340.

funcionamiento del ordenamiento jurídico e, incluso, el victimario sufre las consecuencias de su actuar.²⁷

Sin embargo, y a pesar de ser un gran avance para la aplicación de un derecho más humano, los juristas no pueden dejar de analizar otros medios que han sido exitosos en otros países o regiones. Por tal motivo, en este artículo se aborda el derecho colaborativo, el cual ha sido aplicado desde hace aproximadamente unos veinticinco años: primero fue en Estados Unidos, y luego en otros países, como Canadá, Australia, Inglaterra y Nueva Zelanda.

X. LA NEGOCIACIÓN

Gran parte de nuestra vida la utilizamos en negociar y ésta nace después de la autotutela, donde el ser humano considera que es importante resolver de manera civilizada los conflictos que día a día nacen en el interactuar de la sociedad. Para Cabana, este proceso forma parte integral del comportamiento humano y así encontramos que desde la infancia nos hacemos conscientes de que nuestras acciones buenas o malas influyen en el curso de los acontecimientos y en el comportamiento de quienes nos rodean, y es aquí donde empezamos a preparar y desarrollar nuestro instinto de supervivencia con base en la negociación.²⁸

Negociar nace de la interrelación de los diversos elementos de un proceso complejo, donde quienes participan buscan una solución que satisfaga sus intereses; por lo tanto, es importante saber con quién y hasta dónde se puede negociar, reconociendo sus habilidades y destrezas, sus debilidades y fortalezas, pero sobre todo su creatividad para proponer alternativas viables que lleven a la solución de fondo.

La negociación es parte medular en el proceso de la justicia alternativa; se presenta como una oportunidad en la cual las partes que tienen diferencias entre sus intereses y necesidades buscan las alternativas necesarias para poder encontrar respuestas para su solución, persiguiendo un punto medio que mantenga un equilibrio entre sus necesidades y que el resultado que se obtenga sea benéfico para los participantes.

²⁷ Meza Fonseca, Emma, “Hacia una justicia restaurativa en México”, en Cienfuegos Salgado, David *et al.*, *Judicatura e impartición de justicia en México*, México, Porrúa, 2007, p. 302.

²⁸ Cabana, Guy, *Los 10 secretos del negociador eficaz*, Barcelona, Sirio, 2007, pp. 16 y 17.

La negociación es una forma de gestión de conflicto que se ve reflejada en la conducta que adopta el individuo y sus intenciones para fijar la colaboración, el compromiso mutuo, donde ambas partes buscan el acuerdo que más les beneficie con la intención de resolver el conflicto, aclarando sus diferencias que le dieron nacimiento.²⁹

Cuando nos referimos a la negociación como una forma de resolver los conflictos y donde las partes interesadas buscan llegar a una solución a través del diálogo, se trabaja en la negociación distributiva, donde las partes defienden sus posiciones, donde el vendedor reclama un valor de venta y el comprado, por su parte, un valor de compra, y donde aquéllas reducen el espacio en sus dos posiciones hasta llegar a un punto satisfactorio para los dos.³⁰

Llevar a cabo una negociación no es fácil; muchos de estos procesos no logran cerrarse de manera satisfactoria, porque una de las partes intenta encontrar ventajas imponiendo su voluntad o buscando evitar conflictos. Evidentemente, con estas actitudes no se logran concretar acuerdos satisfactorios para las partes y, por lo tanto, las relaciones personales se van deteriorando.

Negociar es un acuerdo obtenido a través de una prestación recíproca que da satisfacción a ambas partes; es una solución que respeta los intereses de todos.³¹ Para darle una respuesta realista a este concepto, es importante comprender y reconocer necesidades y objetivos con base en el respeto mutuo, la escucha activa, el análisis de observación, la buena comunicación, la tolerancia, la confianza y la objetividad.

Según Álvarez Trongé, la negociación es un proceso de comunicación desarrollado entre personas, donde al menos una de ellas busca obtener un resultado específico.³²

Sin duda, la negociación funciona como un medio alterno por sí sólo; pero se debe mencionar que esta forma de solucionar conflictos va a ser utilizada a menudo en combinación con otros medios alternos en la búsqueda de finalizar un conflicto.

²⁹ González Navarro, Pilar *et. al.*, *Gestión positiva del conflicto organizacional*, Madrid, Síntesis, 2012, pp. 14 y 15.

³⁰ Soletto Muñoz, Helena, *op. cit.*, p. 157.

³¹ Cabana, Guy, *op. cit.*, p. 17.

³² Álvarez Trongé, Manuel, *Técnicas de negociación para abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 3.

XI. EL DERECHO COLABORATIVO

El derecho colaborativo tiene sus orígenes en Estados Unidos; al inicio de los noventas, el abogado de Minnesota Stuart G. Webb, fastidiado de ver los resultados del litigio en la rama familiar, tuvo la idea de crear un contexto en el que las familias resolvieran sus problemas en lugar de polarizarlos, sin pensar en ir a juicio.³³

El mencionado abogado, cansado de lidiar con el lento avance de sus casos en los juzgados y, a su vez, de esperar a que las sentencias fueran favorables, y aun siéndolo se tenía que esperar a su ejecución, ideó la manera de acceder a la solución de conflictos entre particulares, pero asesorados no sólo por un abogado, sino también por otros profesionales que estuvieran relacionados con el conflicto que se trataba.

Así pues, se podían involucrar a psicólogos, contadores, administradores o, incluso, médicos. Se trataba que de manera colaborativa se alcanzara un acuerdo, que fuera satisfactorio para las partes, tomando en consideración todas las posibles contingencias al caso planteado.

Se debe resaltar que, en un principio, este medio alterno se concentraba en la materia familiar, porque además de la lentitud en los procesos, constantemente, se podía observar graves afectaciones a las relaciones entre personas que se divorciaban o familiares que se disputaban una herencia, trayendo como consecuencia el rencor y la pulverización de la convivencia posconflicto.

Para 2004, en aproximadamente trece años, el derecho colaborativo se practicaba ya en veintiséis estados americanos y seis provincias de Canadá, y se estimaba que más de 3,000 abogados habían sido entrenados en el proceso.³⁴

Esto nos habla de su carácter expansivo y de aceptación, ya que ha sido bien recibido por parte de las personas involucradas en un conflicto de intereses, que visualizan este medio alterno como la vía para dirimir sus diferencias de la manera más integral posible, es decir, atendiendo todos los ángulos del problema.

³³ Gutterman, Sheila M., *Collaborative Law: A New Model for Dispute Resolution*, Colorado, Bradford Publishing Company, 2004, p. 1 (traducción propia).

³⁴ Schwab, William S., "Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 4, núm. 3, 2004, pp. 352 y 353.

El derecho colaborativo se puede amalgamar con peculiaridades de otros medios alternos, por ejemplo, con relación a la mediación, en donde ambos procesos siguen las etapas básicas del modelo basado en intereses: identificando problemas, explorando intereses, generando opciones y alcanzando acuerdos.³⁵

Asimismo, se debe agregar que en épocas recientes, incluso, se ha visto inmerso en el proceso de globalización, por lo que este medio ha ido incursionando, además de los países angloparlantes, en España, donde ya se ha introducido en algunas legislaciones locales, con la consecuente aceptación por parte de los españoles.

XII. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COLABORATIVO

Son características esenciales a este medio alternativo de solución de conflictos la colaboración activa de abogados y de profesionales diversos a la ciencia jurídica que sean necesarios para dirimir un conflicto; la voluntad de las partes para iniciar un proceso colaborativo; la existencia de un convenio colaborativo; la preparación previa de los mencionados profesionistas en los estándares internacionales de la IACP, y la búsqueda de una solución consensuada en beneficio recíproco de las partes.

La práctica colaborativa difiere dramáticamente de la tradicional resolución de controversias legales: provee un proceso estructurado para el arreglo de problemas legales. Los abogados americanos históricamente han caído dentro de dos categorías: litigantes y abogados transaccionales. La práctica colaborativa aborda los casos tradicionalmente manejados a través de la negociación y litigación adversarial en una manera más transaccional.³⁶

En nuestro país, a los profesionistas les es muy difícil trabajar en equipo y también son muy pocos los que toman cursos para irse adecuando a la nueva realidad que vivimos. Estos abogados deben estar formados previamente en el derecho colaborativo; para ello, deben prepararse mediante cursos básicos, intermedios y avanzados en la práctica colaborativa, de tal manera que respondan a las necesidades propias de la sociedad.

³⁵ Fisher, Roger y Ury, William, *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*, 2a. ed., Nueva York, Penguin, 1991, p. 127 (traducción propia).

³⁶ Cochran Jr., Robert F., "Legal Ethics and Collaborative Practice Ethics", *Hofstra Law Review*, vol. 38, núm. 2, 2009, p. 540 (traducción propia).

Asimismo, debe existir la disposición de los abogados, en apoyo a estas nuevas habilidades, a colaborar en la representación legal en caso de que el proceso se judicialice, ya que tendrían de primera mano los pormenores de lo que las partes han solicitado durante el procedimiento y las formas alternas para poder resolver.

La renuncia de litigar un caso ante los tribunales pudiera ser visto como una desventaja para los abogados, porque se perdería un cliente; sin embargo, Mosten sostiene que el renunciar a litigar casos ante los tribunales, en vez de resultar un desastre financiero, constituyó un rápido crecimiento de su práctica profesional, además de que sus ingresos crecieron 30% en el primer año y las tarifas por honorarios sin cobrar se redujeron del 30% a tan sólo el 2%.³⁷

Los otros profesionales, ya sean psicólogos, administradores, médicos, ingenieros o contadores públicos, además de proporcionar su preparación académica y su experiencia, deben también contar con formación colaborativa en los estándares internacionales de la IACP, puesto que serán los expertos en su área de desempeño profesional que aporten su opinión para ayudar a solucionar el conflicto.

Al igual que en la justicia alternativa, las partes deben acudir voluntariamente a iniciar un proceso colaborativo para solucionar las controversias que los afectan. Para ello, el profesional colaborativo expone en qué consiste dicho procedimiento, la función de los abogados y demás profesionales si resultaran necesarios, el compromiso de las partes a llegar a un acuerdo sin necesidad de judicializar sus diferencias, los efectos y las formas de terminar el convenio.

Esto les permitirá conocer las ventajas de someter su conflicto al ámbito del derecho colaborativo y obtener una solución acordada donde se plasmen los conocimientos de abogados y profesionales expertos, desde varias perspectivas y no tan sólo la jurídica, buscando que al participar se resuelva de manera oportuna y de fondo, y con ello se restablezca la relación perdida, y se presenta un convenio a firma, para que quede plasmado en un documento voluntario la decisión tomada.

Así, el convenio debe incluir el nombre de las partes, la controversia a resolver, los profesionales involucrados, el compromiso de resolver

³⁷ Mosten, Forrest S., “Lawyer as a Peacemaker: Building a Successful Law Practice Without Ever Going to Court”, *Family Law Quarterly*, vol. 43, núm. 3, 2009, p. 490 (traducción propia).

la disputa de intereses, la descalificación de los abogados para litigar el asunto ante los tribunales, y tener como objetivo primordial renunciar al litigio del asunto. Al alcanzar el acuerdo final, éste se deberá presentar ante las instancias oficiales para registrarlo y así obtenga la categoría de cosa juzgada.

XIII. PROFESIONALES DEL DERECHO COLABORATIVO

La práctica colaborativa se realiza, principalmente, con la participación de abogados, pero eso no es limitativo, por lo que, con frecuencia y con ánimo de solucionar un conflicto de manera multidisciplinar, se recurre a la experiencia de otros profesionistas para que aporten sus conocimientos en determinada área, que permitan, a través de su especialización, ofrecer a las partes una perspectiva real de solución.

Profundizando en el tema, se considera pertinente exponer lo que John Lande señala al respecto:

El proceso colaborativo puede variar en diferentes sentidos. Por ejemplo, en algunos casos, las partes contratan solamente abogados para negociar entre ellos. En otros modelos, además de abogados, las partes contratan otros profesionistas como especialistas de desarrollo infantil, especialistas financieros y psicólogos que ayuden a las partes a comunicarse efectivamente. Algunos profesionistas prefieren un “modelo de equipo”, donde las partes arman un equipo de profesionales desde el inicio del caso. Otros prefieren un “modelo de referencias”, donde las partes contratan profesionales únicamente si son necesitados por ellas. Algunos profesionales prefieren el “modelo de un asesor”, donde un asesor individual neutral atiende ambos clientes, mientras que otros prefieren un “modelo de dos asesores”, donde cada parte contrata por separado su propio asesor.³⁸

Como se puede ver, no hay un catálogo de profesiones que se pueda establecer en la práctica colaborativa, pero con frecuencia los grupos incluyen a psicólogos, administradores, contadores, arquitectos, ingenieros civiles o médicos, ya que, en la búsqueda de soluciones a los diversos conflictos, los profesionistas que se buscan van a depender de la clase de disputa de intereses que se presente a solucionar.

³⁸ Lande, John, “An Empirical Analysis of Collaborative Practice”, *Family Court Review*, vol. 49, 2011, p. 1 (traducción propia).

XIV. VENTAJAS Y DESVENTAJAS COLABORATIVAS

La utilización del derecho colaborativo brinda grandes ventajas, las cuales se pueden apreciar en los acuerdos que se toman al final del procedimiento colaborativo, en el que se plasma la voluntad de las partes, así como el beneficio recíproco en la separación de sus intereses.

En primer lugar, el derecho colaborativo crea una atmósfera de cooperación, haciendo más fácil para las partes conservar una amigable relación después de resolver su disputa, al saber que no toda la razón se le dará a una de ellas, y procuran mantener la negociación para alcanzar un mejor convenio. En segundo lugar, el derecho colaborativo crea un incentivo más fuerte para llegar a un acuerdo, propiciando bajos costos y beneficios equitativos para todos. Una tercera ventaja del derecho colaborativo es que para ambos clientes y los profesionales colaborativos promueven un acercamiento al trabajo en equipo y una perspectiva más amplia.³⁹

Además, se ponen las cartas sobre la mesa, y con la asesoría de los profesionales colaborativos se analizan las posibilidades máximas y mínimas que la ley les otorga a cada una de las partes en conflicto, y de forma colaborativa se traza una ruta de acuerdos que ponga fin a la controversia planteada.

La integración de abogados en el derecho colaborativo puede proveer un número significativo de potenciales beneficios para clientes a través de la integración de asesoría jurídica; la oportunidad de un desarrollo más profundo y más apoyo a una relación abogado-cliente, y la oportunidad de trabajar conjuntamente con otros consejeros para facilitar y preservar una comunicación respetuosa entre las partes.⁴⁰

Adicionalmente, se pueden mencionar las siguientes ventajas: un proceso más rápido y el bajo costo comparado con un proceso judicial; mejor calidad en los acuerdos; menos estrés e impacto emocional en los clientes y sus niños; menos estrés en los abogados. Esto se puede expresar de la siguiente forma:

³⁹ Hoffman, David y Tesler, Pauline, "Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel", *The Alternative Dispute Resolution Practice Guide*, B. Roth Ed West Publishing, 2002, p. 12 (traducción propia).

⁴⁰ Wieggers, Wanda y Keet, Michaela, "Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 46, núm. 4, 2008, p. 759 (traducción propia).

- Al iniciar un procedimiento dentro del ámbito del derecho colaborativo, las partes tienen la oportunidad de arreglar un conflicto de manera pronta y a bajo costo, ya que lo que van a solucionar es el conflicto de intereses, dejando de lado el estado emocional de ellas, lo que, sin duda, redundará en resultados pronto y satisfactorios.
- Al abordar un conflicto con un procedimiento basado en intereses se ponen las bases para que las partes, asesoradas por los profesionistas colaborativos, puedan concentrarse en ajustar sus diferencias, estrictamente con relación a la controversia planteada, lo que indefectiblemente ha de satisfacer sus necesidades recíprocas y, por ende, el acuerdo logrado tendrá un mayor reconocimiento y respeto por las mismas.
- Con esta forma de abordar un conflicto, el estrés ocasionado en las partes tiende a disminuir considerablemente, porque las personas involucradas, a la par que van arreglando la disputa, mantienen una relación de cordialidad, pues participan activa y directamente en las negociaciones colaborativas; consecuentemente, si hay niños, el efecto sería semejante: menos estrés, casi igual cercanía con ambos padres y más contacto emocional en estados de tranquilidad.
- Asimismo, los abogados, al no estar litigando el asunto, participan en la construcción de un acuerdo consensuado entre las partes, proporcionando sus conocimientos jurídicos a sus clientes en lo individual, y de manera colaborativa en lo general; además, se produce menos estrés laboral y existe mayor concentración estrictamente en alcanzar la solución al problema.

Sin duda, eso abona a crear un ambiente de camaradería y de buena disponibilidad para gestionar el conflicto.

Por otro lado, también se pueden mencionar algunas desventajas, que no necesariamente están relacionadas con el desarrollo del procedimiento colaborativo, puesto que pueden sobrevenir precisamente de no concluirlo. Por ejemplo:

El proceso colaborativo puede tener un gasto adicional si no se alcanza un acuerdo y las partes tienen que contratar otros profesionales; sin un tribunal involucrado, las partes pueden alargar el proceso al minar las negociaciones; igualmente, cuando se acude a una corte, se tiene la certeza

de que ninguna de las partes esconderá o desviara recursos financieros, por las altas penalidades que ello implica.⁴¹

En otras palabras, si alguna de las partes, una vez iniciado un proceso colaborativo, decide abandonarlo, se abre la necesidad de contratar otros profesionales colaborativos, o si decide proceder judicialmente, entonces también se necesitará contratar un abogado que litigue el asunto ante los tribunales.

Pero hay que tener presente que, en la mayoría de veces, las personas estamos acostumbradas a sentir un efecto coactivo para que procuremos conducirnos apegados a la legalidad; por tal motivo, al no existir presencia de los tribunales, las partes pudieran estar tentadas a retardar el proceso, a forzar las negociaciones de acuerdo con sus intereses o a esconder recursos económicos, lo que ante un tribunal no harían, pues saben las consecuencias legales que ello conlleva.

Como se puede observar, esto no implica que las mencionadas desventajas tengan que ver con el proceso colaborativo como tal, sino más bien que son factores o riesgos a tomar en cuenta a la hora de decidir iniciar el mismo, sin olvidar que cada una de las partes conoce a la otra y sabe cuál es su forma de conducirse ante la ley.

XV. APLICACIÓN DEL DERECHO COLABORATIVO

La aplicación del derecho colaborativo va a ser determinada no sólo por los profesionales colaborativos, principalmente los abogados, de los cuales, de manera breve, ya se ha establecido el papel que desempeñan o las reglas del procedimiento, sino también por las ramas del derecho en que sea factible su implementación y los clientes que deciden resolver sus conflictos en los términos de este medio alterno:

1. Al inicio de su aparición en el ámbito jurídico, su aplicación se centraba dentro del derecho de familia; posteriormente, y de forma gradual, su utilización se fue extendiendo a otras áreas del derecho.

En lo que respecta a esa rama del derecho, Daniela Horvitz señala que la esencia del éxito de los procedimientos colaborativos —en su opinión— es que quienes intervengan puedan combinar adecuadamente su conocimiento de la regulación jurídica imperante en la materia a discutir con la convicción de que, por sus especiales características de permanencia en el tiempo

⁴¹ Hoffman, David y Tesler, Pauline, *op. cit.*, p. 13.

y relaciones que abarca, los conflictos de familia se resuelven de mejor manera, tanto en su proceso como en su cumplimiento, cuando la solución se alcanza con la participación y consenso activo de las partes.⁴²

Sin duda, acordar la solución que pone fin a una controversia, con las partes como protagonistas de esa toma de decisiones, ha de permitir que lo ahí pactado se respete a cabalidad, porque en el proceso colaborativo se vieron inmersas en la búsqueda de dicha solución y fueron aconsejadas jurídicamente acerca de los alcances positivos o negativos que conllevaba la conclusión de la disputa de intereses.

Además, las controversias de familia han sido de las más complicadas al utilizar otros medios alternos de solución de conflictos, porque los vínculos emocionales son los más difíciles de romper, lo que desemboca en graves daños en las relaciones afectivas posconflicto; sin embargo, esto no sucede en la aplicación del derecho colaborativo, pues las partes participan activamente la construcción del acuerdo. Por ello, en materia familiar no es casualidad que haya sido todo un éxito la implementación de este medio alternativo.

Posteriormente, se trasladó al área del derecho civil, donde a pesar de los grandes esfuerzos para usar el derecho colaborativo en materias no familiares, hasta mayo de 2008 se tenía conocimiento de solamente ocho casos civiles (cinco o seis en una provincia de Canadá).⁴³ Lo anterior no debe resultar sorprendente, ya que en algunas materias es conocida la resistencia de los operadores jurídicos para explorar otras formas de solución de conflictos.

Debido a que el derecho colaborativo es relativamente nuevo en la resolución general de disputas civiles, a los abogados, con frecuencia, les falta entrenamiento apropiado y pueden no sentirse cómodos utilizando el proceso sin la asistencia de un experimentado mentor colaborativo.⁴⁴

Sin embargo, la utilización del derecho colaborativo para resolver cualquier disputa ofrece a las partes en conflicto la oportunidad de reparar su

⁴² Horvitz Lennon, Nancy, “El derecho colaborativo”, en Roca i Trias, Encarnación *et al.*, *Especialidades en derecho de familia*, Madrid, Asociación Española de Abogados de Familia-Dykinson, 2014, p. 285.

⁴³ Lande, John y Mosten, Forrest S., “Collaborative Lawyers Duties to Screen the Appropriateness of Collaborative Law and Obtain Clients Informed Consent to Use Collaborative Law”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 25, núm. 2, 2010, p. 349 (traducción propia).

⁴⁴ Chrisman, P. Oswin *et al.*, “Collaborative Practice Mediation: Are We Ready to Serve this Emerging Market?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 6, núm. 3, 2006, pp. 455 y 456 (traducción propia).

relación en el transcurso de la búsqueda de una solución, en vez de arriesgar la ruptura en el proceso de ganar o perder un litigio.⁴⁵ Esto resulta de singular importancia, ya que prevalece un ambiente de cooperación y de compartir responsabilidades en beneficio mutuo. Actualmente, también puede ser utilizado en las materias laboral, empresarial y administrativa.

2. En lo que respecta al rol que juegan los clientes, hay que destacar que pueden ser todo tipo de personas, que son proactivas en la búsqueda de soluciones a los asuntos que les afectan.

En el proceso colaborativo, los clientes entran a un acuerdo de participación que es una obligación contractual. Los clientes están de acuerdo en ser transparentes y proveer información total al otro en lo relevante al conflicto. Con la asistencia de sus consejeros profesionales, los clientes formulan sus metas a corto y largo plazo para la familia y ellos mismos. Se acuerdan que documentos son necesarios y se asigna quién los conseguirá. En equipo se analizan opciones para resolver cada conflicto identificado.⁴⁶

Definitivamente, es indispensable que el cliente cumpla estas funciones para tener la posibilidad total de lograr un acuerdo, es decir, debe existir disponibilidad plena para colaborar activamente en aras de obtener un resultado positivo para ambas partes y sus equipos de profesionales.

Otra actividad preponderante que realizan los clientes es preservar la disponibilidad para lograr un acuerdo, basado en los intereses, y dejando de lado el aspecto emocional, lo que con seguridad ha de abonar para consensuar una salida a su conflicto.

Sin duda, esta actitud colaborativa de los clientes distiende el conflicto y permite que las negociaciones se den en un ámbito de respeto, cordialidad y apertura a analizar todas las opciones legales que se presenten a su consideración. Aunado a ello, la labor que realizan los profesionales colaborativos inmersos en el proceso, seguramente, ha de traer consigo un resultado altamente benéfico para las partes involucradas.

XVI. PERSPECTIVAS DEL DERECHO COLABORATIVO

La justicia alternativa en general ha tenido una gran aceptación en la sociedad, porque se ha comprobado que la participación activa de las personas

⁴⁵ *Ibidem*, p. 457.

⁴⁶ Fauss, Kimberly P., "Client Self-Determination in the Collaborative Process", *Virginia Lawyer*, vol. 58, junio-julio de 2009, p. 40 (traducción propia).

en la resolución de sus propios conflictos resulta mucho más justa que acudir ante un juez, que puede aplicar el derecho o resolver políticamente influenciado por sus íntimas convicciones o manipulado por diversos intereses.

Por ello, el Estado se ha visto en la necesidad de promover la justicia alternativa a través de diversas disposiciones legales para permitir su implementación en varias áreas del derecho.

La aplicación del derecho colaborativo en México no debiera pasar por una larga espera, porque sus características, previamente analizadas, permiten deducir que su utilidad es mucha y los beneficios en materias difíciles de tratar, como la familiar, han quedado de manifiesto.

Además, se debe tener presente que la hipótesis central del derecho colaborativo es que, al remover un potencial litigio de un caso, la naturaleza de las negociaciones dé un giro hacia un acuerdo.⁴⁷ Esto ha de sentar las bases para afirmar sus posibilidades de éxito a la hora de su implementación.

Con la presentación de la iniciativa presidencial en materia de medios alternos de solución de conflictos, se prevé una difusión e integración más amplia en todas las áreas del derecho, lo que, sin duda, coadyuvará para que tanto los juristas como los legisladores volteen a otros horizontes de la justicia alternativa.

Lo anterior ha de dar la pauta para que los investigadores de la ciencia jurídica empiecen a generar literatura sobre este medio alternativo y, consecuentemente, se difunda a través de conferencias, cursos, seminarios o foros donde se muestren las características del mismo.

Posteriormente, con seguridad se ha de incursionar en la inclusión de una materia específica sobre el derecho colaborativo en el ámbito universitario, la cual ha de influir en la diseminación de este medio alternativo y su aceptación dentro de las formas alternas de solución de conflictos.

Con el ánimo de propiciar la práctica colaborativa, se han de impulsar los cursos de inmersión en los estándares de la IACP, que, por una parte, propaguen esta forma de solucionar controversias y, por la otra, capaciten a profesionales de diversas áreas para que se integren en grupos que puedan ofrecer sus servicios de manera multidisciplinar a los clientes que necesiten de sus servicios.

⁴⁷ Macfarlane, Julie, “Experiences of Collaborative Law: Preliminary Results from the Collaborative Lawyering Research Project”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2004, núm. 1, 2004, p. 16 (traducción propia).

XVII. CONCLUSIONES

La justicia alternativa es promotora de la cultura de la paz; se presenta como una opción que realmente les proporciona a las personas la posibilidad de participar en la solución de sus propios conflictos y, lo más importante, son quienes toman la decisión final. Sin duda, esto representa un gran avance para los particulares, que no tienen que acudir ante los tribunales para dirimir sus controversias.

En México, de forma gradual se ha ido incrementando la aplicación de diversos medios alternos de solución de conflictos, algunos con más éxito que otros, pero resulta trascendente que se acojan en buenos términos. Sin embargo, no hay una generalización en la difusión y aplicación de estos medios en las entidades federativas, lo que tiende a demeritar su utilización.

Con las posibles reformas en materia de justicia alternativa, se tiene la perspectiva de que se incluyan otras materias, y no tan sólo la penal, en el ámbito federal. De igual manera, se espera que se abran las puertas para abrazar otras figuras jurídicas de amplia aceptación en otros países, como lo es el derecho colaborativo, el cual tiene comprobado un rotundo éxito en otras latitudes.

De tal manera que, una vez analizadas las ventajas de utilizar un medio alternativo con características propias, éste se presenta como una opción para resolver controversias, no sólo con la participación de abogados, sino también integrando a otros profesionales colaborativos que, dependiendo del caso, puedan aplicar sus conocimientos especializados para dar certeza a las partes a la hora de alcanzar un acuerdo con beneficios recíprocos.

Se tiene como perspectiva propagar el uso del derecho colaborativo, para que la sociedad lo conozca y le brinde su aceptación. Asimismo, los estudiosos de la ciencia jurídica, a la vez que crean literatura, se deberán capacitar y empezar a conformar grupos de profesionales colaborativos, quienes se espera, en un futuro cercano, han de ejercer el derecho colaborativo.

Para concluir se afirma que la justicia alternativa es una nueva forma de solucionar conflictos, pero no de la forma tradicional, sino que se presenta como la posibilidad real de conceder protagonismo total a las partes involucradas en una diferencia de intereses, para que juntas logren un acuerdo que ponga punto final a su problema.

XVIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- AGUILERA DURÁN, Jesús, “El derecho de asociación de los trabajadores de confianza del municipio en el estado de Morelos”, en CABRERA DIRCIO, Julio *et al.*, *Las reformas constitucionales y su impacto en el municipio*, México, Fontamara, 2015.
- ÁLVAREZ TRONGUÉ, Manuel, *Técnicas de negociación para abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía *et al.*, *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, México, Segob, 2015.
- CABANA, Guy, *Los 10 secretos del negociador eficaz*, Barcelona, Sirio, 2007.
- CABRERA DIRCIO, Julio, “Derechos humanos y mediación”, en CABRERA DIRCIO, Julio *et al.* (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad*, México, Fontamara-UAEM, 2014.
- CABRERA DIRCIO, Julio, *Mediación penal y derechos humanos*, México, Ediciones Coyoacán, 2014.
- CAIVANO, Roque J. *et al.*, *Negociación, conciliación y arbitraje: mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*, Lima, Apenac, 1998.
- CONTRERAS MELARA, José Rogelio, *Manual del profesor para la materia Métodos alternos de solución de controversias y salidas alternas al proceso penal acusatorio*, México, Centro de Estudios sobre la Enseñanza y Aprendizaje del Derecho, 2015.
- DÍAZ MÜLLER, Luis T., “Medios internacionales de solución de controversias: una aproximación desde la bucólica ensenada”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- FIERRO FERRÁEZ, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, México, Oxford-CIDE, 2012.
- FISHER, Roger y URY, William, *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*, 2a. ed., Nueva York, Penguin, 1991.

- FLOYER ACLAND, Andrew, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, España, Paidós, 1993.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos”, en ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol *et al.*, *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Pilar *et al.*, *Gestión positiva del conflicto organizacional*, Madrid, Síntesis, 2012.
- GUTTERMAN, Sheila M., *Collaborative Law: A New Model for Dispute Resolution*, Colorado, Bradford Publishing Company, 2004.
- HOFFMAN, David y TESLER, Pauline, “Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel”, *The Alternative Dispute Resolution Practice Guide*, B. Roth Ed West Publishing, 2002.
- HORVITZ LENNON, Nancy, “El derecho colaborativo”, en ROCA I TRIAS, Encarnación *et al.*, *Especialidades en derecho de familia*, Madrid, Asociación Española de Abogados de Familia-Dykinson, 2014.
- MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe y VILLA CORTÉS, José Carlos de, “Medios alternos de solución de conflictos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios y jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t. II.
- MARTÍN PRUS, Federico, “Experiencia argentina en «mediación familiar» y comparaciones con el derecho colaborativo”, en ROCA I TRIAS, Encarnación *et al.*, *Especialidades en derecho de familia*, Madrid, Asociación Española de Abogados de Familia-Dykinson, 2014.
- MEDINA MORA, Raúl, “Cláusula y acuerdo arbitrales”, *Arbitraje comercial internacional*, 2a. reimp., México, Fontamara, 2006.
- MEZA FONSECA, Emma, “Hacia una justicia restaurativa en México”, en CIENFUEGOS SALGADO, David *et al.*, *Judicatura e impartición de justicia en México*, México, Porrúa, 2007.
- MONTERO ZENDEJAS, Daniel, “La mediación penal en el ámbito internacional y sus efectos en la legislación local. Retos y perspectivas”, en CABREIRA DIRCIO, Julio *et al.* (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad*, México, Fontamara-UAEM, 2014.

SOLETO MUÑOZ, Helena, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos.

SOTO GUERRERO, Salvador, “Justicia alternativa en materia civil”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

2. Hemerografía

CHRISMAN, P. Oswin *et al.*, “Collaborative Practice Mediation: Are We Ready to Serve this Emerging Market?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 6, núm. 3, 2006.

COCHRAN JR., Robert F., “Legal Ethics and Collaborative Practice Ethics”, *Hofstra Law Review*, vol. 38, núm. 2, 2009.

FAUSS, Kimberly P., “Client Self-Determination in the Collaborative Process”, *Virginia Lawyer*, vol. 58, junio-julio de 2009.

LANDE, John, “An Empirical Analysis of Collaborative Practice”, *Family Court Review*, vol. 49, 2011.

LANDE, John y MOSTEN, Forrest S., “Collaborative Lawyers Duties to Screen the Appropriateness of Collaborative Law and Obtain Clients Informed Consent to Use Collaborative Law”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 25, núm. 2, 2010.

MACFARLANE, Julie, “Experiences of Collaborative Law: Preliminary Results from the Collaborative Lawyering Research Project”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2004, núm. 1, 2004.

MOSTEN, Forrest S., “Lawyer as a Peacemaker: Building a Successful Law Practice Without Ever Going to Court”, *Family Law Quarterly*, vol. 43, núm. 3, 2009.

PLAZA, Amancio, “Primera aproximación al derecho colaborativo: los elementos esenciales del «proceso colaborativo»”, *Revista Deusto*, Bilbao, año 32, núm. 127, julio-septiembre de 2015.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, t. XLVI, 2013.

SCHWAB, William H., “Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 4, núm. 3, 2004.

WIEGERS, Wanda y WEET, Michaela, “Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 46, núm. 4, 2008.

C

Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2016.

Fecha de aceptación: 18 de enero de 2018.