

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA MEDIACIÓN CIVIL EN EL ESTADO DE NAYARIT



Trabajo recepcional que para optar por el grado
de Maestro en Derecho Público presenta:

MARÍA NATIVIDAD SAMANIEGO HERNÁNDEZ

DIRECTORA:
DRA. IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO

Tepic, Nayarit, octubre de 2009.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA MEDIACIÓN CIVIL EN EL ESTADO DE NAYARIT



Trabajo recepcional que para optar por el grado
de Maestro en Derecho Público presenta:

MARÍA NATIVIDAD SAMANIEGO HERNÁNDEZ

**DIRÉCTORA:
DRA. IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO**

Tepic, Nayarit, octubre de 2009.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT

AGRADECIMIENTOS

A MI ESPOSO **JOSÉ LUIS LÓPEZ RAMÍREZ**,
GRACIAS POR TU AMOR, COMPRENSIÓN,
SOLIDARIDAD, PACIENCIA Y POR
INDUCIRME AL CAMINO DE LA
SUPERACIÓN.

A MIS HIJOS **OMAR KARIM Y JOSÉ LUIS**
POR SER LA FUENTE DE MI INSPIRACIÓN Y
MOTIVACIÓN PARA SUPERARME CADA DÍA
MÁS.

A MIS NIETOS **OMAR KARIM, DIEGO
SEBASTIAN Y SARA PATRICIA** QUE CON SU
INOCENCIA, AMOR Y TRAVESURAS ME HAN
DADO LA FORTALEZA ESPIRITUAL PARA
CONTINUAR POR EL CAMINO DE LA
SUPERACIÓN.

AGRADECIMIENTOS

A MI UNIVERSIDAD Y EN ESPECIAL A LA U.A.D. POR ALBERGARME Y DARME LA OPORTUNIDAD DE TRANSITAR POR EL CAMINO DE MI PREPARACIÓN.

A MIS MAESTROS, QUE CON SUS CONOCIMIENTOS Y SABIDURÍA SUPIERON CONDUCIRME HACIA EL LOGRO DE ESTA META.

A MI DIRECTORA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN **DRA. IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO**, GRACIAS POR SU DEDICACIÓN DESINTERESADA Y POR SUS SABIOS CONSEJOS.

INDICE

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

JUSTIFICACIÓN.

OBJETIVOS.

CAPÍTULO PRIMERO. REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA MEDIACIÓN

	Pagina
1.1. ANTECEDENTES EN MÉXICO	1
1.2. MÉXICO INDEPENDIENTE	8
1.3. MÉXICO REVOLUCIONARIO	
1.4. ANTECEDENTES EN NAYARIT	11

CAPÍTULO SEGUNDO. LA CONTROVERSA CIVIL

2.1. DIFERENCIA ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL PROCESO	21
2.1.1. FASES DEL PROCESO CIVIL	24
2.2. FINES	26
2.3. OBJETO	28
2.4. FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS DE LA CONTROVERSA.	30
2.5. FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIAS DIVERSAS	36

CAPÍTULO TERCERO. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL DE LA MEDIACIÓN

3.1. ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN	38
3.2. CONCEPTO DE MEDIACIÓN	41
3.3. OBJETIVOS	45
3.4. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN	49
3.5. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL CIVIL EN EL ESTADO Y LA MEDIACIÓN	54
3.6. LOS SUJETOS DE LA MEDIACIÓN	57
3.7. FUNDAMENTOS DE LA MEDIACIÓN	59
3.8. LOS FINES DE LA MEDIACIÓN	

**CAPÍTULO CUARTO.
ASPECTOS NORMATIVOS DE LA MEDIACIÓN**

4.1. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO	62
4.2. REFERENCIA FORMAL DE LA MEDIACIÓN	66
4.3. ASPECTOS NORMATIVOS	68
4.3.1. CONSTITUCIONALES	81
4.3.2. MEDIO ALTERNATIVO REGULADO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE NAYARIT	82
4.4. EXISTENCIA DE LA MEDIACIÓN	84
4.5. DIVERSAS EXPRESIONES SOCIALES RESPECTO DE LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVAS DE SOLUCION DE CONFLICTOS	86
4.6. NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL NAYARITA	87

**CAPÍTULO QUINTO.
HACIA UNA CULTURA DE LA MEDIACIÓN COMO FORMA ALTERNATIVA DE
SOLUCIÓN DEL CONFLICTO**

5.1. REFLEXIÓN JURÍDICA	89
5.2. REFLEXIÓN SOCIOLOGICA	94
5.3. REFLEXIÓN FINAL	96
CONCLUSIONES	102
FUENTES DE CONSULTA	105

INTRODUCCIÓN

Los poderes judiciales del país encuentran un grave problema en el crecimiento de los conflictos de particulares que ponen a consideración de la función jurisdiccional, en este sentido, se impone generar mecanismos con igual nivel de eficiencia que generen el desahogo a través de medios alternativos de solución de conflictos, de esta manera se impone el análisis monográfico de la mediación como forma diversa de resolver controversias de particulares sujetas a la aplicación jurisdiccional.

El estado de Nayarit, no es ajeno a la dinámica expuesta, antes bien, precisa la necesidad de implementar medidas diversas a la resolución de conflictos correspondientes, que generen soluciones para los gobernados que se sujetan a este servicio público.

Actualmente, la ley procesal civil para el estado de Nayarit, que regula las controversias de carácter familiar y civil propiamente dicha, no contienen regulación alguna sobre medios alternativos de solución de conflictos, con excepción de la conciliación, sin embargo, este mecanismo es insuficiente para generar eficacia para el desahogo judicial.

La presente monografía, pretende establecer las bondades que ofrece la mediación como medio especializado para la solución de controversias judiciales.

El contenido integral sistemático del presente trabajo se desarrolla sobre los siguientes temas y subtemas: capítulo uno; es relativo a las referencias históricas de la mediación, que a su vez, contiene antecedentes en México, en el México independiente, en el México revolucionario, y finalmente, los antecedentes en Nayarit; el capítulo segundo, es relativo a la controversia civil; que a su vez contiene, la diferencia entre la mediación y el proceso, las fases en el proceso

civil, fines, objeto, las formas compositivas de la controversia y las formas alternativas de solución de conflictos en materias diversas; por su parte, el capítulo tercero, contiene el marco teórico conceptual de la mediación, mismo que contempla los aspectos generales de la mediación, el concepto de mediación, sus objetivos, los principios de la mediación, el procedimiento judicial civil en el estado y la mediación, los sujetos de la mediación; los fundamentos de la mediación y fines de la mediación, por su parte, el capítulo cuarto, refiere aspectos de la mediación, el marco constitucional de la mediación en México, la referencia formal de la mediación, los aspectos normativos constitucionales, código procesal civil de Nayarit, la existencia de la mediación, las diversas expresiones sociales respecto de la mediación como alternativas de solución de conflictos y la necesidad de implementar la mediación en la legislación procesal civil nayarita; finalmente, el capítulo quinto, precisa la incursión de una cultura de la mediación como forma alternativa de solución del conflicto, lo que a su vez increpa con una reflexión jurídica relativa, una reflexión sociológica y una reflexión personal.

Sirva lo anterior de marco introductorio para la incursión en la presente monografía, el cual se fundamente en el método analítico, descriptivo, deductivo, histórico a través de la revisión sistemática de documentos que contienen la información relativa a la temática que se abordan en el presente documento.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho es el instrumento creado por el estado para propiciar la solución formal de conflictos que se generan entre particulares, derivado de ello, no se niega la existencia de formas diversas de solución de consecuencias de aspectos de tipo empírico, como el trato o el arreglo, incluso los convenios o contratos, no obstante ello, cuando existen estas formas de resolver los particulares sus diferencias, el estado crea y organiza estructuras jurídicas a través de los juzgados y sus reglamentaciones adjetivas para establecer bases claras y congruentes sobre las cuales se desarrollará la solución del conflicto, es decir, a través del juicio.

No obstante lo anterior, y aun en el establecimiento de las bases de solución de conflictos forzosos desde la óptica del estado, resulta fundamental generar en los rijosos la cultura de solución de conflictos desde un plano diverso al jurídico, de esta manera se crean figuras alternativas al juicio para resolver los conflictos formales planteados.

Desde el derrotero anterior, se crean instituciones formales de solución de conflictos de formas alternas como la conciliación, la mediación entre otros, lo que supone diversas ventajas incluso de tipo cultural que son fundamentales rescatar.

El procedimiento civil para el estado de Nayarit, se constituye de diversas etapas de desarrollo para la solución de un conflicto con contestación, el ofrecimiento de pruebas, admisión y desahogo, elaboración del proyecto de sentencia y sentencia, en este sentido, el libro tercero, capítulo cuarto, sección cuarta relativo a otras formas de extinción del juicio y que supone la conciliación, particularmente en los artículos 272 y 273, que a la letra dicen: artículo 272.- En todos los juicios cuya naturaleza así lo permita, la

Autoridad judicial de oficio o a petición de cualquiera o de ambas partes, mandará citar a estas a una audiencia de conciliación. Artículo 273.- la audiencia se desarrollara conforme a las siguientes reglas: I.- las partes comparecerán personalmente ante el órgano jurisdiccional, sin abogados patronos, asesores o apoderados; II.- el juzgador intervendrá exhortándolos para que procuren llegar a un arreglo conciliatorio, y III.- si las partes no llegan a un acuerdo o no asisten, se les tendrá por inconformes, siguiendo el juicio, el curso que corresponda.

Por lo que se aprecia de lo anterior que el legislador incluye muy escuetamente las formas alternativas de solución diversas a la sentencia pues se refiere a la conciliación que debe de ser tratada y propuesta por la autoridad jurisdiccional mas no reguló ningún otro procedimiento alternativo para la resolución de conflictos judiciales y no se busco la manera de evitar en lo posible el incremento en los conflictos judiciales y en claro al abatimiento al rezago actual ni tampoco se preocupo por propiciar la cultura de la feliz componenda.

De lo anterior se advierte la preocupación del legislador por regular formas alternativas de solución diversas a la sentencia, tratando de evitar en lo posible el incremento en los conflictos judiciales, y en claro abatimiento al rezago actual, así como propiciar la cultura de la solución pacifica de los conflictos.

La reflexión del tema de la mediación, advertido desde el punto de vista monográfico, arroja posiciones jurídicas sociológicas concretas que abonan en una postura analítica crítica de las formas alternativas de solución de conflictos.

JUSTIFICACION

La presente investigación pretende generar las condiciones mínimas para la obtención del grado académico de maestro en derecho; para lo cual se procura otorgar a la investigación que se desarrolla un tema que concrete aspectos de actualidad, trascendencia, viabilidad y de aplicación objetiva.

El trabajo que se realiza es con la finalidad de desarrollar un estudio de carácter monográfico que contenga una investigación exhaustiva e integral de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos jurídicos, pero además, establecer bases de comparación objetivo aplicativo en leyes adjetivas civil y penal en el estado de Nayarit.

La situación que permite los límites del tema en desarrollo se debe precisar en tiempo y espacio, de esta manera se determina que la investigación que se plantea tendrá sus referencias en el estado de Nayarit y en la actualidad, sin dejar de observar las referencias de análisis sistemático que contiene el tema de la mediación.

Con base en el derrotero planteado, deben establecerse los aspectos que concentren el objetivo, general y en sus casos particulares que el desarrollo monográfico exija, siendo lo que a continuación se tratará.

OBJETIVOS

GENERAL

Los objetivos generales se desprenden del análisis de la figura de la mediación como forma alternativa de solución de conflictos y consideraciones en el plano social, determinar sus alcances y consecuencias, así como advertir las posturas derivadas de las expectativas que la misma supone; este estudio se plantea a través de una investigación monográfica y se pretende establecer como un objetivo, más reflexiones sobre el tema de la mediación como forma de solución de conflictos en el estado de Nayarit, sus manifestaciones en la legislación civil adjetiva, así como los alcances de los cuadros normativos que lo contemplan en la actualidad.

PARTICULAR

Los objetivos particulares pretenden el desarrollo preciso de los objetivos generales, de manera que metodológicamente se estudien sobre las bases de congruencia y coherencia, así como la exhaustividad. Para desarrollar el estudio de forma sistemática, por lo anterior, destacan como objetivos particulares el desarrollo, histórico de la mediación en nuestro país como primer referente, para luego establecer las bases dogmáticas que sustentan científicamente a la mediación, derivado de lo anterior se debe destacar los aspectos normativos que soportan esta forma alternativa de solución de conflictos, y finalmente establecer reflexiones de cotejo paralelo entre la legislación civil y sus alcances teleológicos sociales y normativos.

Capitulo Primero
REFERENCIAS HISTÓRICAS DE
LA MEDIACIÓN

1.1. Antecedentes

Los antecedentes constituyen la parte histórica que se genera a través del paso del tiempo, en este caso es difícil establecer aspectos de desarrollo histórico en épocas pretéritas de la historia, esto atendiendo al hecho de que en las etapas primitivas del hombre no se advertían condiciones de evolución intelectual tendiente a compensar de mejor manera las agresiones que se recibían, las cuales eran fundamentalmente de tipo corporal, constituyendo atentados contra la vida y el cuerpo.

La historia de las cosas, particularmente en el plano jurídico deben estar precisadas metodológicamente, de tal manera que su análisis permita la observación ordenada de las diversas etapas atendiendo a aspectos de trascendencia en la evolución de la sociedad.

El aspecto evolutivo de las sociedades puede ser tratada de forma global, hablando en un contexto internacional, o en plano local, atendiendo a determinada área geográfica; en este sentido, solo por enunciar las condiciones de carácter global se precisará la evolución general de forma enunciativa, para finalmente centralizar la información hacia México.

La sociedad en épocas pretéritas, nació libre a la vida independiente, lo primitivo de su nacimiento le generó desventajas en la naturaleza de forma tal que casi cualquier entidad orgánica tenía mejores formas de defensa que el hombre mismo de tal manera que ante estas desventajas el individuo humano reacciona

buscando en la unión grupal una forma de protección y satisfacción de sus necesidades básicas.

De esta manera, los hombres se agruparon y se distribuyeron tareas, mientras algunos se dedicaban a la recolección de frutos, la caza y demás, otros se dedicaban al resguardo y cuidado de los mas desprotegidos, en ese tenor, resulta natural que ante la multiplicidad de voluntades surjan discrepancias derivadas de la misma interacción humana, lo que generó conflictos.

La cohesión grupal se vuelve el fundamento de la seguridad de los individuos que socialmente se involucraban en estos grupos, lo cual provoca que surjan formas primitivas de control de conductas, tales como la ley del talión, la ley de las compensaciones, juicios sencillos atribuidos a deidades por decir que era una forma de control social.

En épocas pretéritas no existen vestigios de la mediación, derivado de los alcances de la misma figura, sin embargo se precisaron otras alternativas de control conductual como el antes advertido.

A continuación se precisan como antecedentes de la evolución de los métodos de resolución de conflictos lo siguiente.

En una mirada evolutiva acerca de como el hombre para poder subsistir o defender sus derechos básicos, ha creado distintos métodos o formas de resolver los conflictos, se puede mencionar las siguientes estrategias utilizadas.

Los clanes y Tribus la utilizaban, a través de la ley del más fuerte y por la vía de los hechos resolvían los conflictos como las guerras, los asesinatos, mutilaciones. Éstas fueron creadas por las primeras civilizaciones, cómo prueba de ello se tiene el Código de Hammurabi, la Ley del Tali3n en la legislación islámica, que aplicaban sanciones drásticas tales como la pena de muerte y mutilaciones.

Con el surgimiento y evolución de los Estados, se otorgó la facultad o poder a un tercero, con autoridad de imperio, destacándose entre ellos, el Señor, el Rey,

el Monarca, el César, a quienes se atribuían la resolución de conflictos, entre sus súbditos.

Con el advenimiento de la Revolución Francesa, se produce un hecho de capital importancia en términos evolutivos para la concepción de la justicia, ello es la separación de las funciones del Estado, en ella se entrega esta autoridad, a un ente distinto e independiente del que sustenta la Administración, la división de los poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, permitió que la figura de este Poder Judicial, se encargara en consecuencia, de resolver los conflictos en base a leyes que generan otro poder del Estado, el legislativo, este principio es la base de una sociedad en democracia.

En términos generales las formas de control de actuaciones humanas socialmente hablando evolucionaron hasta crear patrones de conducta complejos, así como estructuras judiciales para lograr dirimir las controversias de particulares entre si, y evitar la anarquía y la venganza de mano propia. En esta referencia se encuentra el fundamento filosófico del derecho.

1.2. En México

En México no fue diferente las formas de control de conductas y los patrones primitivos asumidos por las tribus para resguardar el orden social, sin embargo la historia de México obliga a establecer el análisis derivado de sus grandes cambios generados a través del tiempo, de ahí que se hable de una etapa que va desde antes de la conquista, hasta después de esta, la abolición de la conquista y la forma de desarrollo en México de forma independiente, lo que constituirá los grandes tópicos que a continuación se analizarán.

En la cultura Azteca la estructura judicial estuvo jerarquizada, se tenía un supremo tribunal con doce o catorce magistrados, y solo se encargaban de los asuntos de mayor importancia; un tribunal con tres o cuatro magistrados que conocían de todos los asuntos de mediana importancia; también hubo jueces

menores electos anualmente, esto permitió un sistema de apelación, que llevo a deducir que el proceso era bi–instancial o tal vez con mas de dos instancias; se juzgaba por separado a los plebeyos y a los nobles, a la justicia la llamaban tlamelahuacachinaliztli, que significa “ordenado o recto”; el juez de primera instancia era denominado “teuctli” y su cargo era de elección popular, por los jefes de familia de cada calpulli, aunque la designación oficial la hacia el tlatoani. La competencia jurisdiccional era sólo para los asuntos civiles o penales, también se elegían, anualmente a sujetos encargados de regular la conducta de las familias y denunciar todo tipo de irregularidades en cada barrio.

Entre los aztecas el procedimiento era oral, se levantaba un testimonio de todo lo actuado a manera de expediente, con la clásica escritura jeroglífica y este se quedaba en poder del juzgado como si se tratara de archivos judiciales de ahí que el tlacuilo o escribano era muy importante.

Como se puede observar en estas civilizaciones no existen rasgos de que se hayan resuelto las controversias de otra manera pues todos los conflictos se resolvían ante los tribunales o ante los jueces locales, tenían un alto sentido de justicia y la importancia de su impartición era responsabilidad del estado¹.

1.2.1. Prehispánica

La época prehispánica supone la existencia de la sociedad mexicana antes de la llegada de los hispanos; es decir, de los españoles que finalmente ejercieron conquista sobre las tribus dominantes de nuestras tierras, en este sentido, la existencia de regulación propia de la época reconocía características propias que

¹ Pérez de los Reyes Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, Editorial Oxford, México 2002. pagina 97.

denotaban especificidades respecto de las desarrolladas en otras latitudes del mundo.

1.2.2. La Conquista

La conquista de México surge con la intervención española en nuestras tierras mediante lo cual trajo como consecuencia, la imposición de diversas normativas relativas a la tierra del conquistador; en este sentido, se tiene registros históricos de diversos documentos jurídicos que no amparaban con los establecidos en la época antes de la colonización.

En la conquista la justicia se caracterizó por su gran complejidad en cuanto al número de instituciones jurisdiccionales y lo complicado de su tramitación. Había varios tribunales ordinarios, generales y muchos extraordinarios; estos impartían justicia a los diferentes sectores de la población en los que gozaban de fueros.

Tribunales ordinarios estaban compuestos por el real y supremo consejo de indias, reales audiencias, alcaldes mayores o corregidores, cabildos españoles e indígenas, alcaldes ordinarios de lo civil y de lo penal. Estos tribunales actuaban con base en una acusación o una acción fundada en derecho y guardaban las formas establecidas para el caso.

Tribunales Especiales estaban integrados por el consulado, el protomedicato, Tribunal del Santo Oficio o de la inquisición, la acordada, el Tribunal de Minería, el Juzgado General de Indios, el Tribunal de la real Hacienda y Tribunal de Cuentas, el fuero universitario, el fuero eclesiástico, los fueros militar y de marina, la mesta, el tribunal de bienes de difuntos, el tribunal de la bula de la santa cruzada, el tribunal de composición de tierras y tribunales de provincia.

Tribunales Extraordinarios, en cuanto a la justicia extraordinaria era la correspondiente a los fueros personales y de grupo.

En todos los tribunales de la justicia ordinaria tenían un poder o facultad jurisdiccional dependiente de la autoridad real, pues en sus actuaciones invocaban

hacerlo en nombre del rey, además de que muchas veces recibían instrucciones de este.

Las instancias procesales en la Nueva España se tenían para asuntos de poca importancia entre colonos y el órgano jurisdiccional que resolvía eran los alcaldes ordinarios ya sean civiles o penales. En segundo lugar en apelación el cabildo del lugar, en la primera instancia entre los indígenas en pueblos de indios la jurisdicción la tenía el cabildo indígena, en los asuntos de mediana importancia ya fueran civiles o penales la jurisdicción la tenía el alcalde mayor o el corregidor del lugar y en apelación la audiencia.

En los asuntos de mayor importancia civiles o penales, la jurisdicción la tenía audiencia y en apelación el real y supremo consejo de indias.

De acuerdo con su contenido los juicios en la justicia ordinaria tenían las características de ordinario, cuando se llevaban a cabo todos los procedimientos y solemnidades establecidos por la ley; el extraordinario, el cual era breve, urgente y sin tanta tramitación, para materias que así lo requerían; en tanto que el civil para asuntos de carácter privado y de contenido civil y mercantil entre particulares; el criminal de materia penal, por la posible comisión de un delito; mixto: en donde, por razones de la materia de que se tratara, podrían verse involucradas las materias civiles y criminales; definitivo, si resolvía la litis, ya sea absolviendo o condenando; interlocutorio resolvía incidentes para una posterior resolución definitiva en otro juicio; mixto, cuando se le daba, por alguna causa, el carácter de definitivo a lo resuelto en un juicio interlocutorio.

Se puede concluir que en esta época no hubo un derecho sistematizado con un conjunto de normas jurídicas aplicables exclusivamente a lo que se le conoció en esa época como la Nueva España, dado que el derecho que se aplicó fueron normas generales expedidas por el monarca, en principio el derecho indiano se aplicó en los territorios del nuevo mundo el cual se conoció con el nombre genérico de las Indias Occidentales y estas normas e instituciones fueron aplicadas alternativamente las referentes al rey y sus facultades, lo referente al

real consejo de indias o a los municipios indianos; así mismo lo referente al trato especial a los indios caribeños.

Es indudable que al entrar en contacto dos culturas completamente opuestas como es la europea y la indígena debió de haber sido fuerte y difícil su asimilación, además de ser necesario adaptarse, transculturisarse y convivir, si bien es cierto se impuso el derecho castellano, a pesar de esto subsistieron algunos aspectos del derecho prehispánico. Incluso en las leyes de indias de 1680 se observa el criterio de que los indígenas siguieran gobernados por sus normas y autoridades, en tanto ello no se opusiera a las disposiciones españolas en lo religioso o jurídico.

Se considera natural que se impusiera el derecho castellano sobre el prehispánico y no solo por la conquista de España, si no porque el derecho europeo era más amplio y de mayor alcance dada su tradición de siglos y sus raíces están en el derecho romano.

1.2.3. México Independiente

Cuando México adquiere su independencia, de la colonización, reorganiza su vida jurídica por medio de la creación paulatina de normas adecuadas a las condiciones sociales imperantes y requeridas, lo que propicio la restructuración del sistema normativo impuesto por lo españoles, en tal sentido, se generan otros patrones reguladores de la conducta que a continuación se analizarán.

Durante la transición de la Conquista al México Independiente surge el Derecho Insurgente como el conjunto de normas, instituciones y principios filosófico-jurídicos emanados del pensamiento y de las proclamas de los principales líderes de la guerra de Independencia. Aunque este derecho le faltó la imposición coercitiva que caracteriza a todo orden jurídico, pues su vigencia se reducía al ámbito territorial que podían defender las armas insurgentes; aunque estos principios y ordenamientos, a veces llegaban al nivel constitucional sirvieron de base a nuestra organización como país independiente y especialmente al

implantarse el régimen republicano. El Derecho Insurgente viene a ser la configuración de los orígenes de nuestra tradición jurídica nacional.

De la misma manera, Hidalgo consideraba que debería de crearse “un congreso nacional que se componga de representantes de todas las ciudades, villas y lugares del reino, que teniendo por objeto principal mantener nuestra santa religión, dicte leyes suaves, benéficas y acomodadas”, de esta manera cumplir con su deseo de elaborar una constitución en donde se debía de forjar nuestra felicidad; dictar leyes que gobernarán con la dulzura de padres; nos tratarán como hermanos; desterrarán la pobreza y a la vuelta de pocos años disfrutaran sus habitantes de todas las delicias que el soberano autor de la naturaleza ha derramado sobre este basto continente y de esta manera el 5 de diciembre de 1810 en la Ciudad de Guadalajara dictó un decreto para los pueblos comunales en donde señalaba que el goce de las tierras debía ser exclusivo de sus habitantes, el día 6 del mismo mes y año en Guadalajara se refrendó el bando de Valladolid.

Durante esta etapa de la independencia México aun no se consolidaba como una nación independiente, por lo que carecía de un ordenamiento jurídico que organizara las instituciones jurídicas, que rigieran a sus instituciones de gobierno por lo que tuvo que regirse por las leyes que se tenían antes de que se gestara el movimiento de independencia.

Posteriormente Hidalgo fue derrotado y continuó con la lucha Morelos, este caudillo convocó al primer congreso de Anáhuac para preparar una constitución para la nueva nación. De estas reuniones el 14 de septiembre de 1813 se inauguró el congreso de Chilpancingo y este por los acontecimientos militares tuvo una existencia ambulatoria. Así nace la constitución de Apatzingan aunque esta nunca tuvo vigencia pero si se debe tomar en cuenta como un ordenamiento jurídico que contenía el respeto a la soberanía popular el establecimiento y la separación de los tres poderes, la igualdad de la ley para todos “mejor dicho: la igualdad de todos ante la ley” y especialmente el principio de “nullun crimen sine

lege” y cabe destacar el contenido de los artículos 24 al 40, que constituyen el capítulo quinto de la constitución dedicado a los derechos individuales.

1.2.4. Actualmente

En la actualidad existen diversas tendencias que le han apostado a los medios alternativos de solución de conflictos diversos a los que propone el poder judicial, de forma contenciosa, en este tenor, han adoptado diversas vertientes jurídicas postulados normativos como el derecho penal, civil familiar y casi la totalidad de las disciplinas jurídicas.

Esta referencia permite establecer con cierta claridad la importancia que en la actualidad consciente la sociedad como posible solución de sus conflictos, en esta tesitura, existe la conciliación, el arbitraje, la composición, entre otras, y por supuesto la mediación, que ha sido una de las mas socorridas para generar alternativas de solución de conflictos.

Con la referencia anterior debe destacarse el hecho de que la presente investigación pretende centralizar sus alcances a los aspectos de controversia de carácter civil, lo que incluso contiene par los alcances de carácter familiar.

A pesar de que la figura de la mediación lleva aproximadamente unos 30 años operando en el mundo, esta es relativamente nueva en México y por lo tanto, se ha encontrado con una serie de obstáculos y barreras con las que tenemos que seguir luchando para que la mediación sea en México un procedimiento viable utilizado tanto en el sector publico como en el privado. Algunas de estas barreras con las que se ha encontrado la mediación en nuestro país siendo:

a) La falta de cultura de la mediación: cultura de todo o nada en donde la negociación no tiene lugar;

b) La falta de legislación, esto afecta la confidencialidad del procedimiento, axial como el cumplimiento de del Acuerdo de Mediación, y;

c) El desconocimiento del tema: la mayoría de las personas no sabe como funciona, o cuales son sus ventajas.

Necesidad de que existan Instituciones Serias: dedicadas exclusivamente a la mediación, están más enfocadas al arbitraje o no tienen una buena selección ni capacitación de sus mediadores. Cabe mencionar que en nuestro país la razón de ser de la mediación esta basada directamente en la ley, a través de los tribunales.

1.3. En Nayarit

En Nayarit son pocas las incursiones sólidas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pues solo determinados asuntos de carácter penal y la materia de índole familiar y civil, son las que manejan la conciliación, como forma de solución de conflictos de manera diversa a la emisión de la sentencia definitiva.

Sin embargo, existen otros mecanismos no menos importantes que ayudarían a mitigar la carga laboral jurisdiccional, ante el órgano del estado encargado de impartir justicia, tales como la mediación, el arbitraje entre otros; sin embargo, en la actualidad no existe manifestación de estas formas formales de solución de conflictos, lo que en mi concepto resulta incoherente con las exigencias sociales de la entidad, en la que considero resulta mejor forma de solución de conflictos la alternativa de composición amable, que la determinación jurisdiccional.

No obstante lo afirmado, se destaca el hecho de que en el Estado de Nayarit, no existe la mediación como forma de solución de conflictos; aunque se tienen antecedentes de que en Nayarit a tenido en su haber tres códigos de procedimientos civiles, inicialmente mediante decreto 1736 del 31 de diciembre de 1937, se reformó el artículo 80 de la Constitución Política del Estado de Nayarit, adoptando con ello los códigos Civiles, Penales y de Procedimientos Civiles y Penales del Distrito y Territorios Federales en cuanto no se opusieran a la Ley de Organización de los Tribunales, Ley del ministerio Público y Ley de Tribunales para Menores e Incapacitados que tenia expedidos Nayarit; posteriormente se expidió el Código de Procedimientos Civiles de Nayarit, aprobado mediante

decreto 6434 publicado el 22 de Agosto de 1981, con el cual se abrogan los Códigos Federales adoptados. Con fecha de 21 de Noviembre de 1992 mediante decreto número 7519 fue publicado el Código de Procedimientos Civiles que rige actualmente en el Estado de Nayarit, el cual abrogó el expedido en 1981.

El Código Procesal Civil de Nayarit de 1981, segundo código adoptado por el Estado y primer código realizado para éste, contemplaba el juicio arbitral como procedimiento especial dentro del Título Octavo Del Juicio Arbitral. Reglas Generales; así como un capítulo sobre la preparación de éste, Capítulo IV De la Preparación del Juicio Arbitral.

En el artículo 571 se establecía que las partes tenían el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral. En el artículo 574 del referido ordenamiento, se precisó que todo el que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles podían comprometer en árbitros sus negocios.

En el referido artículo se precisó que los tutores no podían comprometer los negocios de los incapacitados ni nombrar árbitros si no con aprobación judicial, salvo el caso en que dichos incapacitados fueren herederos de quien celebró el compromiso o estableció cláusula compromisoria, si no hubiere designación de árbitros se hará siempre con intervención judicial, como se previó en los medios preparatorios a juicio arbitral.

En el artículo 575 se precisaba que los albaceas necesitaban del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitros, salvo el caso en que se tratara de cumplimentar el compromiso o cláusula compromisoria pactados por el autor. En éste caso si no hubiere árbitro nombrado se hará necesariamente con intervención judicial.

En otro de los artículos en el 576 se estableció que los síndicos de los concursos solo podían comprometer en árbitros con unánime consentimiento de los acreedores.

A continuación se hará la referencia respecto de la regulación a la que se sujetaban las partes para someter los conflictos al juicio arbitral:

En el artículo 572 del referido Código se estableció el compromiso que podía celebrarse antes de que haya juicio, durante éste y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre.

El compromiso posterior a la sentencia irrevocable solo tendrá lugar si los interesados la conocieren.

El compromiso arbitral consistía de conformidad en lo estipulado en el artículo 573 en celebrarse por escritura pública, por escritura privada o en acta ante el juez, cualquiera que fuere la cuantía.

En el artículo 578 se establecía que el compromiso designará el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Si falta el primer elemento, el compromiso era nulo de pleno derecho sin necesidad de previa declaración judicial.

Cuando no se hallaban designado los árbitros, se entendía que se reservan hacerlo con intervención judicial, como se previene en los medios preparatorios.

En el artículo 582 se precisaba que el compromiso producía las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante el se promueve el negocio en un tribunal ordinario.

El referido compromiso terminaba de acuerdo a lo establecido en el artículo 584:

- I. Por muerte de árbitro elegido en el compromiso o en la cláusula compromisoria si no tuviere substituto. En caso de que no hubieren las partes designado el arbitro si no por intervención del tribunal, el

compromiso no se extinguirá y se proveerá al nombramiento del sustituto en la misma forma que para el primero;

- II. Por excusa del árbitro o árbitros, que solo puede ser por enfermedad comprobada que le impida desempeñar su oficio;
- III. Por recusación con causa de declarada procedente, cuando el árbitro hubiere sido designado por el juez, pues al nombrado de común acuerdo no se le puede recusar;
- IV. Por nombramiento recaído en el árbitro de magistrado, juez propietario o interino por mas de tres meses; lo mismo se entenderá de cualquier otro empleo de la administración de justicia que impida de hecho o de derecho la función del arbitraje;
- V. Por la expiración del plazo estipulado o del legal a que se refería el artículo 579.

Los negocios que no podían comprometerse en árbitros estaban precisados en el artículo 577 y los cuales consistían:

- I. El derecho de recibir alimentos.
- II. Los divorcios excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias;
- III. Las acciones de nulidad de matrimonio;
- IV. Los concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 333 del código civil;
- V. Las demás en que lo prohiba expresamente la ley.

El plazo del arbitraje de conformidad en lo establecido en el artículo 579 sólo era valido aunque no se fijar término del juicio arbitral u, en éste caso la misión de los árbitros durará sesenta días. El plazo se cuenta desde que se acepte el nombramiento.

En el artículo 586 del referido ordenamiento, se establecía que siempre que hubiera de reemplazarse un árbitro se suspendería los términos durante el tiempo que pase para hacer el nuevo nombramiento.

En artículo 589 disponía que cuando el tercero en discordia fuere nombrado faltando menos de quince días para la extinción de término del arbitraje y las partes no lo prorroguen, podrá disponer de diez días más que se sumarán a dicho término para que pueda pronunciarse el laudo.

En el artículo 578 se establecía que el compromiso que designará el negocio o negocios que se sujetaran al juicio arbitral y al nombre de los árbitros.

Cuando no se hubiere designado los árbitros, se entendía que se reservaba hacerlo con intervención judicial, como se previene en los medios preparatorios.

En el artículo 580 se estableció que durante el plazo del arbitraje los árbitros no podrían ser revocados sino por el consentimiento unánime de las partes.

En el artículo 585 del mismo ordenamiento se precisó que los árbitros sólo eran recusables por las mismas causas que lo fueren los demás jueces.

El artículo 591 disponía que las recusaciones y excusas de los árbitros conocería el juez ordinario conforme a las leyes y sin ulterior recurso.

En el artículo 584 se precisaba que el compromiso terminaría:

II. Por excusa del árbitro o árbitros, que solo puede ser por enfermedad comprobada que le impida desempeñar su oficio

En el caso del secretario el artículo 583 refería que cuando hubiere árbitro único, las partes eran libres de nombrarle un secretario, y si dentro del tercer día empezando desde aquel en que deba actuar no se han puesto de acuerdo, el árbitro lo designará y a costa de los mismos interesados desempeñará sus funciones.

Cuando fueran varios los árbitros, entre ellos mismos elegían al que fungiera como secretario, sin que por esto tenga derecho a mayores emolumentos.

En cuanto al árbitro tercero en discordia en el artículo 588 se disponía que los árbitros estuvieren autorizados a nombrar a un tercero en discordia y no lograren ponerse de acuerdo, acudirán al juez de primera instancia.

En el artículo 590 se establecían las facultades del árbitro, que consistían en que los árbitros decidían según las reglas del derecho, a menos que en el compromiso o en la cláusula se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia.

El artículo 592 precisaba que los árbitros podían conocer de los incidentes sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio principal. También podían conocer de las excepciones perentorias, pero no de la reconvencción, sino en el caso en que se oponga como compensación hasta la cantidad que importe la demanda o cuando así se haya pactado expresamente.

En el artículo 593 se precisó que los árbitros podían condenar en costas, daños y perjuicios a las partes y aún imponer multas, pero para emplear los medios de apremio debían ocurrir al juez ordinario.

Las formalidades del procedimiento consistían de conformidad en lo dispuesto por el artículo 581 en que las partes y los árbitros siguieran en el procedimiento de los plazos y las formas establecidos para los tribunales si las partes no hubieren convenido otra cosa. Cualquiera que fuere el pacto en contrario, los árbitros están obligados a recibir pruebas y oír alegatos si cualquiera de las partes lo pidiere.

Las partes tenía la facultad de renunciar a la apelación. Cuando el compromiso en árbitros se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva sin ulterior recurso.

El laudo arbitral de conformidad en el artículo 587 precisaba que iba a ser firmado por cada uno de los árbitros y, en caso de haber más de dos, si la minoría rehusare hacerlo, los otros lo harán constar y la sentencia tendrá el mismo efecto que si hubiere sido firmada por todos. El voto particular no exime de la obligación a que éste artículo se refiere.

En el artículo 594 se estableció que notificado el laudo, se pasarán los autos al juez ordinario para su ejecución, a no ser que las partes pidieren aclaración de sentencia.

Para la ejecución de autos y decretos se acudirá también al juez de primera instancia.

Si hubiere lugar a algún recurso que fuere admisible, lo admitirá el juez que recibió los autos y remitirá estos al supremo tribunal de justicia, sujetándose en todos sus procedimientos a lo dispuesto para los juicios comunes

Respecto de la apelación del laudo arbitral en el artículo 581 se establecía que las partes podrían renunciar a la apelación. Cuando el compromiso en árbitros se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva sin ulterior recurso.

De conformidad en lo establecido en el artículo 597 la apelación solo será admisible conforme a las reglas del derecho común.

Contra las resoluciones del árbitro designado por el juez cabe el amparo de garantías conforme a las leyes respectivas.

En el artículo 595 se estableció que era competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el árbitro, y para la ejecución de la sentencia y admisión de recursos, el juez designado en el compromiso; a falta de éste, el del lugar del tribunal de arbitraje; y si hubiere varios jueces, el de número mas bajo.

En el artículo 596 se refería que los jueces ordinarios estaban obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros.

En el artículo 598 del referido ordenamiento se precisaba que el juez debía compeler a los árbitros a cumplir con sus obligaciones.

En el Capítulo IV del Código citado denominado De la Preparación del Juicio Arbitral consistía en lo siguiente:

El artículo 219 disponía que cuando en escritura privada o pública sometieran los interesados las diferencias que surjan a la decisión de un árbitro y,

no estando nombrado éste, debe prepararse el juicio arbitral por el nombramiento del mismo por el juez.

En el artículo 220 se disponía que presentándose el documento con la cláusula compromisoria por cualquiera de los interesados, el juez citaba a una junta dentro del tercer día para que se presenten a elegir árbitro, apercibiéndolos de que, en caso de no hacerlo, lo hará en su rebeldía.

Si la cláusula compromisoria formaba parte de documento privado, al emplazar a la otra parte a la junta a que se refiere al artículo anterior, el actuario la requerirá previamente para que reconozca la firma del documento, y si se rehusare a contestar a la segunda interrogación, se tendrá por reconocida.

En el artículo 221 se establecía que en la junta el juez procuraría que eligieran árbitro de común acuerdo a los interesados, y en caso de no conseguirlo, designarán uno de entre las personas que anualmente son listadas por el tribunal, con tal objeto.

Lo mismo se haría cuando el árbitro nombrado en el compromiso renunciare y no hubiere sustituto designado.

En el artículo 222 se precisaba que con el acta de la junta a que se refieren los artículos anteriores se iniciarán las labores del árbitro, emplazando a las partes como se determina en el título octavo.

1.3.1. Positivo Vigente

El derecho es el único instrumento social formalmente reconocido para generar patrones de regulación de la conducta humana, en este sentido, el derecho positivo es entendido como el cuerpo normativo escrito, y su vigencia corresponde al periodo de tiempo mediante el cual rige esta ley.

En el actual contexto de un mundo globalizado, característicos por múltiples y contrapuestos intereses, por la escasez creciente de los recursos, por una distribución desigual de los mismos, por demandas de respuestas rápidas de las

personas para satisfacer sus necesidades básicas, la resolución judicial de los conflictos, se hace insuficiente, para satisfacer las diversas demandas planteadas por el ser humano. Ello en los Gobiernos de corte democrático sobretodo, donde se legitima la libertad de expresión como un derecho. En este contexto cobra relevancia el concepto de Mediación y de los métodos de resolución alternativa de conflictos en general. La mediación es una ciencia interdisciplinaria y transversal, que recoge el saber teórico y práctico acumulado por diferentes disciplinas sociales, legales y psicológicas, experiencias y culturas, como una opción alternativa y "eficaz" en su enfrentamiento para lograr soluciones. Los métodos de resolución alternativos como la Mediación, se fundamentan en un cambio de actitud de los hombres frente a un conflicto, es decir, del traspaso evolutivo desde una actitud de competencia a una actitud de colaboración o cooperación.

El esquema anteriormente planteado, permite determinar los alcances de la mediación como forma alternativa de solución de conflictos, por lo que resulta básico entender sus bases que sustentan su estructura y esencia, en este tenor, se impone entrar al estudio de los referentes dogmáticos de la mediación.

Capítulo Segundo

LA CONTROVERSIA CIVIL

2.1. El Proceso Civil

El procedimiento civil es un mecanismo de aplicación de la ley civil sustantiva, cuyo objetivo es resolver las controversias entre particulares sometidas al imperio de la potestad jurisdiccional, en este sentido, debe dejarse claro que el primer referente a considerar deriva de la expresión de dos palabras que conjuntadas generan la expresión anterior.

Respecto de lo anterior Gonzalo Armienta Calderón, explica la diversidad y la creciente complejidad de las relaciones jurídicas que se presentan en la vida cotidiana, dan lugar a que muy a menudo existan desacuerdos respecto de los derechos y obligaciones de quienes en ellas intervienen; de ahí la importancia de la existencia de órganos estatales creados para dar solución pacífica a los conflictos de intereses que se les plantean. Por otra parte, además de aquellos tribunales que nuestra Constitución Federal ha dotado de potestad jurisdiccional, existen otras formas de solución de los conflictos intersubjetivos de intereses con trascendencia jurídica y a los que, siguiendo la doctrina de Carnelutti se les denomina “equivalentes jurisdiccionales”. Para precisar el significado de la noción “equivalente jurisdiccional”, conforme la opinión de este procesalista, debemos examinar dos fórmulas de solución del litigio excluyentes de la intervención jurisdiccional de los órganos del Estado. En la primera, la composición de la litis la realizan directamente las partes (autocomposición); y, en la segunda, cuya naturaleza es heterocompositiva, la solución del litigio se encomienda a un tercero que debe satisfacer ciertos requisitos garantes de la justicia del fallo; para lo cual, advierte, puede ser un particular, dotado de facultades para conocer y solucionar el litigio en el caso concreto arbitraje o bien, como se da en los casos de la

sentencia extranjera, el equivalente jurisdiccional se configura cuando un juez nacional homologa el fallo de un tribunal de otro Estado, para que surta efectos en el territorio nacional, tenemos, pues, aquí dos actos determinados por un interés que no es el del Estado en cuanto a la composición de los conflictos, si bien se les reconoce, en ciertas condiciones, idoneidad para alcanzar la misma finalidad a que tiende la jurisdicción. En ello consiste el concepto de equivalente jurisdiccional.²

Respecto de la noción de proceso civil se ha pronunciado Cipriano Gómez Lara al explicar que es un conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo;

El autor de de referencia precisa que la suma de cuya formula es la siguiente: $A + J + \text{a terceros} = P$. Significado que la acción, mas la jurisdicción, más la actividad de terceros da como resultado el proceso. El proceso jurisdiccional no es sino ese conjunto complejo de actos del estado, de las partes y de los terceros ajenos a la relación sustancial. Los actos del estado son ejercicio de jurisdicción. Los actos de las partes interesadas son acción, entendida como actividad realizada por el actor y por el demandado. Los actos de los terceros son actos de auxilio al Juzgador o a las partes y que reconvergen junto con la jurisdicción y junto con la acción, dentro del mismo proceso para llegar al fin lógico y normal de éste: la sentencia. Los actos de los terceros pueden consistir en el testimonio de los testigos, en la ciencia de los peritos o en la ayuda, por ejemplo, de los secretarios y de los abogados que son auxiliares de la función jurisdiccional. Son ajenos a la relación sustancial, pues este solo vincula a las partes mismas, y por tanto, la sentencia que se dicte en ese proceso no puede afectar su esfera jurídica, los testigos, los peritos, los particulares llamados al proceso por algún acto de auxilio, y los demás

² Armienta Calderón Gonzalo; *Teoría General del Proceso*, Editorial Porrúa, México 2003, pagina 97.

ayudantes y auxiliares del juez. El proceso tiene como finalidad institucional la constancia en el orden jurídico, es decir, procurar su preservación, conservación y mantenimiento. Tiene como causa el no – orden; esto es, la interferencia, cosa evidente por sí, ya que si imaginamos por un momento una sociedad sin interferencias, en que reine el orden, arrebatamos al proceso toda razón de ser. Y tiene por objeto la vuelta del orden, forzando la ejecución de las actividades compatibilizadoras, ya al realizar una declaración, ya al mover por la inminencia de la coacción potencial la voluntad del obligado, ya al actuar ejecutivamente en sentido estricto.³

En este sentido, debe empezarse por definir lo que es el procedimiento, para luego establecer lo relativo a lo civil, en estas condiciones, el procedimiento como tal se determina por el conjunto de etapas unidas sistemáticamente y cronológicamente para un fin específico, mientras que lo civil supone una vertiente del derecho cuyo objetivo es resolver controversias de particulares relativas al patrimonio, contratos etcétera.

Como se ha señalado, es notable establecer como en algunos casos, se confunden las referencias conceptuales tales como juicio, proceso y procedimiento, en este sentido, Cipriano Gómez Lara, expone que la palabra juicio, procede de la lógica, entendida ésta como ciencia del conocimiento, como ciencia de razonar, como ciencia del pensar.

En su aspecto lógico, el juicio es un mecanismo del pensamiento. El concepto original de la denominación juicio corresponde o proviene de la lógica aristotélica y no es, en este sentido, sino un mecanismo del razonamiento mediante el cual llegamos a la afirmación de una verdad.⁴

³ Gómez Lara Cipriano; *Teoría General del Proceso (Banco de Datos)*, pagina 42. Editorial Oxford, México 2004.

⁴ Gómez Lara Cipriano, *Derecho procesal Civil*, pagina 1. Editorial Oxford, México 2006.

Derivado de lo anterior se puede desprender el hecho de que el proceso civil, supone en consecuencia al derecho procesal civil, al caso Salvador Orizaba Monroy, explica que la expresión Derecho Procesal tiene significaciones distintas, que están íntimamente relacionadas; una que se refiere al Derecho procesal Positivo que es el conjunto de normas jurídicas procesales; la otra Derecho Procesal Científico, rama de la jurisdiccional, de sus órganos y de ejercicio. En su concepto general y unitario, el derecho procesal se concibe como un derecho de contenido técnico-jurídico, que determina las personas e instituciones mediante las cuales se atiende, en cada caso, a la función jurisdiccional y al procedimiento que en ésta ha de observarse. El derecho procesal define y delimita la función jurisdiccional, establece los órganos adecuados para su ejercicio y señala el procedimiento o rito procesal. Puede ser el derecho procesal, en consideración a la naturaleza del derecho cuya realización constituye su objetivo civil, penal laboral, administrativo, agrario, etcétera; la atención en adelante se concretará en esta investigación al Derecho procesal civil, antes de exponer algunos conceptos es conveniente plantearnos la siguiente cuestión, ¿Qué es el derecho procesal civil? Según la respuesta estableceremos el género próximo y la diferencia específica. El derecho procesal civil, en su aceptación gramatical, es el conjunto de normas jurídicas que regulan los procedimientos que deben seguirse para hacer posible la realización del derecho civil.⁵

En este sentido resalta, que el procedimiento civil como tal, es una herramienta formal para dirimir controversias de particulares.

⁵ Orizaba Monroy Salvador; *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Editorial SISTA, México 1991. pagina 3.

2.2. Etapas

Establecido anteriormente el aspecto de que el procedimiento civil constituye un conjunto de etapas, las mismas deben ser precisadas en sus condiciones intrínsecas para determinar el camino que sigue el mecanismo de solución de conflictos civiles, en este sentido se puede observar una etapa preliminar que corresponde a la precisión de las pretensiones de las partes, cuya precisión estriba en la presentación de la demanda y la contestación, y en su caso la reconvención y su respectiva contestación; la segunda etapa, contiene los aspectos relativos a la instrucción del juicio y que se explica a través de las fases probatorias desde el ofrecimiento, admisión y desahogo de las probanzas; para finalmente considerar la etapa de juicio, en la que las partes suponen un proyecto de sentencia y finalmente la sentencia misma, que concluye con esta etapa.

El conjunto de etapas antes advertido debe constituir una unidad procesal derivado del hecho de cada una de ellas se supone en espacio, tiempo y coherencia, al efecto Cipriano Gómez Lara expone que fundamentalmente consiste en postular que el proceso es un fenómeno común y que presenta las mismas características esenciales, aunque los litigios que se ventilen tengan materias o sustancia diferentes o distintas; lo anterior se fundamenta sobre siete razones: a) el contenido de todo proceso es un litigio; b) la finalidad de todo proceso es la de dirimir o resolver un litigio; c) todo proceso presenta una estructura triangular en cuyo vértice superior está el órgano jurisdiccional y en los inferiores se encuentran las partes en contienda; d) todo proceso presupone la existencia de una organización judicial con jerarquías y escalonamiento de autoridad; e) todo proceso está dividido en una serie de etapas o secuencias que se desenvuelven a lo largo, desde su principio hasta su fin; f) todo proceso tiene un principio general de impugnación mediante el cual se postula la necesidad de

que las resoluciones del tribunal puedan ser reexaminadas o revisadas, ya sea porque no estén apegadas a derecho porque sean incorrectas, equivocadas o ilegales; g) en todo proceso existen cargas, posibilidades y expectativas propias, exclusivas y peculiares del propio proceso.⁶

Con igual precisión el mismo autor pero en obra diferente se plantea que todo proceso arranca de un presupuesto (litigio), se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento) y persigue alcanzar una meta (sentencia) de la que cabe derivar un complemento (ejecución) a) Instrucción. Es una primera fase de preparación que permite al juez o tribunal la concentración de todos los datos, los elementos, las pruebas, las afirmaciones, las negativas y las deducciones de todos los sujetos interesados y terceros, para que el juez o tribunal esté en posibilidades de dictar la sentencia. En otras palabras, es aquella fase en la que las partes exponen sus pretensiones, resistencias y defensas y en que las partes, el tribunal y los terceros desenvuelven toda la actividad de información y de instrucción al tribunal, haciendo posible que éste tenga preparado todo el material necesario para dictar sentencia. b) Juicio. Segunda etapa del proceso que entraña el procedimiento a través de la cual se dicta y se pronuncia la resolución respectiva.⁷

2.3. Fines

La finalidad principal que fundamenta la expresión del procedimiento civil, es la aplicación de la ley sustantiva correspondiente, sin embargo, también debe establecerse que no resulta menos importante la forma de resolución de conflictos de particulares como forma de finalidad del procedimiento civil.

⁶ Gómez Lara Cipriano, obra citada, p. 1

⁷ Gómez Lara Cipriano; obra citada, p. 43.

En este sentido, Carlos Arellano García, explica que la extinción normal del proceso es a través de la sentencia definitiva después de todas las vicisitudes que conducen al desempeño usual de la función jurisdiccional pero, existen diversas formas anormales de dar lugar a la extinción antes de llegar a la manera usual de terminación. Estudiaremos separadamente las diversas formas anormales de extinguir el proceso, antes de la sentencia definitiva: Avenimiento de las partes. Esta forma anormal de extinción del proceso está prevista por el párrafo segundo del artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: “salvo en los casos que no lo permita la ley, y no se hubiere logrado un avenimiento en la audiencia previa, los conciliadores estarán facultados para intentarlo en todo tiempo, antes de que se dicte la sentencia definitiva”. No debe confundirse con el simple convenio de las partes puesto que hay una labor activa del conciliador con tendencia a obtener el avenimiento entre las partes. Lamentablemente los conciliadores, en el medio capitalino, y en aquellas entidades de la república en donde hay una disposición equivalente a la transcrita, no han desplegado estas facultades que la ley les otorga para propender hacia el avenimiento. El sitio de autoridad que corresponde a los conciliadores, así como la imparcialidad de su posición, podrían causar a las partes a la terminación de procesos antes de que se ahonden entre ellas las diferencias y antes de que se originen más molestias y gastos propios de las controversias jurisdiccionales. La experiencia de los conciliadores podría intentar en avenimiento en aquellos procesos más aptos para llegar a esa fórmula que nos parece tratada con cierta indiferencia en el medio forense mexicano.⁸

Aplica a lo anterior la aplicación de las normas jurídicas procesales, las cuales, contienen, los parámetros normativos sobre los cuales descansa el proceso en este sentido salvador Orizaba Monroy, explica que aludiendo a

⁸ Arellano García Carlos; *Teoría General del Proceso*, 148.

Carnelutti que es aquella que regula o disciplina la realización del derecho objetivo. La idea de norma jurídica procesal, comprende no sólo la ley, sino también a todas las manifestaciones del derecho a las que el legislador les asigna esa calidad. En relación a las normas jurídicas procesales anteriormente dijimos que el derecho procesal es un conjunto de normas: veamos ahora cuando a una norma jurídica debe ubicársele como procesal. Podemos adoptar como criterio distintivo, el que deriva de la finalidad del proceso y de los órganos estatales jerárquicamente organizados que intervienen en el mismo. Por tanto, son normas jurídicas procesales: las que crean el órgano jurisdiccional mismo y a las cuales la constitución les atribuye competencias; las que establecen la forma en que debe desarrollarse el proceso y que se encuentran en las leyes reglamentarias de la constitución; las que fijan las obligaciones, derechos y cargas de las personas o entidades que por cualquier motivo, intervienen en el proceso y se haya en las mismas leyes reglamentarias de la constitución en especial en el código de procedimientos civiles tanto federales y locales. La anterior referencia nos demuestra que las normas jurídicas procesales se encuentran en diversos ordenamientos y leyes y no sólo en los códigos procesales.⁹

Es destacable el argumento respecto de Brian Barry, al explicar ¿qué es la justicia? puede decirse que el planteo de esa pregunta por parte de platón inauguro la filosofía política en el mundo occidental; pero, la pregunta misma surge inevitablemente en cualquier sociedad cuando sus miembros comienzan a pensar reflexivamente acerca de las disposiciones dentro de las cuales transcurren sus vidas. A través del contacto con otras sociedades, la gente llega a tomar conciencia de que las disposiciones sociales no son fenómenos naturales si no una creación humana, aquello que los seres humanos hicieron puede ser cambiado por los seres humanos. Esta percepción prepara el escenario para el

⁹ Orizaba Monroy Salvador; *OB. CIT.* ,Pág.13.

surgimiento de teorías de la justicia. Pues una teoría de la justicia es una teoría acerca de los tipos de disposición social que pueden defenderse.¹⁰

2.4. Objeto

El proceso civil debe recaer indefectiblemente en algo para que objetive sus normas, de tal forma que su objeto plantea dos alternativas primarias, es decir, las normas sustantivas civiles y el análisis de la controversia planteada, en tal sentido Cipriano Gómez Lara explica que la forma más institucional y evolucionada de solución de la conflictiva social, aparece en el proceso jurisdiccional, que es el conjunto de actos desenvueltos por el órgano estatal jurisdiccional, por las partes interesadas y por los terceros ajenos a la relación substancial, actos todos que están proyectados y que convergen en el acto final de aplicación estatal de una ley general al caso concreto controvertido, para dirimirlo o para solucionarlo; es decir, en el acto por el cual se sentencia. Muchas cuestiones han quedado sustraídas al arbitraje o a la posibilidad de ser solucionadas mediante pactos, acuerdos, renunciaciones o desistimientos de las partes. Es aquí cuando el proceso jurisdiccional se hace necesario y, a veces, indispensable e insustituible. Por ejemplo, el proceso penal es necesario para que se aplique la ley penal, aun en los casos de auto tutela en los que debe abrirse ese proceso penal para calificar la legitimidad de la actitud auto tutelar. Podemos imaginar muchos otros casos en que la conflictiva social sólo puede ser resuelta a través del proceso jurisdiccional. Simplemente baste pensar en los múltiples conflictos de carácter familiar como los divorcios, las cuestiones del estado civil de las personas, los juicios de alimentos, etcétera. Independientemente de todo lo anterior, pensamos que el proceso es el mejor medio de solución, de la conflictiva social. No todos están de acuerdo con esta opinión. Se aduce que el proceso jurisdiccional es un conjunto de trámites

¹⁰ Barry Brian; *Teorías de la Justicia*, pagina 19.

dilatados y muchas veces inútiles y costosos, y que, a través del mismo, no siempre se encuentra una solución correcta a la conflictiva social. La historia de la humanidad está llena de procesos jurisdiccionales absurdos. Muchos, más que ejemplos de aplicación de la ley y de la justicia, fueron verdaderos instrumentos de represión de situaciones y de aplicación de penas y castigos (Sócrates, Jesús, Juana de Arco, Galileo, Marat, Danton, Robespierre, Dreyfus-Zolá. Sacco, Vanzetti, procesos totalitarios nazis y soviéticos). Solo que en este momento de nuestras reflexiones es conveniente hacer hincapié en el carácter instrumental del proceso, o sea, el proceso jurisdiccional no es sino un instrumento de aplicación del derecho, y, como todo instrumento, puede ser bien o mal empleado; por ello, el proceso en sí no puede calificarse de bueno o malo; a finalidad ideal que debe perseguir todo proceso jurisdiccional es solucionar controversias para lograr el equilibrio, la paz y la tranquilidad sociales. Si estas finalidades no se cumplen, no dependerá ello del proceso mismo, sino de los hombres que lo manejan. Así, el problema del proceso “no es de eliminación, sino de perfeccionamiento, es decir, de saber combinar en la ordenación de sus normas los principios que mejor sirvan para obtención de sus fines”. Además, en cuanto a los límites de la actividad procesal”, el proceso no debe obstinarse en monopolizar la composición de los litigios (...) en segundo término, el proceso no debe ser utilizado para la consecución de fines anímalos (juicios simulados y fraudulentos) (...) en tercer lugar, el proceso no debe servir para perturbar la acción de los otros poderes del estado”.¹¹

El objeto de los procedimientos civiles es la controversia de particulares, es decir dirimir los hechos controvertidos que los gobernados planteen ante el órgano judicial, de esta referencia se desprenden situaciones que delimitan el objeto materia del procedimiento civil.

¹¹ Gómez Lara Cipriano, *OB. CIT.*, Pág. 144.

2.5. Formas Autocompositivas de la Controversia

En este sentido, Francisco José Contreras Vaca, explica que el acto procesal que se lleva a cabo una vez contestada la demanda, acusada la rebeldía por no hacerlo o contestada la reconvencción, en donde primero el Tribunal examina la legitimación de las partes cuando las mismas no actúan por su propio derecho sino a través de apoderados o representantes (jurisprudencias: LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA, CONCEPTO; LEGITIMACIÓN AD CAUSAM Y AD PROCESUM, DIFERENCIAS); posteriormente, procura su conciliación, proponiéndoles alternativas de solución, a efecto de que los contendientes lleguen a un convenio que resuelva las diferencias sometidas a proceso, el cual, una vez aprobado por el Tribunal, se elevará a la categoría de cosa juzgada y, por último, para el caso de que no hubiere podido conciliarlas, depura el procedimiento, examinando y resolviendo las excepciones procesales no subsanables por los interesados, todo ello con la finalidad de dar por terminada la controversia o continuar el juicio sin vicios hasta su desenlace.¹²

No solo se encuentran entre las formas de solución de conflictos, la emisión de una sentencia definitiva, también existen otras formas de terminación de controversias, como el sobreseimiento, la conciliación, el convenio, entre otras, derivado de ello se han generado alternativas de solución de conflictos como la mediación; sin embargo, ello constituirá parte del estudio posterior por lo pronto baste esta referencia para dirigir metodológicamente el objetivo de la presente investigación.

Derivado del comentario anterior, la propia legislación procesal civil contempla la posibilidad de sin llegar a la resolución definitiva, existan formas alternativas de la solución del conflicto; de esta manera se ha adoptado a la conciliación con las limitaciones que la misma implica, no obstante, en tal sentido

¹² Contreras Vaca Francisco José; *Derecho Procesal Civil*, pagina 153.

se ha pronunciado Cipriano Gómez Lara al comentar a Vicente Martínez, citando a Barbosa Moreira, comenta que el objeto del despacho saneador es el análisis de los llamados presupuestos procesales y las condiciones de la acción; en otras palabras, al estudiar la legitimación de la relación procesal se tienen como presupuestos de ésta la legitimación de cada uno de sus sujetos. Del actor ha de exigirse el derecho subjetivo que pretende por la acción, con todos sus requisitos; del demandado, las legitimaciones necesarias, y del oficio judicial, el poder legal. En la declaración de saneamiento se observan los presupuestos en dos aspectos; el primero como requisitos subjetivos: competencia e imparcialidad del juez, y habilidad de las partes; el segundo como requisito subjetivo: a) extrínsecos a la relación: inexistencia de hechos imperativos; y b) intrínsecos, subordinación del procedimiento a las normas legales. La finalidad que se persigue a través de esta diligencia es depurar la litis, centrando el pleito de manera específica, en su fondo; asimismo, la audiencia previa y de conciliación puede derivar en un arreglo, un convenio procesal entre las partes, que es preparado y propuesto por un conciliador adscrito al juzgado y, en la hipótesis de que los interesados lleguen a un convenio, el juez lo aprueba de plano si procede legalmente, y dicho pacto tiene fuerza de cosa juzgada. Finalmente, cada conciliación que se logre representará un asunto que no distraerá innecesariamente la abrumada máquina judicial, ni exigirá mayores, ulteriores esfuerzos a los sujetos en conflicto.¹³

En los argumentos anteriores se plantea igualmente las condiciones sobre las cuales descansa la negociación, en este sentido Brian Barry explica que un conflicto entre dos partes acerca de la división de algún recurso escaso particular. Este capítulo se centrará en la justicia como ventaja mutua. En el próximo capítulo introduciré la justicia como imparcialidad, atendiendo a las críticas que se han planteado a las soluciones que corporizan la justicia como ventaja mutua. Creo que es bueno en este punto enfatizar la artificialidad de cualquiera de los dos

¹³ Gómez Lara Cipriano, obra citada p. 33.

análisis. Voy a tomar las situaciones de las partes como dadas, sin ninguna preocupación acerca de los orígenes de tales situaciones, y me preguntare que sería justo que decidiera un árbitro en este único caso considerado aisladamente de cualquier otro caso similar. Inmediatamente surgen objeciones naturales. ¿No deberíamos hablar acerca de la justicia? de las posiciones sociales antes de que podamos discutir con sensatez la equidad de las decisiones particulares? ¿Y cómo podemos razonablemente ignorar el hecho de que los conflictos normalmente son tratados con reglas que cubren conjuntos de casos de un cierto tipo general en vez de con arbitrajes singulares? si los propósitos del libro fueran puramente prácticos, estas objeciones serian decisivas. Pero si nuestro propósito es antes que nada comprender de la manera más completa posible las concepciones alternativas de justicia, hay mucho que decir comenzando con los casos más simples y aceptando su artificialidad inherente¹⁴

No obstante lo anterior también se han expuesto formas de auto composición en los conflictos planteados por particulares, en este sentido Cipriano Gómez Lara expone que la autocomposición es el segundo gran grupo de formas de solución de los conflictos de intereses; Carnelutti distingue entre “la composición del litigio que efectúen las partes, o auto composición, de la que lleve a cabo el juez, o heterocomposición”. Más adelante, Carnelutti advierte que la autocomposición es un género dentro del cual cabe que se reconozcan varias especies: dos unilaterales o derivadas de un acto simple, y una bilateral derivada de un acto complejo; de modo que tenemos: a) la renuncia; b) el reconocimiento, y c) la transacción. Las dos primeras serían las unilaterales y la última la bilateral. Ahora bien, tanto la renuncia como el reconocimiento, ya sea de derechos o de pretensiones, constituyen formas auto compositivas de los conflictos de intereses, pero no necesariamente se dan en el campo de lo procesal, sino que pueden aparecer antes, después o independientemente del proceso. De ahí que, sin desatender la importancia o repercusión que sobre el proceso tengan dichas

¹⁴ Barry Brian, obra citada p.Pág. 25

formas, hay que precisar que sus especies procesales son, como ya dijimos, el desistimiento y el allanamiento. En términos generales, del desistimiento puede decirse que es una renuncia que representa en el seno mismo del proceso, y del allanamiento, que es un reconocimiento que se da en el campo del proceso. La transacción puede ocurrir, como veremos, dentro o fuera del proceso, antes de que se inicie o una vez iniciado.¹⁵

La transacción es otra forma de composición de conflictos, el autor antes comentado, se manifiesta al respecto planteando que la transacción es la figura característica de autocomposición bilateral; es un negocio jurídico a través del cual las partes, mediante el pacto, mediante el acuerdo de voluntades, encuentran la solución de la controversia o del litigio. El código civil para el distrito Federal prescribe que la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura. Pero, al igual que el desistimiento y que el allanamiento, también la transacción tiene ciertos límites y el propio ordenamiento advierte que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio, y que será nula la transacción que verse sobre delito, dolo y culpa futuros; sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros; sobre sucesión futura; sobre una herencia, antes de visto el testamento si lo hay, y sobre el derecho de recibir alimentos, en razón precisamente del carácter de orden público de todas las cuestiones anteriores. Se reitera aquí el principio de que no todos los derechos son de libre disposición o pacto y, por ello, estas limitaciones tutelares y protectoras inspiradas en principios de orden y de interés público implican una limitación a la auto composición como forma de solución de los litigios en cualquiera de sus manifestaciones, es decir, ya sea a través del desistimiento, del allanamiento o de la propia transacción.¹⁶

¹⁵ Gómez Lara Cipriano; *OB. CIT.*, Pág. 19.

¹⁶ Gómez Lara Cipriano; obra citada p. 23.

Siguiendo con las referencias de la conciliación José Ovalle Favela explica que de acuerdo con lo que hemos expuesto, los fines que puede satisfacer la audiencia preliminar son los siguientes: a) intentar la conciliación de las pretensiones y excepciones de las partes, como una forma de solucionar la controversia sin tener que agotar todo proceso, evitando los gastos y costas, las dilaciones y las situaciones de incertidumbre que aquél trae consigo; b) examinar y resolver tanto las condiciones de la acción como las excepciones y presupuestos procesales, a fin de sanear el proceso de los defectos relativos a la válida constitución y desarrollo de la relación jurídica procesal, c) fijar, en definitiva, tanto el objeto del proceso - las pretensiones de la parte actora y las excepciones de la demandada - como el objeto de la prueba - los hechos controvertidos y eventualmente el derecho extranjero o consuetudinario- y d) resolver sobre la admisión de pruebas que se hubiesen ofrecido en los escritos iniciales ordenando las medidas conducentes a su preparación. En la audiencia previa y de conciliación se procura atender a los fines señalados en los incisos a) y b) y en este último caso, solo por lo que se refiere a las "objeciones" aducidas por las partes o los presupuestos procesales y las excepciones procesales; cabe aclarar que en algunos referentes normativos se denomina a esta audiencia, previa, de conciliación y de excepciones procesales, precisamente por que en ella se deben resolver las excepciones procesales, se conserva el nombre de audiencia previa y conciliación. Para evitar tantos apellidos, habría bastado llamarla audiencia previa. En este sentido se advierte que si asistieran las dos partes a la audiencia previa y de conciliación, "el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio." El examen de la legitimación procesal de manera previa a la conciliación debe tener por objeto asegurar que, en caso de llegarse a esta, el convenio respectivo sea suscrito por partes con capacidad procesal o por sus

legítimos representantes. Tomando en cuenta la posición de imparcialidad que debe asumir el juez, a lo largo del proceso, no es adecuado encomendar a aquél esta fase conciliatoria, pues no estaría en condiciones de procurar convencer a las partes ni de hacerles propuestas concretas para llegar a la conciliación; por ello, el párrafo transcrito encomienda esta función al "conciliador adscrito al juzgado." Para que dicho conciliador desempeñe realmente su función, deberá conocer con toda amplitud el litigio planteado por las partes en sus escritos de demanda y contestación y en su caso, reconvencción y contestación de ésta, asimismo, deberá sugerir alternativas de solución que resulten equitativas y practicas para las partes. Si se limita a preguntarles si no han llegado a una conciliación, ésta difícilmente se logrará y ni el conciliador ni la audiencia estarán cumpliendo con la función que les atribuye la ley. El convenio al que las partes lleguen en su caso de conciliación deberá sujetarse a la aprobación del Juez y en el supuesto de que éste otorgue dicha aprobación en convenio tendrá la autoridad y eficacia de una sentencia con autoridad de cosa juzgada, por lo que si aquél es incumplido, la parte interesada podrá solicitar su ejecución ya sea por medio del juicio ejecutivo o bien a través de la vía de apremio.¹⁷

En este sentido, Carlos Arellano García, explica que desde el siglo pasado, en la Curia Filípica Mexicana, se asentaba lo conveniente que puede resultar una transacción: "son dignos de elogio los abogados que procuran cortar pleitos, por medio de transacciones razonables y la ley protege y premia esta conducta, permitiendo que cobren sus honorarios como si el pleito fuese acabado por justicia;... las razones de la ley fueron: 1ª, porque interesa al bien público que se corten los pleitos; 2ª, porque a los interesados les resulta el beneficio de librarse de los disgustos y sinsabores de un litigio y de los demás gastos judiciales..." La inconveniencia que se desprende de los litigios es asentada con magistral claridad por el connotado jurista alemán Rudolf Von Ihering, quien reflexiona: "Cuando un

¹⁷ Ovalle Favela José; *Derecho Procesal Civil*, pagina 119.

individuo es lesionado en su derecho, se hace irremisiblemente esta consideración, nacida de la cuestión que en su conciencia se plantea, y que él puede resolver según le parezca: si debe resistir al adversario o si debe ceder. Cualquiera que sea la solución, deberá hacer siempre un sacrificio; o bien ha de sacrificar el derecho a la paz o la paz al derecho.” Conforme a las ideas anteriores, en la transacción recupera la paz, aunque ceda parcialmente su derecho. El jurista venezolano Ángel Francisco Brice considera que hay un deber hacia la transacción en el abogado, quien debe promover “en primer término el arreglo amigable de los asuntos que se le encomiendan y, por lo tanto, no comprometer al cliente en litigios onerosos y costosos, sólo por aumentar el cobro de sus honorarios, cuando bien ha podido obtener una transacción beneficiosa para sus representado”.¹⁸

2.6. FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCION DE CONFLICTOS EN MATERIAS DIVERSAS

Se debe clarificar que las formas alternativas de solución de conflictos no solo se generan en materia civil, sino en cualquier otro tipo de disciplina jurídica que implique la controversia de intereses, sin embargo, se hace hincapié en la materia civil derivado de que en la actualidad, no existe otra forma alternativa de solución de controversias que no sea la conciliación, lo que equivale a una forma de componenda maquillada de deficiencias propias de su desahogo y su desahogante, lo cual se analizara con mayor amplitud en los apartados siguientes, no sin dejar claro antes que con independencia de ello existen formas alternativas de solución de conflicto que pudieran generar resultados positivos en la formas de composición y terminación de juicios diversos, en este caso se le apuesta a la

¹⁸ Arellano García Carlos; obra citada p. Pág. 154.

mediación, cuyas características son diferentes aunque finalidad últimas similar, que es la terminación de controversias judiciales.

En este sentido, Francisco José Contreras Vaca, explica que la figura autocompositiva de la conciliación ha tenido un amplio desarrollo en el área jurídica, ya que es un mecanismo alternativo de solución de controversias frecuentemente utilizado para dar solución a los conflictos internacionales, y en el orden interno ha cobrado tanta importancia que en muchos tribunales de justicia se ha convertido en una etapa autónoma y obligatoria, principalmente dentro de los procesos laborales y civiles, con la finalidad de coadyuvar a dirimir los conflictos entre particulares¹⁹.

En este sentido, Carlos Arellano García, opina que el procesalista argentino Ramiro Podetti hace referencia a una figura jurídica que puede surgir durante un proceso: el convenio. Sobre tal institución menciona que "las partes pueden convenir, aún modificando las formas procesales, el trámite de un proceso determinado en todo aquello que no afecte al orden público. Esos convenios pueden ser, en ciertos casos, anteriores a la deducción del juicio en el cual han de regir, como sucede con la cláusula del sometimiento al fuero del domicilio del acreedor, las suspensiones de audiencias y de plazos y aún la suspensión del procedimiento". Juzga que también "es un convenio procesal la transacción, cuando se realiza en un proceso pendiente... puede dar fin al litigio o paralizarlo por el tiempo previsto para su cumplimiento, estableciendo en este supuesto, su prosecución si no cumple total o parcialmente, en el mismo estado y con el mismo trámite o bien reconociendo a la transacción el carácter de título con fuerza ejecutiva o los efectos de sentencia firme". Las ideas anteriores nos orientan en cuanto que el convenio es el género y la transacción es la especie. Habrá ocasiones en que, el convenio sólo tenga como objetivo dar por concluido un

¹⁹ Contreras Vaca Francisco José, obra citada p.152.

juicio, por así convenir a los intereses de ambas partes, sin que se hagan concesiones recíprocas. En este caso, faltará un elemento de definición para que se considere como transacción, sin embargo, el convenio habrá existido.²⁰

²⁰ Arellano García Carlos, obra citada p.158.

Capítulo Tercero

**MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL DE
LA MEDIACIÓN**

3.1. Aspectos Generales de la Mediación

La dinámica social, ha rebasado hasta el cansancio las condiciones sobre las cuales descansan los aspectos reguladores de la resolución de conflictos a diversos niveles, lo cual provoca que el estado a través de sus instituciones sea rebasado de tal forma, que los gobernados actúen de manera renuente a la judicialización de la resolución de sus controversias, por lo cual, se han destacado instituciones que generan formas alternativas de resolución de conflictos y que atenúan la carga laboral de los poderes judiciales, esta expresión institucional, ha sido observada con buenos ojos por los particulares, especialmente derivado de los objetivos que persiguen estos centros alternativos de solución de conflictos.

En este sentido Ma. Guadalupe Márquez Algara expone que, en principio, la mayoría de los conflictos son mediados; es irremplazable cuando la relación debe proyectarse hacia el futuro o cuando la confidencialidad, el tiempo o el costo económico del litigio son claves para la resolución del problema; entre otros se plantean los siguientes: la familia, relaciones laborales, medio ambiente, consumidor, contratos, responsabilidades profesionales, daños y perjuicios, patentes, marcas y propiedad intelectual, propiedad horizontal, división de condominio, obligaciones de pago, vecinales, comunitarios, sucesiones y otros.²¹

En este caso, la mediación, es una forma institucionalizada para resolver conflictos de particulares que pueden llegar a constituir controversia judicial, de tal

²¹ Márquez Algara Ma. Guadalupe; *Mediación y Administración de Justicia*, Editorial Universidad Autónoma de Aguascalientes, México 2004, página 92.

forma que un primer objetivo, surge del mismo nacimiento de los institutos de mediación, para entender mejor la afirmación anterior, deben establecerse sus bases teóricas a fin de comprender los alcances institucionales de estos medios alternativos de solución de conflictos, derivado de lo anterior se impone establecer sus bases conceptuales definitorias.

Siguiendo este derrotero, Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza han expuesto que una de las principales características de los métodos alternativos de solución de conflictos, es que nos acercan más a la equidad y la justicia que la vía judicial en la solución de conflictos, esto permite pensar que la justicia es más equitativa cuando las partes resuelven sus diferencias con base en un procedimiento no adversarial, y no cuando se someten a un proceso judicial que aplica estrictamente el derecho; por equidad, se entiende proporción y equilibrio; es decir, la conciliación y la paridad entre los derechos y las obligaciones de quienes participan en una relación jurídica; esta definición coincide con las propuestas por las doctrinas más calificadas sobre el tema.²² La reflexión anterior destaca la importancia de las formas alternas de solucionar conflictos, pero sobre todo sus bondades.

En este mismo sentido, se ha manifestado María Alba Aiello de Almeida, quien expone que pensar en aportar elementos para enriquecer la formación de los mediadores, obliga a analizar hasta donde han llegado los esfuerzos para perfilar esta nueva actividad, hace ya casi una década, que en nuestro país se encuentra instalada la preocupación por el desarrollo de los métodos alternativos de resolución de conflictos y, en especial la mediación; razones tales como la saturación de los Tribunales, la gran demora en la tramitación de los juicios y los altos costos que irroga el acceso a la jurisdicción han apurado la decisión de

²² GORJÓN GÓMEZ Francisco y STEELE GARZA José, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*, Oxford, México, 2008, p. 3.

instalar la instancia de mediación, previa al juicio; el esfuerzo de profesionales y técnicos de diversas áreas, permitió diagramar la inserción institucional del proceso de mediación, las condiciones y formas de su utilización y los requisitos para ejercer la actividad de mediador, al mismo tiempo, se armaron programas que proporcionen los contenidos y metodología a emplear para obtener el perfil de mediador considerado óptimo, ha sido muy útil, para ello, la experiencia de otros países con un desarrollo más amplio de esta práctica y, en especial las que fueron recogidas en Estados Unidos de Norteamérica, donde además, se formaron la mayor parte de los primeros mediadores argentinos.²³ La reflexión anterior supone que no solo deben destacarse las bases normativas de instauración de la mediación como forma alternativa de solución de conflictos, sino también quienes deben generar el ejercicio de esta actividad, en tales condiciones, la condición de modificación y en su caso instauración debe ser integral.

No obstante lo anterior se destacan formas de la mediación, de esta manera Elías Neuman expone que los tipos de mediación penal conocidos son varios y algunos complejos, inicialmente hay una mediación social, instalada en los barrios de las ciudades francesas (Les boutiques de droit) y en los Estados Unidos, en que personas respetadas que ofician ad honores como mediadores, intervienen en pequeños delitos, en especial de familia, hurtos cometidos en supermercados o, en conflictos callejeros, problemas penales que se suscitan con el tránsito vehicular, amenazas, usurpaciones, lesiones leves, otro tipo de mediaciones se ordenan por el Ministerio Público o aun por el juez instructor, antes de iniciar el juicio o ya iniciado cuando las partes lo solicitan, en Francia es común la "mediación retenida" efectuada por fiscales o jueces y que ellos mismos deciden con la anuencia expresa de las partes del litigio. También existen mediaciones penitenciarias que son convocadas para tratar, por ejemplo, un adelanto de la ejecución condicional de la pena u otros beneficios que se piensa conceder el autor de un delito como permisos de salida, trabajo en extramuros,

²³ AIELLO DE ALMEIDA María Alba; *Mediación, Porrúa, México, 2001*, p. 2.

sistemas de *wek end*; su víctima, en esos casos, es oída y su apreciación resulta gravitante, el denominador común de todas ellas es restaurar la paz social sobre la base del resarcimiento a la víctima y el intercambio de compromiso que ello implica entre las partes.²⁴

Esta aportación indica que la mediación como forma alternativa de solución de conflictos, no se destaca por ser solo una figura de forma simple, sino que puede destacar variantes, sin embargo, todas ellas van en función a la consolidación de la paz social a través de prescindir de la intervención judicial procesal para resolver la controversia que implica la posición de hechos o derechos controvertidos.

3.2. Concepto de Mediación

Al tratar de generar las bases definitorias que permiten determinar y establecer los límites que la misma investigación precisa, desde un aspecto teórico, resalta la importancia por definir a la “mediación” como forma alternativa de solución de conflictos resalta a la vista, siguiendo esta perspectiva, se debe empezar por establecer a continuación algunas posturas relativas.

Se puede decir que la mediación es un método alternativo de justicia en donde intervienen los sujetos mediados en la búsqueda de solución pacífica de un conflicto jurídico que les afecta, en el cual frente a ellos se encuentra un tercer sujeto denominado “mediador” quien debe tener la preparación jurídica, ética y profesional para orientarlos hacia la solución del conflicto planteado, además debe tener las características de ser un ser humano con la sensibilidad para buscar los medios adecuados para que se establezca la comunicación entre los mediados, e incentivarlos para que su participación sea esencial tomando en cuenta las características (culturales, educativas, económicas, etc.) personales de cada sujeto y que sean ellos los que resuelvan a través de un convenio equilibrado que

²⁴ NEUMAN Elías; *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa Porrúa*, México, 2005 p. 130.

de cómo resultado una feliz componenda, y que ésta de como resultado la continuidad de las relaciones que se tenían antes de que se suscitara el conflicto y con esto lograr el cumplimiento de la mediación.

Considerando las bases de la mediación en su concepto formativo Joseph P. Folger y Tricia S. Jones, han expuesto que la afirmación de que el conflicto en que se interviene es emergente ha suscitado algunas preocupaciones por la mediación como forma de intervención de un tercero, en vista de su carácter informal de la mediación está especialmente claro que el proceso no tiene una forma fija, sino que lo constituye la serie de movimientos realizados por el tercero y los disputantes, sin embargo, precisamente en virtud de las pruebas recientes de que el conflicto es emergente, los críticos sostienen que la mediación en particular, en contraste con los procesos más formales, como el juicio, es un instrumento intrínseca y severamente defectuoso para el manejo de conflictos, en general, se afirma que en respuesta a las contingencias del caso y a los caprichos de la interacción en curso pueden remodelar y definir el conflicto mismo, los desenlaces resultan potencialmente vulnerables a las disposiciones, las preferencias y los prejuicios del mediador; la mejor salvaguardia contra este riesgo es adherir a formalidades y estructuras de procedimiento que por lo menos reducen la maleabilidad del proceso y de tal modo protegen más al conflicto de esa influencia del tercero; en otras palabras, dada la maleabilidad de los conflictos, la maleabilidad del proceso, aunque en alguna medida inevitable, debe minimizarse para contrarrestar el efecto de la influencia del tercero, aplicando a la mediación, este argumento lleva a los críticos a concluir que la extrema maleabilidad de este procedimiento lo convierte en un foro intrínsecamente defectuoso y peligroso para el manejo del conflicto, el defecto fundamental consiste en que, debido a su falta de formalidad y estructura, la mediación no puede regular adecuadamente las intervenciones del tercero, e incluso tiende a alentar el abuso, sin reglas jurídicas que guíen la respuesta del mediador a las cuestiones, los mediadores pueden modificar los términos de la

disputas que las propias partes han enmarcado.²⁵ Ante esta variante que contiene aspectos de inconveniencia para establecer de forma puntual una referencia conceptual concreta, se ha destacado que una mediación con los adecuados alcances y formas de integrarlo, solucionan conflictos con mejores términos que las propias controversias formales.

No obstante lo anterior, se puede destacar que conceptualmente hablando, la mediación es una forma alternativa de solución de conflictos que tiene como premisa original establecer al igual que la ley la paz social, y generar parámetros claros dotados de igualdad, a través de la negociación.

En este mismo sentido se ha manifestado Ma. Guadalupe Márquez Algara, al explicar que la mediación es un concepto no adversarial, pacífico y cooperativo de resolución de conflictos; su propósito es lograr un acuerdo rápido y sin costos en tiempo, dinero y esfuerzo que llevaría un proceso judicial, es una instancia voluntaria a la que se puede acudir solo o con abogados; el objetivo es impulsar un acercamiento entre las personas envueltas en un conflicto, ayudarlas a clarificar e identificar intereses, ya que desemboquen en un acuerdo satisfactorio sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia; la mediación no produce ganadores ni perdedores ya que todas las partes deben ser favorecidas con el acuerdo que se logre; el autor citado, en alusión a Osvaldo A. Gozaini, explica que mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad, esta base superficial tomada de un dato etimológico permite ingresar en el modismo prometido por el instituto de la mediación; la figura de la mediación se aproxima a la conciliación; pero cuando Carnelutti sostuvo que estructuralmente son idénticas, en realidad no decía que la dos tuvieran el mismo objetivo, aun cuando el método dialéctico fuera similar, en los hechos la idea soporta para sendas figuras la finalidad de la pacificación social sin que exista en el resultado sesgo alguno de victoria personal para alguna parte; precisamente, el acuerdo, la concertación

²⁵ P. FOLGER Joseph y S. JONES Tricia, *Mediación*, Paidós, Argentina, 1997, p. 23.

amistosa y el encuadre entre extremos distantes, son posibilidades de reflexión que alcanzan un término medio conforme, donde ambos contendientes se muestran satisfechos.²⁶

Respecto de esta, construcción conceptual, advertida en el contexto integral de las aportaciones anteriores, se ha pronunciado Rubén A. Calcaterra, al manifestar que la construcción de un concepto no se agota en sí mismo; tiene que ver con la dramática necesidad de dar respuesta a esa interrogante y con él, a la conformación de un sistema de conocimiento que pueda ser transmitido, en la conformación de ese sistema de conocimiento adquiere singular importancia el desarrollo de una práctica que incluya un movimiento reflexivo sobre su propia conformación, que permita recoger información relevante para la teoría; el desafío fue y sigue siendo, entonces, el provocar una tensión dialógica entre práctica reflexiva y teoría, de tal entidad, que permita el desarrollo de un proceso de profesionalización de la mediación, de las conversaciones en torno a ella en las que se han estado involucrando, parece posible la reunión de algunas palabras y el desarrollo de conceptos útiles al esfuerzo de superar el sentido figurado; en ese intento, se sostiene que la mediación, como medio de resolución de disputas, es un proceso que, con la dirección de un tercero neutral que no tiene autoridad decisional, busca soluciones de reciproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes a partir del control de intercambio de la información favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas, la mediación es un proceso, pero es un proceso singular, por sus características y finalidades, entre las primeras se encuentran el ser altamente estructurado, formal, político, estratégico, paradójico, selectivo, que opera en el discurso, negocial, cuya dirección está a cargo de un tercero neutral, las finalidades de este proceso tienen que ver con los aspectos subjetivos, objetivos y colaborativos de las partes.²⁷

²⁶ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe; *Mediación y Administración de Justicia*, Editorial Universidad Autónoma de Aguascalientes, México 2004 p. 85.

²⁷ A Calcaterra Rubén; *mediación Estratégica*, pagina 32.

Todas reflexiones anteriores permiten establecer los parámetros hinciales para la estructuración de un concepto desde la óptica que arroja el valor teórico de los conocimientos relativos, sirva esto de derrotero para ingresar al siguiente capítulo.

No obstante esta referencia en función a consolidar los aspectos planteados, se impone el criterio, de Ma. Alba Aiello de Almeida, el explicar que formar en mediación debe significar acompañar al futuro mediador en un proceso de búsqueda que le permita, en una primera instancia, objetivar las situaciones problemáticas ajenas, para comprenderlas mejor; es menester poner en práctica una pedagogía que haga de los conflictos y sus causas el objeto de reflexión de los educandos, poniendo como base de la tarea educativa el diálogo; diálogo que se recreará, si es aprehendido, en aquel que necesariamente deberá mantener y estimular el mediador con y entre los mediados; quizás el afán de estratificar en un listado de contenidos el mensaje que debe transmitirse al futuro mediador, contribuya a olvidar aquello que sostuvimos más arriba: que formar en mediación es formar para la acción, si tenemos presente que el mediador debe enfrentar situaciones originales y cambiantes, debemos pensar de que forma lo prepararemos para abordar ese proceso dinámico; así advertimos que no basta con tener claros los objetivos y enlistar una serie de contenidos que nos permitirían lograrlos. Es imprescindible determinar a través de qué estrategias pedagógicas podremos alcanzarlos con mayor fidelidad, formar en mediación significa también ayudar al futuro mediador a “pronunciar los problemas”, para que adquieran la capacidad de interpretarlos, enfocarlos desde distintos puntos de vista e imaginar alternativas posibles para transformarlos, ese espacio de retorno del problema “pronunciado” coloca al pronunciante en la exigencia de un nuevo pronunciamiento y esta mecánica debe ser incorporada por el mediador para convertirse en agente facilitador de comunicación; existen recursos pedagógicos que no pueden faltar en la formación de mediadores, que permiten a éstos internalizar el proceso de creación y re-creación de la realidad como parte de un

trabajo cooperativo, hecho entre todos los involucrados, en el que se trabaje con humildad y no con la soberbia de imponer la propia imagen de esa realidad; el futuro mediador debe ser ayudado a comprender que lo que requiere ser modificado o transformado es la realidad que involucra a los mediados, no las personas mismas.²⁸ Lo que finalmente consolida los aspectos planteados.

3.3. Objetivos

Los objetivos de la mediación como forma alternativa de solución de conflictos tienen fines que permiten caracterizar sus contenidos y las pretensiones de su creación, esta situación, supone explicar de forma pormenorizada incluso sus características, sin embargo, en este momento solo se analizarán los objetivos.

En este sentido se han pronunciado Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza al exponer que ante una situación conflictiva, no quiere decir que no deba recurrirse a la vía judicial, ni que el proceso judicial no deba existir, por el contrario, se considera que el sistema judicial es muy útil para la regulación de la vida en sociedad para el logro de la paz social, pero también implica que la confrontación, la lucha, el resultado ganador-vencedor, no constituyen las únicas maneras de abordar los conflictos, sino que existen otras variantes amparadas por una justicia más restauradora que retributiva, con mecanismos que tienden no sólo a resolver el conflicto, sino a que luego de la adopción de la resolución, las relaciones no queden interrumpidas; las mismas partes aquejadas por el conflicto deben adoptar un papel activo, para que participen y dialoguen sin perder el vínculo que las unía, esta consecuencia es otra de las grandes bondades de los medios alternativos de solución de conflictos.²⁹

²⁸ AIELLO DE ALMEIDA María Alba, obra citada p. 27.

²⁹ GORJÓN GÓMEZ, Francisco y STEELE GARZA José, obra citada p. 9.

Ampliando el esquema en función a los objetivos que plantea la mediación se expresa María Alba Aiello de Almeida al explicar que la mediación no es ajena a esta realidad y el mediador es un instrumento de transformación, este aspecto no puede obviarse cuando se piensa en la formación de los mediadores; hasta las disputas más triviales constituyen una oportunidad para que el hombre se reconcilie consigo mismo, al hacerlo con sus semejantes; para que recupere los valores adormecidos por la vorágine cotidiana; para que dé a las cosas su verdadero sentido y recupere la alegría del trabajo compartido en cooperación, que le descubre su necesidad intrínseca de acordar con el otro, el trabajo reflexivo para la toma de conciencia de esta realidad debe acompañar la preparación de los futuros mediadores, pues contribuye a dar sentido a su tarea, a comprender los desajustes de las conductas con las que deberá lidiar y advertir la importancia de sus intervenciones.³⁰

Esta aportación genera el indicativo de que la mediación no solo es un resolutor de conflictos, sino que se vuelve también un instrumento de paz social a través de la explotación de bondad que implica las condiciones de acuerdo entre partes contendientes, destacándose incluso en ello un valor fundamental de las normas.

En este mismo sentido Ma. Guadalupe Márquez Algara explica que los mecanismos alternos de resolución de conflictos se basan esencialmente en filosofías democráticas descentralizadas; el eje central de la mediación es el de otorgar un espacio donde sean las mismas partes quienes discutan los temas que les atañen y quienes decidan qué solución darles; la participación de las partes es esencial; esta resolución alternativa de conflictos, busca soluciones donde no haya ganadores ni perdedores, y pretende entender el conflicto tomando en cuenta las necesidades de ambas partes de manera holística, indagando además la raíz de los conflictos; si el proceso de mediación y conciliación busca crear ganadores o perdedores, esta destinado eventualmente al fracaso; el método debe incentivar el

³⁰ AIELLO DE ALMEIDA, María Alba, obra citada p. 12.

que se busquen metas compartidas y que se lleven a cabo bajo la presión y el mismo interés de las partes; las intervenciones del mediador permiten equilibrar el poder entre las partes para así dialogar de igual a igual, este concepto esencial de la resolución alternativa de conflictos es particularmente activo y opuesto a sistemas de poder donde permea la violencia institucionalizada, y además se centra en la realidad de las partes y no, como se mencionó antes, en reglas dictaminadas de manera estandarizada, arbitraria o unidireccional; el principal objetivo de la mediación es impulsar un acercamiento entre las personas envueltas en el conflicto, ayudarlas a clarificar e identificar los intereses, y a que desemboquen en un acuerdo satisfactorio sin necesidad de recurrir a los sistemas formales de administración.³¹

Abundando en los objetivos marcados por la mediación también son asumidos por Rubén A. Calcaterra al exponer que la disminución del índice de litigiosidad; aumento de la paz social, la propiedad de equilibrar el poder entre las partes, se destacan como condiciones óptimas para lograr negociaciones exitosas y acuerdos duraderos, lo que se refleja en la disminución del índice de litigiosidad y el aumento de la paz social, es por ello que se puede pensar la mediación como un proceso para provocar cambios a largo plazo, individuales y sociales; los procesos de resolución por consenso, como la mediación son capaces de producir cambios en varios niveles, en el nivel de la comunicación, que se ve favorecida y facilitada, en el nivel de la estructuración de los datos de la realidad externa, a través de su procesado en el marco de un método dirigido y altamente estructurado, el nivel de la disposición y del desempeño personal hacia la búsqueda de soluciones integrativas del interés grupal, por encima del interés individual y excluyente del de los demás.³² De la apreciación anterior es posible pues destacar los objetivos que supone la instauración de la mediación como forma alternativa de solución de conflictos.

³¹ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe, obra citada p.90.

³² A CALCATERRA Rubén, obra citada p. 47.

Lo anterior tiene clara aplicación al siguiente criterio federal: No. Registro: 221,644 Tesis aislada Materia(s): Civil Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación VIII, Octubre de 1991 Tesis: Página: 156 CONVENIO JUDICIAL, EFECTOS PROCESALES DEL. Una doctrinal interpretación del numeral 2871 del Código Civil del Estado de Jalisco, lleva al convencimiento de que siendo la transacción en juicio, por su propia naturaleza, un acuerdo de voluntades cuya finalidad es que las partes celebrantes, puedan, al través de concesiones mutuas, evitar una controversia venidera o concluir una actual, no es necesario que el negocio se abra a prueba, en razón de que, el procedimiento, en esos términos llega a su finiquito por propia voluntad. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 448/91. Joaquín Corona Rodríguez. 14 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Juan Luis González Macías. No. Registro: 284,066 Tesis aislada Materia(s): Civil Quinta Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación XVII Tesis: Página: 1263 CONVENIOS JUDICIALES. Aunque las estipulaciones contenidas en un convenio judicial tengan que elevarse a escritura pública para que surtan sus efectos, no pueden considerarse nulas, porque no se haya llenado ese requisito, pues siendo el convenio una transacción, si en virtud de ella se consigna un contrato que debe revestir la forma escrituraria, tal requisito será necesario para su perfeccionamiento y ejecución; pero la transacción es válida lo que reconoce la ley civil, cuando dispone que la ejecución de la transacción no procede en la vía de apremio; sino consta en escritura pública, o judicialmente en autos, de donde se deduce que una u otra forma puede consignarse. Amparo civil directo 460/25. Caja de Préstamos para Obras de Irrigación y Fomento de la Agricultura. 13 de noviembre de 1925. Unanimidad de diez votos, por lo que toca al sobreseimiento en lo que se refiere a la sentencia de primera instancia. Unanimidad de nueve votos, por lo que toca a los dos últimos puntos. El Ministro Salvador Urbina no intervino en la votación. La publicación no menciona el

nombre del ponente.

3.4. Principios de la Mediación

La mediación debe regirse por aspectos o derroteros que justifiquen y caractericen sus objetivos, en esas grandes referencias rectoras descansan los principios sobre los cuales sienta sus bases la mediación, este es el objetivo del presente subtítulo, derivado de lo anterior, Joseph P. Folger y Tricia S. Jones han expuesto que actualmente, la mayoría de los estudiosos del conflicto tienen conciencia de que la mediación ha llegado a la mayoría de la edad en el sentido práctico, pero subsisten preocupaciones en cuanto a nuestra capacidad para generar teorías sobre el proceso y la consecuencia de este método, a medida que se pierde la frescura de la experiencia inicial de la mediación como resolución alternativa de disputas, los teóricos y practicantes están dando un paso atrás para lanzar una mirada sobria y realista a la magnitud de nuestros conocimientos, y encuentran más focos de consenso, pero menos progreso teórico, la eficacia de la conducta del mediador en función de la naturaleza y etapa de la disputa, y de las características de los disputantes, la importancia de estudiar no sólo la mediación formal sino también la mediación informal de las relaciones cotidianas y el efecto de contexto social global en el que está insertado el conflicto, aparentemente, el estudio teórico de la mediación está avanzando hacia el reconocimiento de la importancia del contexto, el interjuego de contexto y el texto, de la situación y la conducta, pero, ¿en que medida se están desarrollando teorías que expliquen la contribución funcional y constructiva del contexto? la falta de teoría no es solo una preocupación académica, la falta de explicación teórica afecta negativamente la práctica; los mediadores sienten la carencia de modelos explicativos que les permitan ser mejores estrategias en sus intervenciones, los mediadores parecen influidos por el estímulo inmediato (por ejemplo, una hostilidad creciente) y quizá por la preferencia generalizada de un cierto estilo de mediación, pero no por ninguna

perspectiva integrada sobre la respuesta propia a las diversas dinámicas disfuncionales subyacentes. La situación parece mucho más primitiva en este sentido que la que prevalece en psicoterapia (otro tipo de intervención “en conflictos”), en la cual la conducta del terapeuta arraiga típicamente en teorías del desarrollo de la personalidad o de la dinámica familiar.³³ En este sentido se destacan la importancia de desarrollar las bases teóricas de la mediación a través de principios que justifiquen científicamente la existencia de la forma alternativa de resolución de conflictos.

En este sentido María Alba Aiello de Almeida expone que formar en mediación significa apuntar a producir algunos cambios en el comportamiento intelectual del sujeto, modificando el rol al que su profesión de origen lo ha acostumbrado; esa es la experiencia hasta el momento; este cambio esperado es lo suficientemente profundo como para reconocer que no basta, para producirlo, trasladar al educando los contenidos que se han incorporado al programa de formación, resulta fundamental que el desarrollo de tales contenidos, pensados para lograr los objetivos propuestos, se realice sobre la base de experiencias y estrategias pedagógicas convenientemente seleccionadas; no hay mejor forma de prepararse para ayudar a otros a resolver los problemas que los aquejan, que aprender como se conduce un proceso de resolución.³⁴ Situación argumentativa que redundará en el comentario anterior y que consolida la idea planteada.

Respecto de lo anterior, Elias Neuman explica algunos principios básicos en su concepto, precisando al caso, que el principio de buena fe en la mediación es una de las características centrales de la mediación es la buena fe que se manifiesta en actitudes y, en especial, con la simple voluntad de negociar, el mediador puede señalar que las posiciones enquistadas y sistemáticas son inaceptables y aquellas otras, inflexibles y absolutas, pueden hacer cesar abruptamente la mediación, por cierto, no resulta admisible que alguna de las

³³ P. Folger Joseph y S. Jones Tricia, *OB. CIT.*, Pág. 56.

³⁴ AIELLO DE ALMEIDA, María Alba, obra citada p. 33.

partes se sentara a la mesa de negociación con alguna oculta actitud que difiera del objeto central, quien decide participar de una mediación, sabe, de antemano que el resarcimiento será un tema ineludible.³⁵

En este mismo contexto, Ma. Alba Aiello de Almeida explica que se deduce la persistencia del hombre en tratar de controlar y resolver sus propios conflictos y su paradójica incapacidad que aparece generalmente de un estado de estrés, por el que cambia su accionar, encarando conductas inadecuadas para la resolución del conflicto; ello tiene su razón, principalmente, en la incapacidad para resolverlos y en la desconfianza en las instituciones encargadas de brindar esas soluciones, cuyo desprestigio aumenta en la misma proporción que se produce el crecimiento de la cultura, es que nuestra incapacidad cultural para la resolución de los conflictos proviene de su ausencia en nuestra educación y subsiste tanto para nosotros, que vivimos con esa limitación, como para los individuos que desempeñan esta actividad específica dentro de las instituciones encargadas de resolver conflictos, y así unos y otros vemos cómo, generalmente, es el tiempo que, a través del olvido, pone fin a ciertas antinomias o pugnas, pasando a ser el más sabio solucionador de conflictos, hechas estas reflexiones, debemos introducirnos en el tema de la solución de conflictos, con una propuesta que contiene otra lógica, sin tratar de trastocar nuestra información, meramente se trata de proponer una actividad distinta que se encuentra basada en nuestra experiencia, como si se tratara de un paso evolutivo o de perfeccionamiento de una actividad; es un nuevo campo con una nueva visión, con una nueva apertura, con un nuevo emprendimiento que pivotea sobre la base de un esperanzado fruto que al comienzo de la gestión no podemos ni siquiera avizorar, algo así como emprender un viaje por mar hacia el continente que no se ve, pero al que nos proponemos llegar confiando en nuestra tarea creativa, cómo enseñar a pintar muchos cuadros sin saber a priori qué cuadros se pintarán, este trabajo pretendemos, entonces, que tenga una tarea formativa sobre aquellas actividades

³⁵ Neuman Elías, obra citada p. 131.

que caracterizarán el desempeño del mediador en la solución de los conflictos. Para ello y con una dosis de humildad debemos hacer una autocrítica para poder desarrollar nuevas ideas en torno de proyectos que requieren un esfuerzo adicional, pues no se trata de las conclusiones de nuestra lógica y hábitos en los que fuimos formados, sino de una actividad distinta y nueva que debemos incorporar, partiendo de la base de que nuestra formación en las relaciones con los demás es incompleta.³⁶

Siguiendo con las precisiones de principios relativos a la mediación, el mismo autor expone que otro es el secreto profesional, en este el mediador es un tercero ajeno al conflicto y sólo debe manejarse como guía aunque pueda encausar y hacer sugerencias, pero son tan solo las partes las dueñas del conflicto; es "su conflicto" y ellas deberán resolver, en irrestricto respeto a la voluntad de las partes debe ser celosamente guardado por el mediador; la confidencialidad debe tener presente que se deriva del principio de inocencia de las partes y la imposibilidad de que sus palabras, a veces confesorias, pudieran ser utilizadas en posteriores procesos penales, el secreto profesional obliga a los mediadores y fija pautas al procedimiento de mediación a punto tal que en Francia ha merecido una reforma en el código de Procedimiento Penal.³⁷

Un principio mas es el enconcertamiento legal que Elías Neuman explica al exponer que una condición natural que hace a la esencia de la mediación como proceso extrajudicial es su informalidad, ello no le quita relevancia social desde que subroga al procedimiento penal clásico y es una alternativa de la justicia penal, pero resulta plausible y propicio que pocas normas rijan su existencia; normas que, aunque fuere en un principio, no revistan formalidades sino que fueran establecidas por el mediador, la costumbre o el uso que son admitidos por el propio derecho, lo que no se debe perder es la frescura que expresa a las partes del conflicto y el cúmulo de vivencias que se vierten cuando la mediación

³⁶ AIELLO DE ALMEIDA, María Alba, obra citada p. 49.

³⁷ NEUMAN, Elías, obra citada p.134.

adquiere un sesgo restaurativo; se trata en fin de no coartar la libertad de mediar encorsetando la tarea dentro de más y más normas reglamentarias, la búsqueda de seguridades previas, puede hacer que todo ocurra al revés, que el procedimiento se invierta y se llegue a legislar a la mediación penal antes de su entrada en vigor lo que puede llevar a hacerle perder ese carácter informal y creativo que la caracteriza.³⁸

Otro principio aludido por el mismo autor que destaca es el de formalidades y plazos al respecto argumenta que en la mediación penal se imponen cierto tipo de formalidad que resultan insoslayables y que deberán ser previstas cuando se decida su reglamentación; intervienen abogados representando a las partes y, en ciertos casos puede existir intercambios documentales, anteriormente a los sucesos que promueven la mediación, otra formalidad concreta es la homologación del acuerdo al que se ha arribado, por parte del juez, en su caso, a pedirlo del Ministerio Público y ello, sin duda, debe revestir ciertas formas, más bien inherentes a lo judicial, otro tanto ocurre con el seguimiento para saber si el acuerdo se cumple; en estos casos, que no hacen a la sustancia en si de la mediación, podría resultar funcional su incorporación al código procesal o ser objeto de una reglamentación aparte.³⁹ Estos pueden ser considerados como principios básicos que resultan indispensables en el contenido de la mediación.

Finalmente Elías Neuman expone como principio el de igualdad de las partes exponiendo que el mediador, consciente de encabezar un nuevo sistema de regulación social de conflictos, debe restablecer constantemente el equilibrio y hacer ver a las partes sus contradicciones ayudando a llegar a una postura equidistante. Las partes deben percibir que la mediación implica un trato igualitario y neutral para y hacia ellas.⁴⁰

³⁸ Obra citada p. 136.

³⁹ Obra citada p. 137.

⁴⁰ NEUMAN Elías, obra citada p. 139.

3.5. El Procedimiento Judicial Civil en el Estado y la Mediación

El estado de Nayarit, no ha creado centros de mediación que conformen las formas básicas que en otras entidades federativas existen, la bondad de estos institutos ha sido por de mas satisfactoria donde se ha concretado, sin embargo, como se dijo al inicio nuestra entidad no ha creado tales institutos y solo se puede advertir en la revisión de la legislación procesal civil, otra forma alternativa de solución de conflictos como es la conciliación, vista esta como una etapa del procedimiento civil, y que no tiene mas trascendencia que marcar la posibilidad de arreglo entre las partes previo al desahogo de pruebas, no obstante ello este tipo de tramitología esta delegada para el juez, quien tal ves no cuenta con un perfil adecuado para evitar la tramitación del conflicto judicial, pues el perfil del mismo esta orientado a la tramitación judicial de la controversia.

Al respecto se manifiesta Ma. Guadalupe Márquez Algara, que la mediación dentro del ámbito civil, tiene un gran campo de acción, existen en la vida cotidiana un sinfín de actividades potencialmente generadoras de conflictos, desde los mas sencillos como el incumplimiento de un contrato de arrendamiento, mutuo o compraventa o sobre construcción de inmuebles o límites entre los mismos, hasta la prestación o contratación de un servicio, también existen conflictos patrimoniales que se originan en el seno de una familia, lo cual presenta una doble dificultad no solo por las cuestiones patrimoniales que en él se ventilan, sino por que entre los participantes existen vínculos familiares que si no son considerados pueden destruir a sus integrantes; es frecuente, por ejemplo, en materia sucesoria, donde los hermanos no se ponen de acuerdo y cuando acuden a la mediación se dan cuenta de que no están ante un juez que, basado en la ley, tomara una decisión, sino en un método diferente en el cual, poniéndose en los zapatos del otro tomaran la mejor decisión para todos, también existen situaciones en que en un mismo edificio viven varias familias y comienzan a tener dificultades por la repartición de agua a cada vivienda o el pago de algunos servicios en común, o

simplemente llegan a tener problemas de convivencia como malos entendidos, aquí, la mediación los ayuda a ponerse de acuerdo y aclarar esos malos entendidos que surgen entre ellos lo cual los lleva a convivir de manera más armónica.⁴¹

Siguiendo el derrotero anterior, la conciliación está muy lejos de proponer las bondades que la mediación propone, partiendo incluso del supuesto de que esta institución debe ser autónoma en sus funciones, los mediadores, deben ser personas dirigidas con un perfil especial, en el caso que provoque las condiciones entre las partes en conflicto para propiciar la cómoda composición; esto por señalar solo algunas diferencias fácticas de los centros de mediación y de los mediadores respecto de las funciones de los titulares de juzgados civiles, con esta expresión se resalta, la ausencia de bases concretas en la entidad que generen solución de conflictos en las controversias de tipo civil, sin embargo, más adelante se destacarán los aspectos normativos y formativos ausentes para la mediación en Nayarit, y las bases reflexivas que justifican no solo su existencia sino su incursión y permanencia.

En este sentido, Francisco José Contreras Vaca, explica que la conciliación, es el mecanismo alternativo de solución de controversia que por su importancia se utiliza dentro del juicio antes de que el Tribunal ejercite la facultad jurisdiccional delegada por el estado, mediante el cual la propia autoridad judicial, a través de su secretario conciliador, propone a las partes alternativas para dirimir el conflicto y en caso de que lleguen a una transacción, el juez la aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada, siempre que la misma no fuere contraria al derecho, a la moral y a las buenas costumbres, obligándolas a estar y pasar por ella en todo tiempo y lugar, como si se tratara de una sentencia firme⁴². Lo anterior se advierte como una referencia en cotejo con la mediación a fin de establecer sus coincidencias sustantivas.

⁴¹ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe, obra citada p. 102.

⁴² CONTRERAS VACA, Francisco José, obra citada p. 151.

No obstante estas expresiones tan categóricas, se generan comentarios sobre la perspectiva dialéctica que surge con la mediación, en este sentido, Joseph P. Folger y Tricia S. Jones han manifestado que la investigación comunicacional sobre la mediación sugiere que, a pesar de algún progreso, aún falta encarar adecuadamente el contexto relacional como fuerza generativa en estos procesos, en tal sentido, se pueden clasificar las conductas como indicativas de alguna coloratura relacional -por ejemplo, identificando comentarios más o menos confirmatorios o evaluando los niveles de distancia relaciona- también se pueden identificar las fases de interacción y las conductas características de esas etapas; pero estos logros no parecen estar a la altura de la complejidad del contexto relacional y de la mediación, lo que se necesita es un modo de pensar la mediación y el conflicto en general que sea más dimensional; una perspectiva teórica en la cual la conducta se entienda no ya como "esto o aquello" sino como "esto y aquello"; por ejemplo, reconociendo un punto de la agenda como apertura de un tema para discutirlo y al mismo tiempo como cierre de otros, en lugar de verlo como una u otra cosa, la dimensionalidad involucra también la "circularización" de las concepciones corrientes de la relación entre el mediador y disputante; los mediadores no son terceros que actúan sobre otros y sobre los que no actúan nadie, como en general nuestra teoría lo da por sentado implícita y explícitamente, y la dimensionalidad aboga por una comprensión menos instrumental de la mediación en la cual el procedimiento sea apreciado por su capacidad para cambiar el modo en que las personas se relacionan entre sí y con la sociedad; así como su aptitud para lograr la resolución de una disputa específica.⁴³

En este orden María de Alba Aiello de Almeida explica que las experiencias recogidas, la observación de los diversos programas y organigramas propuestos y la convicción de que se debe construir un contexto educativo que ayude a los mediadores a desarrollar sus más amplias posibilidades y a integrarse crítica y

⁴³ P. FOLGER, Joseph y S. JONES, Tricia, obra citada p. 69.

activamente en una tarea que necesita de su capacidad de decisión, creatividad y originalidad, los compromete en la búsqueda de criterios y planteamientos idóneos para tal fin.⁴⁴

Este mismo rubro de referencias Rubén A. Calcaterra explica que con el nivel de los contenidos de un modelo que responda a una serie de postulados teóricos, que sea operativo en la práctica y posible de ser transmitido, es el interrogante sobre los saberes a incluir y de qué campos apropiarlos, este capítulo deberá, entonces, dar cuenta de ello pero no podrá detenerse ahí, sino también informar del sentido que esos saberes tienen en la construcción de ese modelo, ello se habrá de integrar con la formulación de los principios sobre los que el modelo se asienta y con la noción de sus elementos funcionales y de los virajes conceptuales que surgen a partir de aquellos saberes; los aportes de las disciplinas implicadas en la construcción del modelo provienen de los campos del conflicto, de la inteligencia y de sus capítulos referidos a la información y a su uso estratégico y a las percepciones, de la comunicación del conocimiento, del pensamiento complejo, del caos y de la negociación; los principios que irán surgiendo son los de incertidumbre, individualidad, relación, integración, reflexión, creatividad, invención y ecología de la acción, los virajes se efectúan de la presentación a la construcción de la construcción a la construcción de las igualdades a las diferencias de la contradicción a la complementación y del programa de la estrategia.⁴⁵

3.6. Los Sujetos de la Mediación

La mediación no es una figura que jurídicamente se sustente en cuanto a sus alcances y objetivos en su propia esencia, esto implica que su espectro de afectación impacta sobre todo a los que se involucran en estas formas alternativas de solución de conflictos, estos entes a los que hago referencia son los sujetos

⁴⁴ AIELLO DE ALMEIDA, María Alba, obra citada p. 30.

⁴⁵ A CALCATERRA, Rubén, obra citada p. 63.

que participan en un proceso de mediación, derivado de ello se destacan tres las personas sujetas a la disputa de intereses y el mediador, a los que se hará alusión a continuación.

Al respecto Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza han manifestado que es necesario destacar que los medios alternativos de solución de conflictos actúan y operan sólo si existe la voluntad de las partes, para que eso ocurra; de no ser así, no se pueden considerar funcionales, ya que su principal característica es el espíritu de autocompasión de las partes, basándose en el *petitum* de las mismas, es necesario destacar que hay tendencias a confundir su terminología técnica, el llamado efecto de la judicialización de los medios alternativos de solución de conflictos, esto significa que quienes se aventuran a la utilización de estos tienden a esperar las mismas condiciones de un proceso judicial, lo cual rompe con sus características elementales; esto ocurre por la costumbre de recurrir al sistema adversarial, ante este conflicto su operatividad se anula, por ello es necesario puntualizar que no se está ante un proceso judicial, sino ante un procedimiento. Dorantes Tamayo, citado por el autor antes mencionado, afirma que nos encontramos ante un procedimiento cuando existe un conjunto de actos relacionados entre si que tienden a la realización de un fin determinado, pero cuando su fin es resolver un litigio, se trata de un proceso judicial. En el mismo sentido, Cipriano Gómez Lara afirma que debemos entender por proceso judicial el conjunto complejo de actos del Estado como soberano de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo, caracterizándose por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, dándose la sumisión de las partes a éste, ante la monopolización de la impartición de la justicia por el Estado mientras que el procedimiento puede manifestarse fuera del campo estrictamente procesal.⁴⁶

⁴⁶ GORJÓN GÓMEZ, Francisco y Steele Garza José, *OB. CIT.*, Pág. 5.

No obstante lo anterior, la expresión anterior indica que las partes son fundamentales en la concertación de la controversia, sin embargo en esta interacción de voluntades se han pronunciado Joseph P. Folger y Tricia S. Jones, quienes exponen que restando importancia a la relación; una visión general de la teoría y las investigaciones sobre la mediación; una revista de los enfoques teóricos del conflicto y más específicamente de la mediación revela que el contexto relacional ha recibido poca atención, lo mismo que otros contextos (el social, el cultural o el institucional); Los progresos en la comprensión de la "figura" de la mediación se han producido a expensas de consideraciones incluso básicas acerca del "fondo", las teorías contemporáneas del conflicto se basan en los supuestos del hedonismo, la racionalidad y la intencionalidad, por lo general, limitan la conceptualización de la relación a intercambios económicos, se dice que ésta es la herencia de los enfoques del conflicto basados en la teoría de los juegos y cuestiona la confianza sostenida en esos supuestos cuando parece que vamos más allá de los modelos estrictos de dicha teoría; aunque las teorías de la mediación pueden incluir referencias al contexto relacional o examinarlo, pocas veces destacan su potencial para influir y hasta la fecha, no han logrado revelar cómo puede ejercerse esa influencia.⁴⁷

Los tópicos antes advertidos permiten establecer los contenidos teóricos conceptuales sobre los que descansa la mediación como forma alternativa de solución de conflictos.

3.7. Fundamentos de la Mediación

La mediación, no es una figura jurídica que sólo implique requisitos arbitrarios sin más sentido que la anarquía de los elementos, antes bien, se dispone como una figura jurídica compleja que sustenta bases importantes, independientes de sus principios, y estos son los fundamentos de la misma.

⁴⁷ P. FOLGER, Joseph y S. JONES Tricia, obra citada p. 60.

En términos de lo anterior, los fundamentos de la mediación pueden conceptuarse como las bases sobre las cuales descansa la estructura de esta, así se establecen, fundamentos como que tal figura implica una forma heterocompositiva para resolver conflictos de particulares, con la tendencia de evitar la tramitología ordinaria formal de un juicio jurisdiccional.

Derivado de lo anterior, el mediador es una persona independiente del servidor público judicial, el cual debe tener características equivalentes en la formación de servicio al juez, con la salvedad que implica la flexibilidad de las posturas para convertir el problema en solución para ambas partes.

Otro fundamento de la mediación deriva de la fuerza que han alcanzado los medios alternativos de solución de conflictos, ello, atendiendo a que esta forma de resolver controversias, puede establecer la consolidación de la solidaridad de las partes hacia sí mismos, implementando de forma indirecta una cultura de solución pacífica de controversias.

Es importante que en este apartado no se confunda el apartado que se analiza, con la conformación del marco normativo formal, que da origen jurídico y vigencia a la mediación, pues ello fue motivo de apartado diferente, la aclaración se hace para evitar la confusión en el contenido.

No obstante lo anterior, se destaca como un fundamento mas de la mediación, la existencia del marco normativo jurídico, que no solo le da vida a la mediación, sino que conforma su desarrollo, ejercicio y estructura formal.

3.8. Los Fines de la Mediación

Entiéndase por fines, los objetivos que persigue la mediación, en este sentido, existen fines mediatos e inmediatos.

En cuanto a los fines inmediatos, se destaca el hecho de que la mediación se convierta en una opción viable para la resolución de conflictos planteados, esto es, que los particulares encuentren en esta figura las condiciones de certeza y

confiabilidad para ofertar sus intereses al órgano mediador, con la certidumbre de que las posturas serán analizadas en las mejores condiciones de objetividad y equidad.

Otro fin inmediato, implica el constituirse como un órgano auxiliar de la administración de justicia, capaz de desahogar la carga procesal, por medio de su intervención, generando mas espacio para los asuntos sujetos a su revisión.

El concientizar a la sociedad, de que la vía judicial no es la única forma de solucionar sus conflictos, es una forma más de manifestar sus fines inmediatos la mediación.

Los fines mediatos, corresponden a una acción indirecta derivada de la propia vigencia de la mediación, así, abonar a la cultura de la solución pacífica de solución de conflictos, es una opción dentro de la resolución de las controversias.

Capítulo Cuarto
ASPECTOS NORMATIVOS DE
LA MEDIACIÓN

4.1. Marco Constitucional de la Mediación en México

Siguiendo la tendencia piramidal jerárquica de Kelsen sobre las normas, es preciso analizar en primer rango de importancia jurídica a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es donde se encuentran los principios mínimos de regulación secundaria, es decir, los lineamientos sobre los cuales las leyes de los estados, descansan, en este sentido, la constitución del país, contempla la posibilidad de incursionar en los códigos procesales, a los medios alternativos de solución de conflictos, en este caso, la mediación.

Existen disposiciones constitucionales muy concretas que contienen supuestos relativos a los métodos alternativos de solución de conflictos, en el caso, el artículo 17, explica que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

El comentario a este artículo se integra con los siguientes enunciados: prohibición de la justicia por propia mano; el derecho a la justicia; el movimiento

para el acceso efectivo a la justicia, que comprende: 1. garantía de gratuidad de la justicia; 2. barreras organizativas y culturales; 3. formas alternativas de justicia.

Independencia de los tribunales, que comprende la división de poderes, garantías judiciales que se integran con la estabilidad e inamovilidad en el empleo, remuneración responsable que puede ser llegado el caso, civil, penal o administrativa. Señala Roberto Báez Martínez que este precepto de nuestra ley fundamental contiene las garantías del: Principio de legalidad; consiste en que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite; Gratuidad de la justicia sin embargo a manera de ejemplo, podemos decir que como atinadamente lo afirma Eugenio Brioux "en efecto, la justicia es gratuita, lo que cuesta son los medios de llegar a ella". - ¿Cuáles son esos medios? 1.- Asesoría jurídica; 2.- Enfrentar los procedimientos y distintas etapas en la contienda judicial; 3.- Cubrir el importe de copias, diligencias fuera de área geográfica de la autoridad competente; 4.- Otros imprevistos.⁴⁸

En lo referente al principio de legalidad consagrado por este artículo de nuestra máxima ley, debemos agregar, que, el fuero constitucional de que gozan los miembros de nuestro poder legislativo federal o estatal según sea el caso, no puede ser renunciado porque el beneficio de la ley no está establecido únicamente a favor del particular, sino principalmente en beneficio de las cámaras (diputados y senadores), como objeto de que su función de soberanía no se menoscabe.

Función Jurisdiccional. Es la intervención del estado en la resolución de los conflictos jurídicos mediante la función jurisdiccional que es sustitutiva.

Por su parte, el artículo 18 de la constitución política de los estados unidos mexicanos precisa: sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la

⁴⁸ Báez Martínez Roberto, *Comentarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, pagina 43, Tercera Edición, Editorial PAC., México 2008.

extinción de las penas y estarán completamente separados. Los gobiernos de la federación... Los gobernadores de los estados... La federación... La operación del sistema...

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente... las normas constitucionales que se introdujeron son las siguientes: ...normar las formas alternativas al juzgamiento basadas en el principio de la mínima intervención del derecho penal, como mecanismos fundamentales en la aplicación de la justicia penal para adolescentes, que permitan la solución de los conflictos por medios distintos a la tradicional forma de intervención jurídico penal, atribuyendo al derecho penal un carácter meramente subsidiario, a fin de posibilitar la pronta y expedita resolución de los conflictos sin tener que sujetar al adolescente a procedimientos largos evitando en lo posible los efectos negativos que estos les pudiera generar.⁴⁹

El Autor Roberto Báez Martínez en sus comentarios a la Carta Magna señala que en el citado artículo se integra los enunciados siguientes: prohibición de la justicia por propia mano; el derecho a la justicia; el movimiento para el acceso efectivo a la justicia que comprende los puntos siguientes: garantía de gratuidad a la justicia Barreras organizativas y culturales, Formas alternativas de justicia Independencia de los tribunales que comprende la división de poderes, garantías judiciales que se integran con la estabilidad e inamovilidad en el empleo, remuneración, responsabilidad que puede ser en caso civil, penal o administrativo. Garantía de los fallos. Prohibición de la prisión por deudas Civiles. Según Roberto Báez Martínez señala que la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite esto es en función del precepto constitucional y que directamente en el párrafo segundo sostiene y: Manifiesta la existencia de un principio de Legalidad; y este sostiene que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite.

La función jurisdiccional la definen como aquella en la que el Estado se tiene que valer de organismos adecuados para resolver los conflictos jurídicos

⁴⁹ Báez Martínez Roberto, *OB. CIT.*, Pág. 49.

haciendo suyo el interés jurídico no satisfecho y realizándolo a favor del titular con el imperio de su soberanía. Una garantía de gratuidad de la justicia respecto a este la gratuidad consiste que es gratuita en cuanto a que los funcionarios o juzgadores no deben de cobrar al impartir y administrar justicia, lo que es costoso son los medios de llegar a ella como son: Asesoría jurídica. Enfrentar los procedimientos en las distintas etapas del procedimiento judicial. Cubrir el importe de copias peritajes, diligencias fuera del área geográfica de la autoridad competente. Otros imprevistos.

En el ámbito social este principio a sido muy criticado en virtud de que para llevar a cabo un proceso donde se necesite la seguridad jurídica en lo que corresponde al reconocimiento de un derecho, o la solución de una controversia etcétera, al individuo en general se le hace difícil acceder a los órganos judiciales, pues en la mayoría de los casos son personas que no cuentan con los recursos económicos que les permitan solventar los gastos en el procedimiento es por esto que se dice que la justicia es demasiado onerosa en algunos casos. Se tiene además el comentario de el citado artículo 17 una de las formas que podría atraer economía procesal para los Tribunales y para los justiciables sería que hubiera en nuestro Estado otras formas como son la mediación, aunque sabemos que se tiene en los artículos 272 y 273 la conciliación que esta sería una medida de terminar en el proceso una controversia antes de llegar a la sentencia en donde las partes el Juez les propondría si desean dirimir su conflicto antes de que haya un perdedor o un ganador y de esta manera concluir con el proceso a demás de que estarían de manifiesto la voluntad de las partes sin influencia de sus abogados o cualquier otra persona; si en Código Sustantivo ya se especifica en los numerales antes citados una forma alternativa de resolver el conflicto dentro de un proceso. Sería mas provechoso que estos conflictos se resolvieran a través de la figura de la mediación y con esta no habría ni perdedor ni ganador si no mas

bien un convenio suscrito por las partes en donde manifieste voluntariamente la conclusión y la resolución de una posible controversia judicial.

4.2. Referencia Formal de la Mediación

Establecidas las condiciones básicas que sustentan, jurídicamente hablando, del sistema normativo nacional, se impone determinar, de que forma se objetivan los patrones de conducta que pudieran dar cuerpo al mecanismo regulador de la mediación, en este, caso, resulta concluyente que sólo la ley formal, es capaz de dar vida jurídica a este patrón de regulación alternativa de solución de conflictos, por lo que se impone explicar sus rasgos de caracterización jerárquica, tal y como se hizo notar al principio de este capítulo.

En este sentido se expresa Paúl Kahn, al exponer que en este bosquejo del tiempo del derecho, solo expone los elementos centrales que un enfoque cultural frente al estado de derecho tendría, un estudio similar tiene que hacerse sobre el espacio dentro de la practica del estado de derecho; aquí también tiene que desarrollarse una genealogía y una arquitectura; la genealogía del espacio se centra en el concepto de limite, otro concepto que huele a los remanentes de la amplia tradición de la experiencia religiosa y política de occidente; el estado de derecho es siempre normativo sobre un territorio definido; la moral puede no tener fronteras, pero el estado de derecho comienza solamente con la imaginación de una jurisdicción; tenemos obligaciones morales, pero no obligaciones jurídicas para con aquellos mas allá de nuestras fronteras⁵⁰.

La referencia precisada consolida la idea de que solo se podrá entender la incursión de la mediación en los conceptos jurídicos a través de la ratificación normativa formal, con tiempo y espacio preciso, de ello se impone, pues analizar los aspectos normativos.

En el sentido anterior y consolidando las posiciones expuestas, el autor en cita, abunda; mas allá del tiempo y espacio del derecho y de los acontecimientos

⁵⁰ Kahn Paúl; *Análisis Cultural del Derecho*, pagina 78, Editorial GEDISA, Barcelona 2001.

que completan el marco estético del derecho, la disciplina cultural tiene que estudiar el sujeto tal y como aparece bajo el estado del derecho; el sujeto aparece cuando menos en tres formas diferentes; primero, está el sujeto que es fuente dotado de derecho: el pueblo soberano; segundo, está el sujeto que es objeto de regulación jurídica: el ciudadano o miembro de la comunidad sometida al derecho; tercero, está el sujeto que percibe y articula el derecho, paradigmáticamente el juez; cada uno de estos sujetos se relaciona con los otros, si el estado de derecho es el gobierno del pueblo, la ciudadanía y la soberanía tienen que intersectarse, de manera similar el sujeto que articula el derecho tiene que ser una persona sin una subjetividad particular, si el estado de derecho aparece como diferente del gobierno de los hombres; de igual modo, la subjetividad del juez tiene que intersectarse con el sujeto con autoridad; la voz judicial tiene que aparecer la voz del pueblo; delinear estas intersecciones y separaciones es la tarea de un estudio arquitectónico del sujeto jurídico⁵¹.

Lo anterior puntualiza sobre aspectos intrínsecos de interacción subjetiva de los intervinientes de la objetivación del derecho, en estas condiciones, vuelve a ser la norma jurídica el presupuesto necesario en la existencia objetiva de los conceptos jurídicos, en este caso la mediación.

Finalmente, el multicitado autor, explica, el estado de derecho, no es el producto de un discurso racional, no podemos contemplarnos razonando el mundo de percepción; no somos ciudadanos de la república del derecho en virtud de una elección deliberada, como si primero estuviéramos parados en un estadio de naturaleza y después colectivamente decidiéramos establecer el mundo del derecho; primero nos encontramos a nosotros mismos en el mundo del derecho; esto estructura nuestra comprensión del espacio y del tiempo, del yo y de la comunidad, razonamos dentro de este mundo, pero no sobre el, claro una de las cosas sobre las que razonamos es sobre como el estado de derecho llega a existir, imaginamos un tiempo previo al derecho, pero siempre desde una posición

⁵¹ ibídem; Pág. 106.

interna del derecho, en tanto somos ya ciudadanos sometidos al derecho, creemos que deberíamos ejercitar la elección deliberativa, esto es, una voluntad informada por la razón; imaginamos que hemos aplicado estas normas internas al orden jurídico a los orígenes de ese orden jurídico⁵².

4.3. Aspectos Normativos

En un análisis de las diferentes normativas que han asumido la existencia de la mediación en las diversas entidades federativas de la república mexicana, se advierte que en el estado de Aguascalientes, en su código de procedimientos civiles, contempla la mediación, la conciliación y el arbitraje como formas alternativas de solución de conflictos, también creó la ley de mediación y conciliación del estado de Aguascalientes, para dirimir conflictos civiles fundamentalmente, por su parte la ley orgánica del poder judicial del estado de Aguascalientes, contempla al centro de mediación, así mismo la ley orgánica de la procuraduría general de justicia de esta en cita, advierte la mediación penal y la conciliación, en materia familiar, se contempla en la ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia para el estado de Aguascalientes, la legislación penal para el estado mencionado maneja la conciliación, por su parte la ley orgánica de la administración pública del estado de Aguascalientes, precisa como forma alternativa de solución de conflictos, a la conciliación y al arbitraje en materia laboral, finalmente, en materia electoral, el código electoral para el estado de Aguascalientes maneja la conciliación como forma alterna para dirimir conflictos en esta área normativa.

En Baja California Norte, se ha continuado con la idea de establecer estos medios alternativos de la siguiente manera, la ley de justicia alternativa para el estado de Baja California que contiene las formas alternativas de la mediación y conciliación en la materia civil y otras como el código de procedimientos civiles para el estado de Baja California que contiene la mediación, conciliación y arbitraje

⁵² *idem*, Pág. 117.

civil, la ley orgánica del poder del estado de baja California solo menciona al centro de justicia alternativa en mediación y conciliación, la ley de justicia para adolescentes de baja California en materia penal solo tiene como forma alternativa de solución de conflictos a la conciliación, en el código de procedimientos penales se tiene la negociación, mediación y conciliación entre otras en la materia penal.

En Baja California Sur, también se han preocupado por crear legislaciones que faciliten los trámites en materia de justicia alternativa y se tiene las siguientes legislaciones: ley de atención y prevención de violencia familiar para el estado de baja California esta ley solo menciona la conciliación en los conflictos familiares, el código de procedimientos civiles para el estado de baja California sur solo hace mención del arbitraje civil, el código de procedimientos penales para el estado de California sur se tiene la mediación y conciliación penal, ley orgánica del poder judicial del estado de baja California sur en este rubro sólo se tiene la conciliación y arbitraje laboral, ley orgánica de la administración pública del estado de Baja California Sur, igual que la anterior sólo contiene la conciliación y el arbitraje laboral como medio alternativo de solución de conflictos laborales, ley para el ejercicio de las profesiones de baja California sur solo menciona el arbitraje mas no su procedimiento.

En este análisis se observan las siguientes disciplinas en las que se puede aplicar la conciliación, la mediación, la negociación y el arbitraje, sólo en las materias civil, penal y laboral, se menciona en la ley orgánica del estado de Baja California la existencia de un centro alternativo de solución de conflictos.

En el estado de Campeche se tiene el reglamento del centro de justicia alternativa y este reglamento regula la mediación y conciliación civil, familiar, mercantil y penal, asimismo la constitución política del estado de Campeche integró la conciliación en materia agraria, en la ley orgánica del poder judicial del estado de Campeche se tiene la conciliación sólo alude a los juzgados de conciliación, la ley orgánica de la procuraduría general de justicia del estado de Campeche contempla la conciliación penal, la ley de la comisión de derechos

humanos del estado de Campeche el cual tiene la conciliación para la resolución de los problemas o conflictos relativos a los derechos humanos, el código de procedimientos civiles del estado de Campeche indica el arbitraje en materia civil, la ley de los trabajadores al servicio de este estado sólo se refiere a la conciliación y arbitraje laboral.

En las diversas legislaciones en que se regulan las relaciones sociales y que como consecuencia de las mismas se puede observar que es poco lo que se ha avanzado respecto a la creación de medios alternativos de justicia.

En el estado de Chiapas se puede observar una serie de legislaciones como la ley orgánica del ministerio de justicia del estado que contempla la mediación y conciliación penal, la ley que establece el sistema integral de justicia para adolescentes en el estado de Chiapas se tiene la mediación, conciliación, desistimiento entre otras en lo penal, la ley estatal para el dialogo, la conciliación y la paz digna en Chiapas únicamente observa la conciliación en conflictos armados, la ley de prevención y atención de la violencia intrafamiliar observa la mediación y conciliación, también la ley que crea la comisión estatal de conciliación y arbitraje para usuarios y prestadores de servicios relacionados con la salud tienen como base para resolver conflictos médicos a la conciliación y al arbitraje, el código de procedimientos civiles del estado de Chiapas contempla al arbitraje civil, como se puede observar en estos ordenamientos jurídicos solo existe la figura de la mediación en materia familiar y penal.

En el estado de Chihuahua al igual que otros estados se ha dado a la tarea de crear y reformar su legislación para continuar cubriendo las necesidades de la sociedad y con esto se ha tratado de solucionar los conflictos jurídicos de una forma alternativa tratando de que esta sea la adecuada para que haya una estabilidad y la paz social, por lo que se tiene a la ley de justicia penal alternativa del estado de Chihuahua en donde se hace mención de la mediación, negociación, conciliación y juntas de facilitación penal, también se tiene una ley específica denominada ley de mediación del estado de Chihuahua para las materias civil,

familiar, mercantil y penal, el código de procedimientos civiles del estado de chihuahua solo hace mención del arbitraje civil, la ley de justicia especial para adolescentes infractores del estado de chihuahua contempla la mediación y conciliación penal, la ley orgánica del poder judicial del estado de chihuahua tiene la mediación pero solo menciona al centro estatal de mediación, el reglamento interior de la junta local de conciliación y arbitraje y el código administrativo del estado de chihuahua estos dos ordenamientos solo contemplan como forma alternativa la materia laboral.

En el estado de Coahuila la ley de medios alternos de solución de controversias y la ley de prevención, asistencia y atención de la violencia familiar, la primera contiene la mediación, conciliación, evaluación neutral y arbitraje civil, la segunda también contiene la mediación, la conciliación y amigable composición familiar, en la constitución política del estado de Coahuila de Zaragoza señala la justicia alternativa en general civil y otras, así como el código procesal civil para el estado de Coahuila contempla la conciliación y arbitraje civil.

En colima se tiene como base jurídica en sus leyes como es la ley de justicia alternativa del estado de colima, la ley para la prevención y atención intrafamiliar y la ley de obras publicas del estado de colima a las figuras de la mediación civil, mercantil, familiar y penal y en el código de procedimientos civiles solo se tiene el arbitraje civil.

En el distrito federal solo se tiene la ley de justicia alternativa del tribunal superior de justicia del distrito federal, considero que la mediación en el distrito federal ha tenido un desarrollo mas amplio pues dadas las características demográficas y el sistema de gobierno y las necesidades por el constante aumento de la población son parámetros que han llevado a las autoridades a buscar la paz social a través de métodos jurídicos diferentes a los jurisdiccionales, es por ello que la citada ley le ha dado la necesaria importancia a la resolución de conflictos jurídicos a través de la mediación y de esta manera se han dado la tarea de crear las estructuras tanto jurídicas como materiales con la finalidad de

cubrir las necesidades en materia de justicia y así mismo de descargar a los tribunales y a sus integrantes de la carga laboral excesiva.

En el estado de Durango no ha sido la excepción también se han creado y modificado algunas leyes, como es el código de procedimientos civiles para el estado de Durango en el que se tiene el juicio arbitral y que además es de aplicación supletoria a los ordenamientos establecidos en la ley de justicia alternativa del estado de Durango en la disciplina civil, así como también existe la ley de justicia alternativa del estado de Durango para la conciliación, mediación y procedimiento arbitral, el reglamento de la ley de justicia alterativa contiene la remediación y la reconciliación.

En el estado de México no se tiene considerado como medio alternativo sino como juicio arbitral especial y se señala en el código de procedimientos civiles para el estado de México, pero en este estado se creo un reglamento para la conciliación y la mediación del poder judicial del estado de México sin especificar una materia en particular.

En Guanajuato se creo la ley de justicia alternativa del estado de Guanajuato y se señala la conciliación y mediación en términos generales.

En guerrero el código procesal civil del estado libre y soberano de guerrero se observa que solo se refiere como medio alternativo de justicia al juicio arbitral civil, asimismo se puede observar que no se tiene una regularización normativa que indique la existencia de la mediación.

En Hidalgo la mediación se tiene en el acuerdo que crea el centro estatal de justicia alternativa y los lineamientos que regirán al funcionamiento del centro de justicia alternativa del poder judicial del estado de hidalgo, en los citados lineamientos y en el acuerdo solo encontramos la mediación y los juzgados indígenas, esto nos hace suponer que la mediación esta señalada para resolver cualquier conflicto ya sea del orden penal, civil, familiar, etcétera, y especialmente se lleve a cabo en los juzgados indígenas.

En el código civil del Estado de Jalisco solo se tiene como medio alternativo de impartición y administración de justicia al contrato de compromiso arbitral en lo civil, asimismo el código de procedimientos civiles del estado de Jalisco tiene regulado al arbitraje civil, la conciliación y la mediación.

En el estado de Michoacán de Ocampo se tiene como método alternativo al juicio arbitral, a los juzgados comunales para la mediación y la conciliación y estas figuras solo son tratadas para las comunidades étnicas a través de los juzgados comunales, se tiene a la ley de justicia comunal del estado de Michoacán de Ocampo a la ley orgánica del poder judicial del estado de Michoacán de Ocampo, en el código de procedimientos civiles solo se observa la existencia del juicio arbitral mas no así tratándose de la mediación aunque no exista legislación especial que la regule si se lleva acabo esta importante figura de la mediación pues se tiene para ella un centro de mediación y conciliación integrado al poder judicial del estado de Michoacán.

En el Estado de Morelos se consideran como métodos alternos el arbitraje, conciliación y amigable composición, en el código de procedimientos civiles y en esta entidad se tiene en el código de procedimientos familiares solo a la conciliación familiar, en el código de procedimientos penales que acertadamente se tiene como medio alternativo de resolución de conflictos a la mediación y la conciliación.

En Nuevo León la constitución tiene contemplados los medios alternativos en general como consecuencia en los códigos de procedimientos civiles y penales se tienen contemplado el arbitraje civil, la amigable composición o mediación y conciliación civil esto apegado a estricto derecho, en conciencia o técnico, en el código penal se encuentra la conciliación y mediación asimismo en el código de procedimientos penales también se establece la conciliación y la mediación, en este estado también existe una ley de medios alternativos para la solución de conflictos del estado de nuevo León y en ella se señala al arbitraje, la amigable composición, la mediación y la conciliación aunque no señala como debe

regularse el tramite del arbitraje solo señala que este se sujetara a lo dispuesto en el código de procedimiento civiles.

La constitución de Oaxaca contempla la justicia alternativa mas no así los códigos de procesamientos civiles y penales y la ley municipal en el primero solo señala al arbitraje civil y en los otros solo se tiene a la conciliación y por lo que se refiere a la ley municipal la conciliación solo la señala en términos generales, en este estado también se tiene una ley de mediación para el estado de Oaxaca sin señalar las materias especificas en que ha de aplicarse esta.

En el estado de Puebla en el Código de Procedimientos Civiles se tiene la mediación, la conciliación, justicia indígena y arbitraje civil, en el código de procedimientos en materia de defensa social también se tiene a la mediación así como la ley orgánica del poder judicial del estado que contempla la mediación, conciliación y amigable composición en términos generales

En este Estado de Querétaro el código de procedimientos civiles solo tiene al arbitraje como modo de solucionar los conflictos entre las partes en el proceso, solo cuenta con el reglamento del centro de mediación del poder judicial del estado de Querétaro de Arteaga.

En la Constitución de Quintana Roo, se encuentra integrada la conciliación o arbitraje de acuerdo a los procedimientos de mediación y en el código sustantivo civil solo se tiene como medio alternativo de solución de conflictos al arbitraje y conciliación, pero sí cuenta con una ley de justicia alternativa del estado de Quintana Roo y también se tiene al arbitraje, mediación y conciliación en forma general.

San Luis Potosí es uno de los estados que no se tiene legislación alguna que haga referencia a la mediación o la conciliación en su caso solo se tiene al arbitraje civil en su código de procedimientos civiles.

El Estado de Sinaloa es otro de los estados que solo tiene la ley para prevenir y atender la violencia intrafamiliar del estado de Sinaloa y lo resuelven a través de la conciliación y el arbitraje familiar.

Sonora es uno de los Estados que creó la ley de mecanismos alternativos de solución de controversias para el estado de sonora y en ella abarca a la mediación, conciliación, arbitraje y justicia reiterativa, no hace señalamiento exclusivo a alguna materia en especial solo en la ley de prevención y atención de la violencia intrafamiliar para el estado de sonora, se menciona como medio alternativo la conciliación y arbitraje familiar.

En Tamaulipas el Código de Procedimientos Penales para el Estado, se refiere a la conciliación penal como una forma de justicia alternativa y establece una ley de mediación sin mencionar los rubros en la que se aplicara dicha mediación por lo que se entiende que es en general para todas las materias.

En Tlaxcala solo se tiene la ley que regula el sistema de mediación y conciliación en el mismo, y no especifica la materia en que habrá de aplicarse.

En Veracruz en la ley que establece el arancel para el cobro de honorarios de abogados postulantes, depositarios, peritos médicos, valuadores, árbitros, intérpretes y traductores se hace alusión que para resolver cualquier problema suscitado en cualquiera de estos profesionistas solo se resolverán a través del arbitraje, además se tiene también una ley de asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar en el estado de Veracruz en esta ley no se hace mención que haya otro medio de resolver los conflictos familiares y también hace referencia especial al arbitraje en materia familiar.

En el Estado de Yucatán al igual que en otros no se tiene la figura de la mediación como forma alternativa de resolver conflictos pues solo en el código de procedimientos penales y en la ley de la comisión de derechos humanos del estado de Yucatán hacen referencia al arbitraje y la conciliación en lo penal y con referencia a la violación de los derechos humanos.

En el Estado de Zacatecas igual que nuestro estado solo se hace referencia en el código de procedimientos civiles del Estado de Zacatecas a la conciliación civil.

En el análisis que se hace referente a los estados de la república se puede señalar que aunque la mediación es una figura que ha ido desarrollándose aproximadamente en poco tiempo, en nuestro país se ha tomado en cuenta por parte de los estudiosos del derecho y principalmente por nuestras autoridades, a la mediación como un recurso del que se pueden obtener garantías jurídicas, ha sido de gran importancia pues la mayoría de los estados han estado implementando a través de sus ordenamientos jurídicos en donde los poderes legislativos de las entidades federativas citadas han adoptado como una tarea propia de sus actividades el legislar favoreciendo la creación de leyes y reformas para beneficio de la ciudadanía o en general de la sociedad proporcionando leyes y reglamentos que sustenten la legalidad a dichos medios alternativos de justicia, son muy pocos los estados en que no han podido avanzar en esta dinámica evolutiva del derecho, pero esperamos que tomen en cuenta que el establecer medios alternativos de resolución de conflictos jurídicos extraprocesales es una opción que desde mi punto de vista nos puede traer grandes ventajas como son una cultura de componenda amistosa de problemas de menor cuantía o que en un momento dado nos pueden acarrear costos, pérdida de tiempo y quizá lesiones afectivas y mas cuando se trata de asuntos familiares, sucesorios, vecinales.

En nuestro estado de Nayarit al hacer el análisis jurídico de la existencia de la mediación me encontré que en sus códigos de procedimientos civiles y de procedimientos penales no tenemos la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, en ambas materias solo se refieren a la conciliación pero ésta solo podrá ser con la anuencia de las partes y a sugerencia del juez de la causa por lo que podemos señalar que es una forma alternativa de dirimir una

controversia dentro de un juicio por lo que considero que debe tomarse en cuenta a la figura de la mediación ya que por sus características nos podría traer grandes ventajas en relación a la descarga laboral que podrían tener las autoridades jurisdiccionales y además de estas ventajas vendrían a proporcionarnos otros estímulos como son, el ahorro de tiempo, y la satisfacción entre las partes al ver que no solo existe el litigio o el pleito donde generalmente existe un perdedor y un ganador, en la mediación tendríamos dos ganadores que son los sujetos en conflicto y desde luego estará un tercero neutral para escucharlos y orientarlos hacia una pacífica relación en donde ambas partes quedarían satisfechas ya que por la forma y como antes dije las características del procedimiento son las partes las que resuelven y determinan un feliz acuerdo aunque si estas no llegaran a una feliz componenda no estarían en desventaja pues tendrían la opción de recurrir a resolver sus conflictos en un juicio ordinario.

Los rubros de regulación para la mediación no solo se vinculan a los aspectos constitucionales, es necesario además que se implemente los parámetros jurídicos que le den origen a la estructura formal institucional de tal ejercicio de solución de conflictos, ya que su inclusión puede impactar las leyes orgánicas, generar decretos, etcétera, es decir, la inclusión de la mediación precisa un amplio aspecto de cambio.

En este sentido se sugiere la creación de los cuadros normativos necesarios para implementar la mediación como forma alternativa de solución de conflictos en el estado de Nayarit; en materia civil, por lo que atañe a este trabajo de investigación y otros ordenamientos resaltan los aspecto normativos, y sobre todo acreditar que no solo la justifican de la modificación a la ley correspondiente, supone la existencia, mágica de la mediación, sino que además supone claras reglas de acreditación como mediadores, entre otras situaciones, de todo ello deviene que este apartado solo involucra aspectos de formación normativa, sin olvidar los rubros que importan a la incursión de tal medio alternativo de solución de conflictos.

Es destacable la aportación de Francisco J. Gorjón Gómez y José Steele Garza al explicar que es necesario destacar que los MASC actúan y operan solo si existe la voluntad de las partes para que eso ocurra. de no ser así, no se pueden considerar funcionales, ya que su principal característica es el espíritu de auto composición de las partes basándose en el petitum de las mismas. es necesario destacar que hay la tendencia a confundir su terminología técnica, el llamado efecto de la judicialización de los MASC. Esto significa que quienes se aventuran a la utilización de los MASC tienen a esperar las mismas condiciones de un proceso judicial, lo cual rompe con sus características elementales. Esto ocurre por la costumbre de recurrir al sistema adversarial. Ante este conflicto su operatividad se anula. Por ello es necesario puntualizar que no estamos a un proceso judicial, si no ante un procedimiento. Dorantes Tamayo afirma que nos encontramos entre si que tienden a la realización de un fin determinado, pero cuando su fin es resolver un litigio, se trata de un proceso judicial. en el mismo sentido, Cipriano Gómez Lara afirma que debemos entender por proceso judicial el conjunto complejo de actos del estado como soberano de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo, caracterizándose por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, dándose la sumisión de las partes a este, ante la monopolización de la impartición de la justicia por el Estado, mientras que el procedimiento puede manifestarse fuera del campo estrictamente procesal⁵³.

En este sentido se imponen criterios federales con las consecuencias, relativas a la mediación, mismos que a continuación se enumeran: No. Registro: 271,154 Tesis aislada Materia(s): Civil Sexta Época Instancia: Tercera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación Cuarta Parte, XLIII Tesis: Página: 48 Genealogía: Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, quinta tesis relacionada con la jurisprudencia 183, página 548. COMISION Y MEDIACION. SU

⁵³ GORJON GÓMEZ, Francisco J. y José G. STEELE GARZA, obra citada p. 4.

DIFERENCIA. Son diferentes jurídicamente la comisión y la mediación, pues desde luego se advierte que en esta última no se ejercita ninguna representación y el contrato se realiza directamente entre las partes, en tanto que aquélla se realiza en nombre del comitente, o por cuenta de él. La mediación se cumple cuando coinciden las voluntades de las partes interesadas, puestas en contacto por el mediador y el contrato queda concertado, pues con ello, la finalidad perseguida se ha conseguido y la misión del mediador termina con su celebración. Amparo directo 6334/59. Cierre Relámpago, S. A. de C. V. 12 de enero de 1961. Cinco votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. No. Registro: 216,334 Tesis aislada Materia(s): Civil Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación XI, Mayo de 1993 Tesis: Página: 312 CONVENIOS JUDICIALES QUE PONEN FIN AL JUICIO. COSA JUZGADA DE LOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE SINALOA). La transacción que celebran las partes a través de un convenio dentro de una controversia judicial, con la finalidad de dar por terminada ésta, debe ser aprobada por el juzgador y elevarla a categoría de cosa juzgada, verificando que estén satisfechos los elementos reales, personales y formales del contrato y que, además, no se contravengan ninguna de las disposiciones contenidas en el título XVI, Segunda Parte, del Libro Cuarto del Código Civil del Estado de Sinaloa, que regula las transacciones; pero, si una de las partes considera que el convenio de transacción se encuentra afectado de nulidad, debe impugnarlo a través de la nulidad o rescisión de la transacción, prevista por el artículo 2834 del código citado, antes de que el convenio sea aprobado judicialmente y se eleve a la categoría de cosa juzgada, dada la naturaleza de esta última. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 439/92. Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera "Marcelo Morales", S.C.L. 18 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Arturo Baizábal Maldonado. Secretario: José Humberto Robles Erenas.

4.3.1. Constitucionales

Regresando a la jerarquización de la norma y ante la existencia de una república en nuestro país, donde coexisten diversas entidades federativas con autonomía e independencia, las mismas, rigen sus propias formas básicas, a través de la instauración de constituciones locales, que contiene los aspectos básicos rectores a nivel local, de ahí la necesidad de normar de la misma forma la mediación, mediante leyes locales constitucionales que también consoliden la manifestación expuesta en los textos de la constitución política de los estados unidos mexicanos, ante la existencia de los medios alternativos de solución de conflictos.

4.3.2. Medio Alternativo Regulado en el Código de Procedimientos Civiles de Nayarit

En Nayarit en su legislación procesal no se tiene referencia formal de la mediación solo se puede observar que para resolver cualquier conflicto que tengan las personas en su vida cotidiana como ciudadanos y que se encuentran inmersos en las relaciones sociales jurídicas, políticas, familiares tienen que acudir forzosamente ante los Tribunales que fueron creados para dirimir controversias relacionadas con el reconocimiento de un derecho y el esclarecimiento de una controversia, etcétera, en donde se tiene que acudir ante el Juez aun cuando sea cuestiones de poca valía y que pudieran resolverse entre las partes para así agilizar los tramites para el ciudadano y descargar la tarea a los Jueces encargados de administrar justicia además de que tendrían menos costo económico y procesal. En nuestro código sustantivo se tiene dentro del proceso en la sección cuarta que se titula la conciliación y específicamente en los artículos 272 y 273.

Artículo 272. En todo juicio cuya naturaleza así lo permita, la autoridad judicial en la audiencia de pruebas y antes del desahogo de estas, procura la conciliación entre las partes.

Artículo 272. La conciliación se desarrollara conforme a las siguientes reglas:

I. las partes comparecerán personalmente ante el *órgano jurisdiccional*, sin abogados patronos ni asesores. Solo podrán intervenir apoderados en el caso de personas morales, siempre que tengan facultades suficientes para restringir;

II. El juez o el funcionario legalmente facultado exhortara a las para que procuren un arreglo conciliatorio;

III.- De asistir acuerdo se dará por terminado el procedimiento, y en caso de convenio, este se aprobara y se elevara a la categoría de cosa juzgada quedando las partes sujetas a su cumplimiento; y

IV. Si las partes no asisten o no llegan a un acuerdo, se les tendrá por inconforme continuando la audiencia en su término.

Como se puede observar solo se puede concluir un proceso a través de la forma jurídica de la conciliación ya que esta se puede llevar acabo solo entre las partes a propuesta del Juez sin que haya influencias de los abogados o asesores que hayan contratado las partes, este medio que se le puede llamar como alternativo para la solución de conflictos jurídicos solo se puede llevar acabo cuando lo propone la autoridad competente en materia Judicial y debe ser como ya se señala antes del periodo de desahogo de pruebas lo cual quiere decir solo mediante el inicio de un proceso y durante el mismo en el periodo de pruebas se puede concluir este mediante convenio celebrado entre las partes y ratificado ante el Juez el cual deberá elevar a cosa juzgada el citado convenio y asimismo señalar que se concluye con el juicio.

Cabe señalar que este medio alternativo que se tiene contemplado en los citados artículos no contiene los elementos que se tienen en la mediación pues esta contemplada también como una forma alternativa de resolver conflictos jurídicos y sus diferencias son las siguientes:

I. La conciliación en nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit esta prevista dentro del proceso Judicial y la mediación se tiene como una forma alternativa antes de iniciar cualquier proceso judicial.

II. En la conciliación las partes son: el Juez y los sujetos que se encuentran en conflictos y para que se lleve a cabo este debe de proponérselas el juez sin que estén presentes sus abogados o asesores;

III. En la mediación los elementos que deben estar presentes serian solo el mediador que es el tercero imparcial en el conflicto y los sujetos que se les llama mediados.

IV. La mediación está propuesta para que se lleve a cabo antes de iniciar el proceso, y el convenio que celebren las partes también esta propuesto para que se eleve a cosa juzgada después de que se haya llegado a un convenio y el mediador tendrá la obligación de hacer del conocimiento a la autoridad competente que se levanto un acta circunstanciada de los acuerdos celebrados entre las partes para que surta los efectos de cosa juzgada.

En este sentido se advierte que la mediación no solo no esta incluida en la legislación procesal civil para el estado de Nayarit, sino que por su contenido se vuelve necesaria su incursión a nivel tal que permita dirimir las controversias judiciales de forma alternativa, bajo los conflictos análogos a la legislación adjetiva referida.

4.4. Existencia de la Mediación

La mediación a justificado en diversas partes del país, la instauración de la mediación como forma alternativa para dirimir conflictos expuestos ante la autoridad jurisdiccional, en estas condiciones, las necesidades del desarrollo del poder judicial del estado de Nayarit, no ha sido diferente, al contrario, la desproporción en el incremento poblacional y el decrecimiento del personal judicial a propiciado de forma natural, que los conflictos no sean resueltos en los tiempos

predispuestos, por lo que se entiende justificada de muchas maneras, la existencia de la mediación.

En este sentido, Ma. Guadalupe Márquez Algara explica existe el convencimiento en esta institución, es por lo que se quiere promover la cultura de la mediación, como una forma de solución de conflictos. La paz como objetivo es difícil de alcanzar y cada uno lucha a su manera por conseguirla; el empleo de la fuerza a través de la guerra es la peor opción que tiene el ser humano y debe eliminarse. Hoy, mas que nunca debemos levantar nuestras voces para advertir al mundo sobre las consecuencias del uso de las fuerza, que podría terminar con todo lo que el hombre ama y considera valioso. Frente al tradicional ofrecimiento de modos de comportamiento generalizado y tradicional, junto con la idea de valores socialmente compartidos, esta nueva institución atiende más a los valores individuales de las partes en conflicto y se proyecta con soluciones dinámicas hacia el futuro. El mediador es el facilitador, la persona calificada que restablecerá la comunicación entre las personas, los mediadores tienen como objetivo común el fenómeno a la cultura de la paz. En el desarrollo de las relaciones interpersonales, siempre se encuentran presentes los conflictos, la mediación aparece como la mejor fórmula para conciliarlos, porque facilita el tráfico armónico de intereses, percepciones y valores entre los individuos de la sociedad. Sin la luz de la medición los conflictos sociales conducirían al caos y a la destrucción⁵⁴

Sin embargo, históricamente en Nayarit existen tendencias por ingresar formas alternativas de solución de conflictos, tales como la conciliación, sin embargo, el procedimiento arbitral, también abona a esta circunstancia pero con características diferentes, las que a continuación se mencionan.

El Estado de Nayarit ha tenido en su haber tres Códigos de Procedimientos Civiles, inicialmente mediante decreto 1736 de fecha 31 de diciembre de 1937, se reformó e artículo 80 de la constitución estatal, adoptando con ello los códigos Civiles, Penales y de Procedimientos Civiles y Penales del Distrito y Territorios

⁵⁴ MÁRQUEZ ALGARA, Ma Guadalupe, obra citada, p. 83.

Federales en cuanto no se opusieran a la Ley de Organización de los Tribunales, Ley del ministerio Público y Ley de Tribunales para Menores e Incapacitados que Tenia expedidos Nayarit; posteriormente se expidió el Código de Procedimientos Civiles de Nayarit, aprobado mediante decreto 6434 publicado el 22 e Agosto de 1981, con el cual se abrogan los códigos Federales adoptados. Con fecha de 21 de Noviembre de 1992 mediante decreto No. 7519 fue publicado el Código de procedimientos Civiles que rige actualmente en nuestra entidad, abrogando el expedido en 1981.

El Código Procesal Civil de Nayarit de 1981, (segundo código adoptado por el estado y primer código realizado para éste), contemplaba el juicio arbitral como procedimiento especial dentro del Título Octavo Del Juicio Arbitral. Reglas Generales; así como un capítulo sobre la preparación de éste, Capítulo IV De la Preparación del Juicio Arbitral.

4.5. Diversas Expresiones Sociales Respecto de la Mediación como Alternativas de Solución de Conflictos

Existen formas auto compositivas y heterocompositivas de resolución de conflictos, en estas condiciones, la mediación, es una forma heterocompositiva de solución de conflictos, en atención a que requiere de la intervención de un tercero imparcial que se preocupe por la consolidación de un acuerdo que sufrague las necesidades de ambas partes y expuestas a la resolución de conflictos de particulares expuestos ante la autoridad judicial en vía de controversia formal.

En este sentido se pronuncio Rubén A. Calcaterra, al explicar que también como aporte para el acercamiento del mediador a la parte, resulta útil decir que el comportamiento humano es una función de interacción entre las características personales y las condiciones situacionales. de ahí la importancia de los recursos

que reformulan los problemas, re encuadran los hechos y los contenidos del conflicto y re contextualizan la situación⁵⁵.

4.6. Necesidad de Implementar la Mediación en la Legislación Procesal Civil Nayarita

El crecimiento natural de la población implica, de forma necesaria, el incremento de conflictos entre particulares, lo que precisa, de forma ordinaria, el incremento del trabajo jurisdiccional, tal circunstancia opera en contra de principios constitucionales de derecho que contiene la prontitud en las resoluciones de controversias judiciales; en estas condiciones se impone resaltar la importancia de incursionar los lineamientos normativos necesarios a fin de propiciar el marco jurídico que consolide la mediación como forma alternativa de solución de conflictos.

Al efecto Rubén A. Calcaterra, explica que resulta frecuente observar, tanto en las mediciones como en la vida cotidiana, situaciones que evolucionan hacia un cambio pero en las que, de forma brusca y por acción u omisión de una o de ambas partes, se produce un atascamiento, la cosa se atranca, se empasta, se clava en un determinado punto. Esto ocurre especialmente a las situaciones de conflicto, porque la gente defiende el <<status quo>>, bloquea las situaciones. ¿Qué posibilidades tiene el mediador, agente del cambio, frente a ese bloqueo, a esas defensas? una posibilidad de todo operador de conflictos de ponerse bélico con ellas. Una vez ubicada, se le ataca con todo el arsenal disponible. Este recurso puede destruir la defensa, pero utilizando sin prevención ni medida algunas puede también destruir todo lo que existe a su alrededor. Otro recurso es el pedagógico. Se puede explicar porque la defensa no debería de estar allí y hasta se puede argumentar con razones que hacen a la simplificación o rapidez

⁵⁵ CALCATERRA A. Rubén, obra citada p. 113.

del proceso. Este recurso depende de dos circunstancias: que el operador sea un buen docente y que la parte acepte el lugar de alumno. El mediador también puede hacer de torero. Deja que la defensa se haga presente otra vez. Permite que curse hasta que se agote y entonces le da la estocada final⁵⁶

Derivado de lo anterior, Gonzalo Armienta Calderón, menciona que la terminación del proceso por la concurrencia de la voluntad de las partes en la composición del litigio, es un tema cuya incidencia en numerosas ramas del derecho procesal no tiene punto de discusión, pues en casi todas ellas existen normas que regulan esta forma generalmente anticipada de solución del conflicto de interés con trascendencia jurídica, cuyo conocimiento se ha planteado a los órganos jurisdiccionales. Vamos, pues, a hablar de la conciliación como fórmula autocompositiva (equivalente jurisdiccional) que sustituye al proceso. La palabra conciliación –del latín conciliare-, etimológicamente significa componer o ajustar los ánimos y posiciones de quienes, opuestos entre sí, llegan a un arreglo a través de la intervención de un tercero. Y cuando este tercero es un órgano jurisdiccional que está conociendo del litigio, la conciliación se convierte en “parte del mecanismo procesal y lleva la impronta del Estado, que tiene un interés permanente en lograr la paz social”. Sin embargo, debemos anticipar que en este caso, a diferencia del proceso, el tercero –órgano jurisdiccional- al concluir, únicamente propone y las partes disponen. Una certera opinión sobre este medio compositivo la encontramos en Gómez Lara, al referir que “por medio de esta figura procesal se tratan de explicar una serie de negociaciones realizadas por las partes con la intervención de un tercero imparcial que es el conciliador, quien trata de avenirlas y les propone algunos mecanismos de solución de su litigio.”⁵⁷

⁵⁶ CALCATERRA A, Rubén, obra citada p. 125.

⁵⁷ Armienta Calderón Gonzalo, obra citada p. 96.

Capítulo Quinto

**HACIA UNA CULTURA DE LA MEDIACIÓN
COMO FORMA ALTERNATIVA DE
SOLUCIÓN DEL CONFLICTO**

5.1. Reflexión Jurídica

La sociedad nayarita reclama, un empate de los fenómenos sociales con los rubros normativos, en este sentido, la mediación se ha manifestado como una forma puntual de resolver conflictos jurídicos judiciales planteados, de una forma tal que los justiciables tengan una forma conforme en la resolución de su litis.

Derivado de lo anterior, Gonzalo Armienta Calderón, menciona que la conciliación se distingue de la mediación, por que si bien ambas, tienen la finalidad de llegar al acuerdo de voluntades de las partes, con el objeto de evitar los dilatados trámites del proceso, en esta última el mediador se centra, no en el objeto por decidir, como lo hace el conciliador, sino en las personas involucradas en él, cuya comunicación facilita mediante el planteamiento de las verdaderas posibilidades, necesidades e intenciones de los sujetos en conflicto. La distinción estriba, como lo llevamos expuesto, en los propósitos inmediatos que uno y otro persiguen y en el papel del tercero interviene. La conciliación aspira a la justa composición del litigio; aquélla se concreta a lograr el acercamiento de las partes; en ésta el conciliador participa protagónicamente en la negociación mediante una función activista. La mediación, tradicionalmente no ha estado sujeta a fórmulas ni a normas específicas; en cambio, la conciliación no puede pasar por alto el Derecho, pues al estar las partes en presencia de un órgano jurisdiccional, que si bien en ese acto no interviene como tribunal jurisdicente, se encuentra sometido

inexcusablemente al orden jurídico aplicable al caso concreto, tarea en la cual no debe soslayar los altos fines del Estado y el interés social implicado. La conciliación, conforme a lo y ya expuesto, desempeña "...una estimable función que ya fuera calificada por Calamandrei como un complemento útil de la legalidad..."⁵⁸

La mediación no solo es una expresión jurídica, sino una forma de vida ordenada bajo presupuestos éticos de concertación, en este sentido, lo idóneo, hablando del planteamiento de conflictos judiciales es llegar a la meta de la solución del mismo, a través de formas alternas a la resolución jurisdiccional, en ese sentido, pues la mediación se impone como la posibilidad de solución inmediata con los mayores rasgos de imparcialidad y concertación posible.

En este sentido, la mediación requiere de una serie de argumentos, elementos y estructuras bastantes para el cumplimiento de sus objetivos, además de la capacidad humana y profesional para conciliar los intereses en disputa.

Derivado de lo anterior, los argumentos se disputan en tres esferas fundamentales, la primera consienta la estructura edificación y función necesaria para otorgar al mediador y los sujetos al conflicto de intereses el clima idóneo para lograr la concertación, y esto se hace a través de la instauración de las instalaciones necesarias y especiales para el caso.

Otro aspecto no menos importante, es la capacitación del capital humano para propiciar las condiciones profesionales necesarias para considerar las posibilidades de consentir por partes de los sujetos a conflicto, es decir, el mediador debe ser una persona capacitada para el caso, y en este sentido poder expresar las formas mas cordiales de llegar a la concertación de las partes. No resulta menos importante la canalización de recursos económicos para objetivar resultados en la mediación, sin embargo, esto se da por sobreentendido para cualquier situación que exija resultados.

⁵⁸ ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo, obra citada p. 102.

El tercer factor de resaltar, implica la estructuración integral de los parámetros jurídicos formales, para que se manifieste a través de normas que vinculen su nacimiento y funcionamiento, de esta forma el aspecto normativo es igualmente fundamental para dotar a la mediación de existencia jurídica y alcance normativo.

En este sentido opina Víctor Manuel Pérez Valera, al exponer que se ha insinuado que la ética en la vía privada y en la vida profesional no puede dissociarse, así como se vio que la moral personal y la moral públicas también van unidas; en realidad todo acto humano, bueno o malo, como una piedra arrojada a un lago tranquilo, produce círculos concéntricos que se extienden bastante mas lejos del lugar de los hechos; cuanto mas ético sea el actuar del hombre, mas se cultiva su interioridad; allí reside la gran riqueza del ser humano, pues como los brillos interiores y profundos del diamante, lo interior del hombre, siempre debe valer el doble de lo exterior, hay sujetos que solo son fachadas como casa sin acabar, porque falto caudal, ya de suyo dicen los filósofos que el hombre nunca es un ser plenamente acabado, con esto aluden, entre otras cosas, a su condición histórica, nuestra vida hace historia, siempre es una marcha hacia delante, aunque también puede ser una marcha hacia atrás. Estas ideas, expresa Ortega y Gasset, para destacar su conexión con la ética, para él vivir es un quehacer, la vida es un hacerse inexorablemente con la actuación, con la acción, que tiene siempre un talante ético, el hombre se hace particularmente con su quehacer profesional, ahora bien, esta construcción, este perfeccionamiento del hombre, no se realiza mediante dos exigencias éticas sin conexión, sino todo lo contrario, la ética profesional surge del corazón de la ética personal⁵⁹.

Es indudable que se deben tomar en cuenta las bondades que plantean los medios alternativos de solución de conflictos, pues ellos son indicativos de que la

⁵⁹ Pérez Valera Víctor Manuel; *Deontología Jurídica*, pagina 10.

vía de tramitación procesal judicial no es la única solución para dirimir controversias, en esta tesitura, se impone determinar que la mediación como mecanismo alternativo, es una herramienta útil para evitar el suplicio que pudiera indicar el desgaste de un procedimiento judicial, con toda la carga procesal que ello indica.

La mediación, no es posible entenderla en términos fácticos, sino es a través de la incursión de textos normativos formales, que permitan dotar de consecuencias jurídicas, en este sentido se hace necesario establecer dentro de la legislación estatal los textos formales jurídicos necesarios, que estructuren el funcionamiento de la mediación, y además, requiere de las personas especializadas en la formas de mediar conflictos, así como la estructura institucional correspondiente en este caso, con clara vinculación a la función jurisdiccional por la naturaleza de la controversia.

Abundando en lo expuesto, Raúl Calvo Soler, manifiesta que el término racionalidad, suele aplicarse una gran variedad de supuestos y, al menos, e tres contextos diferentes. En el primero se ha usado para explicar decisiones; atribuir la condición de racionalidad de un agente supone la identificación de las razones por las cuales ese sujeto tomó esa decisión; la racionalidad aquí tiene un carácter descriptivo de las razones por las cuales el individuo decide actuar; en general, en sentido explicativo de la racionalidad suele estar acompañado de un sentido predictivo, acerca de las decisiones futuras de un agente; en el segundo contexto, la idea de racionalidad se utiliza para evaluar acciones, en este sentido, decir que una acción o decisión es racional o irracional es establecer respectivamente un valor positivo o negativo de esa decisión o acción; en el tercer contexto, la noción de racionalidad apunta a cuestiones estrictamente técnicas; en este caso, lo único que se postula es que dada una elección con un conjunto de informaciones, si se trata de conformar una única ordenación del conjunto de alternativas, se tiene que proceder de manera determinada⁶⁰.

⁶⁰ Calvo Soler Raúl; *Uso de Normas Jurídicas y Toma de Decisiones*, pagina 40.

Estas expresiones indican lo que de manera puntual debe dotarse para que el mediador conserve los argumentos necesarios de conocimiento que le permitan dirigirse con rasgos de racionalidad, pero con claro conocimiento de los tópicos normativos sobre los cuales descansa la litis a fin de proponer mediación sobre prestaciones y contraprestaciones congruentes con las exigencias de las partes.

En este mismo tenor, el autor en cita, explica que cuando una norma establezca una ordenación del conjunto de alternativas todavía queda por dilucidar como se relaciona esta ordenación con el resto de las ordenaciones según otros criterios, este sería el segundo aspecto de las normas jurídicas; el carácter normativo implica una propuesta de solución de una pluralidad de subconjuntos; la dificultad se plantea respecto del alcances que tiene esta propuesta de solución de una pluralidad de ordenaciones según diferentes informaciones criteriosales; en general, este alcances se debate entre dos extremos, por un lado, aquel en el que la propiedad ser seleccionada por un lado norma jurídica, es simplemente una información criterial mas y, por otro lado, aquel en el que esta propiedad excluye cualquier otra información.⁶¹

En este contexto resulta innegable la benevolencia de los medios alternativos de solución conflictos, en este sentido Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza, al explicar una de las principales características de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) es que nos acercan más a la equidad y la justicia que la vía judicial en solución de conflictos. Esto nos hace pensar que la justicia más equitativa cuando las partes resuelven sus diferencias con base de un procedimiento no adversarial, y no cuando de somete un proceso judicial que aplica estrictamente el derecho. Al respecto coincide Brian Barry, quien considera la negociación y el arbitraje como esquemas de equilibrio personales e imparciales. Por equidad entendemos proporción y equilibrio, es

⁶¹ Calvo Soler Raúl; *OB. CIT.*, Pág. 52.

decir, la conciliación y la paridad entre los derechos y las obligaciones de quienes participan en una relación jurídica⁶².

Al efecto Rubén A. Calcaterra, menciona que la capacitación no debe detenerse en concebir al mediador como un operador especializado en virtud de la adquisición de una serie de conocimientos determinados, olvidándose del mediador como persona atravesada por una historia, que siente y piensa también de una manera determinada. Y menos aun, enviarlo a abordar un conflicto interpersonal en donde se topa con la disyunción entre persona y personaje (supra, cap. 1, 1) sin prevención alguna. Finalmente, y en la medida en que el mediador va a operar construyendo un proceso cuya característica es producir cambios, la formación debe incluir la experiencia necesaria para permitir al mediador conocer que es el cambio y como opera en las personas y en los grupos. Lamentablemente, debo decir que la mayoría de los programas de formación impartidos a los mediadores ha soslayado esos principios fundantes, y se han planificado sobre la base del paradigma de la simplicidad, exhibiendo carencias en tres niveles: en el nivel de los contenidos, en el de la pedagogía y en el del desarrollo personal del mediador⁶³

Derivado de todo lo anterior, se advierte que efectivamente, la necesidad de generar las condiciones básicas normativas, resulta de vital importancia para dotar de validez formal y existencia jurídica, de todo ello se concluye la necesidad de establecer los textos y modificaciones a leyes relativas a los medios alternativos de solución de conflictos que le den vida a la mediación.

5.2. Reflexión Sociológica

La sociedad resulta ser un factor fundamental en el concepto de la mediación, en este sentido, el grupo social, debe estructurar la mentalidad de la mediación para no solo la consolidación común, sino para la paz social, pues al

⁶² Gorjon Gómez Francisco J. y Steele Garza José G.; *OB. CIT.*, Pág. 3.

⁶³ Calcaterra A. Rubén; *OB. CIT.*, Página 122.

ser una forma alternativa de solución de conflictos, se impone resolver, una cultura relativa que justifique una mayor apuesta por conciliar intereses y conflictos, que dirimirlos de forma exhaustiva a través del procedimiento ordinario.

La sociedad nayarita, exige resultados judiciales más puntuales en tiempo y expedites, de esta manera, la mediación es un paliativo que permite resolver las controversias de tipo civil, sin necesidad de trabajar exhaustivamente la función jurisdiccional.

Referente a lo anterior, Raúl Calvo Soler, explica que una de las características fundamentales respecto de los juegos de pudiera coordinación, es que la actitud racional que puede tener un jugador, que necesita coordinar su conducta frente a los demás jugadores, es usar el mismo criterio que utilizan los otros; esto es así, con independencia de cual sea ese criterio y cual la acción elegida sobre la base de éste; por esta razón, es afirmo que no hay incentivos para que un jugador realice un movimiento distinto al de coordinarse con el otro jugador, si se coordinan ganan los dos, si no coordinan sus jugadas, entonces como mínimo no ganan, sin embargo, la característica definitoria de los juegos mixtos, es precisamente que si los jugadores no se sitúan en un perfil de acciones coordinado (ganador-ganador) no significa que ambos no ganen; puede ser el caso que uno de ellos gane frente la otro o incluso que gane mas de lo que ganaría con un perfil coordinado; esta característica definitoria supone que los jugadores pueden tener, según la estructura del juego, claros incentivos para no seleccionar perfiles donde los dos ganan.⁶⁴

En este rango de referencias actúa la mediación, generando condiciones para que ambas partes jueguen a ganar, en donde un ganador mas se sitúa en la sociedad a través de la consolidación del respeto a la voluntad como valuarte de las formas de solucionar conflictos, en este sentido, pues la mediación socialmente hablando se vuelve un puntal importante en la consolidación de la paz social.

⁶⁴ CALVO SOLER, Raúl, obra citada p. 85.

Así se establece que la sociedad reclama formas alternas para dirimir conflictos, y entre ellos considero que los que mejor beneficio ofrecen para resolver las controversias judiciales, lo es la mediación por todo lo que antes se indico.

5.3. Reflexión Final

La mediación se impone como una forma alternativa de solución de conflictos, en la que las partes en litigio tiene la oportunidad de resolver las diferencias jurídicas, esta situación permite en los justiciable una cultura mediadora que incide en la paz y estabilidad social, al concentrarse la concertación de los conflictos por la forma mas pacifica, esto con independencia del resultado positivo que arroja al aparato judicial que permitirá de alguna manera mitigar la carga laboral, haciendo, en su caso, mas pronta la resolución de conflictos, no resueltos en vía de mediación.

En este sentido, Raúl Calvo Soler, explica que una forma tradicional de entender la relación entre normas jurídicas y toma de decisiones es considerara a las primeras como expresiones de una autoridad; la noción de autoridad ha sido y es uno de los grandes temas de la filosofía política; en lo que aquí interesa, se tomaran solo dos aspectos relevantes de dicha noción, la distinción entre autoridad de facto y autoridad de iure, y la correlación entre derecho y deber, el significado de la expresión de un enunciado como A tiene autoridad, puede tener un carácter descriptivo, esto es, se trata de un enunciado que expresa que A tiene cierta propiedad; esta expresión, en tanto que un genuino enunciado descriptivo, es susceptible de verdad o falsedad; cuando la expresión, a tiene autoridad, se utiliza descriptivamente hace referencia a la noción de autoridad de facto; ahora bien, ese mismo enunciado puede expresar un juicio práctico, es decir, puede denotar cierta actitud practica de quien lo formula; se trata de establecer a través de este juicio como deben ser las acciones; cuando la expresión A tiene autoridad

se utiliza prescriptivamente hace referencia a la autoridad iure o autoridad legítima⁶⁵.

El mediador se convierte en un reflejo de la figura del juez que busca encontrar una forma pacífica de solucionar las controversias judiciales, esta situación de la especialización del funcionario mediador, es de vital importancia para arrojar resultados positivos en el caso.

Respecto de lo anterior, Víctor Manuel Pérez Valera, explica que se comparte a título personal, respecto del pensamiento del mediador, es que la conversión intelectual consiste en la transformación que experimenta el sujeto cuando acepta las posiciones básicas sobre el conocimiento, lo real y la objetividad, esto implica la aceptación de la naturaleza del conocimiento, esta posición es denominada realismo crítico y su ejercicio existencial constituye la conversión intelectual; existen dos realismos completamente distintos; un realismo incoherente mitad hombre mitad animal, que se ubica entre el materialismo y el idealismo, y un realismo crítico que se sitúa por encima del materialismo y del idealismo, es decir, sublima el materialismo y el idealismo, asume puntos válidos de ambos y añade el juicio factual con el que conocemos la realidad. Esto no algo secundario o irrelevante para el derecho, ya que de esas posiciones filosóficas se derivan las teorías del derecho (positivismo jurídico, empirismo jurídico, realismo jurídico) que tiene enorme repercusión en la práctica jurídica de jueces y abogados; para evitar los escollos de esas teorías jurídicas es importante la conversión intelectual, que consiste en asumir un modo autoconsciente nuestra posición en el mundo mediado por el significado; la conversión intelectual está anclada en la autoafirmación del sujeto cognoscente⁶⁶.

La postura del mediador debe ser tal, que imponga como valor fundamental, la igualdad de las partes, asumiendo una postura de imparcialidad en la

⁶⁵ Calvo Soler Raúl; *OB. CIT.*, Pág. 44.

⁶⁶ Pérez Valera Víctor Manuel, obra citada, p. 42.

concertación de voluntades, a fin de lograr la concertación de prestaciones en aras de la resolución del conflicto.

Opina al respecto Víctor Manuel Pérez Valera, que la relación que pone de relieve la alteridad que es esencial a la justicia; lo debido es lo que se igualdad a las exigencias del otro o de los otros, así la igualdad es la medida de lo justo y al mismo tiempo el efecto de realizar el derecho; en suma, la esencia de lo justo, objeto formal de la justicia, consiste fundamentalmente de tres elementos, que sea en orden a otro, que sea algo debido y que se deba en igualdad, y así como lo debido puede ser obligación moral o legal o ambas, en la igualdad puede tratarse de algo medible (justicia conmutativa), algo proporcional (justicia distributiva), o algo que busca el equilibrio en las relaciones de la sociedad (justicia social); la idea de igualdad impregna todos los aspectos de las relaciones de justicia y, desde luego, incluye la igualdad de los sujetos ante el derecho, la razón de esta igualdad y de la facultad moral de la persona radica para Santo Tomas en las propiedades y en la dignidad de la persona, en varias partes de la suma se alude a la dignidad de existir en si, y al dominio sobre los propios actos, es decir, a la inteligencia y a la libertad, a esto hay que añadir la dignidad de su fin personal, de esta visión personalista surge la perspectiva comunitaria y social del bien común, que ayuda a la persona a conseguir su fin ultimo y puede considerarse fuente de los modernos derechos humanos⁶⁷.

Se ha dicho con cierta bastedad, que la figura del mediador, debe ser en cierta forma equivalente a la del juez, pues la partes no deben perder de vista que lo que el mediador resuelve es, precisamente una controversia planteada ante la autoridad jurisdiccional, de tal forma, que las partes no pierdan de vista tampoco la figura del juez al tratar de dirimir la controversia en vía de la mediación.

En franca alusión al juez, Víctor Manuel Pérez Valera, y que en criterio personal, debe ser aplicable al mediador, expone, del juez se exige fundamentalmente competencia e integridad; la primera es tarea ardua y

⁶⁷ Pérez Valera Víctor Manuel, obra citada, p 126.

prolongada, ya que la tentación es dejar de prepararse o confiar demasiado en la experiencia; la segunda que siempre tiene que estar presente, consiste en actuar justamente, de acuerdo con el derecho y según los usos de este, sin dejarse influir con amenazas o recomendaciones, filias o fobias, en efecto, imparcialidad es, sin duda, la virtud suprema del juez, esta tiene diversas manifestaciones, una de ellas es la independencia política, no se pretende que el juez sea apolítico, sino que no manifieste sus tendencias políticas públicamente, pues aunque esto no sea una garantía absoluta de imparcialidad, es una ayuda para librarse de presiones partidistas; la independencia del poder judicial, tan clara en la teoría, en la práctica es un ideal no fácil de alcanzar; en México, desafortunadamente, desde la revolución hasta nuestros días, tal independencia ha sido, frecuentemente cuestionada, el juez tiene siempre ante las leyes cierto margen de maniobra, y a menudo, aun el juez honrado, ese margen de acción se podría inclinar de acuerdo a su convicción política⁶⁸.

En este sentido, Ma. Guadalupe Márquez Algara, menciona que los mecanismos alternos de resolución de conflictos se basan esencialmente en filosofías democráticas y descentralizadas. El eje central de la mediación es el de otorgar un espacio dónde sean las mismas partes quienes discutan los temas que les atañen y quienes decidan qué solución es darles. La participación de las partes es esencial. Esta resolución alternativa de conflictos, busca soluciones donde no hay ni ganadores ni perdedores y pretende entender el conflicto tomando en cuenta las necesidades de ambas partes de manera holística, indagando además la raíz de los conflictos. Si el proceso de mediación y conciliación busca crear ganadores o perdedores, está destinado eventualmente al fracaso; el método debe incentivar el que se busquen metas compartidas y que se lleven a cabo bajo la presión y el mismo interés de las partes. Las intervenciones del mediador permiten equilibrar el poder entre las partes para así dialogar de igual a igual o de la manera más igualitaria posible. Este concepto esencial de la resolución

⁶⁸ PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, obra citada p. 142.

alternativa de conflictos es particularmente activo y opuesto a sistema de poder donde permean la violencia institucionalizada, y además se centra en la realidad de las partes y no, como se menciona antes, en reglas dictaminadas de manera estandarizada, arbitraria o unidireccional.⁶⁹

Finalmente, y coincidiendo con el criterio de Ma. Guadalupe Márquez Algara, se precisa que la mediación es una oportunidad de restablecer la comunicación entre las personas en conflicto, pues ellos participan activamente en el proceso. El acuerdo es alcanzado por las mismas partes con asistencia de un mediador, y en esa medida los acuerdos son satisfactorios para todos. La mediación promueve el protagonismo de las partes involucradas, ya que son ellas mismas las que intervienen en la resolución de sus propios conflictos, negociando según sus intereses, sin delegar el control y solución del mismo en un tercero. En la mediación, si hay un acuerdo, es consecuencia de la voluntad de las partes, por lo que implica siempre una verdadera solución al problema planteado; en consecuencia, los acuerdos obtenidos tienen mayor probabilidad de ser cumplidos, y permite a las personas involucradas en un conflicto, que una vez superado el mismo, puedan mantener y aun mejorar las relaciones entre ambas. La mediación debe ser efectiva, voluntaria y neutral para redundar en beneficios, decimos que es efectiva, ya que a diferencia de las sentencias de los jueces, que deben hacerse cumplir mediante procedimientos judiciales de ejecución forzosa los acuerdos alcanzados en donde se practica la mediación, se cumplen voluntariamente en un altísimo porcentaje; es voluntaria, ya que las partes acuerdan encontrarse en mediación con el mediador para desarrollar las posibles alternativas y trabajar para la solución del conflicto; es neutral, ya que el mediador no toma partido. Utiliza un lenguaje sencillo; es flexible, de modo tal que permite adecuarse a las circunstancias y a las personas; trata de mantener las relaciones entre los mediados, en lugar de destruirlas; permite encontrar soluciones basadas en el bien común. La confidencialidad es uno de los aspectos más importantes de

⁶⁹ MÁRQUEZ ALGARA, Ma Guadalupe, obra citada p. 90.

la mediación, ya que los mediados deben de tener absoluta seguridad de que el mediador es confiable, porque en el procedimiento de la mediación, tanto en las entrevistas generales como en las individuales, los mediados pueden decir o mostrar documentación que el mediador no deberá revelar, tampoco puede ser testigo ni abogado de ninguna de las partes.⁷⁰

Derivado de todo lo anterior es posible concluir que la mediación como forma alternativa de solución de conflictos, se impone como la forma mas conveniente para resolver las controversias de tipo civil y familiar, por lo que deberán establecerse los parámetros normativos e institucionales necesarios para consolidar la cultura de la mediación como forma alterna para dirimir controversias.

⁷⁰ MÁRQUEZ ALGARA, Ma Guadalupe, obra citada p. 83.

CONCLUSIONES

Concluido el proceso de experimentación de la hipótesis de trabajo, orientadora de esta investigación con fines recepcionales, se impone dar a conocer los resultados obtenidos al tenor de las siguientes conclusiones.

Primera. Se comprobó la hipótesis del trabajo.

Segunda. Es necesaria la creación de contextos normativos que estructuren la institución de la mediación, así como su procedimiento y pertenencia al poder judicial, por la naturaleza de su contenido.

Tercera. Se deben realizar los ajustes necesarios, por la vía de reforma propiamente dicha, adición o derogación, al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit.

PROPUESTAS

Expuestas las conclusiones del trabajo indagatorio, se procede a dar a conocer las sugerencias tendientes a resolver el problema planteado en los términos de las siguientes propuestas:

PRIMERA. Implementar la mediación como forma alternativa de solución de conflictos en el estado de Nayarit, en materia civil, ello con la finalidad de instaurar una infraestructura y supraestructura suficiente para cumplir a cabalidad con los fines expuestos en el apartado tres punto ocho del capítulo tercero de la presente investigación monográfica.

Segunda. Se destaca el hecho de que la mediación se convierta en una opción viable para la resolución de conflictos planteados, esto es, que los particulares encuentren en esta figura las condiciones de certeza y confiabilidad para ofertar sus intereses al órgano mediador, con la certidumbre de que las posturas serán analizadas en las mejores condiciones de objetividad y equidad.

Tercera. Se propone que se constituya como un órgano auxiliar de la administración de justicia, capaz de desahogar la carga procesal, por medio de su intervención, generando más espacio para los asuntos sujetos a su revisión.

FUENTES DE CONSULTA

Normatividad

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Actualizada al 2009.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit (1918). Actualizada al 2009.
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit (1992) Actualizado a 2009.

Jurisprudencia

- CD ROOM IUS 2008 Jurisprudencia y Tesis Aisladas, junio 1917-diciembre 2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, Enero-Julio de 2009, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009.

Bibliografía

- AIELLO DE ALMEIDA, María Alba, *Mediación: Formación y Algunos Aspectos Claves*, segunda edición, Ed. Porrúa, México 2001.
- ARELLANO GARCIA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, Porrúa, México 2002.
- ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M, *Teoría General del Proceso*, Editorial Porrúa, México 2003.
- A. CALCATERRA Rubén, *Mediación Estratégica*, editorial Gedisa, Barcelona 2006.

- BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto, Comentarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tercera edición, editorial PAC. México 2008.
- BARRY, Brian, Teorías de la Justicia, editorial Gedisa, Barcelona 2001.
- CALVO SOLER, Raúl, Uso de Normas Jurídicas y Toma de Decisiones, editorial Gedisa, Barcelona 2003.
- CONTRERAS VACA, Francisco José, Derecho Procesal Civil, Editorial Oxford, México 2006.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, editorial Oxford, México 2006.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, editorial Oxford, México 2004.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, décima edición, editorial Oxford, México 2004.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco Y STEELE GARZA José, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Editorial Oxford, México 2008.
- KAHN Paúl; El Análisis Cultural del Derecho, Editorial Gedisa, Barcelona 2001.
- MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe, Mediación y Administración de Justicia, editorial Universidad Autónoma de Aguascalientes, México 2004.
- ORIZABA MONROY, Salvador, Derecho Procesal Civil, segunda edición, editorial SISTA, México 1991.
- OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, novena edición, editorial Oxford, México 2003.
- P. FOLGER TRICIA S. JONES, Nuevas Direcciones en Mediación, Editorial Paidós, Argentina 1997.
- PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, Historia del Derecho Mexicano, editorial Oxford, México 2002.
- PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, Deontología Jurídica, editorial Oxford, México 2007.

Diccionarios

- Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.