

JUSTICIA ALTERNATIVA EN MATERIAS CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIAR

Fabián MONDRAGÓN PEDRERO*

Es un privilegio para el suscrito, presentar reflexiones respecto de la temática “Justicia Alternativa en Materias Civil, Mercantil y Familiar”, cumpliéndole al doctor Cipriano Gómez Lara, que hoy y siempre, estará con nosotros en eventos académicos de actualización en la ciencia del derecho procesal.

Iniciaré expresando que la “justicia alternativa” tiene como base o soporte a la ciencia procesal, la cual definía Eduardo Pallares, de la siguiente forma:

“El conjunto razonado y sistemático de conocimientos que recaen o tienen por objeto el ordenamiento jurídico referente al proceso civil”.

A su vez, en el estudio del “conocimiento”, es importante señalar tres grandes contextos, a saber:

El primero de ellos, denominado “pre-científico”, toda vez que el “conocimiento” se fundamenta en la experiencia, siendo asistemático.

El segundo de ellos, denominado “científico”, tomando en consideración que si bien es cierto, que maneja la experiencia y la argumentación, lo hace en forma sistemática, basándose en enunciados que tengan la calidad de verdaderos, necesarios, generales y que puedan ser verificados o confrontados.

En el “conocimiento” “científico” desde el punto de vista de la ciencia del derecho procesal, genera que ante una pregunta (problemática) se obtenga una solución en beneficio de la paz social, surgiendo crítica, ya que no garantiza el elemento verdad, cuya esencia es la integración de los acontecimientos con la realidad.

Se concluye señalando que el “conocimiento”, que se maneja a través de la filosofía, se le identifica con la sabiduría, fundándose dicha estructura, en el sentido de que al presentarse una problemática surge una respuesta que a

* Doctor en Derecho por la UNAM. Presidente del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM.

su vez puede generar nuevas preguntas en búsqueda de la integración de los acontecimientos con la realidad, lo cual garantizaría la verdad.

Al identificarse en la realidad los acontecimientos, se observan conductas concretas, que al integrarse con el acto jurídico, dan el siguiente resultado:

Es un acontecimiento que produce efectos jurídicos, mediante la exteriorización de voluntad, normalmente creando, transfiriendo, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones.

Cuando en una conducta concreta, se presenta una controversia (litigio), desde el punto de vista procesal, siguiendo a Francesco Carnelutti, se observa: “Un conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro”.

Profundizando la palabra “litigio”, Niceto Alcalá Zamora y Castillo agrega al concepto del maestro Carnelutti: “la trascendencia jurídica”.

En este orden de ideas, es necesario señalar que al surgir un “Litigio” se hace valer una pretensión, entendida ésta como la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio.

Lo expresado permite concluir que la pretensión es uno de los elementos necesarios para la existencia del “litigio”, para lo cual, seguiré a nuestro querido Cipriano Gómez Lara, quien indicaba, que existen cinco momentos:

- Existencia del derecho subjetivo.
- Opinión subjetiva del pretensor, sobre la existencia del derecho.
- La pretensión.
- La acción procesal.
- La satisfacción de la pretensión y del derecho.

Ahora bien, puede presentarse la pretensión y el litigio, sin que haya proceso, pero este último no puede existir sin que haya un litigio.

Es por ello que el proceso jurídico es una serie de actos jurídicos que suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí, por el fin u objeto que se quiere realizar con ello, lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue (en el caso en estudio la solución de un litigio), lo cual configuraría la institución de que se trata y que es la de derecho procesal.

Al presentarse un litigio (conflicto de intereses), debemos encontrar formas de solución, destacando las siguientes:

- 1) *La autotutela*. El más fuerte o el más hábil, impone por su inteligencia, destreza, habilidad, la solución al contrario. En otras palabras, el litigio se resuelve, no en razón de a quién le asiste el derecho, sino en función del más fuerte o más hábil.

- 2) *Autocomposición*. Con el devenir del tiempo va evolucionando el ser humano, lo cual repercute también en la ciencia del derecho procesal, siendo la mejor prueba de ello, el identificar que las partes son las que encuentran solución al litigio, pudiendo ser, por ejemplo, mediante un pacto (transacción), una renuncia (desistimiento), del sometimiento (allanamiento) y actualmente mediante la denominada “justicia alternativa”.
- 3) *Heterocomposición*. Solución por un tercero ajeno a la conflictiva de intereses, que se le considera imparcial.

Con fecha 8 de enero de 2008, se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, documento en el que destaca lo siguiente:

- a) Es una ley de orden público, interés general y observancia obligatoria en el Distrito Federal.
- b) Tiene como propósito regular la mediación, como sistema alternativo de justicia.
- c) Se basa en la autocomposición asistida, en controversias entre particulares, cuando recaigan sobre derechos de los cuales puedan disponer libremente (su limitante es que no afecte el orden público).

Se puede observar la expresión “justicia alternativa”, entendida ésta como una estructura procesal distinta a la jurisdiccional para la solución de controversias entre particulares.

A su vez, la estructura procesal se identifica con la mediación, estableciéndose en la fracción X del artículo 2o. de la ley, que se trata de un procedimiento voluntario por el cual, dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina “mediados”, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado “mediador”.

El “mediador” a diferencia del “conciliador”, es un especialista capacitado para conducir la estructura procesal de mediación, interviniendo como facilitador de la comunicación y la negociación entre particulares involucrados en una controversia, sin que pueda influir en la toma de decisiones.

Así, se observa que son principios rectores en la mediación los siguientes:

- a) *Voluntariedad*: participación de los particulares en la mediación, por su propia decisión libre y auténtica.

- b) *Confidencialidad*: la información generada por las partes durante la mediación, no podrá ser divulgada.
- c) *Flexibilidad*: la mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados.
- d) *Neutralidad*: los mediadores tendrán prohibición de influir en la toma de decisiones.
- e) *Imparcialidad*: los mediadores deberán abstenerse de favoritismos que impliquen ventaja a alguno de los mediados.
- f) *Equidad*: los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio, entre los mediados para que éstos obtengan por sí mismos, acuerdos satisfactorios.
- g) *Legalidad*: la mediación se limitará a la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres.
- h) *Economía*: la estructura procesal debe tener un mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal.

Para concluir se señala que la mediación como justicia alternativa es reconocida en materia civil respecto de las controversias que se deriven de relaciones entre particulares, sean personas físicas o jurídico colectivas, en tanto, no se involucren con cuestiones de derecho familiar.

En materia mercantil, se derivan de las relaciones entre comerciantes, en razón de su participación en actos de comercio, tomando en consideración el artículo 78 del Código de Comercio y recordando que el acto de comercio definido como el acontecimiento que produce efectos jurídicos, mediante la exteriorización de la voluntad, en donde normalmente las partes delimitan sus efectos y que se vincula con la producción o con el intercambio de bienes o de servicios destinados al mercado en general.

En relación a la materia familiar, tiene razón de ser respecto a las controversias que se deriven de las personas unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, o sin encontrarse en dicho supuesto, tengan hijos en común y en todo caso, tomando en consideración las reglas del parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o civil, así como los que surjan de las relaciones de los anteriormente mencionados, respecto de terceros.

La justicia alternativa, mediante la figura de la mediación, es una figura autocompositiva ideal en el mundo procesal, sin embargo, la estructura del mexicano y su falta de educación para solucionar conflictos de intereses, afecta su eficacia en el momento histórico en el que vivimos.

MEDIOS INTERNACIONALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA BUCÓLICA ENSENADA

Luis T. Díaz Müller*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sistema Internacional y solución pacífica de controversias* III. *El papel de Naciones Unidas*. IV. *Actores emergentes: medios alternativos de solución de controversias*. V. *Tendencias para el Siglo XXI: el orden de los factores*.

I. INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Gran Guerra, el mundo se dotó de una amplia arquitectura en materia de solución de controversias internacionales.

Los vestigios de la conflagración y su impacto en la conciencia honesta de la humanidad permitió aprobar diversos instrumentos jurídicos relacionados con la paz y los derechos humanos. El recuerdo de Büwenwald y Austwitz no deben llamar al olvido. Al fin y al cabo no fue hace tanto tiempo.

Naciones Unidas delineó las bases de un nuevo modelo: la mantención de la paz y seguridad internacional. No es ocioso recordar que el Pacto Briand-Kellog de 1928 había proscrito el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Por cierto, el tema de la responsabilidad del Estado y de las corporaciones transnacionales, aunque no es materia de este trabajo preliminar, debería invitar a mayores reflexiones y estudios a fondo sobre estos temas.

El Tribunal de Nürembeg, por la vía jurisdiccional, permitió el enjuizamiento de algunos de los criminales de guerra de la Alemania nazi (1946).¹ El clima de la Guerra Fría favoreció el endurecimiento de las relaciones

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. luist@servidor.unam.mx.

¹ Véase Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad*, Madrid, Siglo XXI, 2008.

entre los bloques y, por tanto, durante este periodo no se planteó un derecho internacional que pudiera estar vigente *urbi et orbi*.

Por esta razón es que se habla de un derecho de la coexistencia pacífica en el caso de los países sometidos al imperio de la URSS. Por el lado del bloque occidental, aparecieron los Tratados de Roma (1957) y los primeros esfuerzos por constituir la unidad económica y política de Europa. En este contexto, Latinoamérica no estuvo ausente, como lo prueba la creación de la ALALC (Tratado de Montevideo, marzo de 1960), el Pacto Andino (1969) y el Mercado Común Centroamericano.²

La resolución de conflictos y controversias en materia comercial, como en el caso del GATT y la Organización Mundial de Comercio, amplió las áreas de conocimiento de los sistemas jurídicos de solución de controversias. La mediación, *v. gr.* expande sus horizontes hasta rincones sociales jamás pensados: la vida familiar, la resolución de conflictos en materia de derechos humanos. El arbitraje comercial internacional y en materia de inversiones revelan las enormes posibilidades de la solución pacífica de controversias.

La búsqueda de medios alternativos de solución de controversias orienta la búsqueda de nuevos caminos de solución y abre nuevas avenidas dentro del marco del Estado de derecho. La mundialización recubre y arropa todo este complejo mecanismo en que es menester adaptarse a las nuevas situaciones que transcurren en el orbe: libre comercio, nuevas tecnologías, comercio electrónico, derechos del consumidor,³ ingeniería genética.

Estas son las pretensiones de este trabajo preliminar: explorar los caminos de nuevas realidades en la solución de controversias internacionales.

II. SISTEMA INTERNACIONAL Y SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS

La solución de controversias en el contexto de la mundialización amplía los horizontes y las áreas de solución de controversias. Así como se habla del tránsito de un derecho internacional a un derecho mundial,⁴ también debería hablarse de un sistema mundial de solución de controversias bastante inci-

² Véase Díaz Müller, Luis T., *El derecho económico y la integración de América Latina*, Bogotá, Themis, 1989.

³ Véase Gómez Segade, José Antonio, *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001

⁴ Véase Orrego Vicuña, Francisco, "Derecho internacional y sociedad global: ¿ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?", *Estudios Internacionales*, Santiago, núm. 143, octubre-diciembre de 2003.

piente, poco explorado, bisoño: un nuevo sistema que recoja las realidades emergentes y la pretensión de un derecho universal y multicultural.

Esta situación de tránsito y de búsqueda de nuevas realidades y métodos en materia de solución de controversias requiere la adaptación y la comprensión de estos nuevos fenómenos, tan caros para los estudiosos del derecho constitucional y la ciencia política: la difícil inserción del Estado de derecho en el paradigma de la mundialización.⁵

Con el proceso de la mundialización se cierra cada día más el abismo que tradicionalmente separaba al derecho interno del derecho internacional: las redes transnacionales cruzan los Estados de parte a parte, y se yerguen como una sombra amenazante en el anticuado dominio de la soberanía en su concepción clásica y renacentista.

Los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) son principalmente: la mediación, la conciliación, el arbitraje, la negociación, los buenos oficios, la amigable composición y la transacción.

Las virtudes de los MASC, aunque me cuesta aceptarlos como *alternativos* prima facie, en razón de que ya han sido adoptados formalmente en la mayoría de los países. Esto es, han sido incorporados a las estructuras jurídicas nacionales de resolución de controversias. Es más, en la actualidad se piensa trascender el rígido sistema de Naciones Unidas, si bien la organización mundial trata de ponerse en forma⁶ y caminar hacia la Internacionalización de la justicia:⁷ la propia creación de la Corte Penal Internacional lo refleja con claridad y la emergencia del concepto de humanidad como sujeto del derecho internacional también lo representa.

III. EL PAPEL DE NACIONES UNIDAS: CAMINOS DE REFORMA

El estudio del tema de resolución de conflictos, de carácter internacional en particular, me permite señalar que con el término del proceso de la Guerra Fría se empezaron a vislumbrar nuevas metodologías y nuevas opciones en el sendero de la paz internacional:⁸ Johang Galtung, John Burton y Kenneth Boulding resultan ser los pioneros en esta disciplina.

⁵ Véase Mockle, Daniel, *Mondialisation et Etat de Droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

⁶ Véase "Jurisdictional Competition between national and international courts: Could international jurisdiction Regulating apply?", *The Hague Holland. T.M.C. Asser Press. Netherlands Yearbook International Law*, vol. XXXVII, 2006, pp. 3-356.

⁷ Véase White, H. D., *The UN system: Toward International justice*, Boulder, Colorado, Lynne Rienner Press, 2002.

⁸ Véase para un excelente recuento y panorama: Lombardo Estay, Pía, "La resolución de conflictos en las relaciones internacionales: el debate pendiente", *Estudios Internacionales*, Santiago, octubre-diciembre de 2003, pp. 69 y 55.

Tradicionalmente, la resolución de conflictos, especialmente entre Estados, quedaba entregada al sistema de Naciones Unidas por la vía de la Corte Internacional de Justicia (órgano principal). La mantención de la paz y la seguridad internacional se encargaba, de acuerdo con la idea primigenia de Naciones Unidas, al Consejo de Seguridad que actualmente se encuentra en proceso de reforma. Es más, con las doctrinas antiterroristas, después del 11-S, se plantea la noción de intervención preventiva y un deterioro relativo del concepto de legítima defensa inmanente.⁹

Vale la pena recordar que el artículo 33 de la Carta de la ONU expresa:

Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional tratarán de basarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arreglo judicial... a los otros medios pacíficos de su elección.

En el ámbito de Naciones Unidas siempre estará presente el principio de solución pacífica de controversias y de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Con seguridad, es el proceso de la mundialización el que ha provocado un deterioro del esquema clásico de la soberanía en relación con la idea de no intervención: estas ideas se relativizan, los asuntos internos se expanden y mundializan, los conflictos internos (Honduras) se proyectan hacia la comunidad internacional. Por vía de ejemplo:

¿En el caso del desarrollo, hasta qué punto puede esgrimirse una solución “nacional” al problema en un mundo cada día más universalizado e interdependiente?¹⁰

Por otra parte, tenemos el caso de la internacionalización de los conflictos: por causa de Guerra (como en Irak), por violación grave a los derechos humanos en que la doctrina reconoce que el impacto de los derechos humanos representa un deterioro de la noción clásica de soberanía, por el creciente grado de legitimidad que asumen las excepciones al principio de no intervención: es el caso de la intervención legítima¹¹ y la injerencia humanitaria.

⁹ Véase Kegley, C. W. Jr. *et al.*, *Intervención preventiva y transformación del orden jurídico internacional*, Madrid, Almuzara, 2005, pp. 143-155.

¹⁰ Véase Díaz Müller, Luis T., *The Big Money. Mundialización, democracias de mercado y derechos humanos*, México, UNAM, 2009 (en prensa).

¹¹ Véase Hernández Campos, Augusto, “Solución pacífica de controversias: su aplicación a conflictos internos”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 120, julio-diciembre de 2002, pp. 211 y 55.

IV. ACTORES EMERGENTES: MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Si bien es cierto que no existe una correspondencia absoluta entre la evolución de la sociedad mundial y sus mecanismos de solución pacífica de controversias, no es menos cierto que estos métodos adquieren cada día una mayor importancia y se expanden a todos los rincones del orbe: el tránsito de un derecho internacional a un derecho mundial.

Este carácter expansivo es doblemente instrumental. Por una parte, los medios alternativos se trasladan a ciertas áreas hasta ahora desconocidas: como los asuntos del espacio ultraterrestre, el espacio oceánico, el crecimiento del arbitraje comercial internacional, y se llega hasta el planteamiento de la mediación en derechos humanos. En segundo lugar, se refuerza la importancia cada día mayor de recurrir a estos medios para la solución de conflictos internos e internacionales: el recurso a la guerra debería tender a desvanecerse.

Por otra parte, el derecho comparado asume dimensiones mundiales. La emergencia de China y el Sudeste de Asia, *v. gr.*, obliga a ponerse al día en el estudio del derecho de China y otros países: India, Sudáfrica, nueva Rusia, Brasil: ¿será que el derecho comparado se transformará en un derecho mundial?

Se trata del derecho de la mundialización: nuevas realidades emergentes en un sistema multipolar.

V. TENDENCIAS PARA EL SIGLO XXI: EL ORDEN DE LOS FACTORES.

La idea general consiste en señalar que la mundialización afecta al derecho de la solución de controversias.¹²

Primero: una tendencia fuerte consiste en esclarecer los nuevos derroteros que asume la responsabilidad internacional del Estado en relación con la solución pacífica de controversias: la obligación de reparar el daño causado específicamente en materia de derechos humanos y derecho humanitario.

Segundo: el análisis del impacto del proceso de la mundialización sobre los métodos de solución de controversias: por ejemplo, la importancia ad-

¹² Véase Díaz Müller, Luis T., *Mundialización: Estado nacional y crisis de la soberanía*, México, Senado de la República, agosto de 2009.

quirida por cortes internacionales y regionales como es el caso del Tribunal Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³

Tercero: el deterioro del concepto clásico de soberanía y su incipiente relevo por un derecho con pretensiones mundiales.

Cuarto: el deterioro del principio de no intervención: no puede estar vigente en situaciones de violaciones a los derechos humanos: “El Otoño del Patriarca”.

Quinto: la importancia adquirida por la mediación como es el caso de situaciones de familia, comercio, asuntos internacionales.

Sexto: una cierta tendencia para evadir las instancias judiciales y buscar la solución de la controversia mediante arreglos no jurisdiccionales.

Séptimo: la importancia adquirida por las comisiones de la verdad, si bien su naturaleza jurídica aún debe aclararse. Por ejemplo: el Informe Rettig en Chile o el Informe Sabato en Argentina vuelven a plantear el asunto de la exigibilidad de los derechos humanos: perdón y olvido.

Asunto distinto se refleja en la Ley de la Memoria Histórica de España: en que el tema central debería enfocarse en el espinoso tópico de la reparación del daño y de la indemnización por violación a los derechos humanos. Habría que replantear la relación entre derecho civil y derechos humanos.

Octavo: “Last but not least”.

Una materia que debería interesar aún más a los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos: las grandes crisis internacionales y el derecho.¹⁴

Con la crisis de Honduras de julio de 2009 pudo observarse la ineficacia, práctica y real, del sistema interamericano a pesar de la vigencia de la Carta Democrática Interamericana o Carta de Lima, del 11 de septiembre de 2001: legalidad y legitimidad en abierta contraposición. Pareciera ser que la mediación del presidente de Costa Rica, con el Plan Arias, ha confundido más que resuelto el eterno dilema de los gobiernos de facto en la región.

¹³ Véase García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, INACIPE, 2006.

¹⁴ Véase Guillaune, Gilbert, *Las grandes crisis internacionales y el derecho*, Barcelona, Ariel, 1995.