

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO



Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
Clave: 879309

**ANÁLISIS SOBRE LA NATURALEZA
JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES
DEL CENTRO ESTATAL DE
JUSTICIA ALTERNATIVA**

T é s i s

Que para obtener el título de:

Licenciado en Derecho

P r e s e n t a :

Daniel Vázquez Méndez

A s e s o r :

Lic. Héctor Gustavo Ramírez Valdéz

Celaya, Gto.

Noviembre 2005

m339918



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

AGRADECIMIENTOS

A DIOS:

Por ser mi creador, ya que sin el no hubiese
Llegado a esta meta de mi vida.

A MIS PADRES:

BLANCA LILIA y SALVADOR

Por su gran apoyo incondicional, sin el cual no estaría
culminando mi carrera profesional

Gracias

A MIS HERMANOS
Y
TIOS

NOMBRE: Daniel Vazquez
Mendez

FECHA: 12 enero 2005

FIRMA: P.D. B...

INTRODUCCION.

El presente trabajo de tesis esta enfocado al estudio de los convenios como forma de resolución de controversias, cuando participa en su elaboración un funcionario del Centro Estatal de Justicia Alternativa.

En principio, el tema es bastante sencillo. Las partes se ponen de acuerdo para solucionar una controversia, presente o futura. Pero su importancia va más allá: estos métodos deberán de convertirse en una herramienta del Estado con el propósito de evitar la saturación de los tribunales con los asuntos que los propios particulares pueden resolver con tan solo la intervención de una persona que facilite la comunicación. Esto le da a los jueces la posibilidad de invertir más tiempo en los asuntos que realmente requieran su intervención.

También hay que señalar que, como se verá dentro de esta tesis, significa un paso adelante en la privatización de la justicia. Ahora los particulares pueden decidir como resolver sus diferencias y evitar la intervención de la autoridad jurisdiccional.

Por supuesto que también están las ventajas tan conocidas de este tipo de procedimientos como es el tiempo y la economía, características que la hacen más atractiva que en ocasiones la propia jurisdicción.

Pero no todo son ventajas, también hay bastantes puntos a considerar sobre la ley que reglamenta a la conciliación y a la mediación, es por eso que decidí hacer esta tesis. No busco desacreditar la ley sino hacer algunos comentarios sobre la misma ya que considero que puede ser perfeccionada y de que en algunos casos el legislador, lejos de facilitar las cosas, las hizo un poco más complicadas, particularmente cuando es leída junto con la ley orgánica del poder judicial del Estado de Guanajuato.

En base a lo anterior, decidí hacer mi tesis sobre la materia puesto que en el futuro estos procedimientos adquirirán mayor fuerza, y no debido a su novedad, sino a las ventajas mencionadas, y es necesario que estas instituciones sean criticadas y en base a ello, perfeccionadas a fin de que se conviertan en instituciones en las cuales la sociedad pueda confiar la solución de sus problemas.

INDICE:

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I.- Procedimientos jurisdiccionales de resolución de controversias.

	1
1.1 Juicio Ordinario Civil.	1
1.2 Instrucción	3
1.2.1 Fase postulatoria.	4
1.2.2 Fase probatoria.	5
- Ofrecimiento de la prueba.	6
- Admisión de la prueba.	6
- Preparación de la prueba.	6
- Desahogo de la prueba.	7
- Valoración de la prueba.	7
1.2.3 Fase preconclusiva.	7
1.3 Juicio.	8
1.3.1 La sentencia.	10
1.3.1.1 Requisitos materiales y formales de la sentencia.	15
1.3.1.2 Clasificación de las sentencias.	21
1.3.1.3 Efectos de las sentencias.	26

1.4 La cosa juzgada.	27
CAPITULO II.- Métodos autocompositivos de resolución de controversias.	32
2.1 Algunos conceptos generales.	32
2.2 Antecedentes.	40
2.3 Desistimiento.	45
2.4 Allanamiento.	46
2.5 Transacción.	48
CAPITULO III.- Métodos heterocompositivos no jurisdiccionales de resolución de controversias.	51
3.1 Antecedentes.	51
3.2 Mediación.	
3.3 Conciliación.	58
3.3.1 Naturaleza Jurídica de la conciliación.	61
3.4 Arbitraje.	62
3.4.1 Antecedentes.	62
3.4.2 Naturaleza jurídica del arbitraje.	68
3.4.3 Clasificación del arbitraje.	72

3.4.4 Cláusula compromisoria y compromiso en árbitros.	75
3.4.5 Laudo Arbitral.	77
3.4.5.1 Naturaleza jurídica del laudo arbitral.	79
CAPITULO IV.- Métodos heterocompositivos no jurisdiccionales en la resolución de controversias en el estado de Guanajuato.	81
4.1 La ley de justicia alternativa en el Estado de Guanajuato.	81
4.2 La mediación y la conciliación en el Estado de Guanajuato.	83
4.2.1 Procedimiento ante el Centro Estatal de Justicia Alternativa	86
4.2.2 Efectos de la mediación y del convenio que resulte.	88
4.2.3 La ejecución de los convenios.	89
4.3 La mediación y la conciliación hasta el momento.	90
4.4 Análisis a la legalidad.	93

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

CAPITULO I

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

1.1.- JUICIO ORDINARIO CIVIL.

Dado que el objetivo de la esta tesis no es realizar un estudio exhaustivo del juicio ordinario civil sino efectuar una comparación entre los métodos de solución de controversias, nos apegaremos a la división que propone el maestro Cipriano Gómez Lara en su obra Derecho Procesal Civil¹, para su estudio y estar en condiciones de compararlo en los capítulos posteriores con la autocomposición y la heterocomposición.

José Becerra Bautista² nos dice que el fin normal del proceso es la obtención de una sentencia que, en forma vinculativa, resuelva entre las partes una controversia sobre derechos substanciales.

Continúa diciendo que el derecho objetivo están integrado por normas abstractas de las que derivan derechos substanciales que permiten la convivencia

¹ Gómez Lara, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Ed. Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 6ª. ed. México, 1998.

² Becerra Bautista José, El proceso Civil en México, Ed. Porrúa, 9ª. Ed, México, 1981 pags 1 y 2.

social, regulando las acciones humanas e imponiendo a los hombres un comportamiento determinado.

Desde este punto de vista, las normas jurídicas actúan como causa motivadora sobre la voluntad del sujeto, es decir, establecen un deber ser. El deber ser que establecen las normas jurídicas se refiere al obrar de varios sujetos, determinando lo que unos pueden hacer y que, por tanto, no debe ser impedido por los demás.

Es así como el derecho objetivo coordina el obrar de varios sujetos, estableciendo mandatos que motivan una conducta determinada.

Pero el derecho objetivo no sólo establece conductas sino que a la vez crea sanciones contra quienes no realicen la conducta prescrita o no respeten la facultad otorgada al titular del derecho.

La parte prescriptiva va dirigida a los particulares creando en su favor derechos substanciales que deben ser tutelados; la tutela esta contenida en la parte sancionadora de la norma y va dirigida a los órganos del Estado imponiéndoles el deber de realizar actos de coacción, en el supuesto de que los sujetos se opongan a la conducta prescrita.

Mediante el derecho de acción, los sujetos provocan el ejercicio de la función jurisdiccional, para conseguir la satisfacción del intereses jurídico protegido por el legislador en su favor, en la norma abstracta.

Ahora bien, Cipriano Gómez Lara³ en su obra Derecho Procesal Civil, divide al proceso civil en dos grandes etapas que son: la instrucción y el juicio. La instrucción es la primera gran etapa del proceso y el juicio es la segunda y final. Estamos empleando el término juicio en su acepción como parte del proceso y no como sinónimo del mismo. También divide la instrucción en tres fases: fase postulatoria, fase probatoria y fase preclusiva; a su vez la fase probatoria de ha subdividido en cuatro momentos que son: el ofrecimiento, la admisión y la preparación. Explica que las etapas se han dividido así por razones lógicas, cronológicas y jurídicas; esto es, cada fase tiene su propia estructura y función distinta una de otra, pero siempre tratando de alcanzar su objetivo que es resolver el litigio.

1.2.- ETAPAS DEL JUICIO. INSTRUCCIÓN.

Gómez Lara⁴ señala que la instrucción engloba, abarca y comprende todos los actos procesales, tanto del tribunal y de las partes en conflicto, como de los terceros ajenos a la relación sustancial; actos por los cuales se precisa, se determina el contenido del debate litigioso, y por los cuales también se desarrolla la actividad probatoria y se formulan igualmente las conclusiones o alegatos de las partes. En la etapa de la instrucción, el objetivo que se persigue es instruir al juzgador. El nombre que designa a esta etapa así lo revela. La meta que se persigue en esta primera etapa del proceso es instruir al juzgador, esto es,

³ Gómez Lara. Op. Cit., pag. 17 a 22.

⁴ Idem.

provocarle un conocimiento del litigio sobre el cual en su oportunidad habrá de pronunciarse en la segunda etapa del proceso. Se trata, pues de poner al juzgador en posición de pronunciar o dictar una sentencia jurisdiccional que venga a solucionar el conflicto de intereses. En resumen, el propósito que se busca en la instrucción es allegarle al juzgador todo el material informativo para que se produzca el pronunciamiento.

1.2.1.- Fase postulatoria.

Respecto a esta primera fase de la instrucción Cipriano Gómez Lara indica: Esta fase, por razones lógicas, antecede a las demás. El juzgador sólo administra justicia cuando se le requiere para ello. La jurisdicción, como función social, sólo se despliega, exclusivamente se desarrolla, únicamente se pone en movimiento cuando lo demanda un gobernado a través del ejercicio de su derecho de acción, y nunca antes. Por ello, el juzgador nunca puede administrar justicia sin que se lo requieran, sin que se lo soliciten a través del ejercicio del derecho de acción. El juzgador está imposibilitado humanamente para conocer todos y cada uno de los litigios que en la sociedad acontecen y ninguno puede conocer y decidir al instante todos y cada uno de los litigios que se produzcan en la vida humana. Solo puede conocer los litigios cuando se le ha pedido que así lo haga, y cuando se le ha informado de que existen y se le han proporcionado datos e informes suficientes sobre ellos. Nunca los resuelve de oficio.

Sigue afirmando nuestro autor que en la fase postulatoria, las partes exponen sus pretensiones y resistencias; sus afirmaciones y negaciones acerca de los hechos, y finalmente, invocan las normas jurídicas aplicables al caso concreto. El objetivo que se trata de alcanzar no es otro, sino el de recoger el debate litigioso, esto es, se trata de precisar el contenido del proceso, de determinar aquello que será objeto después de la actividad probatoria y de los alegatos y, por último, aquello que será objeto también de una resolución jurisdiccional definitiva, que es la sentencia. Se presenta la demanda o se presenta la acusación y se responde a la demanda o se defiende contra la acusación.

1.2.2.- Fase probatoria.

El autor Cipriano Gómez Lara⁵ indica que esta fase tiene una estructura y una función complejas. La necesidad de esta radica en el hecho de que el juzgador solamente tiene hasta postulatoria un conocimiento parcial y subjetivo de cada una de las posiciones de las partes contrapuestas en el proceso. Esto es, el juzgador conoce solamente la opinión personal respecto al litigio que le presentan tanto el actor como el demandado. Por ello, es indispensable e imprescindible que el juzgador se allegue un conocimiento objetivo sobre la controversia de intereses. Este conocimiento lo obtendrá el juez mediante la actividad probatoria que se desenvuelve sobre la fase que hemos llamado probatoria. El juez tiene necesidad de recibir todos los datos suficientes y necesarios por los cuales venga a constatar, venga a corroborar y a confirmar la posición o posiciones de las partes en el

⁵ Idem.

proceso. El juzgador va a recibir de las partes los medios de prueba que apoyen, que apuntalen, que sostengan sus respectivas posiciones contrapuestas.

La fase probatoria, como ya habíamos dicho, se subdivide, según nuestro autor, en cinco etapas que son: ofrecimiento de pruebas, admisión de la prueba, preparación de la prueba, desahogo de la prueba y la valoración de la prueba.

a)Ofrecimiento de prueba.- Este es el primer momento de la fase probatoria y en él, las partes ofrecen al tribunal, al órgano jurisdiccional, los diversos medios de prueba con los que suponen llegarán a constatar, a corroborar lo que han planteado en la fase postulatoria. Los medios de prueba que pueden ofrecer las partes son entre otros: la confesional, la testimonial, la documental, la pericial, etc. Las partes han de relacionar los medios de prueba que ofrecen con cada uno de los hechos que han invocado en la fase postulatoria.

b)Admisión de prueba.- Es el segundo momento de la fase probatoria. En este momento, el juzgador es el califica la procedencia de los medios de prueba que han ofrecido las partes, en esta clasificación debe atenderse a la pertinencia y a la utilidad de cada uno de los medios ofrecidos, así como a la oportunidad del ofrecimiento, es decir, que hayan sido ofrecidos en tiempo.

c)Preparación de la prueba.- Los actos de preparación de la prueba suelen ser de origen complejo, ya que participan en ella tanto el órgano jurisdiccional como las partes e incluso algunos terceros. Citar testigos y peritos, formular interrogatorios y

pliegos de posiciones, fijar fechas para la celebración de la audiencia o diligencia, etc., son algunos actos típicos de este momento procesal.

d)Desahogo de la prueba.- Este momento entraña una serie de actividades, también de naturaleza compleja, en virtud de las cuales se asume la prueba y la adquiere el tribunal. Según el medio de prueba que se trate , así es el trámite y la naturaleza de los actos: las preguntas a las partes y a los testigos, los cuestionarios a los testigos; los cuestionarios a los peritos y la respuesta de todos ellos, así como la visita personal que el juez haga a los locales o sitios para ver por si mismo todas las cosas. Todos los anteriores son momentos de desahogo de las pruebas, y este extremo es de suma importancia en cuanto al levantamiento de las actas en que se consigna, es decir, se deja constancia en el expediente de los diversos actos de desahogo de las pruebas señaladas.

e)Valoración de la prueba.- Esta no pertenece en rigor, a la fase de instrucción, sino a la del juicio, puesto que la valoración de la prueba se hace al sentenciarse. Sin embargo, es necesario apuntar la tendencia a una valoración anticipada del material probatorio bajo los principios de oralidad cuando el juez, en virtud de la identidad y la inmediatez, va apreciando el material probatorio paralelamente al desahogo.

1.2.3.- Fase preconclusiva.

A este respecto, Gómez Lara⁶ señala que la fase preconclusiva la integran los actos de las partes que se han llamado tradicionalmente alegatos o conclusiones, éstos son las consideraciones, las reflexiones, los razonamientos y las argumentaciones que las partes o sus abogados plantean al tribunal acerca de lo que se ha realizado en las fases procesales anteriores.

Sigue afirmando el autor, que con tales elementos se persigue dar al juzgador una idea con respecto a lo que se ha afirmado o negado; acerca de lo que las partes han pretendido y resistido y, lo que es más importante, se trata de hacer ver al juzgador aquellas afirmaciones o negaciones que han sido confirmadas, que han sido constatadas, que han sido corroboradas o verificadas por los medios probatorios desahogados. Al hacer cada una de las partes, sus reflexiones acerca de la actividad procesal realizada hasta entonces, se le esta planteando al juzgador la manera como debe llegar a resolver la controversia. Es decir, se le trata de plantear, se le trata de hacer un pronunciamiento que debe recaer en la controversia o sobre la controversia, se pretende darle un proyecto de sentencia, según entienden las partes, que debe dictarse.

1.3.- JUICIO.

El Maestro Gómez Lara⁷ señala que esta segunda etapa del proceso es aquella en la que solamente se desenvuelve una actividad por parte del órgano

⁶ Idem.

⁷ Idem.

jurisdiccional, etapa en la que el juzgador o los juzgadores, en el caso de un órgano jurisdiccional colegiado, emiten, dictan o pronuncian la sentencia jurisdiccional definitiva que viene a terminar el proceso y a resolver la contienda, el conflicto de intereses.

La etapa del juicio puede revestir caracteres de sencillez, simplicidad y rapidez, o también puede revestir caracteres de complejidad y de alargamiento. Es sencilla y breve en procesos con tendencia a la oralidad, en los cuales el juzgador dicta su sentencia definitiva en la misma audiencia en que se producen y las pruebas y se rinden los alegatos por las partes; también es más o menos sencillo el pronunciamiento de la sentencia en los procesos en primera instancia que tengan un solo titular, la sentencia la dicta el mismo juez que ha seguido la instrucción sin necesidad de una mayor complicación, puesto que lo único que hace el juzgador es leer estudiar, analizar el expediente para posteriormente dictar su sentencia. Por el contrario, esta segunda etapa reviste caracteres de mayor complejidad y de mayor alargamiento cuando se trata de un órgano jurisdiccional de segunda instancia y de carácter colegiado.

La segunda instancia es dirigida en su etapa de instrucción por un magistrado integrante de la Sala, pero la etapa del juicio es competencia de todos los integrantes de la Sala. En otras palabras, mientras que la instrucción la dirige o conduce un solo magistrado, el juicio como parte final del proceso corresponde conocerlo a todos los magistrados integrantes de la Sala y, por lo mismo, esta segunda etapa del proceso se complica pues es necesario que el magistrado que ha

conocido de la instrucción haga un proyecto de sentencia, el cual se someta a consideración de los demás integrantes de la Sala fin de que en una sesión se discuta y en su caso se apruebe.

La etapa de instrucción termina con lo que se ha dado en llamar el auto de citación para sentencia, esto es, el auto que ordena cerrar la etapa de instrucción, el cual dispone que se dicte sentencia definitiva. Esto por lo que toca al proceso civil; en el proceso penal, la instrucción termina con el auto que ordena el cierre de la misma. Este auto se llama, en el proceso penal, el auto de cierre de la instrucción.

1.3.1.- LA SENTENCIA.

Comenzaremos el estudio de la sentencia con la opinión del jurista italiano José Chiovenda⁸ quien dice que la sentencia definitiva es el acto con el cual el juez cumple la obligación derivada de la demanda judicial, mediante la sentencia ha terminado su oficio, a no ser que haya que tomar resoluciones consecuentes.

José Becerra Bautista⁹ dice que, si pensamos en el término sentencia en general, sabemos que es la resolución del órgano jurisdiccional que dirime, con fuerza vinculativa, una controversia entre las partes.

⁸ Chiovenda. José. Derecho Procesal Civil, Tomo II. Ed. Cardenas Editor México, 1980, pags. 439

⁹ Op. Cit. Pags. 169

Pero cuando se trata de la sentencia de primera instancia, debemos agregar otros elementos para distinguirla. Para él, *sentencia definitiva de primera instancia* es la resolución formal vinculativa entre las partes que pronuncia un tribunal de primer grado, así al agotarse el procedimiento, dirimiendo los problemas adjetivos y sustantivos por ella controvertidos.

Por su origen, esta sentencia debe provenir de un tribunal de primer grado: juez de paz, menor, civil, familiar.

Por su ubicación procesal, debe ser la que se dicta después de que las partes agotaron todas las actividades que legalmente están obligadas a realizar.

El carácter definitivo de la sentencia, para nosotros, proviene de su naturaleza jurídica misma, es decir, ex se toda sentencia es definitiva, una vez que el tribunal la dicta, pues la posibilidad de modificarla proviene normalmente de un origen externo: su impugnabilidad.

El maestro Eduardo Pallares¹⁰ nos dice que la sentencia es el acto jurisdiccional por medio del cual el juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso.

Por su parte, Carlos Arellano García¹¹ nos dice que la palabra sentencia tiene su origen en el vocablo latino "sententia" que significa la decisión del juez o del

¹⁰ Pallares, Eduardo, Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa, 8ª ed. México, 1979, pag. 421.

¹¹ Arellano García, Carlos. Derecho Procesal Civil Ed. Porrúa, 1ª ed. México, 1981, pags. 367 a 372.

árbitro, en su acepción forense. En efecto, la sentencia en el Derecho Romano constituía la fase culminante del proceso que se realizaba delante del juez. La misión del juez estribaba en examinar el asunto, comprobar los hechos relacionados con él y en hacer una sentencia en la que se aplicaba los principios de derecho puestos en juego.

A su vez, la palabra sentencia, aplicada a la actuación final del juez en un proceso resuelto por él, se origina del verbo latino "sentire, sintiendo" por que el juzgador decide el problema controvertido que le ha sido sometido conforme a lo que él siente de lo actuado ante él.

Por lo tanto, la significación gramatical de la sentencia se refiere al acto culminante del proceso, cuando el juzgador, después de haber conocido los hechos controvertidos, de las pruebas aportadas por las partes y de las conclusiones o alegatos que ellas han formulado, forma un criterio y produce un fallo en el que, en ejercicio de la función jurisdiccional, decide lo que en su concepto, y conforme a derecho es procedente.

Además, este autor define a la sentencia de primera instancia de la siguiente forma: la sentencia definitiva de primera instancia es el acto jurídico del órgano jurisdiccional en el que resuelve la controversia principal y las cuestiones incidentales que se han reservado para ese momento, con apoyo en el Derecho Vigente.

Procederemos a explicar los diversos elementos integrantes de la definición propuesta:

a) Definimos sólo la sentencia definitiva de primera instancia pues, la sentencia de segunda instancia posee sus propios elementos.

b) La sentencia es un acto jurídico porque es una manifestación de voluntad hecha con la intención lícita de producir consecuencias jurídicas, como pueden ser, crear, transmitir, modificar o extinguir, etc., derechos y obligaciones. Decimos etcétera porque, la amplia gama de efectos jurídicos no se pueden encerrar en cuatro definitivos, ya que la sentencia también conserva, retiene, declara, respeta, aclara, etc.

c) El sujeto activo en la sentencia es el órgano jurisdiccional.

d) Es fundamental en la sentencia la decisión del órgano jurisdiccional, quien hace un pronunciamiento sobre la manera de resolver la cuestión controvertida principal y las cuestiones controvertidas accesorias, cuya resolución se ha reservado para la definitiva. Es pertinente que hagamos esta aclaración pues, en la sentencia definitiva no se resuelve sólo la cuestión principal.

e) En el concepto que nosotros proponemos de sentencia definitiva de primera instancia no aludimos a los valores jurídicos que pudieran realizarse a través de ella

pues, consideramos que el juez es básicamente un aplicador de la ley y es ésta a la que le corresponde tener como objetivo la realización de los valores jurídicos. Preferimos en nuestro concepto determinar que el juez debe actuar con apego al derecho vigente. Si hubiera conflicto entre la justicia y la ley, al juzgador no le corresponde modificar la ley para obtener el logro del apego a la justicia pues se afectaría gravemente la seguridad jurídica y el bien común. Podría objetarse que, en ocasiones, hay una laguna legal, y el juez realiza una tarea creadora del derecho. Esto es cierto, pero, aún en este caso el juzgador se apega al derecho, en las disposiciones que le permiten autonomía para crear normas individualizadas cuando hay una laguna legal.

Cipriano Gómez Lara¹² sobre la sentencia dice, que, es el acto final en un proceso normal que se desarrolla en todos sus pasos; ese proceso va proyectado, va destinado a terminar precisamente en una sentencia. La sentencia es el acto final del proceso, acto aplicador de la ley sustantiva a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.

Continúa explicando Gómez Lara que sentencia viene del verbo sentir y es que refleja la sentencia lo que el juez siente, lo que el tribunal siente en relación con el problema que se le ha planteado. La sentencia también es una conclusión, derivada del juicio lógico que implica, y que se produce en la segunda etapa del proceso, o sea, en la llamada del juicio. Esto es en razón de que la sentencia contiene la estructura de un juicio a la manera aristotélica: la premisa mayor es la

¹² Gómez Lara. Op, cit. Pags. 183 a 187.

norma general aplicable al caso concreto; la premisa menor es el caso concreto; y la conclusión es el sentido de la sentencia, o sea lo que la sentencia decide y lo que la sentencia ordena.

1.3.1.1.- Requisitos materiales y formales de las sentencias..

Primeramente expondremos la opinión personal de Carlos Arellano García¹³, quien señala requisitos de forma los siguientes:

- a) Forma escrita de la sentencia.
- b) El idioma utilizado en las sentencias, el cual, en nuestro país, es el castellano.
- c) Certidumbre en la redacción de las sentencias.
- d) Ubicación cronológica de la sentencia.
- e) Lugar de dictado de la sentencia.
- f) Juez o tribunal que pronuncia la sentencia.
- g) Objeto del pleito.
- h) Firma entera.

Y, en cuanto a los requisitos de fondo, enumera los siguientes:

- a) idoneidad del juzgador.

¹³ Arellano García. Op. Cit. Pags. 381 a 389.

- b) Estudio acucioso de las constancias de autos.
- c) Fundamentación de la sentencia.
- d) Motivación de la sentencia.
- e) Exhaustividad.
- f) Congruencia.
- g) Determinación de las prestaciones a las que se condena.
- h) La ejecutorización de la sentencia.
- i) Efectos de la sentencia.

Ahora presentare la opinión de Cipriano Gómez Lara¹⁴ quien nos dice que, por lo que toca a los requisitos formales, puede hablarse de la estructura de la sentencia, en cuanto a la forma de la redacción y los elementos que ésta deba contener, por ejemplo, debe estar redactada, como todos los documentos y resoluciones judiciales, en español; la indicación del lugar, fecha y juez o tribunal que la dicte; los nombre de las partes contendientes y el carácter con que litigan y el objeto del pleito; llevar las fechas en cantidades escritas con letras, no contener raspaduras ni enmiendas, por lo que en caso de error, deberá ponerse sobre las letras o frases equivocadas una delgada línea que permita su lectura y salvarse al final con toda precisión; estar autorizadas con la firma entera del juez o magistrados que dictaron la sentencia. Lo cierto es que, independientemente de las reglas que contengan las diversas legislaciones concretas sobre estos requisitos, la estructura de toda sentencia presenta cuatro grandes secciones o partes: I. El preámbulo; II. Los resultandos; III. Los considerandos; IV. Los puntos resolutivos. El preámbulo

¹⁴ Op. Cit. Pags. 185 a 186.

debe de contener los señalamientos del lugar y la fecha, del tribunal del que emana la resolución, los nombres de las partes y la identificación del tipo de proceso en el que se esta dictando la sentencia. Los resultandos son consideraciones de tipo histórico-descriptivo en los que se relatan los antecedentes de todo el asunto, con referencia a la posición de cada una de las partes, sus afirmaciones, los argumentos que se han esgrimido, así como la serie de pruebas que las partes han ofrecido y su mecánica de desahogo, sin que en esta parte el tribunal pueda realizar ninguna consideración de tipo estimativo o valorativo. Los considerandos son la parte medular de la sentencia. Aquí, después de haberse relatado en la parte de resultandos toda la historia y los antecedentes del asunto, se llega a las conclusiones y a las opiniones del tribunal, como resultado de la confrontación entre las pretensiones y las resistencias y también por medio de la luz que las pruebas han arrojado sobre la materia de la controversia. Finalmente, los puntos resolutivos son la parte final de la sentencia en donde se precisa en forma muy concreta si el sentido de la resolución es favorable al actor o al reo; y existe condena y a cuánto monta ésta; además se precisan los plazos para que se cumpla la propia sentencia; en resumen, en ella se resuelve el asunto.

Ahora bien, en lo concerniente a los requisitos sustanciales nuestro autor en cita, hace referencia a De Pina Y Castillo Larrañaga¹⁵ quien ha sostenido que los requisitos sustanciales de las sentencias son los siguientes: congruencia, motivación y exhaustividad.

¹⁵ De Pina y Castillo Larrañaga, citados por Cipriano Gómez Lara. Op. Cit. Pags. 186.

La congruencia consiste en una correspondencia o una relación lógica entre lo aducido por los partes y lo considerado y resuelto por el tribunal. Por lo tanto, si esa correspondencia se encuentra en las sentencias, entonces puede decirse que reúnen el requisito de congruencia; por el contrario, si la sentencia se refiere a cosas que no han sido materia del litigio, ni de las peticiones o posiciones de las partes , será incongruente.

La motivación de la sentencia consiste en la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución. En el régimen jurídico mexicano, la motivación y la fundamentación de los actos no es exclusiva de los órganos judiciales sino que se extiende a todo órgano de autoridad; en efecto, al disponer la Constitución que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento” se esta consagrando el derecho de todo gobernado a que cualquier acto de autoridad competente entrañe la obligación para esta, de motivar y fundamentar sus actos, lo que debe ser entendido en el sentido de que la propia autoridad está obligada a expresar los preceptos o principios jurídicos en los que funde su actuación (fundamentación) y los motivos y razonamientos que lleven a la autoridad a aplicar ese principio jurídico al caso concreto (motivación). Por lo tanto, es obligación de toda autoridad la motivación y fundamentación de sus actos, y esta necesidad se acentúa en el caso de los actos jurisdiccionales y muy especialmente en la sentencia que es la resolución más importante con que culmina el proceso

jurisdiccional. De ahí que esta sentencia sea el acto estatal que mayor necesidad tiene de motivación y fundamentación.

La exhaustividad es consecuencia necesaria de los dos principios anteriores. En efecto, una sentencia es exhaustiva en la medida en que haya tratado todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna. Es decir, el tribunal al sentenciar debe agotar todos los puntos aducidos por las partes y referirse a todas y cada una de las pruebas rendidas. La sentencia no será exhaustiva cuando deje de referirse a algún punto, a alguna argumentación, a alguna prueba; en otras palabras, al dictarse una sentencia debe tenerse mucho cuidado de examinar, agotándolos todos, los puntos relativos a las afirmaciones y argumentaciones de las partes y las pruebas rendidas.

Todo lo relativo a los requisitos sustanciales de las sentencias tiene una muy especial importancia por que ésta vinculado con los temas de impugnación. En efecto, la impugnación de las sentencias, independientemente de los defectos formales, externos o de estructura que éstos puedan presentar, por lo general, se enfoca a defectos sustanciales, o sea, a las circunstancias de que la sentencia presente fallas en sus requisitos, ya mencionados, de congruencia, motivación y exhaustividad.

Por su parte Eduardo Pallares¹⁶ nos señala los siguientes principios de la sentencia:

¹⁶ Op. Cit. Pags. 421 y 422,

a) Las sentencias deben ser congruentes con las cuestiones planteadas en la litis, o sea en los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica, o de acuerdo con las cuestiones jurídicas que surjan con motivo de la presentación de esos escritos. El juez no debe fallar ni más ni menos sobre aquello que las partes han sometido a su decisión.

b) Las sentencias deben ser claras y precisas. Cuando las cuestiones controvertidas hubieran sido varias, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada una de ellas, absolviendo o condenando al demandado en todo caso. (Esto último no se refiere a las sentencias que resuelven cuestiones meramente procesales);

c) "Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida o establecerán por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible hacer ni lo uno ni lo otro, se hará condena, a reserva de fijar su importe y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia".

d) Las sentencias deben tener lugar, fecha y juez o tribunal que las pronuncie, los nombres de las partes contendientes y el carácter con que litiguen y el objeto del pleito. Aunque esta disposición no obliga a los jueces a examinar las pruebas rendidas en el juicio, deberán hacerlo.

e) Toda sentencia tiene a su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de causa y con juez legítimo con jurisdicción para darla.

Al respecto de esto, el Código de Procedimientos Civiles de nuestro Estado, nos dice, en su artículo 224, que “en los casos en que no haya prevención especial de la ley, las resoluciones judiciales sólo expresaran el tribunal que las dicte, el lugar, la fecha y sus fundamentos legales, con la mayor brevedad y la determinación judicial, y se firmaran por el juez o magistrado que corresponda, siendo autorizadas en todo caso, por el secretario”. A manera de complemento debemos agregar lo que comenta el artículo 227 que dice: “las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como de las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias, comprendiendo, en ellas, los motivos para hacer o no condenación en costas, terminarán resolviendo, con toda precisión, los puntos sujetos a la consideración del tribunal, y fijando, en su caso, el plazo dentro del cual deban cumplirse.

1.3.1.2.- Clasificación de las sentencias.

El maestro Cipriano Gómez Lara¹⁷ propone la siguiente clasificación de las sentencias:

¹⁷ Op. Cit. 187-188.

El primer criterio de clasificación es de las sentencias definitivas y sentencias interlocutorias. Las sentencias definitivas son las que resuelven un litigio principal en un proceso. Por el contrario, la sentencia interlocutoria, según la etimología de interlocutoria, es aquella que resuelve una cuestión parcial o incidental, dentro de un proceso. El vocablo interlocutorio quiere decir a media plática o discurso. Este es el sentido etimológico inicial y por extensión se aplicó a las sentencias dictadas en el transcurso del desarrollo del proceso, o sea, aquellas que se dictan durante el proceso; mientras que la sentencia definitiva sería la que se pronuncia al finalizar el proceso.

Otro de los criterios atiende a la índole, a la naturaleza, a la pretensión que se plantea en el proceso. Y así se clasifican las sentencias en declarativas, constitutivas y de condena. Esta clasificación, por lo demás corresponde a otras ya vistas de procesos y pretensiones.

Las sentencias también se clasifican en de conocimiento, de ejecución o precautorias.

Atendiendo a la impugnabilidad, las sentencias pueden ser definitivas y firmes. Son definitivas aquellas que ponen fin al proceso, aunque quepa contra ellas la interposición de algún método de impugnación por parte de la parte inconforme. Las sentencias firmes son las que ya no pueden ser impugnadas por ningún medio.

Normalmente estas sentencias las dictan órganos jurisdiccionales de superior jerarquía, de segundo o de ulterior grado.

La siguiente clasificación de las sentencias, que atiende al éxito o al fracaso de la pretensión inicial, permite diferenciar entre sentencias estimatorias y desestimatorias.

En razón de que el tribunal que dicta las sentencia, puede establecer la clasificación entre sentencias de primera instancia y de segunda o ulterior instancia

Y finalmente, como última clasificación, podemos señalar aquella que parte de la consideración de la naturaleza de la cuestión, de la índole del problema, de la controversia que resuelve la sentencia. Conforme a este criterio se distingue entre sentencias de fondo y sentencias puramente formales o procesales.

También Eduardo Pallares¹⁸ ha hecho una clasificación de las sentencias que reza del siguiente modo: De las numerosas y variadas clasificaciones de las sentencias que han hecho los jurisconsultos, tomamos las siguientes especies, temerosos, sin embargo, de que se nos escapen algunas poco conocidas:

Sentencias contradictorias o dadas en juicio contradictorio, son aquellas que se pronuncian en un proceso en que ha habido contradicción y defensa del demandado;

¹⁸ Op. Cit., pags. 423-425

Sentencias en rebeldía, las contrarias a las anteriores o sea cuando el juicio se ha seguido en rebeldía del demandado o del actor;

Sentencias definitivas, las que deciden la cuestión principal que se ventila en el juicio o sea las pretensiones formuladas en la demanda y en las defensas del demandado;

Incidentales o interlocutorias, las que deciden alguna cuestión incidental surgida durante el proceso;

Procesales, las que resuelven sólo cuestiones del procedimiento;

Sentencias de fondo o sustanciales, las que deciden las cuestiones litigiosas planteadas en la demanda y en la contestación;

Sentencias totales, las que resuelven todo el litigio sin dejar ninguna cuestión pendiente;

Sentencias parciales, las contrarias a las anteriores;

Puras o simples, las que resuelven las cuestiones litigiosas sin someter la decisión a ninguna condición o reserva;

Condicionales, las contrarias a las anteriores;

Sentencia con reserva, las que absuelven o condenan al demandado reservando los derechos del actor o del propio demandado respectivamente, para que los ejerciten en juicio diverso.

Sentencias constitutivas, las que constituyen un nuevo estado de derecho, extinguiendo o modificando otro;

Sentencias de condena, la mayor parte de las sentencias tienen esta naturaleza, y son las que declaran procedente la acción y condenan al demandado a efectuar una prestación;

Sentencias preservativas, las que declaran procedente una acción cautelar;

Sentencias arbitrales, las que pronuncian los jueces árbitros, también se les llama laudos;

Sentencias complementarias, las que pronunciadas por el tribunal superior, en las que resuelve que el inferior omitió decidir;

Sentencias provisionales, las que no alcanzan la autoridad de cosa juzgada material, producen efectos jurídicos provisionales que podrán ser modificados posteriormente. Tales son las que se pronuncian en cuestiones de alimentos,

interdicción, juicios de posesión provisional, pérdida de la patria potestad, declaración de herederos, aprobación de inventarios en las sucesiones y adjudicación y partición de bienes y jurisdicción voluntaria.

Sentencia dispositiva, aquella en la que el juez crea la norma aplicable, al caso concreto por no existir disposición legal que a él concierna;

Sentencia de pura declaración, las que no contienen condena y sólo declaran un estado de derecho o una relación jurídica. También sólo declaran una situación de hecho;

Sentencias anulables, las que teniendo un vicio legal pueden ser declaradas nulas mediante recurso o una acción.

1.3.1.3.- Efectos de la sentencia.

Nos explica José Chioyenda¹⁹ que, como acto definitivo de la relación de conocimiento, la sentencia produce una serie de efectos:

a) la obligación de las costas por la parte vencida.

¹⁹ Op. Cit. Pags. 426.

b)La cosa juzgada. Se entiende la cosa juzgada en sentido sustancial, o sea, la eficacia de la sentencia definitiva respecto de los procesos futuros, mientras que por cosa juzgada en sentido formal se entiende haber devenido definitiva la sentencia.

c)La acción ejecutiva.

1.4.- La cosa juzgada.

Eduardo Pallares²⁰ señala que la cosa juzgada puede entenderse en dos sentidos. El primero tiene su origen en el derecho romano, y con la cosa juzgada se menciona el juicio ya concluido por sentencia irrevocable, que no ésta sujeta a ninguna impugnación.

En la segunda acepción, es la autoridad que la ley otorga a la sentencia ejecutoriada o sea que no puede ser modificada o revocada por ningún medio jurídico, sea un recurso ordinario o uno extraordinario, incluso por un juicio autónomo.

De esta última, o sea de la sentencia ejecutoriada, dimanar tanto la autoridad susodicha como lo que en derecho tiene el nombre de fuerza de cosa juzgada. Entendemos por autoridad, la necesidad jurídica de la fallado en las sentencias que considere irrevocables e inmutable, ya que en el juicio en que

²⁰ Pallares, Eduardo. Op. Cit. 188-189.

aquéllas se pronuncian, ya en otro diverso. La fuerza consiste en el poder coactivo que dimana de la cosa juzgada o sea en que debe cumplirse lo que en ella ordena.

Continúa diciendo nuestro autor, que la cosa juzgada es una institución jurídica de la cual dimanan diversos efectos de carácter trascendental. Es un título legal irrevocable, y en principio inmutable, que determina los derechos del actor y del demandado, que tienen su base en lo fallado por el juez. Como título fundatorio de estos derechos, puede hacerse valer no sólo ante las autoridades judiciales y ante el tribunal que pronunció la sentencia ejecutoria, sino también ante las autoridades administrativas e incluso legislativas para demostrar la existencia del hecho o del derecho declarados por la sentencia. También tiene eficacia en el comercio jurídico o sea en las relaciones entre los particulares.

De la cosa juzgada dimana la acción que lleva el mismo nombre, para hacer efectivo, lo resuelto y ordenado en la sentencia ejecutoria. La acción tiene carácter autónomo y puede ejercitarse en el juicio que produjo la sentencia ejecutoria en la vía de apremio, o en un juicio diverso que, en la generalidad de las veces, es ejecutivo. También deriva de la cosa juzgada la excepción del mismo nombre, que favorece a cualesquiera de las partes que podrá oponerla si en juicio ulterior se le demanda una prestación que este en pugna con lo resuelto por la sentencia ejecutoria.

Es igualmente la cosa juzgada, conforme a nuestra legislación, una presunción legal absoluta que como prueba puede invocarse en un juicio en el que se discuta alguna cuestión resuelta en la ejecutoria.

La cosa juzgada es un antecedente que puede formar jurisprudencia cuando el número de sentencias que resuelven de igual manera un punto litigioso, es el que exige la ley para crear una doctrina jurisprudencial.

De igual forma, el maestro Pallares nos dice que existen dos clases de cosas juzgadas, a saber: cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La primera consiste en la fuerza y en la autoridad que tiene una sentencia ejecutoria en el juicio en el que se pronunció, pero no en juicio diverso. La cosa juzgada material es la contraria a la anterior y su eficacia trasciende a toda clase de juicios. Además, la primera puede ser destruida mediante los recursos extraordinarios que otorga la ley contra las sentencias ejecutorias, y según algunos autores opinan, también puede serlo mediante un juicio autónomo que nulifique la sentencia base de la cosa juzgada.

Por último, en lo referente a en donde reside la autoridad de la cosa juzgada nos dice el principio general que: -reside en la parte resolutive que contiene la decisión de los puntos controvertidos y el mandato del juez que de la decisión procede-. No se encuentra en los resultados, pero si la hay en los considerandos, en el sentido de la parte resolutive que tiene en ellos sus fundamentos, debe ser entendida e interpretada de acuerdo a los considerandos, de tal manera que éstos,

en cierto modo, participan de la autoridad de la cosa juzgada inherente a la parte decisoria del fallo al que dan vida.

En opinión de José Chiovenda²¹, la cosa juzgada en sentido sustancial consiste en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmativa en la sentencia. Esta institución no tiene en si mismo nada de absoluto ni de necesario; del concepto del oficio del juez sólo se deriva necesariamente que la sentencia debe poderse mandar a ejecución pero no puede tenerse en lo futuro como norma inmutable del caso decidido. Tanto es verdad que conocemos derechos antiguos en los cuales la sentencia es obligatoria para las partes mientras que existe, pero puede ser impugnada indefinidamente, ya a base de nuevas pruebas, ya por otros motivos. Solo por meras razones de oportunidad y de utilidad social se introduce en los distintos derechos un límite a la discutibilidad de lo decidido. Así surge la necesidad de decidir lo que se llama la autoridad de cosa juzgada.

Por su parte, Cipriano Gómez Lara²², define a la cosa juzgada como el atributo, la calidad de la autoridad que adquieren las sentencias y distingue a su vez dos puntos de vista el procesal y el material.

Desde el punto de vista formal o procesal la cosa juzgada significa la imposibilidad de la impugnación de la sentencia.

²¹ Chiovenda, José. Op. Cit. 460-461.

²² Gómez Lara. Op. Cit. 188-189.

La cosa juzgada desde el punto de vista material o de fondo alude al carácter irrefragable, indiscutible, inmodificable de la decisión de la controversia de intereses a que se ha llegado mediante la aplicación de una norma sustantiva general al caso conflictivo y la impugnación de las consecuencias jurídicas que tal aplicación produce.

Se ha dicho que la cosa juzgada en el sentido material, consiste en la verdad legal. Es una verdad definitiva que ya no puede ser rebatida desde ningún punto de vista y en ninguna oportunidad.

Debe agregarse, en relación a la institución de la cosa juzgada, que la finalidad perseguida por el derecho con la creación de esta institución es la de dar certeza y definitividad a las sentencias. Si no hubiera cosa juzgada no habría definitividad ni certeza en las cosas decididas por los tribunales. Esta definitividad y esa certeza son necesarias para mantener la paz social y el equilibrio, de otra suerte, los litigios podrían replantearse indefinidamente.

El Código de Procedimientos Civiles vigente en nuestro Estado en su artículo 363, define la cosa juzgada de la siguiente forma: "la cosa juzgada es la verdad legal y contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo en los casos expresamente determinados por la ley". Y, además agrega en el siguiente artículo, "hay cosa juzgada cuando la sentencia ha causado ejecutoria".

CAPITULO II

Métodos autocompositivos de resolución de controversias.

2.1.- Algunos conceptos fundamentales.

Antes de entrar al estudio de los métodos autocompositivos debemos de dar algunos conceptos básicos de la teoría del proceso que son comunes a todas las formas de resolución de controversias y que es necesario dar una breve idea a fin de poder entrar de lleno al estudio de estos métodos de solución de controversias:

Proceso.-

Para Carlos Arellano García, “es el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales, para que apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia planteada”²³

Para Cipriano Gómez Lara, “el proceso es un conjunto complejo de actos del Estado como soberano de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación, actos que tienden a la aplicación de una ley general al caso concreto para solucionarlo o dirimirlo”.²⁴

²³ Arellano García, Carlos. Teoría General de Proceso. 4ª. ed. Ed. Porrúa. México 1992, pág. 12.

²⁴ Gómez Lara, Cipriano, Teoría General del Proceso, 9ª. ed. Ed. Harla. México 1998, pág. 95.

Para Rafael De Pina, el proceso es “el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante la decisión de juez competente”.²⁵

Para Eduardo Pallares, el proceso esta formado por un conjunto de actos procesales que se inician con la presentación y admisión de la demanda y termina cuando concluyen las diferentes causas que la Ley admite”.²⁶

Procedimiento.-

Acerca del procedimiento Rafael De Pina comenta. “Es el conjunto de formalidades o trámites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos”.²⁷

Por su parte, Ovalle Favela señala del procedimiento: “Todo proceso se desenvuelve a través de una serie de actos y hechos procesales, los cuales tienen una realización formal, espacial, temporal, que constituyen el procedimiento”.²⁸

Gómez Lara afirma que el procedimiento “es una coordinación de actos en marcha relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de proceso...”²⁹.

²⁵ De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, ed. 26ª. Ed. Porrúa. México 1998, pág. 420.

²⁶ Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, ed. 24ª. Ed. Porrúa. México 1998, pág 639.

²⁷ De Pina Rafael. Op. Cit, pág. 420.

²⁸ Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil, ed. 3ª. Ed. Harla. México 1980, pág. 6.

“El procedimiento es le modo como va desenvolviendo el proceso, los trámites a que está sujeto”. Es decir, que el procedimiento se refiere a las formalidades procesales, a una serie de trámites, actuaciones o diligencias establecidas en la ley. Esto en las palabras de Eduardo Pallares³⁰, quien también afirma: “el procedimiento constituye una garantía de la buena administración de la justicia. Las violaciones a las leyes del procedimiento pueden ser reclamadas en la vía de amparo...”.

Litigio.-

Para Rafael De Pina, litigio significa “pleito, controversia o contienda judicial”³¹.

Carnelutti nos dice acerca del litigio: llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. De la necesidad de la existencia de la pretensión Carnelutti dice: La exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio³².

Al respecto, Eduardo Pallares³³, nos da los elementos del litigio que son los siguientes: “sujetos, objeto o materia del litigio, las pretensiones del actor y del demandado dirigidas al órgano jurisdiccional, y las razones argumentos en que se apoyan dichas pretensiones. En la doctrina clásica se llamaba acción a la pretensión

²⁹ Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit, pág. 290.

³⁰ Pallares, Eduardo. Op. Cit, pág. 639.

³¹ De Pina, Rafael. Op. Cit, pág 362.

³² Carnelutti, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, tomo I. Ed. UTEHA. Buenos Aires, 1944, pág. 44.

³³ Pallares, Eduardo. Op. Cit, pág. 545.

del actor, excepción a la pretensión del demandado y causa o título de pedir a las razones y argumentos en que el actor funda su demanda”.

Juicio.-

José Ovalle Favela dice: “con la palabra juicio, se designa todo procedimiento seguido para resolver un litigio o únicamente a la fase resolutoria de dicho procedimiento”.³⁴

Para el maestro Carnelutti, “el juicio es la presencia del litigio en el proceso”³⁵.

Eduardo Pallares nos da lo que considera la definición clásica de Escriche quien dice: “Juicio es la controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente; o sea, la legítima discusión de un negocio entre actor y reo ante juez competente que la dirige y la termina con su decisión”. Sin embargo, la palabra juicio tiene varias acepciones y, el propio Escriche da las siguientes: 1.- la sentenciay aún todo mandamiento del juez; 2.- El tribunal o lugar donde se juzga; 3.- La instancia, y así se dice “abrir el juicio”; 4.- El modo de proceder, como en la frase “sin estrépito y forma de juicio”; 5.- La jurisdicción o fuero; juicio eclesiástico, juicio civil; 6.- La discreción, cordura o prudencia de una persona; 7.- El dictamen de los peritos; 8.- En la sagrada escritura la palabra juicio significa, a veces, la condenación eterna, la perdición, el castigo.³⁶

³⁴ Ovalle Favela, José. Op. Cit, pág 35.

³⁵ Carnelutti, Francesco. Op. Cit, pág. 24.

³⁶ Pallares Eduardo. Op. Cit, pág. 466 y 468.

Litis.-

Al respecto, nos dice Eduardo Pallares³⁷ "sinónimo de litigio, en una de sus acepciones. Conflicto de intereses jurídicamente calificados entre dos o más personas, respecto de algún bien o conjunto de bienes. También significan las cuestiones de hecho y de derecho que las partes someten al conocimiento y decisión del juez".

Resulta bastante didáctica la definición que nos dieron en la clase de teoría del proceso³⁸ que dice: "litis son los puntos controvertidos entre la demanda y la contestación de la demanda, y entre la reconvención y su contestación".

Acción.-

La acción es uno de los pilares del juicio ya que sin la acción este no podría iniciar, es por eso que debe quedar claro ya que los procesos heterocompositivos también inician con una petición.

Cipriano Gómez Lara define la acción como: "El derecho, la potestad, la facultad o actividad mediante la cual un sujeto de derecho provoca la acción jurisdiccional³⁹".

³⁷ Pallares, Eduardo. Op. Cit. Pág 545.

³⁸ Gutiérrez Negrete, Francisco. Cátedra de teoría general del proceso.

³⁹ Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit, pág. 118

Carnelutt nos dice: "la acción es un derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio"

Chiovenda la define como: "el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley".

Ahora bien, en la clase de teoría general del proceso, nos enseñaron que: el derecho de acción proviene del derecho de petición, el cual se encuentra contenido en la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 8º, siendo el derecho de petición la facultad que tienen los particulares para dirigirse a cualquier nivel de autoridad, siempre que se haga de manera respetuosa y por escrito, como lo menciona el artículo citado con anterioridad, teniendo la autoridad la obligación de contestar dicha petición en breve término". El artículo 8º. Constitucional dice: los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio de petición, siempre que se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo conocer en breve término".

Ovalle Favela clasifica a las acciones de la siguiente forma:

- 1.- Por el tipo de resolución demandada;
- 2.- Por el tipo de interés que busca proteger y,
- 3.- Por el derecho subjetivo material que se pretende hacer valer.

Capacidad.-

Gómez Lara define la capacidad como "la aptitud para poder ser sujeto de derechos y obligaciones"⁴⁰. Esta capacidad puede ser de goce o de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud del sujeto para poder disfrutar de los derechos que le confiere la ley.

La capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercer o hacer valer por sí mismo, los derechos u obligaciones de los que sea titular.

Por su parte, Eduardo Pallares define la capacidad como "la condición jurídica de una persona por virtud de la cual puede ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general. También significa la aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio, empleo o cargo público."⁴¹

⁴⁰ Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit. Pág. 195

⁴¹ Pallares, Eduardo. Op. Cit, pág. 134

Legitimación.-

De acuerdo a Gómez Lara, "la legitimación jurídica debe entenderse como una situación del sujeto de derecho, relación con determinado supuesto normativo que lo autoriza a adoptar determinada conducta. En otras palabras, la legitimación es autorización conferida por la ley, en virtud de que el sujeto de derecho se ha colocado en el supuesto normativo y tal autorización implica el facultamiento para desarrollar determinada actividad o conducta.

Por otro lado, la legitimación también puede ser activa o pasiva. La legitimación activa es la facultad que posee un sujeto para iniciar un proceso; por el contrario, la legitimación pasiva se refiere a la situación de aquél sujeto en contra del cual se quiere enderazar el proceso.^{42»}

Eduardo Pallares comenta al respecto que: "la legitimación, en general, es la situación es que se encuentra una persona con respecto a determinado acto o situación jurídica, para el efecto de poder ejecutar legalmente aquél o de intervenir en ésta. Si puede hacerlo, está legitimado; en caso contrario no lo está. La legitimación procesal es la facultad de poder actuar en el proceso, como actor, como demandado, como tercero, o representando a éstos. La legitimación procesal, debe distinguirse claramente de la capacidad jurídica. La capacidad, en general, es una cualidad de la persona con respecto al acto o a la relación jurídica"⁴³.

⁴² Gómez Lara. Op. Cit. Págs 193-194.

⁴³ Pallares, Eduardo. Op. Cit. Pág. 535.

2.2 Antecedentes.

Ahora que hemos aclarado estos conceptos fundamentales podemos pasar al estudio de los métodos autocompositivos cuya característica principal es que las partes resuelven por sí mismas la controversia, mientras que en las heterocompositivas se necesita la participación de un tercero, aunque sea sólo para facilitar la comunicación, primero veremos el origen del término para luego pasar a las diferentes especies que existen.

El término autocomposición se debe a Carnelutti, de quien proviene también el de equivalentes jurisdiccionales en donde incluye tres especies, la renuncia el allanamiento y la transacción, los cuales constituyen una forma de terminar el proceso, aunque sin resolver el litigio, esto es en opinión del profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁴⁴. En su obra *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, nuestro autor explica la diferencia entre mediador, autocomponedor y juzgador de la siguiente forma:

- Mediador: Pro-pone una o más soluciones.
- Autocomponedor: Dis-pone de la solución.
- Juzgador: Im-pone la solución.

⁴⁴ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa* Ed. UNAM, 3ª. ed. México, 1991 pág. 77.

Además, clasifica la autocomposición de acuerdo con el proceso, así es *extraprocesal* que se transforma en *preprocesal* cuando más tarde se discuta su eficacia en juicio; *intraprocesal* cuando se produzca entre las partes solo o mediante la acción favorecedora de la autoridad jurisdiccional; y *posprocesal*, después de que haya recaído sentencia firme y afecte la ejecución de lo juzgado.

Según Eduardo Pallares⁴⁵, debe entenderse por autocomposición la terminación del litigio por voluntad unilateral o bilateral parcial. Será unilateral cuando se hable de desistimiento o allanamiento, y bilateral en el caso de la transacción. Estas figuras pueden darse antes o durante el proceso y en tal caso pondrán fin a este.

Antes de entrar propiamente al estudio de los medios autocompositivos de resolución de controversias debemos determinar si constituyen propiamente una alternativa a la jurisdicción, es decir al proceso seguido ante un juez, y al respecto nos menciona el profesor Cipriano Gómez Lara⁴⁶ en su obra *Teoría General del Proceso* que no es una forma equivalente al proceso puesto que prescinde de esta, es decir, desecha la jurisdicción aunque reconoce su importancia ya que, coincidiendo con el profesor Alcalá-Zamora, nos dice que la autocomposición y la autodefensa son temas manifiestamente contiguos al derecho procesal, ya que aunque no son temas estrictamente procesales, si le corresponden por mejor derecho a la ciencia procesal.

⁴⁵ Op. Cit. Pags.

⁴⁶ Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit. pags. 7 y 8.

Sigue diciendo Gómez Lara⁴⁷ que la autocomposición surge indudablemente de la evolución humana, por que hay en ella un alejamiento del primitivismo y de la animalidad. En la autocomposición, al encontrar las propias partes en conflicto la solución a este, ya sea a través del pacto, de la renuncia o del reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria, resulta que aquellas ya están ante una forma altruista, más humanizada de solución de esos conflictos.

Cabe señalar que el maestro italiano José Chiovenda⁴⁸, también apunta a la componenda o composición como un método de resolución de controversias y la define como un acto procesal por que se realiza con la intervención del magistrado como tal, que pone fin inmediatamente a la relación procesal, de tal manera que, después de ocurrida la componenda, las partes no pueden pedir una sentencia de fondo en el mismo proceso. La componenda puede tener lugar también si el actor desiste completamente de su pretensión o el demandado se sujeta completamente a la pretensión del actor o si el demandado se sujeta completamente a la pretensión del actor, obligándose a satisfacerlo, pero al mismo tiempo cesando el pleito, por consecuencia, diferénciase:

a) De la conciliación, que tiene lugar ante el conciliador antes de que surja la relación procesal.

⁴⁷ Ibidem. Pags. 10 y 11.

⁴⁸ Chiovenda, José. Op. Cit. Pags. 425-427.

b) De la transacción, que tiene lugar fuera del proceso, a la cual, por una parte, es inherente la idea de la concesión; y de otra, falta el efecto de poner fin a la relación procesal inmediatamente.

c) De la renuncia de la acción y del reconocimiento de la acción, que no obran en la relación procesal, sino sólo inmediatamente en la sentencia en la sentencia de fondo.

d) De la transacción homologada, en que la intervención del magistrado, por lo demás obligatoria, es posterior al acuerdo.

Continúa diciendo, que como acto procesal, la composición esta regulada por la ley procesal. Supone, como dijimos, la intervención del magistrado, que lo hará asumir en su acta. Su efecto procesal es poner fin a la relación procesal. Tiene, además, los efectos sustanciales que de ella puede derivar como convención. De su carácter de acto dispositivo del derecho privado no puede dudarse, a diferencia de cuanto hemos visto acerca del reconocimiento y la renuncia de la acción. Por tanto, requiérese la presencia personal de las partes y la capacidad de disponer del derecho. En todo caso, siendo autorizada por funcionario público, tiene los efectos de título ejecutivo.

Debido al silencio que hacen la mayoría de los tratadistas consultadas en el presente trabajo y el Código de Procedimientos Civiles, no haremos un estudio

más profundo sobre el tema y nos limitaremos a señalar su existencia y características. Por lo que pasaremos con el resto de las figuras autocompositivas.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles, al respecto de estos métodos de resolución de las controversias ha dispuesto el artículo 383 que dice: el procedimiento caduca en los siguientes casos:

- I. Por convenio o transacción entre las partes;
- II. Por desistimiento de la acción, aceptado por la parte demandada. No es necesaria la aceptación cuando el desistimiento se verifica antes de que se corra traslado de la demanda;
- III. Por cumplimiento voluntaria de la reclamación antes de la sentencia.
- IV. Fuera de los casos previstos en los dos capítulos precedentes, cuando no se haya verificado ningún acto procesal ni promoción durante un término continuo, mayor de ciento ochenta días hábiles, contados a partir de la fecha en que se haya verificado el último acto procesal o hecho la última promoción.

Cabe señalar que en el mismo capítulo, nuestro Código dice que en caso de que la transacción o el convenio, el desistimiento de la acción o el cumplimiento de la reclamación no comprenden todas las cuestiones litigiosas, para cuya resolución se haya abierto el proceso, éste continuará solamente para la decisión de las cuestiones restantes.

También señala el efecto de la caducidad y al respecto comenta: La caducidad tiene por efecto anular todos los actos procesales verificados; entendiéndose como no presentada la demanda.

2.3.- Desistimiento.

El desistimiento es la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por el atacante y; en caso de haber promovido el proceso, la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o el demandado en su reconvención, esto de acuerdo al maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁴⁹. Es decir, no es privativo del actor el desistimiento sino que también el demandado la puede llevar a cabo cuando haya reconvenido.

A su vez, Cipriano Gómez Lara⁵⁰ define al desistimiento como una renuncia procesal de derechos o de pretensiones y a su vez distingue entre tres tipos de desistimiento:

- Desistimiento de la demanda.- Esto es cuando el actor retira su escrito de demanda antes de que haya sido notificada la actor, esto quiere decir que aún no ha nacido la relación procesal entre ellos.

⁴⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Op. Cit. Pag. 66.

⁵⁰ Gómez Lara, Cipriano.Op. Cit. Pags. 19 a 21.

- Desistimiento de la instancia.- Cuando ya ha sido emplazado el demandado, el actor necesitará el consentimiento de este para retirar su escrito de demanda.

- Desistimiento de la acción.- simplemente es una renuncia a sus derechos o pretensiones y prospera aún sin el consentimiento de las partes

2.4.- Allanamiento.

El maestro José Ovalle Favela⁵¹ nos dice que, en derecho procesal, la palabra allanamiento “designa la actitud autocompositiva propia de la parte demandada, consistente en aceptar o someterse a la pretensión de la parte actora. No opone ninguna resistencia a la pretensión de la parte actora, por lo que no llega realmente a manifestarse en un litigio. Por esta razón, en el proceso se suprimen las etapas de pruebas o alegatos; y aunque el juzgador cita para sentencia y pronuncia una resolución a la que denomina formalmente sentencia, esta no tiene tal carácter, sino que simplemente es una resolución que aprueba el allanamiento del demandado”.

Además, agrega el autor, el allanamiento, como el desistimiento, constituye un acto de disposición de derechos por lo que solamente podrá tener eficacia cuando se haga sobre derechos renunciables.

⁵¹ Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso, 9ª. ed. Ed. Harla, México, 1990, pág. 19

Al respecto, Gómez Lara⁵² señala que el allanamiento es una conducta o un acto procesal que implica el sometimiento del demandado o de quien resiste en el proceso, a las pretensiones de quien accione.

También comenta que en el sentido etimológico allanare viene de llano, es decir, de plano, y por tanto, allanarse es ponerse plano, no ofrecer resistencia.

El allanamiento es distinto de la confesión. La confesión es el reconocimiento de los derechos propios de quien declara, o sea, tanto del actor como del demandado o de aquel que resiste la pretensión. Se hace evidente que la confesión y el allanamiento son distintos y en algunos casos pueden ser opuestas. Puede haber confesión sin allanamiento y allanamiento sin confesión. Es decir, el demandado puede confesar los hechos pero oponerse al derecho; y por otro lado, también puede negar los hechos pero para evitar un conflicto, allanarse a la demanda.

Por último, el maestro Gonzalo Uribarri Carpintero⁵³ nos dice que el allanamiento es una conducta o un acto procesal que implica el sometimiento por parte del demandado, o de quien se resiste en el proceso, a las pretensiones de quien interpuso la acción. En este aspecto es necesario reflexionar cuando resulta conveniente manifestar el allanamiento; así, cuando el demandado, a sabiendas de que puede perder el proceso recién iniciado admite que continuarlo o intentar eventualmente recursos ordinarios o extraordinarios le puede ocasionar mayores

⁵² Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit. Pags. 21 y 22.

⁵³ Uribarri Carpintero, Gonzalo, El Arbitraje en México, Ed. Oxford, México, 1999.

gastos, es conveniente sugerir tal vez el allanamiento. En ese sentido, la conducta de allanarse implica reconocer el derecho del contrario y ahorra tiempo y gastos innecesarios, lo cual en verdad es muestra de buena fe".

2.5.- Transacción.

Al respecto de esta figura nos dice Gómez Lara⁵⁴, que es la figura característica de la autocomposición bilateral. Es decir, 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.

Sobre esto, Uribarri Carpintero⁵⁵ nos explica que es un medio autocompositivo bilateral; mediante ella, las dos partes solucionan el litigio al renunciar parcialmente a su respectiva pretensión y resistencia, es decir, debe implicar una renuncia o concesión equilibrada y razonable de cada parte.

Para que esta forma de solución de controversias funcione las partes deben de hacer concesiones mutuas, aunque no necesariamente deben de ser equilibradas.

Cabe señalar que la transacción es además un contrato civil y al respecto nos dice Ramón Sanchez Meda⁵⁶ que las concesiones recíprocas pueden simplemente

⁵⁴ Op. Cit. Pag. 22

⁵⁵ Op. Cit. Pags 6 y 7.

⁵⁶ Sanchez Meda, Ramón. De los Contratos Civiles, Ed. Porrúa, 3ª. ed. México, 1976.

consistir en el reconocimiento o renuncia de derechos comprendidos dentro de la relación jurídica controvertida o bien, además en la transmisión de derechos o cosas no comprendidas en la relación jurídica controvertida.

Al respecto de esta figura la cual esta prevista en nuestro Código Civil en el artículo 2437 definiendola en los siguientes términos: la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura. La transacción que previene controversias futuras, debe constar por escrito si el interes pasa de mil pesos.

Acerca de los límites de la transacción dice: se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito, pero no por eso se extingue la acción pública, para la imposición de la pena, ni se da por comprobado el delito.

No se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio.

Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil pudieran deducirse en su favor de una persona; pero la transacción, en tal caso, no importa la adquisición del estado.

Será nula la transacción que verse:

- I. Sobre delito, dolo y culpa futuros;

- II. Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros;
- III. Sobre sucesión futura;
- IV. Sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay;
- V. Sobre el derecho de recibir alimentos.

Puede anularse la transacción cuando se hace en razón de un título nulo, a no ser que las partes hayan tratado expresamente la nulidad del título.

Cuando las partes estén instruídas sobre la nulidad de un título, o la disputa es sobre esa misma nulidad, podrán transigir validamente, siempre que los derechos a que se refiere al título sean renunciables

En lo que respecta a la eficacia dice que la transacción tiene, respecto a las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por ley para los contratos.

CAPITULO III

METODOS HETEROCOMPOSITIVOS NO JURISDICCIONALES DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

3.1 Antecedentes.

José Ovalle Favela afirma que, "en la heterocomposición , la solución al conflicto es calificada como imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia".⁵⁷

Históricamente, en un principio, las partes en conflicto recurrían a la opinión de un tercero, quien en forma amigable trataba de averirlos. Ésta es la amigable composición, que equivale a una forma de composición: surge de un pacto por cuyo medio las partes admiten acudir a la opinión de un tercero, pero esta opinión, al del amigable componedor sólo podrá procurar averirlos, es decir, hacerlos que lleguen a un pacto de transacción, a un desistimiento, a un allanamiento. Lo que le da fuerza a la opinión de un tercero es la propia voluntad de las partes para acatarla o no. Esto es, en opinión del propio Ovalle Favela⁵⁸ quien además señala diferentes especies de heterocomposición: mediación, conciliación, ombudsman, arbitraje y proceso jurisdiccional.

⁵⁷ Ovalle Favela, op. Cit. P. 22

⁵⁸ Idem.

Para Cipriano Gómez Lara⁵⁹ la heterocomposición es una forma evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social e implica la intervención de un tercero ajeno al juicio e imparcial al conflicto.

Cuando las partes se sujetan a la opinión del amigable componedor, aún cuando esta opinión no es vinculatoria ni obligatoria para las partes estamos en presencia de la conciliación y lo único que le da fuerza a la opinión de este tercero es la voluntad de las partes para acatarla.

En referencia a su origen, de acuerdo al maestro Gómez Lara⁶⁰, cuando las partes en conflicto pactan por anticipado que se sujetarán a la opinión que ese tercero emita y, aquí surge la primera figura heterocompositiva que no es otra que el arbitraje. Por que cuando los contendientes acuden a ese tercero, ajeno al conflicto, y de ante mano se someten a la opinión que ese tercero dé sobre el conflicto, entonces si surge bien delineada, una figura heterocompositiva de solución de controversias.

Posteriormente, también conforme a lo expuesto por Gómez Lara⁶¹, como forma más institucional y evolucionada de solución de conflictiva social, aparece el proceso jurisdiccional, que es el conjunto de actos desenvueltos por el órgano estatal jurisdiccional, por las partes que esten interesadas y por los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que están proyectados y que convergen en el

⁵⁹ Gómez Lara, Op. Cit . P. 23-24

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

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

Ahora bien, en el presente capítulo trataremos de tres formas heterocompositivas que son: la mediación, la conciliación y el arbitraje. Por su extensión e importancia se dedico todo el capítulo primero a la jurisdicción, e ignoraremos al ombudsman que propone Ovalle Favela, ya que se sale de los fines de la investigación.

3.2.- La mediación.

Acerca de la mediación, Uribarri Carpintero⁶² utiliza una definición de Osvaldo Alfredo Gonzaini que dice: “mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”. Aparentemente, la mediación podría ser muy parecida a la conciliación; sin embargo, cabe inquirir: ¿Qué objetivos se persiguen con la mediación?. A través de la mediación se persigue incorporar la llamada justicia coexistencial, en el cual el órgano actuante “acompañe” a las partes en conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis.

Se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, en el cual lo más importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en

⁶² Uribarri Carpintero, Gonzalo, citando a Osvaldo Alfredo Gonzaini, op. Cit. Pag. 8.

vez de zanjar una situación aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sinrazón.

La clásica postura enfrentada del proceso judicial se abandona por una metodología distinta, en la que el mediador se reúne con las partes por separado, o con ambas a la vez, para ayudarlos a obtener un acuerdo. La flexibilidad de sus métodos permite que la materia sobre la cual trabaje le indique las respectivas conveniencias del obrar.

El proceso delimita las diferencias de la mediación con otras instituciones: la evolución sufrida por la mediación facilita encontrar diferencias con otras instituciones alternativas para la solución de controversias,⁶³ a saber:

1.- Con la conciliación se distingue de acuerdo con las modalidades como ésta se realice. Mientras la conciliación crea posiciones desde cada perspectiva del objeto por decidir, la mediación facilita la comunicación entre las partes, pero no se detiene en el contenido del problema –aún cuando lo lleva en su destino-, sino en el conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

La mediación parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo a la manifestación de deseos preliminar, así el mediador no es absolutamente neutral, o por lo menos lo es desde una perspectiva singular. En esta

⁶³ Uribarri Carpintero, op, cit. Pag. 9-11.

corriente, el resultado es lo que menos interesa; es correcto ver al mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes.

En suma, cabe admitir que, mientras en la conciliación el conciliador asume un papel que simplemente sugiere posiciones sobre el objeto a debate, en la mediación el mediador se centra más en las personas que en el objeto.

2.- La mediación se diferencia del arbitraje por las metodologías puestas en práctica; así, mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia, la otra no sigue el sistema adverso sino que lo repudia.

El arbitraje es solemne y ritualista en su armado y tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existen grandes similitudes. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de los jueces ordinarios.

La mediación tiene un sentido más cooperativo: no existen formulas sacramentales que hagan nula su procedencia. El mediador como dijimos, no busca respuestas que resuelvan el objeto del conflicto, sino un acercamiento de las partes hacia disposiciones libres y voluntariamente concertadas que aligeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario por derrotar; se trata de considerarlo como alguien con

quien han de encontrarse coincidencias, pues con él debemos continuar en relación y convivencia social.

En síntesis, las ventajas que reporta el sistema de la mediación se encuentran condensadas en las siguientes:

- a) Es amistoso para las partes y se utiliza un lenguaje sencillo.
- b) Es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas.
- c) Mantiene relaciones en lugar de destruirlas.
- d) Permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, por lo menos posibilita poner en manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte.
- e) Produce acuerdos creativos, pues cambia las reglas del juego. El mediador trabaja conjuntamente con las partes para generar todas las opciones posibles y solucionar el conflicto en busca de arreglos.
- f) Las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo de la mediación.
- g) Comparado con el proceso judicial, es reducido en sus costos.
- h) De igual manera es reducido en el tiempo.⁶⁴

En vez de arbitrear una pelea, el mediador debe conservar a las partes tan lejos como le sea posible de una lucha y encauzarlos a la reconciliación.

⁶⁴ Gonzáini, op. Cit. P. 101.

Uribari Carpintero⁶⁵ nos relata como es la mediación en el derecho estadounidense en forma general, el procedimiento de la mediación consiste en que las partes y el mediador están reunidos en el mismo cuarto o sala lo suficientemente espacioso para cada una a fin de que describan al mediador de modo breve su punto de vista del caso. No se trata de una audiencia pública, pues todo lo que en ella se diga es confidencial, a efecto de que las partes esten más abiertas con el mediador. Incluso el mediador no puede llegar a discutir el caso con ninguna otra persona, ni divulgar a una de las partes lo que le haya dicho la otra sin permiso expreso para hacerlo. Asimismo, las partes deben estar de acuerdo en que las pruebas sobre lo establecido o su procedimiento no sean admisibles en ninguna corte, a menos de que convengan lo contrario.

El mediador no puede ser citado o llamado como testigo y revelar los procedimientos de la mediación en que intervino, para ningún procedimiento posterior que las partes inicien o lleguen a iniciar

Debe de planearse la mediación de la siguiente forma:

- Evaluación objetiva del caso.
- Reunión de la información que se requerirá.
- Determinar los resultados que quieren y necesitan las partes.
- Establecer metas apegadas a la realidad.

⁶⁵ Uribari Carpintero op. Cit. Pags. 11 y 12.

- Recordar que el ambiente en el que se verifica la mediación debe ser agradable pero sin exageraciones.
- Prever en que momento continuar o concluir la mediación.
- Establecer una agenda.

Tales medidas debe reunir las el mediador a quien corresponda celebrar una sesión y tener siempre presente que las sesiones han de celebrarse en un ambiente de cordialidad y respeto.

En cierta medida, la mediación se encuentra muy cerca de lo que constituye la figura de la transacción; sin embargo, en la transacción sólo hay voluntades de ambas partes, mientras que en la mediación existen dos voluntades y un tercero neutral, quien los ubica en sus pretensiones y los orilla a la composición. Sin embargo, la desventaja de la mediación es que para que sea exitosa se requiere de la buena fe de los que se sientan en la mesa de conversaciones. La buena fe es un requisito difícil de reunir en cualquier controversia, incluso en un proceso contencioso. El mediador debe cuidar este aspecto y estar preparado para suspender el proceso de mediación si lo ve necesario.

3.3 La conciliación.

Sobre la conciliación Osvaldo Alfredo Gonzáini⁶⁶, en su obra notas y estudios sobre el proceso civil, nos dice: "A nadie escapa la crisis que padece el

⁶⁶ Gonzáini, Osvaldo Alfredo, Notas y Estudios sobre el Proceso Civil, UNAM, México, 1994, pág. 44.

proceso como vía pacífica de solución de controversias entre los hombres. Concurren para ello experiencias notables como la lentitud íntinseca en el sistema y la onerosidad que a diario aumenta la dificultad en el acceso. Además, se hace evidente cierta desconfianza a los hombres de la justicia que perjudica la imagen y desacredita la instancia trascendente que la jurisdicción propone.

Surgen así institutos como el arbitraje, la mediación y los conciliadores, sin olvidar otras instancias como son los incentivos económicos (arreglos que se propician entre las partes con riesgo de asumir grandes costos causadísticos si fuesen rechazados para obtener un resultado similar en sede judicial), o las quejas planteadas ante organismos institucionalizados que asumen la defensa del interés)⁷

Continúa diciendo este autor que conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. El verbo proviene del latín *conciliatio*, que significa composición de ánimos en diferencia⁶⁷.

La interrogante que plantea la conciliación se cifra en la utilidad que presta a la función jurisdiccional respecto a la eficiencia que de ella se espera.

En efecto, si conciliar es pacificación rápida, podría colegirse que en ese acto estaría ausente la justicia del caso. La decisión concertada obraría sobre la

⁶⁷ Ibidem. Pág 45 y 46.

base de regateos y conveniencias particulares ajenas absolutamente a la protección del derecho que la jurisdicción tiene en espíritu principista.

También afirma Gonzáini⁶⁸ que, remotos antecedentes muestran que siempre estuvo en el espíritu de los hombres sacrificar sus posiciones extremas para lograr un acuerdo perdurable que permitiera la convivencia sin esfuerzos y en lógica armonía.

Prescisamente por ello, la conciliación toma cuerpo en las sociedades reunidas bajo la autoridad de un patriarca o de un jefe de familia que resolvía en equidistancia.

La antigua sociedad ateniense solicitaba que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir a juicio, a cuyo fin, encargaban a los Thesmotetas la disuación y persuasión de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales.

Del derecho romano nos llegan los llamados jueces de aveniencia, y en la época de Cicerón los juicios de árbitros que acudían a la equidad para resolver las disputas.

En opinión de Uribarri Carpintero⁶⁹, en el caso de la conciliación, el tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel más activo que en la

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Uribarri Carpintero, op. Cit. Pags. 15-17.

mediación, consistente en proponer alternativas concretas a las partes para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. A diferencia del mediador, quien se limita a establecer la comunicación entre las partes, el tercero asume el papel de conciliador y su función se denomina conciliación. Sin embargo, la función del conciliador se limita a proponer posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo caso, a la voluntad de las partes; la solución finalmente depende de ellas. Por este motivo, se considera que la mediación y la conciliación tienen, en realidad, un lugar intermedio entre la autocomposición y la heterocomposición.

3.3.1.- Naturaleza jurídica de la conciliación.

Al respecto de la naturaleza jurídica del acto conciliatorio Gonzalini explica que debe diferenciarse del acto resultante que puede tener respuestas diferentes según lo hayan dispuesto las partes (verbi gratia transacción, desistimiento sin costas, reconocimientos mutuos y parciales, conciliación estricta, etc.)

Igual diferencia debe trazarse allí donde la conciliación se encuentre establecida como etapa del proceso o anterior al mismo; de aquellos sistemas, como el nuestro, que la reglamentan como mera facultad del órgano judicial.

Respecto a los resultados que pueden obtenerse Gonzalini, dice que propiciada como etapa del proceso la concertación amigable se transmite en posibilidades diferentes como son las tres formas típicas de la avenencia: el desistimiento, la

transacción y el allanamiento; mientras que si la audiencia se da en el plano de un procedimiento ejecutivo existen modalidades parecidas como la quita, espera, remisión o novación de la deuda.

Cualesquiera de las formas convenidas responde a las decisiones propias de quien las asume. Si se manifiesta como reconocimiento de una parte a la otra podrá hallarse un allanamiento expreso o sometimiento voluntario a las pretensiones del actor; si fuese un acuerdo que tiende a evitar el proceso la declaración consecuente del juez homologando el acto determinará el sentido jurídico asignado a la autocomposición.

3.4.- El arbitraje.

3.4.1.- Antecedentes.

El arbitraje es una institución tan antigua como la jurisdicción, podemos encontrar algunos de sus antecedentes desde la época bíblica, como nos lo menciona Briseño Sierra, poniendo como ejemplo de Jacob y Laván, y de la sucesión el trono de Darío, resuelto por Artabanes en favor de Jerjes, o de la controversia entre Ciro y el rey de Asiria, que Jenofonte sostiene que fuera decidida por un príncipe de la India.

Más recientemente, también encontramos antecedentes en el Derecho Romano, en donde se le da el nombre de árbitro y de hecho José Becerra Bautista,

nos explica que árbitro proviene del latín *arbiter* y queda definido con las siguientes palabras: *arbiter est qui honoris causa deligibur ab his siam dirimat*, es decir, árbitro es el escogido, en virtud de honoríficas razones, por aquellos que tienen una controversia, para que la dirima basado en la buena fe y en la equidad.

Gonzalo Uribarri Carpintero⁷⁰ opina acerca del arbitraje que, cuando los contendientes acuden a ese tercero, ajeno al conflicto, y de antemano se someten a la opinión que de ese tercero sobre el conflicto, entonces surge delineada una figura heterocompositiva de solución que es el arbitraje, o sea, la solución del litigio mediante un procedimiento seguido no ante un juez profesional o estatal, sino ante un juez de carácter privado que es el árbitro. Este árbitro estudiará el asunto y dará su opinión, resolviendo el conflicto, que recibe la denominación de laudo.

Continúa diciendo Uribarri Carpintero, que la historia de las formas de arbitraje hasta llegar al proceso propiamente dicho se puede ver ejemplificada objetivamente en la historia procesal del pueblo romano. En las primeras etapas del desarrollo histórico del proceso de este pueblo de juristas, se aprecia que tales formas eran muy cercanas al arbitraje, pues los magistrados o los funcionarios públicos sólo entregaban a las partes una fórmula que éstas llevaban ante un juez privado, quien resolvía en conflicto.

En la doctrina moderna se admite que el proceso civil es, más y antes que otra cosa, instrumental, o sea, sirve para verificar la verdad de los hechos y

⁷⁰ Uribarri Carpintero. Op. Cit. Pág. 17

para identificar la norma legislativa que regula el caso concreto, sólo cuando las partes no cumplen y no se adaptan a la conducta prescrita por la norma abstracta. Por eso, la actividad de los jueces resulta subsidiaria de la actividad de las partes interesadas y, también por eso, éstas pueden someter sus diferencias no a los jueces estatales, sino a personas privadas de jurisdicción para que resuelvan determinada situación jurídica. Los asuntos que pueden someterse al arbitraje deberán estar libres de cualquier esfera de orden o de interés público para que las partes tengan libre disposición de los derechos respectivos. Es una institución útil que en muchos casos presenta una forma rápida y fácil de solución de conflictos, frente a los procesos jurisdiccionales establecidos por el Estado, los cuales frecuentemente son lentos, difíciles y costosos.

En cuanto al proceso arbitral, la potestad de resolver una controversia por los árbitros deriva de la voluntad de las partes, reconocida por la ley.

La institución ha pasado por diferentes etapas, desde un auge gracias a las prácticas mercantiles del renacimiento, hasta su decaimiento por el monopolio de la justicia por parte del Estado, ha vuelto a resurgir en los últimos años en gran medida por el comercio que se ha dado en el mundo. Al respecto Briseño Sierra⁷¹, dice que, la institución, mal comprendida en la práctica que ha sido condenada a desaparecer, está más viva que nunca. Su vitalidad está en la utilización de la obra combinada de las partes en la elección del juez que es el alma del proceso civil. Ante la tendencia a desvalorizar cada vez más a la parte como órgano del proceso en beneficio de los

⁷¹ Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje en el Derecho Privado*. UNAM. México, 1963. Pág. 27.

poderes del juez, dirección de hipertrofia del Estado, la consigna debe ser descentralizar, no sólo en el campo administrativo y legislativo, sino también en el judicial. El poder de la parte es el instrumento precioso de la descentralización judicial, refrenado en un sistema de cargas y responsabilidades. Se puede y debe liberar el costo de la administración de justicia, comenzando por la elección del juez, lo cual ocurre en el arbitraje, cuya ventaja está en que por medio de él, se ajusta el juez a la litis. Por la libertad que se puede consentir a los árbitros, en la regulación del procedimiento, el proceso se ajusta a la litis en interés de la justicia. El medio excelente para la elección del juez no es una parte sino las dos partes conjuntamente.

Respecto a las etapas del arbitraje, Uribarri Carpintero⁷² nos dice: “el arbitraje, desde Roma hasta la actualidad, ha evolucionado y tenido auge y decadencia. La época del auge puede ubicarse en la edad de las Cruzadas, al crearse las nuevas rutas comerciales y al surgir la *lex mercatoria* y los tribunales arbitrales. Evidentemente, el desarrollo del *ius mercatorum* fue propicio para que el arbitraje se convirtiera en un medio idóneo destinado a resolver las controversias entre mercaderes cuando, además de la función jurisdiccional estuviera abandonada por el Estado; el arbitraje y los consulados eran los medios primordiales de solución de controversias.

Posteriormente, el Estado moderno monopolizó la función jurisdiccional y sucumbió el arbitraje. Se estatizaron el *ius mercatorum* y los tribunales, de manera

⁷²Uribarri Carpintero. Op. Cit. Pág, 18

que el Estado se convirtió en la única fuente productora de normas jurídicas y de decisiones jurisdiccionales. No obstante, el avance del comercio internacional en los siglos XIX y XX impulsó de nueva cuenta el proceso arbitral mediante convenios y tratados internacionales. El Estado reconoce ahora las reglas establecidas por los comerciantes, de manera que ha debido incluir el proceso arbitral en la legislación interna.”

Por supuesto no todo son ventajas por parte del arbitraje, también tenemos que considerar algunos aspectos negativos para este efecto oiremos la opinión de Briseño Bautista, que dice: “se ha dicho que el arbitraje supone un procedimiento más rápido que el judicial, menos solemene o formalista, y más privado o secreto que en contraste con el proceso público. También se ha afirmado que abrevia y suprime plazos, de donde resulta una economía de tiempo y trabajo en los mismos tribunales; favorece la transacción y disminuye la litigiosidad; evita el escándalo de ciertos juicios y reduce los abusos de los medios de defensa; atempera la animadversión de los litigantes vencidos, ennoblece la misión del jurisconsulto que dirige sus esfuerzos a la prevención de disputas y mejora la sustanciación del procedimiento.

Pero a estas bondades reales o imaginarias, se ha replicado que la rapidez es ilusoria, por el aliciente de la chicana, que las impugnaciones , dilaciones y reenvíos al oficio público encuentra el medio adecuado de reproducirse. Es mito la baratura y, en países como México, los honorarios del árbitro significan una desventaja frente a la hipótesis constitucional de prohibición de las costas judiciales.

En fin, en fin, se sostiene que el juez profesional presenta una imparcialidad que no es corriente en el árbitro.

Tal vez la opinión más serena provenga de Chiovenda⁷³, para quien, tan exagerado es considerar al arbitraje como mero residuo del pasado, cuanto un mejor augurio de justicia futura. El imponderable antes invocado, quizá radique en alguna otra circunstancia como la carencia de potestad coactiva del árbitro en sentido estricto; lo cierto es que el arbitraje ha sido cuantitativamente más estudiado que el proceso judicial, con el cual unas veces se le asimila y otras se le contrapone, unas veces se le considera equivalente y otras excluyente; más solicitado en los tratados, conferencias, congresos y reuniones internacionales, por que consiste en el ajuste de las controversias por medios y reglas legales, con árbitros escogidos por las partes contendientes. Y más constantemente entregado a los particulares y agrupaciones profesionales; tiene, sin embargo, menos práctica efectiva que el proceso.”

Becerra Bautista⁷⁴ no pudo exponer de mejor manera el objeto de la tesis que como lo hizo en los párrafos anteriores. Es cierto que el arbitraje es un medio para resolver las controversias sin que represente una carga para el Estado y por ello en el futuro debe de ser una herramienta valiosa a fin de lograr un estado de derecho más eficiente, pero por ello, no debemos de pensar que es perfecta. El arbitraje puede tener errores, ya sea del propio árbitro o del procedimiento, y por lo

⁷³ Briseño Sierra citando a José Chiovenda, Op. Cti. Pág.

⁷⁴ Becerra Bautista. OP. Cit. Pág. 45

menos, en nuestro Estado en donde la ley es virtualmente nueva, estamos a tiempo de corregirlos. Por lo menos debemos de hacer que el marco jurídico de esa ley sea lo más correcto posible a con el propósito de que, por lo menos en cuanto al aspecto procesal, el arbitraje sea confiable. Solamente de esta manera, será una verdadera alternativa a la jurisdicción y útil a nuestra sociedad.

En Guanajuato, todavía no se ha aprobado esta figura, sino que la ley de justicia alternativa se limita a la mediación y la conciliación, por lo que el juicio privado es un proyecto futuro. Sin embargo, debemos considerar que en este momento no todas las controversias llegan a manos del juez, que ya se ha roto el monopolio de la justicia por parte del Estado y que sin duda, estas figuras son un paso adelante en el juicio privado, por lo que dedimos también hacer un breve análisis, esperando que, dependiendo del resultado de la mediación y la conciliación, se apruebe en un futuro próximo las modificaciones que permitan el arbitraje.

3.4.2.- Naturaleza Jurídica del Arbitraje.

Sobre esto debemos considerarlas afirmaciones de Uribarri Carpintero⁷⁵, quien dice:

- a) El arbitraje es una forma heterocompositiva de resolver controversias.
- b) Resulta de la voluntad de las partes; en ocasiones puede provenir de la ley.

⁷⁵ Uribarri Carpintero. Op. Cit. Pág 54.

c) El árbitro no tiene coertio para hacer cumplir sus laudos.

d) La jurisdicción es soberana e indelegable; por lo tanto, el árbitro no puede compararse a un juez.

e) Las facultades del árbitro sólo derivan de la voluntad de las partes.

También debemos considerar un aspecto muy importante que es la inconstitucionalidad que el arbitraje en un momento dado puede incurrir, esta advertencia nos la hace Uribarri Carpintero⁷⁶ citando a Miguel Acosta Romero, y deriva de los artículos 13 y 14 Constitucionales los cuales prevén entre otras cosas, que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales y que para que alguien pueda ser afectado en su esfera jurídica se deben de cumplir tres condiciones: que la afectación se haga mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, que en dicho juicio se sigan las formalidades esenciales del procedimiento y que la afectación se realice conforme a las leyes expedidas anteriormente.

En ese sentido, se afirma que el tribunal arbitral es un juzgado especial y que, como se establece ex profeso para conocer y resolver un litigio que las partes le someten, es en apariencia un tribunal establecido previamente al surgimiento de las litigos que debe conocer y resolver.

También dice que el tribunal arbitral carece de constitucionalidad por que viola el artículo 16 de la Carta Magna, el cual consagra la garantía de legalidad, y que, de

⁷⁶ Uribarri Caarpintero citando a Miguel Acosta Romero. Op. Cit. Pág. 41.

acuerdo con ella, nadie puede ser molestado sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad que funde y motive la causa legal del procedimiento. Según este precepto, el tribunal arbitral no tiene competencia atribuída por la ley.

Por otro lado Osvaldo Alfredo Gonzaini⁷⁷, nos dice que resulta claro que si el arbitraje se mira como una decisión voluntaria, libremente concertada, sus fundamentos pueden tener naturaleza contractual y estar regidas de alguna manera, por disposiciones sustantivas.

Sin embargo, esta no es la única forma de ver al arbitraje y el propio Gonzaini quien nos da algunas de las posturas que tratan de explicarlo, a saber:

a) Tesis contractualista.- a fin de explicar esta teoría citaremos Chiovenda, quien dice que la cláusula compromisoria implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial. Si una de las partes comprometidas citase a la otra ante el juez, el demandado puede impedir su examen del fondo mediante la excepción de compromiso, que no es ni de competencia ni de litispendencia, sino de renuncia al procedimiento de conocer por la autoridad judicial. Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es una definición de controversias mediante un juicio ajeno, pero el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción propia ni delegada, no actúa la ley, no obra, sus facultades derivan de la voluntad de las partes expresadas de conformidad con la ley; su decisión es irrevocable por voluntad de las partes pero

⁷⁷ Gonzaini Alfredo Osvaldo. Op. Cit. Pág. 18.

no es ejecutiva. Respecto delo anterior Uribarri Carpintero dice que el laudo solo es ejecutivo si hay un acto del Estado que le de tal carácter. También hay que ver la opinión de Jaime Guasp, quien es citado por el propio Carpintero que dice: "cuando alguien, en unión de su contendiente, llama al tercero y se compromete a aceptar y a quedar ligado por el resultado proclame como dirimente entre ellos, entonces se está rigurosamente ante la figura del arbitraje", pero ello no supone que el arbitraje sea un proceso ni que el árbitro sea un juez, por lo que el origen del procedimiento encausado, obedece al concierto de las partes, destinadas a producir efectos jurídicos, en tal sentido, no existe inconveniente alguno en hablar del arbitraje como un pacto o como un contrato.

b) Tesis jurisdiccionalista.- la base que sustenta esta idea reposa en la función que ejercita el árbitro y en la finalidad buscada por los interesados. Dado que el tercero discernido no respresenta a las partes y es imparcial respecto del objeto debatido, el Estado tiene interés en auspiciar su labor de gestión y procura la pacificación. Para explicar esta postura. Uribarri Carpintero, cita a Morello, quien dice: el arbitraje voluntario constituye una manifestación de la justicia privada. Por efecto de esa convención la jurisdicción del derecho común experimenta una prórroga convencional a los árbitros. Ello traduce una completa sustitución a la jurisdicción del Estado en otra jurisdicción creada por las partes pero reconocida y estimulada por el Estado. Pero que en verdad tiene la misma eficacia que la sustituida y en razón de las disposiciones legales que la estatuyen y reglamentan. Esta tesis sostiene que ambas jurisdicciones no son antagónicas ni contradictorias,

toda vez que son eficaces y aceptadas por la ley. Antes bien, se trata de jurisdicciones complementarias.

3.4.3.- Clasificación del arbitraje.

En lo referente al momento en el que se le da origen y a las modalidades como se desenvuelve, la clasificación es la siguiente, de acuerdo a Osvaldo Alfredo Gonzaini⁷⁸.

1.- Por el origen el arbitraje puede ser: a) voluntario, que se da cuando las partes convienen su tránsito libremente sin existir documentos que lo obliguen previamente a la vía; y b) forzoso o necesario, que se diferencia del anterior, puede ser obligatorio legal si existe una ley que establece este camino para resolver la controversia, u obligatorio convencional, cuando las partes se encuentran constreñidas a respetar una cláusula compromisoria o un convenio anterior al arbitraje.

2.- Por las formas como se desarrolla las partes podrán concertar normas que establezcan el criterio de valoración, supuesto por el cual el arbitraje se denomina, a) Jurídico o de derecho, si el tercero debe regirse por disposiciones legales que ha de interpretar y aplicar en los alcances precisos que su técnica o especialización le faculta; b) de equidad o de amigable composición, en cuyo caso el árbitro activa soluciones o propuestas de acercamiento entre intereses contrapuestos, propiciando

⁷⁸ Ibidem. Pág. 13-17.

fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa; es decir que se rigen por las reglas de la caballerosidad y el honor que el compromiso supone. Si el criterio son las formas en que se conciertan, el arbitraje se denomina a) Formal, cuando se aplican las disposiciones conocidas como las de juicio de conocimiento ordinario, y las demás solemnidades que se guían por normas de derecho práctico como es la manera de emitir las sentencias, o apreciar la prueba producida; y b) No formal, es decir, cuando el procedimiento se ajusta a las modalidades que las partes acuerdan. Finalmente, el arbitraje encuentra modalidades en la relación jurídica que ventila y por las normas que a ella deben aplicarse, de manera que puede ser a) interno o doméstico, rigiéndose por las disposiciones locales, o b) extranjero o internacional, caso en el que las normas en uso provienen de tratados internacionales.

Por su parte, Uribarri Carpintero⁷⁹, señala en primer término:

a) Arbitraje ad hoc.- En el arbitraje ad hoc o también llamado casuístico, las partes en conflicto someten la divergencia a la decisión de una tercera persona con base en un procedimiento elaborado por ellas para el caso concreto, quienes pueden expresar si su deseo es adoptar algún modelo de arbitraje institucional. Una de las ventajas de este procedimiento es su flexibilidad, en el sentido de que este procedimiento se puede llevar a cabo como las partes estimen conveniente, evitando dilaciones y gastos innecesarios. Otra ventaja es la economía, representada en términos de tiempo y dinero, al no intervenir ninguna institución, ni derivarse –por tanto- gastos de administración

⁷⁹ Uribarri Carpintero. Op. Cit. Pág. 43-47.

Las desventajas del arbitraje ad hoc son: la primera se da al redactar la cláusula compromisoria, la partes deben tener cuidado de incluir todas las posibles controversias que quieran resolver por el arbitraje. El segundo problema es el referente a los detalles procedimentales, como la recepción de documentos, las notificaciones, y la designación del lugar, etc. Esto tiene importancia en el caso de que alguien quiera entorpecer el arbitraje, se puede valer de lo anterior cuando no ha sido previsto correctamente por las partes. Otro problema es el reconocimiento y ejecución del laudo, ya que tratándose de este arbitraje, los tribunales jurisdiccionales no tienen amplio reconocimiento.

b) Arbitraje institucional.- En esta modalidad, las partes someten la controversia a la decisión de una institución especializada que organiza y asiste en la conducción del procedimiento arbitral, el cual se realiza conforme a sus propias reglas. Dicha institución también cuenta con una lista de árbitros o técnicos seleccionados previamente. La primera ventaja es que estas instituciones cuentan con un reglamento elaborado por expertos que en un momento dado, se puede incorporar al contrato elaborado por las partes, en el cual hay una cláusula modelo para abarcar las posibles eventualidades o controversias que se susciten. También estas instituciones tienen personas calificadas para actuar como árbitros ya que como se había dicho, cuentan con un listado de personas calificadas. Otra ventaja se refiere a la tarea de administración, conducción y seguimiento que realizan respecto al procedimiento, con lo cual se evitan dilaciones y gastos innecesarios.

Como desventaja hay que señalar dos: el costo, y el tiempo invertido. La primera por que hay que pagar a la institución, a los árbitros o tribunal arbitral y a los abogados. Respecto al tiempo, depende del reglamento adoptado, sobre todo si hay disposiciones para revisar el laudo.

c) Arbitraje voluntario, es aquel que emana de las partes.

d) Arbitraje forzoso, aquel que proviene de la ley, el autor señala como ejemplo, el arbitraje laboral, una vez que no se ha podido llevar a cabo la conciliación de entre las partes, aunque las juntas de conciliación y arbitraje ejercen una verdadera jurisdicción por lo que el nombre de arbitraje está equivocado

e) Arbitraje de Derecho o jurídico, es aquel en el que las partes deciden concertar las normas que establecen el criterio de valoración.

f) De equidad o de amigable composición, es cuando el árbitro sólo aporta soluciones o propuestas de acercamiento entre intereses contrapuestos, propiciando fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa, equivalente a reglas de caballerosidad y honor.

3.4.4 Cláusula compromisoria y compromiso en árbitros.

Primeramente, resulta indispensable distinguir lo que es una cláusula compromisoria del compromiso en árbitros; pues no representan la misma institución

jurídica. El compromiso en árbitros ocurre cuando existe una controversia entre las partes y estas celebran un convenio para someter su conocimiento y decisión a un árbitro. A su vez, la cláusula compromisoria se pacta aún cuando no existe el pleito, pero si una relación jurídica contractual de la que podría derivar un litigio; en este caso, las partes celebran un convenio para someter cualquier diferencia que pueda surgir de ese contrato a la futura decisión de árbitros. Se trata de una cláusula accesoria inserta al contrato principal. Algunos autores también le llaman acuerdo preeliminar, ahí también se pueden pactar las condiciones del arbitraje, es decir, reglas procedimentales.

Por su parte, Osvaldo Alfredo Gonzáini⁸⁰, nos dice que en los dos casos, el de la cláusula compromisoria y compromiso en árbitros, se pacta la exclusión de la justicia ordinaria que le correspondiese al conflicto de ser ventilado ante una jurisdicción estatal, sin que ello signifique absoluta omisión, en la medida de que existen ciertas medidas que sólo la potestad judicial puede ofrecer. De cualquier forma, no siempre es clara la asignación de la competencia y en mucho depende de la interpretación local que al convenio se otorgue. Al suponer la cláusula compromisoria una convención aplicada a una determinada relación jurídica, debe existir con precisión en los alcances que se pretenden, por que de otro modo, comportaría una conducta contraria al espíritu que dispensa la justicia oficial y también, una renuncia inadmisibles a la jurisdicción.

⁸⁰ Osvaldo Alfredo, Gonzáini. Op. Cit. Pág. 25-27.

La necesidad de tener expresado este compromiso de futuro proviene de solemnidades que cifran los documentos preparatorios la trascendencia que se requiere para alcanzar las posibles situaciones eventuales. La solemnidad requerida incluye la voluntad libremente pactada y expresada, de manera que si ella se traduce en un contrato de cláusulas predispuestas, o de adhesión, los efectos emergentes deben analizarse restrictivamente por que el principio que alienta este tipo de vinculaciones es el de libertad negocial (*pacta sunt servanda*).

Respecto a los efectos de esta cláusula, Gonzaini nos dice que el más importante es excluir la actividad jurisdiccional futura, posibilitando que las partes aleguen la excepción de incompetencia si una de ellas, ante la crisis contractual o conflicto emergente, promoviese una acción judicial.

3.4.5.- El laudo arbitral.

Para empezar el estudio del laudo debemos conocer algo de sus antecedentes en el derecho romano, sobre lo cual Briseño Sierra Bautista⁸¹ nos dice: "el laudo en el derecho romano clásico no tenía, ni autoridad ni fuerza ejecutoria; las partes podían llevar al juez ordinario el objeto del litigio y, sólo si las partes habían tenido la precación de estipular una pena determinada, por vía de acción –ex stipulatu-, podían perseguir el pago de la misma. Se aseguro así, indirectamente el respeto al laudo". También afirma que los árbitros carecen de

⁸¹ Briseño Sierra, Bautista. Op. Cit. Pág. 67.

potestad para compeler a terceros y testigos, y para ejecutar los laudos, situación que aún se encuentra en los diversos sistemas políticos.

Por su parte, Uribarri Carpintero⁸², nos dice que el laudo no puede ser ejecutado por el árbitro o los árbitros que lo dictaron por que carecen de imperium para hacerlo cumplir coactivamente en caso de incumplimiento voluntario, es por eso el común de la gente no acude al arbitraje. Como ya de ha expuesto, gran parte del éxito del arbitraje lo constituye que las partes se conduzcan con buena fe, lo cual implica un grado de cultura más sensibilizado hacia los aspectos jurídicos que norman a un pueblo.

Ahora bien, respecto a lo que debemos entender por laudo Ovalle Favela⁸³ afirma que es la decisión definitiva dictada por el árbitro para resolver el conflicto sometido al arbitraje. Equivale a sentencia definitiva dictada por el juez en el proceso jurisdiccional.

Para José Becerra Bautista⁸⁴ el laudo es la resolución que pronuncian los árbitros en los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Por tanto, debe resolver el negocio o negocios sujetos al arbitraje y, aún cuando la ley no lo dice en forma expresa, debe de contener todos los requisitos formales que a las sentencias atribuyen la ley y la doctrina.

⁸² Uribarri Carpintero, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 63-65.

⁸³ Ovalle Favela, José. Op. Cit. Pág. 354.

⁸⁴ Uribarri Carpintero citando a Briseño Sierra. Op. Cit. Pág. 61.

Pero es la propia doctrina quien ha levantado serios obstáculos para afirmar que en verdad se trate de un equivalente a la sentencia de un juez. De ahí deriva el escepticismo en cuanto al arbitraje, además de lo asentado respecto a su fuerza ejecutoria, aún cuando la inaplicabilidad de la coacción no resta validez y obligatoriedad del laudo y la parte vencedora puede hacerlo cumplir con el procedimiento de homologación.

3.4.5.1.- Naturaleza Jurídica del laudo arbitral.

De acuerdo con Cipriano Gómez Lara⁸⁵, existen dos puntos de vista sobre la naturaleza jurídica del laudo arbitral: por un lado se afirma que este no es una sentencia, pero por el otro se pretende equiparar a aquélla por constituir un acto que impone a los contendientes como modo de solución imparcial que se obtiene mediante el proceso.

Entre el laudo y la sentencia existen algunas semejanzas, a continuación listaremos algunas:

1. Ambos resuelven un conflicto jurídico entre las partes.
2. Son emitidos por un tercero imparcial; árbitro y juez.
3. Culminan el procedimiento encaminado a la solución del fondo del conflicto.
4. Suponiendo que la decisión haya quedado firme, las partes se encuentran obligadas a cumplirla.

⁸⁵ Gomez Lara. Op. Cit. Pág. 299.

5. Las partes pueden interponer apelación y alegar vicios de fondo y de procedimiento.

6. La ejecución se realiza por un juez.

7. La Apelación es llevada ante el Tribunal Superior de Justicia.

Y, las principales diferencias, se enlistan de la siguiente manera.

- | | |
|--|---|
| a) Lo emite un particular. | a) la emite un juez |
| b) aunque es obligatorio para las partes, carece de ejecutabilidad e imperio | b) Tiene el imperio de la potestad pública. |
| c) Necesita de la homologación para ser ejecutado. | c) no necesita de la homologación para ser ejecutado. |

En cuanto a las dificultades de la homologación y ejecución del laudo, cuando un laudo condena al cumplimiento de determinada prestación o conducta, se plantea el problema de si el árbitro es un particular y por lo tanto su resolución no constituye un acto de autoridad, ya que al ser un órgano meramente de decisión, no puede ordenar su ejecución. La homologación y el exequátur constituyen el reconocimiento y la orden de ejecución de un laudo; es decir, tienen el efecto de darle ejecutabilidad al laudo para poder obtener el cumplimiento forzoso mediante el imperio de la autoridad estatal que se ejerce por los jueces ordinarios competentes.

Se señala que ese reconocimiento del juez respecto de la legalidad del laudo podría implicar el análisis de violaciones alegadas, que puede dividirse en violaciones de

fondo y en violaciones de procedimiento. A través de la mera homologación, se sostiene que el juez ordinario se encontraría imposibilitado para revisar las violaciones de fondo cometidas en el laudo arbitral, sin embargo, esa homologación si podrá tomar en consideración las diversas circunstancias que pudieran implicar que el conflicto jurídico resuelto no hubiera sido el designado en el compromiso en árbitros o en la cláusula compromisoria y, cuando el asunto no fuere susceptible de solución mediante el arbitraje.

Como ya se ha dicho, ésta figura aún no es reconocida en nuestro Estado, sin embargo, considero que es importante no perderla de vista y en lo posible conocerla, ya que resulta una opción muy interesante a la jurisdicción estatal y quizá en un futuro cercano veamos a ambos sistemas conviviendo por que lejos de excluirse, la sociedad resultaría muy beneficiada al tener una opción con las características que tiene el arbitraje para poder resolver sus controversias.

CAPITULO IV.

4.1 La ley de Justicia Alternativa.

El día 15 de Abril del 2003 se publicó en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato las reformas a los artículos 3 y 89 de la Constitución Política Estatal, reformas en las que se fijaron las bases para el establecimiento de la Justicia Alternativa en nuestro Estado⁸⁶.

El 27 de mayo del mismo año fue publicada la Ley de Justicia Alternativa que regula los procedimientos de mediación y conciliación como formas de autocomposición asistida. Esta ley entró en vigor el 27 de noviembre del mismo año, día en el que se iniciaron las actividades del Centro Estatal de Justicia Alternativa a través de sus cinco sedes que se ubican en las ciudades de León, Irapuato, Salamanca, Celaya y Guanajuato Capital.

La mediación es un procedimiento que puede ser utilizado para resolver conflictos que recaen sobre derechos de los cuales pueden disponer libremente los particulares, sin afectar el orden público. Este tipo de conflictos pueden ser derivados de la celebración de contratos de compraventa, de arrendamiento, de prestación de servicios profesionales o técnicos, conflictos entre colindantes o vecinos e incumplimiento de

⁸⁶ www.poderjudicial-gto.gob.

obligaciones de pago. También son mediables los asuntos de carácter mercantil y algunos de naturaleza familiar en donde no se afecta el orden público.

En materia penal la mediación puede ser practicada entre el ofendido y el inculpaado respecto de conductas que pudieren constituir delitos que se persiguen por querrela, como el abuso de confianza, el fraude, el despojo simple, las lesiones leves, calumnias, difamación, amenazas, incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar, daños culposos, entre otros.

4.2 La mediación y la conciliación en el Estado de Guanajuato.

Ya hemos estudiado en los capítulos anteriores lo que es la conciliación y el arbitraje pero tenemos en este momento lo que la ley considera que es, de acuerdo a la ley de Justicia Alternativa que en su artículo 7 nos dice: que la mediación consiste en el trámite iniciado a petición de uno de los interesados y aceptado voluntariamente por el otro, a través del cual uno o más mediadores intervienen para facilitar la comunicación directa, respetuosa y confidencial de las partes en conflicto, con el propósito de que éstas lleguen por si a un acuerdo voluntario que ponga fin la controversia. El encargado de llevar a cabo la mediación también asistirá a los interesados en la elaboración de convenio que refleje íntegramente los acuerdos asumidos por las partes y les explicará los derechos y obligaciones que de él deriven, así como su naturaleza una vez elevado a categoría de cosa juzgada.

También debemos decir la definición de conciliación que encontramos en la propia ley de Justicia alternativa en el mismo artículo 7, después de la mediación, en donde dice: "si las partes no pudieran llegar por sí mismas a un acuerdo que resuelva su conflicto, el encargado de llevar a cabo la conciliación les presentará alternativas de solución viables, que armonicen sus intereses, explorando normas de arreglo y asistiéndoles para elaborar el documento idóneo que dé solución adecuada al conflicto".

Cabe señalar que en la propia ley, a la mediación y a la conciliación se les llama autocomposición asistida, y no métodos heterocompositivos, como de hecho son y que ya hemos explicado anteriormente.

La definición que da la ley de la mediación y la conciliación encaja perfectamente con las que ya habíamos expuesto, principalmente por el hecho de que el objetivo del mediador no es dar la solución al problema sino facilitar a las partes a que la encuentren en un ambiente adecuado. Por lo que tenemos que afirmar que el nombre que le dio el legislador más allá de que sea correcto o no se presta a confusión por que claramente son métodos heterocompositivos y no autocomposición asistida, ya que en el momento en el que interviene un tercero imparcial, deja de ser autocomposición.

En primer término el que lleva el procedimiento fungirá solamente como conciliador, es decir, intentará que las partes lleguen a una solución al conflicto y en caso de que estos no puedan llegar a un acuerdo, procederá a dar posibles soluciones a la controversia, es decir, fungirá como conciliador.

Posteriormente, también les guiará en la elaboración del convenio con los acuerdos a los que las partes hubiesen llegado. Hay que decir que es la propia ley la que obliga al conciliador a explicar a las partes, la estructura del convenio, así como los derechos y obligaciones que deriven de su acuerdo de la expresión de su voluntad, así como su naturaleza pero *“una vez elevado o categoría de cosa juzgada”*.

Debe hacerse necesariamente una observación a este punto, ya que la explicación considero debe hacerse antes de la firma, y durante su elaboración durante el proceso Y NO HASTA que ya ha sido firmado y elevado a categoría de cosa juzgada, y por tanto ya no hay posibilidades de rectificación, debemos recordar que en muchos casos se trata de personas con escaso conocimiento del derecho, por lo que el legislador debió haber cambiado la frase “una vez”, por “previamente”.

Por supuesto que el mediador no tiene ningún medio para que las partes acudan ante él o para hacer que sus acuerdos se cumplan, ni siquiera una vez que ha sido elevado el convenio a categoría de cosa juzgada es necesario que lo remita al juez, pues no aparece en la ley que tenga el mediador o conciliador medios de apremio para exigir el cumplimiento de la cosa juzgada y esto es por que la mediación y la conciliación depende de la voluntad de las partes.

Por tanto, debemos decir que el convenio, por si sólo no tiene ningun medio caoactivo, solamente el juez puede obligar, solamente el juez tiene imperio. También

debemos considerar que en caso de que se envíe al juez para que obligue a las partes a su cumplimiento, si este debe dictar sentencia, o si trae aparejada ejecución y puede, desde que se presenta el escrito, realizar las medidas que se requieran a fin de obligar el cumplimiento, lo cual ampliaremos más adelante.

4.2.1 Procedimiento ante el Centro Estatal de Justicia Alternativa.

La solicitud de la mediación y conciliación pueden ser por escrito u oral a petición de parte interesada con capacidad legal para obligarse en donde constará el nombre de la persona que la solicita y el domicilio, además del nombre y domicilio de la contraparte, a fin de que sea invitada a una primera reunión en la que se le hará saber en lo que consisten los procedimientos de mediación y conciliación, y en caso de que acepte participar en los procedimientos de mediación y conciliación, se firmará el formato respectivo, ésta primera reunión se realizará sin la presencia del solicitante, a menos de que presente una petición por escrito, en cuyo caso, el Centro resolverá lo conducente. Cabe señalar que el término someterse no es posible usarlo, no sería lógico decir que acepta someterse por que como ya se ha dicho, estos procedimientos sólo funcionan con buena fe, lo que significa que nunca están sometidos aunque hayan firmado el formato en donde aceptan participar.

La mediación se puede llevar a cabo en una o varias sesiones, y los participantes pueden acudir con persona de su confianza, o con su asesor jurídico. En la primera sesión, se les debe explicar el propósito de la audiencia y éstos expresaran sus

puntos de vista respecto al origen del conflicto y las razones por las cuales éste no ha sido solucionado por el momento, primero hablará el solicitante y luego su contraparte. El mediador en todo momento debe de evitar en todo momento mientras dure el procedimiento, las muestras de agresividad o animadversión y propiciará un ambiente de cordialidad y respeto mutuo, procurando que éstos lleguen por si mismos a un acuerdo.

Solamente en el caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo por si mismos, entonces el mediador se transforma en conciliador y propondrá soluciones a fin de resolver la controversia.

El proceso de mediación y conciliación puede durar una o varias sesiones, y mientras dure el procedimiento, los plazos judiciales se suspenden. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo en alguna sesión, se redactará un convenio que refleje con toda exactitud dicho acuerdo, el cual será firmado por los interesados y se ratificará ante el Director del Centro Estatal de Justicia Alternativa o el subdirector de la sede regional correspondiente.

El procedimiento de mediación es muy ágil porque hasta ahora el tiempo invertido en cada uno de los asuntos resueltos con convenio, es de 9.3 días hábiles, contados desde el momento en que se recibió la solicitud hasta el momento en el que se firmo el convenio.⁸⁷

⁸⁷ www.poderjudicial-gto.gob.

En los procedimientos de mediación no se puede exigir a los interesados que acudan en compañía de un abogado, pues están en libertad de decidir si acuden con asesoría jurídica o sin ella, la intervención de abogados ha sido muy numerosa, ya que los profesionales del derecho han intervenido en la celebración de más de 425 convenios que equivalen al 24.6% del total de los conflictos resueltos.⁸⁸

Hay que decir que solamente se podrá pedir la mediación sobre los derechos de los que uno pueda disponer libremente, sin afectar el orden público. Esto quiere decir que los delitos que se persiguen de oficio no se pueden resolver por estos procedimientos por que el particular no tiene decisión sobre si el ministerio público ejerce acción penal o no. Tampoco los derechos personales como el estado civil o la filiación son susceptibles de mediación o conciliación.

Una vez que ya han llegado a un acuerdo y este ha sido redactado en el convenio, deben presentarlo ante el Director del Centro Estatal de Justicia Alternativa, o el subdirector de la sede regional correspondiente para que lo eleve a categoría de cosa juzgada.

4.2.2 Efectos de la mediación y del convenio que resulte.

El primer efecto en materia civil del fuero común es la interrupción de los plazos judiciales desde que el Centro Estatal de Justicia Alternativa o la sede regional señale

lugar, fecha y hora para la audiencia de mediación y conciliación y hasta que por cualquier causa este concluya, también se suspende el plazo de la prescripción.

En materia penal, el procedimiento de mediación y conciliación sólo interrumpe el plazo señalado en la Ley para la formulación de la querrela, desde la fecha en que se solicite la intervención del Ministerio Público hasta que, por cualquier medio, se ponga fin a dicho procedimiento, reanudándose a partir de esto último.

Cuando el convenio haya sido celebrado antes o durante la averiguación previa ante el Ministerio Público, o durante el proceso jurisdiccional ante el Centro Estatal de Justicia Alternativa o ante la sede regional, producirá efectos de perdón del ofendido, pero en lo tocante a la reparación del daño el convenio tendrá efectos de cosa juzgada cuando sea elevada a tal categoría en los términos de la Ley.

4.2.3 La ejecución de los convenios.

En caso de que alguna de las partes no cumpla el convenio celebrado, el interesado puede pedir ante el juez civil de primera instancia en la vía ejecutiva, su cumplimiento, ya que este documento público hasta la fecha, trae aparejada ejecución en los términos del artículo 132 del Código de Procedimientos Civiles, que dice: "son documentos públicos aquellos cuya formación esta encomendada por la ley, dentro de

⁸⁸ www.poderjudicial-gto.gob.

los límites de su competencia, a un funcionario público, revestido de fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones”.

En cuanto a la ejecutividad de los documentos públicos tenemos que remitirnos al artículo 448 que dice: “Motivan ejecución: II.- Los documentos públicos que conforme a este Código hacen prueba plena”.

Cabe señalar también, que es necesario presentar la demanda de ejecución por que en términos del artículo 441 que reza de la siguiente forma: “la demanda de ejecución debe llenar los requisitos establecidos por el Título Primero, Capítulo I, de este libro, a no ser que exista sentencia anterior ejecutoria, caso en el cual sólo se pedirá que se ejecute”. Como hemos visto, los convenios no constituyen sentencias, por lo que será necesario presentar la demanda y no simplemente el escrito pidiendo la ejecución.

Por último, en lo relativo a la ejecución, es necesario que se siga el procedimiento establecido por el Código para el caso.

4.3 La mediación y conciliación hasta el momento.

A fin de conocer el grado de aceptación de ésta Ley y su procedimiento, en la sociedad, es necesario analizar las cifras que se han dado hasta el momento sin dejar de considerar, que debido a que, es de reciente aplicación, .-menos de dos años a la

fecha-, no podemos establecer aún el éxito o fracaso de estas figuras pero servirán para darnos una idea de lo que han sido hasta el momento.

De acuerdo a la información publicada en la página Web⁸⁹, en el período comprendido entre el 27 de noviembre del 2003 y el 20 de septiembre del año en curso, el Centro Estatal de Justicia Alternativa ha recibido 4,197 solicitudes de personas interesadas en resolver pacíficamente sus conflictos.

Estas solicitudes fueron presentadas por uno de los dos involucrados en cada uno de esos conflictos, a fin de que su contraparte fuera invitada a dialogar ante el Centro Estatal de Justicia Alternativa. El 6.5% de esas solicitudes, no se pudo practicar la invitación porque el domicilio del invitado no era correcto o porque éste no pudo ser localizado, en el 31% de esos conflictos no aceptó dialogar.

Del total de esas solicitudes el 10% aún permanece en trámite y en el 14.5% no se pudo llegar a un convenio debido a que los interesados no acudieron a las audiencias de mediación o habiendo acudido a ellas no pudieron ponerse de acuerdo, y el 1% de esas solicitudes se refería a conflictos que no se pueden resolver por la mediación.

En los 9 meses y 23 días en comento, el Centro Estatal de Justicia Alternativa, ha logrado que las personas en conflicto celebren 1,593 convenios con los que resolvieron sus desavenencias de manera pacífica y satisfactoria. Esos 1,593

⁸⁹ www.poderjudicial-gto.gob.

convenios fueron elevados a categoría de cosa juzgada después de haber sido ratificados ante los Subdirectores de las sedes regionales correspondientes. La mayoría de los convenios han sido cumplidos voluntariamente por los obligados, pues las noticias que tienen hasta ahora indican que sólo en el 1% de los casos, se ha acudido a la vía de apremio para exigir su cumplimiento coactivo.

Del total de convenios celebrados, el 62% se refiere a conflictos de carácter civil patrimonial, el 25% a conflictos mercantiles; el 11% a conflictos familiares, el 1% a asuntos de carácter penal y el 1% restantes a otras materias⁹⁰.

La diferencia entre el número de solicitudes de mediación recibidas en las Sedes Regionales del Centro Estatal de Justicia Alternativa, y el número de convenios celebrados por los interesados mediante los cuales se resolvieron pacífica y satisfactoriamente los conflictos, se explica en base al principio de voluntariedad en el que se finca la mediación, pues para que haya un acuerdo no basta la voluntad del solicitante, sino que es menester que también la otra parte tenga la voluntad de llegar a un convenio, porque a nadie se le puede obligar a acudir a la mediación o llegar a un acuerdo forzoso, ya que en esas condiciones no se podría hablar propiamente de un acuerdo o convenio, sino de una imposición.

A lo anterior hay que agregar que muchas veces el solicitante desconoce el domicilio de su contraparte o los datos que proporciona son incorrectos, razón por la

⁹⁰ www.poderjudicial-gto.gob.

cual no siempre es posible practicar la invitación a la mediación, sin que por otra parte pueda hablarse de una invitación ficta, pues en la mediación lo que cuenta es el contacto directo y personal con los interesados, no las ficciones jurídicas.

Al examinar la diferencia entre el número de solicitudes de mediación y el número de convenios celebrados por los mediables, también se debe de considerar el número de casos que aún se encuentran en trámite, cuyo porcentaje al día 21 de Septiembre del 2004 es del 10%.⁹¹

La ventaja, como se puede apreciar en las cifras mostradas por el propio Centro Estatal de Justicia Alternativa, es la buena voluntad, o la buena fe con la que concurren las partes. Sin ella, la mediación serviría realmente de poco, y como es voluntad de las partes resolver el conflicto, son pocos los que no cumplen sus propios convenios, sería conveniente que en las cifras de los que necesitaron medios de coerción, ver si llegaron a litigio y si pudieron echar abajo el convenio. Desafortunadamente esa información no esta a nuestro alcance.

4.4 Analisis a la legalidad.

La ley organica del Poder Judicial en el Estado de Guanajuato, nos dice que en el Estado, solamente los jueces y magistrados pueden administrar justicia.

⁹¹ www.poderjudicial-gto.gob.

El presente trabajo parte del supuesto de que, elevar un ACUERDO DE LAS PARTES a categoría de cosa juzgada es función de la administración de la justicia a través de quienes legalmente se encargan de ello (jueces y magistrados), ya que, no basta con aplicar la norma al caso concreto para resolver la controversia mediante la sentencia, sino que, con el objeto de que esta pueda ser ejecutada, debe de quedar firme, es decir, debe ser elevada a categoría de cosa juzgada.

Siendo los propios jueces y magistrados los que habiendo conocido y llevado el proceso, son quienes deben declarar la sentencia como ejecutoria, como parte del propio proceso. Dicho de otra forma, la declaración de cosa juzgada parte del proceso.

Y en consecuencia, es el propio órgano judicial que dictó la resolución o sentencia, quien tiene la facultad de determinar que **ésta ha causado estado**.

Es por lo anterior que considero que la facultad de elevar a cosa juzgada va necesariamente implícita en la administración de la justicia, por ser propia de ella misma ya que de otra forma ésta vería vulnerada su soberanía.

En sustento a ésta tesis cito el artículo 2º. de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Guanajuato en su párrafo segundo dice: la justicia se administra por jueces y magistrados responsables y sometidos únicamente a la Constitución Política Local y al Imperio de la Ley.

El artículo en comento en todo caso, debería incluir a los funcionarios del Centro Estatal de Justicia Alternativa, tanto Director, como subdirectores de las sedes regionales, puesto que aunque no aplican la norma al caso concreto, si declaran por facultad legal, por elevada a la categoría de cosa juzgada el acuerdo de las partes, y tienen la obligación de verificar que los convenios no contravengan las disposiciones legales vigentes, y probablemente, esta forma de solución sea un poco más ajustada a la Ley, SIN EMBARGO AUN ASI DISIENTO DE DICHO PRECEPTO, ya que sostengo que solo los jueces, y solo ellos, pueden declarar COSA JUZGADA.

Hay quienes opinan que, de cierto modo, si están administrando justicia; los Centros de Justicia alternativa; no obstante sería la justicia que las propias partes han convenido, puesto que han dado fin a la disputa con el simple hecho de facilitar la comunicación entre las partes. (función del mediador)

Tampoco debemos pensar que los acuerdos, aunque no tengan el carácter de cosa juzgada, carecen de validez. Por el contrario, hay que recordar que son documentos ejecutivos, otorgados. No tienen la validez que si posee una sentencia ejecutoriada, pero si la que tiene por ejemplo, un contrato otorgado en escritura pública ante notario.

También debemos señalar que el nombre que les ha puesto el legislador se presta a confusiones. El título de *“autocomposición asistida”* es incorrecto ya que, desde el momento en el que participa un tercero ya sea como mediador o conciliador se convierte

en heterocomposición; y, como ya lo hemos explicado, de la propia definición que da la ley podemos concluir que estos reúnen los elementos que nos han proporcionado los diferentes autores citados para que tengan tal carácter. En mi concepto, no debe ocultarse la participación de los mediadores y conciliadores sino por el contrario, debe decirse que, si intervino un tercero imparcial, capacitado y de preferencia perteneciente a un instituto, en el proceso y más que nada en la elaboración del propio convenio como documento en donde se le concentra todo lo acordado en el proceso.

Por último, es necesario reconocer la importancia de estas herramientas jurídicas a favor de la resolución de los conflictos. No son nuevas, al contrario, en cierto modo, son anteriores al mismo proceso jurisdiccional como ya lo habíamos señalado.

Ahora los propios particulares pueden decidir como hacer las cosas y no estar sometido a un juez que está limitado siempre por la rigidez de las normas legales. No es necesario que una deuda termine en embargo o que un delito perseguible de querrela, termine en cárcel, sino son los afectados los que pueden decidir la forma en la que les conviene que se les repare el daño. Con ello, no quiero decir que esté totalmente con la sistemática procesal que se le ha dado a la Justicia alternativa, sino que debiera idearse dentro del proceso una opción de conciliación más eficaz.

Y no olvidar por supuesto, los beneficios siempre mencionados como la rapidez y el menor costo que implica, pero que ya han sido mencionados hasta el cansancio.

Es necesario señalar además que algunos conceptos básicos le son comunes con la jurisdicción, como es el caso de la acción, ya que no se inicia ningún procedimiento sin que el particular lo solicite, aunque tampoco se realizará si la contraparte no lo acepta. También las partes deben tener capacidad de ejercicio, es decir, las partes deben de tener la aptitud para obligarse, toda vez que no es posible realizar ningún convenio si alguna de las partes no puede obligarse.

En lo relativo a la jurisdicción, no es que haya sido olvidada en el presente trabajo de tesis, sino que en la propia ley no se menciona, si las partes quieren dirimir su controversia en otra ciudad diferente a donde tienen su domicilio y donde surgió la controversia, no existe ninguna limitación legal, por lo menos en el estado. Esto es porque realmente es difícil considerar realmente al mediador como autoridad aunque si es un funcionario público en ejercicio de su cargo, sino más bien sirve como asesor en la solución del conflicto y su única función es elevar a cosa juzgada, aunque como ya se ha explicado con anterioridad, si consideramos la elevación a cosa juzgada como administración de justicia, entonces tampoco lo pueden hacer.

CONCLUSIONES.

1. El fin normal del proceso es la obtención de una sentencia que, en forma vinculativa, resuelva entre las partes una controversia sobre derechos substanciales.
2. Mediante el derecho de acción, los sujetos provocan el ejercicio de la función jurisdiccional, para conseguir la satisfacción del intereses jurídico protegido por el legislador en su favor, en la norma abstracta.
3. El juzgador sólo puede conocer los litigios cuando se le ha pedido que así lo haga, y cuando se le ha informado de que existen y se le han proporcionado datos e informes suficientes sobre ellos. Nunca los resuelve de oficio.
4. La sentencia es la resolución del órgano jurisdiccional que dirime, con fuerza vinculativa, una controversia entre las partes.
5. Se entiende por cosa juzgada en sentido sustancial, o sea, la eficacia de la sentencia definitiva respecto de los procesos futuros, mientras que por cosa juzgada en sentido formal se entiende haber devenido definitivamente la sentencia.

6. La finalidad perseguida por el derecho con la creación de esta institución es la de dar certeza y definitividad a las sentencias.
7. La cosa juzgada es un título legal irrevocable, y en principio inmutable, que determina los derechos del actor y del demandado, que tienen su base en lo fallado por el juez. Como título fundatorio de estos derechos, puede hacerse valer no sólo ante las autoridades judiciales y ante el tribunal que pronunció la sentencia ejecutoria, sino también ante las autoridades administrativas e incluso legislativas para demostrar la existencia del hecho o del derecho declarados por la sentencia
8. La renuncia, el allanamiento y la transacción constituyen una forma de terminar el proceso sin resolver el litigio.
9. La confesión y el allanamiento son distintos y en algunos casos pueden ser opuestas.
10. En la heterocomposición, la solución al conflicto es calificada como imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia.
11. En cuanto al proceso arbitral, la potestad de resolver una controversia por los árbitros deriva de la voluntad de las partes, reconocida por la ley.

12. El laudo no puede ser ejecutado por el árbitro o los árbitros que lo dictaron por que carecen de imperium para hacerlo cumplir coactivamente en caso de incumplimiento voluntario.
13. La mediación es un procedimiento que puede ser utilizado para resolver conflictos que recaen sobre derechos de los cuales pueden disponer libremente los particulares, sin afectar el orden público.
14. Mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.
15. La mediación facilita la comunicación entre las partes, pero no se detiene en el contenido del problema.
16. En el caso de la conciliación, el tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel más activo que en la mediación, consistente en proponer alternativas concretas a las partes para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias.
17. En la propia ley, a la mediación y a la conciliación se les llama autocomposición asistida, y no métodos heterocompositivos, como de hecho son.
18. El convenio, por si sólo no tiene ningún medio coactivo

19. La facultad de elevar a cosa juzgada va necesariamente implícita en la administración de la justicia.

20. Estimo inconstitucional la actual determinación de la Ley de Justicia alternativa, en dar el carácter de COSA JUZGADA a los convenios ratificados ante los Centros de Justicia Alternativa.

BIBLIOGRAFIA.

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Proceso, Autocomposición y Autodefensa. Ed. U.N.A.M., ed. 3a. México, 1991, pp. 314.
- Arellano García, Carlos. Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa. México, 1981, pp. 594.
- Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. Ed. Porrúa. ed. 9ª. México, 1981, pp. 680.
- Briseño Sierra, Humberto. El arbitraje en el Derecho Privado. Ed. U.N.A.M., México, 1963, pp. 1532.
- Carnelutti, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Ed. U.T.E.H.A. Buenos Aires, 1944, pp. 787.
- Chiovenda, José. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1980, pp. 573.
- De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa, ed. 26. México, 1998, pp. 525.
- Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Ed. Oxford University Press., ed. 6a. México, 1998, pp. 426.
- Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Ed. Oxford University Press., ed. 8ª. México, 1990, pp. 337.
- Gonzáini, Alfredo Osvaldo. Notas y Estudios sobre el proceso civil. Ed. U.N.A.M. México, 1994, pp. 179.
- Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa., ed. 22ª. México, 1980, pp. 373.

- Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso. Ed. Harla, ed. 3ª. México, 1991, pp. 348
- Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa., ed. 8ª. México, 1979, pp. 680.
- Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa. México, 1996, pp. 907
- Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Ed. Porrúa., ed. 3ª. México, 1976, pp. 426.
- Uribarri Carpintero, Gonzalo. El arbitraje en México. Ed. Oxford University Press. México, 1999, pp. 202.

LEGISLACIÓN.

- Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato.
- Ley Orgánica del Poder Judicial en el Estado de Guanajuato.
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.
- Código Civil para el Estado de Guanajuato.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

OTRAS FUENTES.

www.poderjudicial-gto.gob.