



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Facultad de Derecho

Seminario de Derecho Procesal

**PLURALISMO PROCESAL: DIVERSAS FORMAS
DE RESOLVER CONFLICTOS**

T E S I S

Que para obtener el título de

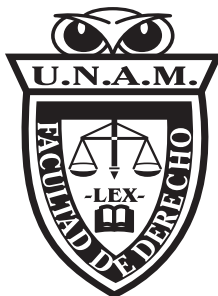
Licenciado en Derecho

PRESENTA

Diego García Venegas

Asesor de tesis:

Lic. Cuauhtémoc Hugo Contreras Lamadrid



Ciudad Universitaria, Ciudad de México, 2019



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OF. NO. 139/SDPP/ 2018

LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECTORA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E

El alumno **GARCÍA VENEGAS DIEGO**, con número de cuenta **308010491**, ha elaborado en el Seminario de Derecho Procesal y bajo la dirección del suscrito, **ESP. CUAUHTÉMOC HUGO CONTRERAS LAMADRID**, la tesis profesional titulada **“PLURALISMO PROCESAL: DIVERSAS FORMAS DE RESOLVER CONFLICTOS”**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El suscrito, **ESP. CUAUHTÉMOC HUGO CONTRERAS LAMADRID**, en calidad de asesor, le informo que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que lo apruebo para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a Usted que la tesis **“PLURALISMO PROCESAL: DIVERSAS FORMAS DE RESOLVER CONFLICTOS”**, puede imprimirse para ser sometido a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **GARCÍA VENEGAS DIEGO**.

En la sesión del día 03 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en el que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.”

A T E N T A M E N T E

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., a 06 de diciembre de 2018.

ESP. CUAUHTÉMOC HUGO CONTRERAS LAMADRID.
Director del Seminario de Derecho Procesal



**SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL**

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
c.c.p. Minutario

Dedicatorias

A todas las personas que hicieron esta investigación posible,
que de una y otra forma estuvieron, y cuya presencia y aliento
no me dejó claudicar.

A mi asesor, **Lic. Cuauhtémoc Hugo Contreras Lamadrid**,
que me abrió las puertas de su seminario y tomó el reto de ser
mi asesor.

A mis padres, que no me dejaron
desistir ante el enorme desafío que
es realizar una tesis.

A mi compañera, **Marisol Sagastume**, por estar en este largo,
duro y gratificante proceso de titulación.

Y por último a mi alma mater, la **UNAM** y a la **Facultad de
Derecho** que me formó como humanista
y donde encontré un hogar.

INDICE

Pluralismo Procesal: diversas formas de resolver conflictos

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I

El concepto del pluralismo jurídico.

1. Introducción.....	1
2. Una nueva teoría crítica.....	2
3. El monismo jurídico.....	7
4. El pluralismo jurídico.....	12

CAPÍTULO II

Pluralismo y proceso

1. Introducción.....	29
2. Pluralismo y resolución de conflictos.....	30
3. Pluralismo y derecho procesal.....	35
4. Pluralismo jurídico y proceso.....	40
5. La crisis del proceso y el sistema penitenciario mexicano.....	48
6. La teoría plural de la resolución de conflictos.....	54

CAPÍTULO III

La resolución de conflictos en un mundo plural

1. Introducción.....	60
2. Pluralismo jurídico y justicia alternativa.....	61
3. Los sistemas de justicia alternativa.....	74
4. La implementación de los medios alternativos de justicia.....	87

CAPÍTULO IV

Hacia nuevos modelos plurales de justicia

1. Introducción.....	93
2. Hacia un pluralismo jurídico auténtico.....	94
3. Justicia restaurativa.....	99
4. El cambio de paradigma en la enseñanza jurídica.....	103
5. Ética concreta de la alteridad y solidaridad de intereses.....	105
6. Hacia un poder judicial efectivo.....	108
Conclusiones.....	110
Propuestas.....	117
Bibliografía.....	120

INTRODUCCIÓN

“Si la humanidad es sólo una, ¿por qué hay tantos principios diferentes en torno a la dignidad humana- todos con pretensión de ser únicos- y por qué a veces son contradictorios entre sí?”

Boaventura de Souza Santos¹

Vivimos en un periodo de transición, de cambios en la forma de entender el derecho. La globalización ha traído consigo la ruptura de los esquemas clásicos de validez y vigencia de las normas, donde el Estado era el único eje central de poder. La aparición de nuevas categorías desde las cuales pensar una realidad demuestra el agotamiento de muchas de las instituciones tradicionales en el mundo, de una crisis que es el reflejo de un agotamiento del modelo basado en la unidad.

Atravesamos en este momento un complejo escenario que permite vislumbrar la emergencia de un nuevo paradigma jurídico plural y flexible, que apunte hacia un mundo multicultural y de espacios globales, diversos e interdependientes. La defensa del consumidor ante la salvaje ley del mercado, las resistencias que sostienen culturas plurales y marginales frente a la imposición de un solo modelo de vida globalizante de los TLC, las reivindicaciones de derechos de diversas gamas que nacen de necesidades humanas, sexuales, religiosas, civiles y ecológicas, las batallas a favor de los derechos contra la no apropiación de la biodiversidad del planeta, de las especies, de los productos de inteligencia o del

¹ De Souza Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el derecho*, 2ª edic, Colombia, Trotta/ Ilsa, 2009, p.13.

arte, los adelantos tecnológicos, el comercio electrónico, la bioética, el auge de los derechos intelectuales, son semillas de nuevos derechos que dan cuenta de un nuevo paradigma jurídico.²

En ese tenor, la sociología jurídica ha venido a complementar la teoría del derecho, de corte monista y estatal, señalando que ahí, donde se creía que no existía más que sociedad, también hay derecho. Esto ha impulsado que numerosos autores como Boaventura de Souza Santos (Portugal), Carlos Wolkmer (Brasil), Rubén Fernando Morales Rey (Colombia), Oscar Correas (México) o John Griffiths (Inglaterra), expongan la necesidad de adoptar un pensamiento crítico ante el modelo consolidado.

Como resultado de esta postura, han surgido varias corrientes de pensamiento jurídico que buscan aportar en la construcción de un conocimiento *ad hoc* a las dinámicas contemporáneas caracterizadas por la multiplicación de instancias y la presencia constante de movimientos sociales en todo el mundo. De entre estas corrientes, surge el movimiento pluralista que impulsa una nueva teoría crítica del derecho y que cuestiona la ideología monista que aún domina nuestra imaginación jurídica y política.

El pluralismo jurídico representa un concepto clave en la visión postmoderna que ha cobrado una gran importancia a la hora de entender una sociedad global y multicultural. Dicha propuesta metodológica ha venido a poner en duda algunas ideas que se tenían (y aún se tienen) con respecto al derecho, como la justicia retributiva, el derecho penal tradicional, la pirámide normativa *kelseniana* o el litigio visto como combate con ganadores y perdedores. Tal modelo permite concebir el mundo jurídico como un sistema de sistemas insertos (o como un *no sistema*) interrelacionados y vinculados con los diversos elementos que conforman la vida

² Morales Rey, Rubén Fernando, *Pluralismo jurídico. Consideraciones sobre el derecho alternativo (Filosofía crítica del derecho y de su educación)*, Colombia, Bogotá Edit. Leyer, 2015, p.187.

en sociedad, en donde los seres humanos participan en el proceso de dotación de sentido de las normas y de las instituciones.³

Contra la idea de que únicamente el Estado puede crear, aplicar e interpretar normas, el pluralismo jurídico opone la noción de que éstas surgen de diversas partes. Así, con el Estado colocado como una fuerza más dentro de un panorama heterogéneo, toman relevancia nuevos centros de producción, como las comunidades indígenas u originarias, los organismos no gubernamentales, los movimientos organizados, los foros internacionales, los autogobiernos, entre muchos otros.

En este escenario complejo de múltiples y variadas instancias, se hace manifiesta una crisis en muchas áreas y ámbitos del derecho, como en el derecho procesal, el sistema penitenciario o la impartición de justicia. Figuras como la mediación, la conciliación, el arbitraje o la llamado justicia restaurativa, que permiten a la sociedad, las comunidades y los ciudadanos participar activamente en la toma de decisiones políticas, sociales y mundiales, nos indican que no es necesario seguir dependiendo del Estado. Pese a ello, no existe una teoría pluralista del proceso, que intente explicar la tendencia social hacia la autocomposición, que imagine al derecho desde otras categorías.

La siguiente investigación titulada *Pluralismo Procesal: diversas formas de resolver conflictos*, nace precisamente de una inquietud por llevar al pluralismo a otras áreas poco exploradas del derecho, como la procesal. Busca aportar una visión distinta capaz de defender la singularidad del fenómeno jurídico a través de la pluralidad de formas, en donde el Estado es solo una de las posibilidades de ordenación que existen en un conjunto mayor de alternativas. Además, busca

³ Sánchez Rubio, David, "Pluralismo Jurídico y emancipación social. (Aportes desde la obra de Antonio Carlos Wolkmer)", en Beloso Martín, Nuria y De Julios-Campuzano, Alfonso (coord.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, España, Madrid, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, Dykinson, 2008, p.113.

articular una teoría armónica que permita adaptar campos de conocimiento jurídico tan disímiles, como lo son el proceso y el pluralismo jurídico.

En el primer capítulo, denominado *El concepto del pluralismo jurídico* se utiliza el paradigma cimentado desde la sociología jurídica como un marco teórico que permita mostrar una visión panorámica sobre la situación del derecho en nuestros días. También se examinan los antecedentes, su oposición al modelo tradicional llamado monismo, sus fundamentos, así como las diversas concepciones y modalidades del mismo.

En el segundo capítulo, denominado *Pluralismo y Proceso*, se analizan cuestiones de teoría procesal, y su relación con el monismo jurídico. Además se revisan algunos elementos fundamentales, como la acción y la jurisdicción, así como la crisis del proceso y el sistema penitenciario.

En el capítulo, *La resolución de conflictos en un mundo plural*, se estudia el fenómeno de la justicia alternativa vista como un resultado del pluralismo jurídico.

Por último, se exploraran otros horizontes contemporáneos del derecho como el pluralismo auténtico, la justicia restaurativa y la ética de la alteridad. Por ello, el cuarto capítulo se denomina *Hacia nuevos modelos plurales de justicia*.

Capítulo I:

EL CONCEPTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

1. Introducción

Para Michel Foucault, uno de los filósofos contemporáneos más importantes, no existe una forma única de conocer, sino maneras en que cada pueblo va explorando, poniéndole nombre a las cosas, creando categorías, imaginando sistemas. Siguiendo su obra “La verdad y las formas jurídicas”, el conocimiento carece de origen, no está inscrito en la naturaleza humana, ni constituye el instinto más antiguo del ser humano.

Tampoco hay en él algo que se parezca a un germen, un patrón universal o un designio divino del cual puedan deducirse valores generales para todos. Es, en cambio, algo fabricado por la actividad de los distintos grupos en todas las regiones del planeta, producido por una serie de pequeños mecanismos. Así, el conocimiento es resultado del azar, de procesos específicos en que nos enfrentamos al caos eterno.⁴

Contra la singularidad que significa el proyecto de la modernidad, el pensamiento contemporáneo de Michel Foucault opone la idea de variedad, de multiverso, de transculturalidad. Los lenguajes, las palabras, las representaciones de Dios o derecho, varían invariablemente de civilización en civilización, casi tanto como de individuo en individuo. Así, a la idea de que la realidad es total o absoluta se contrapone una visión donde ésta se fragmenta, se divide, y se descompone en múltiples interpretaciones.⁵

⁴ Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, España, Barcelona, Gedissa, 2017, p.6.

⁵ *Ídem*.

Esto quiere decir que no existe una verdad última o definitiva, y que en cambio lo que hay son verdades particulares, parciales e incompletas. En la suma de las subjetividades es donde quizás se encuentre la objetividad buscada por la ciencia, o donde se halle la realidad última anhelada por las religiones. Con ello el filósofo francés se refiere a que el conocimiento no se encuentra en una figura arcana y sabia, sino que se encuentra en el hacer de los asentamientos humanos.

En derecho ocurre prácticamente lo mismo. Se ha llegado a creer que la verdad sobre el derecho está por encima de todos nosotros, en una manifestación absoluta llamada Estado, en la tradición occidental judeocristiana y romana, o en la doctrina de un grupo de intelectuales europeos. Lo mismo pasa con la creencia de que los jueces, los legisladores o los abogados son los únicos capaces de entender, interpretar o crear leyes.

Sin embargo, el mundo jurídico es más vasto y complejo de lo que se ha venido creyendo en la teoría. Ocurre no solo en las instituciones estatales, en los juzgados, en una universidad, o un centro de investigación. Éste, también se crea y manifiesta en el seno de la sociedad misma, en las comunidades indígenas, en una conciliación, mediación o un arbitraje. Para algunos, incluso hay derecho hasta en el seno de una familia.

En el presente capítulo se aborda la noción del pluralismo jurídico, un modelo que se adapta a esa visión extensa del derecho. Si la vida y la sociedad original es la fuente infinita del derecho, no hay razón para pensarlo solo en categorías estatales.⁶

2. Una nueva teoría crítica

Actualmente diversos autores coinciden en que atravesamos una crisis jurídica del paradigma. Fix- Zamudio sitúa la Segunda Guerra Mundial y las

⁶ Morales Rey, Rubén Fernando, *op. cit.*, p.60.

amargas experiencias de dictaduras en Europa como antecedentes inmediatos de dicha crisis. La gran cantidad de víctimas de guerra, los juicios de Núremberg, Auschwitz, y la crisis económica y social que se vivió en esa época, generaron una tendencia hacia un escepticismo que se sintió en todas las ciencias sociales, al grado de que hasta el famoso procesalista Carnelutti, llegó a escribir sobre la muerte del derecho. La crisis obligó a revisar los cimientos de toda la época, entre los que se encontraba el mismo proyecto de la modernidad.⁷

Para Alfonso de Julios-Campuzano, en cambio, la crisis paradigmática coincide con la de la modernidad, generada en gran medida por la expansión de la globalización y las nuevas interacciones que han generado un quiebre del propio ordenamiento y de algunos de sus principios fundamentales. Para el autor la globalización es “...un conjunto poliédrico y a menudo contradictorio de procesos económicos, políticos, sociales y culturales que son característicos de nuestra era.”⁸

Dicho fenómeno ha generado una descentralización y fragmentación del poder que ha revelado el estancamiento de los modelos tradicionales. El autor citado destaca entre las figuras más relevantes de este proceso a las firmas multinacionales que lideran el proceso globalizante, el desarrollo de redes de producción internacionales, la dispersión de las plantas de producción entre diferentes países, la fragmentación de la propiedad, la flexibilidad de los procesos productivos, el abastecimiento mundial, la interpenetración de los mercados financieros internacionales, los flujos transnacionales de información,

⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, 7ª edic., México, Porrúa, 1999, p. 392.

⁸ De Julios-Campuzano, Alfonso, De Julios-Campuzano, Alfonso “El paradigma jurídico de la globalización”, en Beloso Martín, Nuria y De Julios-Campuzano, Alfonso (coord.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, España, Madrid, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, Dykinson, 2008, p. 55.p 50.

los cambios de naturaleza del empleo y el surgimiento de nuevas formas de trabajo.⁹

Irónicamente, lo que se buscaba en un inicio era pasar hacia la integración mundial y el desarrollo de un derecho internacional y unificado. Sin embargo, el intento por expandir el modelo de derecho estatal vino acompañado por la aparición de nuevos actores, resistentes a la oposición de un régimen único, que supuso debilitamiento y fragmentación del Estado. La constante confrontación de culturas y modelos de vida independientes puso (y sigue poniendo) en duda la validez, eficacia y universalidad de cada uno de los países en el tablero.

Asimismo, la globalización ha generado que concurren normas no sólo dentro y debajo de los Estados, como los sistemas de las comunidades indígenas, sino también aquellas que están por encima del plano estatal. Como ejemplo está el caso de la Unión Europea, las convenciones de la ONU, las normas supranacionales de la Organización Mundial del Comercio con reglas de otras zonas económicas regionales, o las normas que protegen el ambiente. Con ello, se vuelve difícil establecer límites a conceptos como soberanía, jerarquía normativa o universalidad.

En ese aspecto, la globalización coincide también con el auge de los derechos humanos, trayendo situaciones a su vez enajenantes y emancipadoras. Desde una perspectiva enajenante, éstos han sido utilizados como una bandera para la imposición de una serie de valores universales, a través de las cartas de valores internacionales, y de reconocimientos constitucionales. De la misma forma, los debates sobre los derechos humanos han puesto sobre la agenda temas relevantes de multiculturalismo y de intereses minoritarios, que promueven la defensa de grupos históricamente desprotegidos para que sean sujetos de protección dentro de los límites de cada nación.

⁹ *Ídem.*

Hasta antes de las guerras mundiales en Europa, del socialismo del siglo XX, de los movimientos revolucionarios y de liberación a lo largo y ancho del mundo (en especial en los países colonizados), y de la consolidación globalizante, se podría suponer que el modelo jurídico planteado desde el positivismo funcionaba adecuadamente. Sin embargo, con tantos cambios sociales, políticos y económicos ocurridos se puso de manifiesto que el Estado de derecho no era tan eficaz ni tan ilustrado como se creía.

Para Boaventura de Souza Santos, esta nueva configuración de relaciones desembocó en una situación límite ubicada en la tensión del derecho, en donde se encuentran por un lado una fuerza que tiende a regular y otra a emancipar. El problema se ubica en una contradicción del modelo jurídico, entre lo que él llama condiciones y expectativas. Se esperaba demasiado del Estado y, sin embargo, éste no contaba con la estructura necesaria para dar cauce a todas las demandas de la población.¹⁰

Esta crisis expuesta, se puede comparar a la lucha clásica del *ser* (donde están las instituciones, las diferencias de clases, la injusticia social) con el *deber ser* (donde están el orden, la justicia, la igualdad). Dicho desajuste o tensión ha generado un periodo de gran inestabilidad, en donde existen estados de derecho y comunidades donde sí se garantizan la mayoría de los derechos y otras donde no sucede.¹¹

Aunque en la teoría el Estado tiende hacia la realización de las necesidades de toda su población, en la práctica esto es un objetivo que está lejos de cumplirse. En México, desde hace varias décadas se vive en una situación alarmante, donde pobreza, injusticia, violencia y desigualdad son la norma del día a día de millones de ciudadanos.

¹⁰ De Souza Santos, Boaventura, *op. cit.*, p.13.

¹¹ *Ídem.*

Derivado de esta incapacidad del Estado por cumplir su teleología, académicos y juristas han pugnado por crear una nueva teoría crítica capaz de replantear los fundamentos jurídicos contemporáneos a partir del contexto actual y los saberes nuevos. En ese sentido, la necesidad de buscar salidas al modelo desgastado es precedida por una serie de circunstancias críticas apreciables en la práctica judicial. Para ello, se han creado marcos teóricos capaces de explicar algunos comportamientos observados en diferentes sociedades.

Algunos de estos movimientos, provenientes en específico de la sociología jurídica, han puesto en duda el papel de muchos conceptos claves que se pensaban definitivos, como el de Estado, soberanía, o proceso. Para ello, se ha considerado fundamental formular una teoría crítica del derecho que revise el paradigma dominante. Además, la crítica debe reivindicar el papel del jurista, y de los científicos sociales que, en palabras de John Griffiths, "...han sufrido una inhabilidad crónica para darse cuenta de que la realidad jurídica del Estado moderno no es en absoluto el ideal pulcro, consistente y organizado, tan pulcramente capturado en la identificación usual entre derecho y sistema jurídico...".¹²

Para el maestro brasileño Antonio Carlos Wolkmer, la teoría jurídica crítica debe ser un profundo ejercicio reflexivo que cuestione lo que se encuentra normativizado y oficialmente consagrado en una determinada formación social y que permita, a su vez, concebir otras formas no alienantes, diferenciadas y pluralistas de la práctica jurídica.¹³

¹² Griffiths, John "¿Qué es el pluralismo jurídico?", pp. 143-220, en Engle Merry, Sally, *et al.*, *Pluralismo jurídico*, Colombia, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2007, p.151.

¹³ Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: Fundamentos de una Nueva Cultura del Derecho*, 3ª edición, trad. David Sánchez Rubio, Brasil, Brasil Universitaria, edit. MAD, 2006, pp. 13-14.

3. *El monismo jurídico*

El pluralismo jurídico es una teoría que critica el modelo dominante del derecho que ha sido nombrada por varios autores de maneras indistintas como monismo, centralismo, unitarismo o teoría convencional. Los cuatro nombres, si bien, difieren ligeramente en sus justificaciones y planteamientos, se refieren al mismo fenómeno de centralidad del derecho por parte del Estado. Es precisamente el monismo jurídico el paradigma que estuvo presente durante gran parte del siglo XX, y que aún en nuestros días se reproduce en la práctica y en la enseñanza del derecho.

La idea del monismo parte de la misma raíz que monoteísmo, *mono*, que significa uno. Si el monoteísmo es la creencia en un solo Dios, el monismo, en términos simples, es la creencia de un solo derecho. Ambos términos defienden, en mayor o menor medida y según la postura del autor, la idea de un solo camino, o una sola forma. En el derecho, el monismo está ligado a la noción del Estado moderno que defiende un orden y un derecho, una visión de justicia y de resolución de conflictos. Según Bonfil Batalla, el monismo defiende un proyecto basado en un único sistema de valores, "...que corresponde exclusivamente al momento actual de las potencias de occidente, el cual siempre ha postulado una historia única, un único camino: el suyo."¹⁴

El monismo también defiende la idea de que existe y debe existir un solo sistema jurídico centralizado y jerarquizado en el que gobierna un soberano indivisible que puede ser un individuo único o grupo de individuos con poder de crear, interpretar y aplicar derecho. En aras de dotar al Estado de vigencia y eficacia, la teoría monista restringe a todas las formas distintas que, por su naturaleza, sean supraestatales, autónomas, o híbridas, subordinándolas a su

¹⁴ Bonfil Batalla, Guillermo, "Por la Diversidad del Futuro", en Bonfil Batalla, Guillermo, (comp.). *Hacia nuevos modelos de relaciones interculturales*, México, CONACYT, 1993. p.227.

jurisdicción. Así, niega la pluralidad de formas existentes reprimiendo, a través de la violencia o la invisibilización, a las otras manifestaciones de derecho que existen fuera y dentro de sus límites.

En palabras de Souza Santos:

...el Estado-Nación ha sido la escala y el espacio-tiempo más central del derecho durante los últimos doscientos años, particularmente en los países del centro del mundo. Con el positivismo jurídico esta centralidad sociológica (más o menos intensa) fue transformada en una concepción político-ideológica que convirtió al Estado en la fuente única y exclusiva del derecho.¹⁵

Dicha postura totalizante coincide con la colonización de las potencias europeas y la norteamericana, y con ello la imposición de sus respectivos modelos de ordenación social. Pero la expansión no se limitó sólo al territorio. También se impuso a niveles ideológicos de manera profunda y sutil. Por ello, los autores Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado coinciden en afirmar que el monismo jurídico es parte central de los ejes conceptuales a través de los cuales pensamos nuestro mundo jurídico y político.¹⁶

Por un lado, la teoría convencional fundamenta sus postulados apelando a principios muy valiosos con el que están comprometidos de manera consciente o inconsciente un número importante de personas. Dichos valores, además, representan principios centrales para el proyecto moderno e ilustrado como la igualdad, la seguridad jurídica, la legalidad y la unidad política.¹⁷

Por otro lado, el monismo jurídico ofrece ventajas prácticas frente a temas centrales para la vida de cualquier Estado. La facilidad de aplicar sanciones, la

¹⁵ De Souza Santos, Boaventura, *op. cit.*, p.52.

¹⁶ Ariza Higuera, Libardo y Bonilla Maldonado, Daniel, "El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico" pp. 18-85, en Engle Merry, Sally, *et al.* (coord.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2007, p.19.

¹⁷ *Ídem.*

reducción de conflicto de normas, la efectividad formal en el territorio, y la creación de un orden legítimo del que los ciudadanos puedan sentirse parte, son prácticas monopólicas que resultan muy cómodas para los gobernados. Como se verá más adelante, el proceso jurisdiccional es un concepto esencial en la consolidación de este modelo jurídico.¹⁸

Así, las razones de que la teoría haya prevalecido tanto tiempo han sido meramente pragmáticas. O, en palabras de John Griffiths, "...ha hecho que todo encaje muy fácilmente con el presupuesto prevaleciente de que la realidad jurídica, por lo menos en los sistemas jurídicos *modernos* [el énfasis es del autor], se aproxima más o menos a la pretensión presentada en nombre del Estado."¹⁹

Además, los postulados sobre los que se sostiene el monismo se remontan a los orígenes del derecho positivo, en particular a tres autores fundamentales de la teoría política y jurídica moderna como son Hobbes, Locke y Kelsen. En particular, cabe mencionar a Hans Kelsen, cuya teoría pura del derecho y de las normas, ha influido tanto que el derecho, aun en nuestros días, se entiende como un ordenamiento jerárquico, exclusivo, sistemático y unificado, desde arriba hacia abajo, y nunca viceversa. Es decir, el monismo (o centralismo, como él lo llama) es herencia intelectual de las revoluciones burguesas y de la hegemonía liberal de los últimos siglos.²⁰

3.1. La crítica al monismo jurídico. Reducir la realidad en términos singulares atenta contra el auge de la multiplicidad en un mundo altamente globalizado. Es negar la diferencia, la alternativa, y en última instancia, la posibilidad de existencia del otro. Detrás del monismo se esconde una pretensión de supremacía, una creencia de que el estado moderno es la cima de la evolución, y que, por ello, es la única forma que debe prevalecer en las sociedades.

¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ Griffiths, John, *op. cit.*, p.150.

²⁰ *Ibidem*, p. 148.

El surgimiento de un sinfín de nuevos actores sociales ha demostrado que los conceptos que se creían fundamentales ya no lo son tanto si se toman en cuenta otras posturas, latitudes y particularidades. Conceptos claves para la teoría tradicional del Estado como proceso o norma jurídica han sido en las últimas décadas redimensionados en sus alcances.

En ese sentido, la objeción base de autores como Ariza Higuera y Bonilla Maldonado, inscritos al pluralismo jurídico, consiste en afirmar que la perspectiva del monismo jurídico es inútil desde el punto de vista descriptivo y poco prometedora desde el punto de vista normativo. Es descriptivamente errónea, ya que no toma en cuenta todos los aspectos que constituyen la realidad, como lo son los actores sociales. Es, además, normativamente poco fértil, ya que oscurece el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos coexisten ordenamientos jurídicos autónomos y hasta radicalmente distintos.²¹

Óscar Correas, concluye que, si la validez, la eficacia y la coerción son elementos diferenciadores de los sistemas jurídicos, entonces también los sistemas morales o religiosos podrían ser considerados de esa forma. Si, por otro lado se considera que la característica central del Estado es su capacidad punitiva, un rápido examen de la realidad social comprueba que la sanción no es exclusiva de una forma de organización. En vez de existir una fuerza sancionadora, lo que habría sería una coexistencia de instancias con capacidad punitiva.²²

Mientras que la sanción que inflige el Estado es física y corporal, como la prisión o el tratamiento psiquiátrico, la sanción moral actúa desde la mirada para reaccionar ante la acción cometida. En comunidades autónomas o en sectores religiosos las normas al interior revisten el carácter de obligatorio. La

²¹ Ariza Higuera, Libardo y Bonilla Maldonado, Daniel, *op. cit.*, p.42.

²² Correas, Oscar (coord.), *Derecho Indígena Volumen I*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades, UNAM, México, 2007, pp.40-57.

mala conciencia, el reproche moral, o el remordimiento pueden influir más que el derecho escrito. Además, dichos sujetos jurídicos cuentan con sus propias formas, instituciones y autoridades para exigir el cumplimiento que va desde el reproche moral, la excomulgación, o la pena corporal.

En cualquier caso, lo único que diferencia a unos y otros es la participación estatal, y la forma en que se aplica la sanción, lo que no necesariamente es una excepción de derecho. Es decir, que lo único que cambia es la forma en que cada sistema ejecuta dicha capacidad de sancionar. Por tanto, fuera de la sociedad moderna no tiene sentido la distinción que hace el monismo entre moral y derecho, o entre norma moral y jurídica.²³

Por ello, para Oscar Correas, el pluralismo jurídico en realidad se trata de un pluralismo normativo, ya que "...además de las jurídicas, existen normas producidas por muy diversos actores sociales, como comunidades campesinas, mafias, movimientos guerrilleros, conjuntos penitenciarios, movimientos de campesinos sin tierra que invaden haciendas, grupos urbanos que ocupan viviendas abandonadas, pandillas juveniles, grupos de vendedores ambulantes, de concesionarios de medios de transporte, bandas criminales, y un sinnúmero de casos más."²⁴

Así pues, el modelo de equivalencia entre derecho y Estado no es más que un esquema útil, quizás pedagógico, pero que va en detrimento del empoderamiento social. Mientras que una estructura plural se compone de múltiples instancias de gobierno y muchas poblaciones en un territorio, para la estructura tradicional solo hay una jurisdicción que deviene de un gobierno para una población y territorio. Y esa postura genera problemas dialécticos donde, a costa de una centralización, se abandonan muchas partes del territorio y, a fuerza de legitimar la participación de los jueces, se niega la capacidad de las partes para resolver conflictos.

²³ *Ídem.*

²⁴ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

De esta forma y, siguiendo el pensamiento de Alfonso de Julios-Campuzano, "...la concepción monista del fenómeno jurídico, que identificaba el derecho con el derecho del Estado en cuanto derecho único y racional, es progresivamente suplantada por nuevos cauces y formas de producción jurídica que comienzan paulatinamente a abrirse paso en un contexto interdependiente."²⁵

El pluralismo jurídico nace precisamente como una crítica a esa reducción teórica del mundo, negando, por un lado, la idea de que existe un solo camino, y afirmando, por otro, la complejidad de formas de conocer e interpretar la realidad. Así, el pluralismo parte desde la crítica hecha a la teoría tradicional para crear un nuevo modelo de análisis que, de entrada, acepte la premisa de que las sociedades contemporáneas son jurídicamente plurales.

Si, en su momento, la teoría del Estado moderno sirvió para la creación de un orden social más justo capaz de reemplazar el absolutismo, hoy la tendencia apunta hacia la sustitución gradual del paternalismo y la dependencia estatal por una sociedad civil organizada y una comunidad de comunidades. Lo que no significa que habrá que abandonar toda la experiencia aprendida, sino retomar aquello que sirva para las futuras generaciones.

Como escribe Rubén Fernando Morales Rey, "...cuando el derecho oficial no tiene soluciones y el Estado no tiene presencia, no quiere o no puede, la comunidad puede pensarse a sí misma, investigar sus caminos; el reto es lograr una actitud auto transformadora de esa realidad y la práctica de la Investigación es iluminadora".²⁶

4. El pluralismo jurídico

El pluralismo ha descubierto el otro hemisferio del mundo jurídico. Si el politeísmo acompaña y se opone como modelo al monoteísmo, el pluralismo

²⁵ De Julios-Campuzano, *op cit.*, p. 63.

²⁶ Morales Rey, Rubén Fernando, *op. cit.*, p. 214.

hace lo propio con el monismo ya que nace precisamente de la crítica a dicho modelo. En este sentido, John Griffiths señala que uno de sus objetivos es “...romper el dominio absoluto sobre lo que se supone es el derecho, un orden normativo jerárquico, único, unificado y exclusivo que depende del poder del Estado, y desvanecer la ilusión que hace creer que en la realidad el mundo jurídico es un reflejo exacto de lo que exige esa concepción”.²⁷

Su principal desafío, además de cuestionar la exclusividad de la teoría del monismo, es dar explicaciones a fenómenos jurídicos contemporáneos como el de la globalización. En ese sentido, el pluralismo puede ser entendido como una perspectiva que busca extender los límites conceptuales del derecho. Por ello y para ello, toma en cuenta muchos otros aspectos que por lo general no suelen ser apreciados, como las prerrogativas de las minorías, los pueblos indígenas u originarios, o en el caso del derecho procesal, los medios alternativos de justicia.

Según la postura que se tome en torno al fenómeno jurídico, aparecen una amplia gama de concepciones que unas veces se complementan y, en otras, se contraponen. David Sánchez Rubio engloba este panorama en cuatro grandes posiciones generales. En la primera posición, están aquellos que consideran que el monopolio de la producción lo detenta el Estado, siendo cualquier otra manifestación expresión de un pluralismo no jurídico sino, como mucho, meramente normativo. Esta es la clásica separación que hace la teoría del derecho que se encarga de estudiar sólo un tipo de normas: las exteriores, heterónomas, bilaterales, y coercibles.²⁸

En una segunda posición, están los planteamientos monistas que hablan de un pluralismo interno, es decir, que identifican la pluralidad siempre y cuando esté reconocida. Aunque no niegan que existen otros valores y expectativas de comportamiento, éstos sólo son legales cuando entran en el sistema, por vía de

²⁷ Griffiths, John, *op. cit.*, p.152.

²⁸ Sánchez Rubio, David, *op. cit.*, p.114.

precedentes o vía legislativa. Es decir que, sin reconocimiento de por medio, es como si no existieran.²⁹

De la misma forma, el tercer tipo de teorías aluden a la práctica diaria que la gente común realiza frente a la ineficacia o ausencia de un Derecho oficial, y contra las desigualdades sociales. Sin embargo, ocurre lo mismo que en el pluralismo débil, ya que lejos de admitir la legitimidad de esos usos, más bien son clasificados de ilegales o paralegales y, por tanto, reprochables, sancionables y perseguibles.³⁰

Por último, existen planteamientos de pluralismo jurídico en sentido estricto que consideran la coexistencia de una pluralidad de derechos en un mismo territorio o espacio sociopolítico. Al ser una perspectiva que rompe con la idea de que sólo los sistemas normativos estatales pueden ser denominados jurídicos (bien porque se acepta la presencia multicultural de diferentes órdenes en un mismo espacio, bien por su coexistencia conflictiva o tolerada), su comprensión requiere "...de la disposición y la capacidad que tengamos para visualizar, relacionar y vincular los distintos elementos del mundo en donde vivimos."³¹

Frente a los sistemas jurídicos clásicos, cerrados, excluyentes y piramidales, el pluralismo contrapone una noción de sistemas abiertos, flexibles y porosos. Horizontales. También da cuenta de la presencia de más de un orden jurídico, señalando que, junto al derecho producido por el Estado, existen otros centros de producción jurídica que no dependen necesariamente del derecho sancionado oficialmente. Esto reafirma la idea de Souza Santos de que "...el Estado-nación, lejos de ser la única escala natural del derecho, es una entre otras."³²

²⁹ *Ídem.*

³⁰ *Ídem.*

³¹ *Ibidem*, p. 112.

³² De Souza Santos, Boaventura, *op. cit.*, p.52.

Por ello, el pluralismo es un modelo de quiebre con la concepción del derecho como sistema de normas pleno, cerrado y jerárquicamente estructurado. Nace de la ruptura del paradigma jurídico clásico, unitario y monista, que defiende la idea de un solo orden jurídico. También, da cuenta de que el derecho no se reduce a aquel de producción oficial, de origen occidental, privatizante, romano, e individualista capitalista.

Esta ruptura, vinculada al dominio jurídico-político del Estado-nación, ha traído consigo un panorama de diversidad normativa en el que órdenes de orígenes varios conviven en ámbitos simultáneos. Contra la idea de un solo derecho, opone la idea de multiplicidad que se manifiesta actualmente en la cantidad de culturas, lenguajes, civilizaciones, experiencias y, por supuesto, de derechos y sistemas normativas que cohabitan el mundo.

El pluralismo ha descubierto un fenómeno inmenso que existe tanto dentro del Estado, como por encima de éste. A dicho incremento adicional y dramático de órdenes normativos por encima, debajo y de manera paralela, Volkmar Gessner lo ha denominado *conurrencia normativa pluralista*, abriendo la posibilidad de que en varios espacios coexistan varios tipos de normas, dislocando los poderes tradicionales.³³

Al lado de las formas legales emanadas, interpretadas y ejecutadas por los tres órdenes de poder público gubernamental (legislativo, judicial y ejecutivo), afluyen otras formas extralegales, con legitimidad, validez y eficacia dentro de sus propios contextos. Hay, así, normas supraestatales que superan la visión de la supremacía constitucional, y en donde la ley entre los estados prevalece sobre la particular. Este tipo de normas rompen con el monismo jurídico de los Estados, y posibilitan la creación de las naciones de naciones, o de un mundo

³³ Gessner, Volkmar, "Comparación Jurídica y Pluralismo Jurídico Global", en Caballero Juárez, José Antonio *et.al.*, (coord.), *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Volumen I. Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p.98.

donde caben muchos mundos. La Unión Europea, la ONU, o la *lex mercatoria* son ejemplos de dos modelos que representan intentos de unidad con pluralidad y que, en sentido amplio, bien podrían ser estudiados dentro del pluralismo jurídico.

Hay también normas autónomas, no estatales, que la *opino iuris* sí considera derecho por representar, de manera consciente, nociones de justicia que difieren de las del derecho estatal o supraestatal. El ejemplo más claro de órdenes normativos que divergen del derecho del Estado, también llamados sistemas religiosos, como las religiones con sus conjuntos de normas, valores, y creencias, que no necesariamente representan los del Estado moderno. O también están las normas consuetudinarias de las comunidades y pueblos, mal llamadas 'usos y costumbres', y que funcionan hacia dentro y hacia fuera, como auténticos órdenes jurídicos. Estos ejemplos, Gessner las llama normas independientes del Estado. Estas gozan de una cierta autonomía y, con la pretensión de ser reconocidas como derecho, regulan, o intentan regular, sectores de la sociedad mundial que se pueden delimitar de manera concreta".³⁴

Por último, el autor citado menciona las llamadas normas híbridas, situadas entre el orden jurídico estatal/internacional y el derecho no estatal/autónomo. A este tipo pertenecen los sistemas jurídicos independientes que, en aras de permanecer vigentes socialmente, adoptan normas propias a los postulados del Otro. Las más de 25 mil normas técnicas (NOM) en el mundo (que aunque son consideradas recomendaciones que carecen de carácter jurídico, su respeto es una regla con escasas excepciones), las auto-obligaciones (que son declaraciones unilaterales o compromisos de la rama industrial para proteger el ambiente, y que han surgido como alternativa razonable a la regulación por autoridad) y los códigos de conducta internos (que son normas de comportamiento auto impuestas a una rama económica, una empresa o a un

³⁴ *Ibidem*, p.99.

grupo profesional), son algunos ejemplos de normas híbridas. Aquí también se incluyen las normas que provienen del Comité Olímpico Internacional (COI) y que deciden la concesión de los juegos Olímpicos, o bien excluye de la participación a los países, son normas con gran nivel de institucionalización con carácter cuasi-jurídico, o las decisiones de las Federaciones Internacionales, como la FIFA, cuya naturaleza jurídica sigue generando discusiones entre juristas.³⁵

Esta concurrencia normativa pluralista, da cuenta de un pluralismo jurídico en el espacio global, múltiple e interdependiente, donde cada vez surgen nuevos ordenamientos con relativa independencia, sin referencia ni origen en un Estado. Alfonso de Julios-Campuzano, define ese espacio global como “...el precipitado de una multiplicidad de espacios y de escenas geográfico-temporales que se superponen y que interseccionan”.³⁶

4.1. Antecedentes del pluralismo. El pluralismo no es un concepto nuevo ni exclusivo de los juristas. Por el contrario, ha pasado por diversas ciencias sociales, y ha tenido un largo desarrollo a lo largo del siglo XX, después de que la crisis del derecho conllevó un replanteamiento de sus fundamentos teóricos. Francisco López Bárcenas distingue tres expresiones históricas en las que se ha manifestado el pluralismo jurídico. La primera se da en países con cultura y tradiciones normativas propias, que acaban adoptando el derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político. La segunda se presenta en países que, después de sufrir una revolución política, continúan manteniendo por algún tiempo, su antiguo derecho, a pesar de este haber sido abolido por el nuevo derecho revolucionario. La tercera, en cambio, surge en situaciones en que los pueblos indígenas, que no fueron totalmente

³⁵ *Ídem.*

³⁶ De Julios-Campuzano, Alfonso, *op. cit.*, p. 52

exterminados o sometidos a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su derecho tradicional.³⁷

En ese sentido, pueden mencionarse varias corrientes que explican el surgimiento de los estudios pluralistas. Entre ellas, la corriente clásica, que es la que acompaña el relato del colonialismo y procede de los estudios coloniales que analizaban las dinámicas entre colonizador y colonizado. Es decir, se establece un origen colonial desarrollado en países dominados económica y políticamente por Otro, y que fueron obligados a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis.³⁸

Una sola manera entre varias. Así, no sólo a escala global, sino local, el derecho occidental es uno de los principios –pero solo uno de ellos- de organización social en todo el mundo. De Souza Santos, por ejemplo, critica la imposición monista del derecho occidental, ya que llevó a una gran pérdida de experiencia y práctica jurídica legitimando lo que él llamó un *juridicidio* masivo, la destrucción de prácticas y concepciones jurídicas que no se ajustaban al canon jurídico modernista.³⁹

La colonización europea, cuyo común denominador fue la imposición de la forma de entender el mundo, de manera paradójica, también provocó el surgimiento de resistencias y la aparición de tensiones en los lugares sometidos. Así como las catedrales se erigieron sobre los antiguos templos de todos los países colonizados, así el sistema jurídico europeo, monista y positivo, se colocó por encima de los otros sistemas jurídicos. Ahí, en el surgimiento de las distintas manifestaciones de individualidades, de estados

³⁷ López Bárcenas, Francisco. “Ensayo sobre la ceguera...jurídica: Las teorías jurídicas y el derecho entre los ñuùsavi”, pp. 66-120, en Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo jurídico: otros horizontes*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades, UNAM, México, 2007, p. 86.

³⁸ Ariza Higuera, Libardo y Bonilla Maldonado, Daniel, *op. cit.*, p.43.

³⁹ De Souza Santos, Boaventura, *op. cit.*, p.47.

independientes que evidencian formas de conocimiento y de derecho no asumido, es donde muchos autores colocan el inicio del pluralismo.

Por su parte, la corriente más contemporánea plantea como origen de este modelo la globalización, que ha venido a complejizar el universo jurídico, haciendo visibles los espacios desde los cuales se produce derecho, desde lo local, lo comunitario, lo regional, lo nacional, lo transnacional y lo internacional. No se queda solo en la relación colonizador-colonizado, sino que va más allá, considerando a muchos otros grupos subordinados, como las minorías religiosas, étnicas o culturales, de grupos inmigrantes y las denominadas formas no oficiales de ordenación situadas en redes o instituciones sociales. Como afirma Sally Engle Merry "...el pluralismo jurídico va mucho más allá de la adhesión a formas de derecho europeas y tradicionales."⁴⁰

Ese fenómeno explica por qué en la última década, el concepto de pluralismo jurídico se ha ampliado también para abarcar a sociedades industriales urbanas, principalmente en Estados Unidos, Reino Unido y Francia, países que supuestamente no tenían pasado colonial. Así, se descubrió que a la par del derecho hegemónico, existían derechos, sistemas de normas, y procedimientos jurídicos para resolver controversias, distintos a los oficiales, por lo que el enfoque de estudio cambió.⁴¹

Con la crisis del paradigma monista y el fuerte impulso de la globalización, se pusieron al descubierto aquellos actores que por mucho tiempo se mantuvieron ocultos, como las mujeres, los inmigrantes, los pueblos indígenas, los grupos LGBTTTIQA. Con ello empezó una nueva configuración del mapa jurídico-político de los Estados modernos. Además, la consolidación de los medios alternativos de justicia, la desregulación del mercado laboral, el arraigo de las organizaciones no gubernamentales en la toma de decisiones, el *softlaw*, y sobre todo la existencia simultánea de diversos sistemas de regulación

⁴⁰ Engle Merry, Sally, *op. cit.*, p.91.

⁴¹ *Ibidem*, p.89.

basados en cuestiones culturales, técnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas y políticas, han creado un panorama realmente complejo. A este fenómeno de variedad de formas, de multiplicidad de instancias, Arturo Berúmen Campos lo ha comparado con la prosodia, o el conjunto de fenómenos fonéticos que, además de los sonidos, incluye la versificación, la métrica, las sílabas largas, las sílabas breves, el ritmo, la acentuación y la entonación.⁴²

La aproximación progresiva de las diferentes culturas jurídicas advierte de la aparición de un derecho multicultural, globalizado y cosmopolita. El nuevo pluralismo jurídico responde a una necesidad de convivencia de múltiples y diferentes esferas jurídicas, preocupándose por "...documentar otras formas de regulación social que se inspiran en los símbolos del derecho, en mayor o menor medida, pero que operan a su sombra".⁴³

Así, en vez de imponer un modelo único, vertical y jerárquico que se encuentre por encima de todas las otras formas, se propone un modelo plural, horizontal y entrelazado de coexistencia de diversas formas de regulación; de sistemas entrecruzados y ámbitos de validez concurrentes. En ese sentido, lo que es una realidad es que el pluralismo surge del cruce e interacción entre culturas. Es decir, que los nuevos ordenamientos nacen más como consecuencia de la dinámica social globalizadora que como resultado de intentos sistematizadores.⁴⁴

4.2. Fundamentos del Pluralismo Jurídico. El pluralismo puede rastrearse en instituciones, políticas públicas, y hasta en el imaginario colectivo. No son para nada simples palabras o teorías, sino que se trata de un fenómeno que en

⁴² Berúmen Campos, Arturo, "El Derecho indígena: pluralismo jurídico o hermenéutico", pp.191-263, en Correas, Oscar (coord.), *Derecho Indígena Mexicano I*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades, México UNAM, 2007, p.193.

⁴³ Engle Merry, Sally, *op. cit.*, p.99.

⁴⁴ Gessner, Volkmar *op.cit.*, p.99.

verdad ocurre, que sucede ahora mismo en las calles, en una asamblea indígena, o en un foro internacional. Para John Griffiths, el pluralismo jurídico no es una pretensión, un mito, un ideal o una ilusión. Es un hecho incontestable que ocurre en el seno mismo de las sociedades.⁴⁵

En otras palabras, el pluralismo es un objeto de estudio en sí mismo, al que se le pueden aparejar cualidades y plantear elementos. Para el autor Antonio Carlos Wolkmer, existen fundamentos capaces de sostener una teoría en torno a la pluralidad, como lo son la aparición de nuevos sujetos colectivos, un sistema de necesidades humanas o derechos humanos, el reordenamiento político del espacio público, o una ética concreta de la alteridad y la racionalidad como necesidad y emancipación.⁴⁶

La aparición de los sujetos colectivos se refiere a los grupos con características en común (como el origen, los objetivos comunes, los valores o principios, las formas de acción y la base social), capaces de crear normas paralegales, paralelas o extralegales al Estado. Estos surgen de la lucha y el reclamo social, de la pretensión de legitimidad que nace de la injusticia. Sus rasgos geográficos, genéticos, ideológicos, políticos, axiológicos, étnicos, materiales e ideales, presentes y pasados, son los que mantienen ese sentido de pertenencia, los que dan identidad a un sujeto colectivo. La aparición de dichas identidades colectivas, con demandas específicas distintas a las que ya existen, promueve un marco democrático, descentralizado y participativo, en donde estas identidades puedan ser incluidas en el pacto social, o se reconstruyan los términos de las mismas.⁴⁷

Estas nuevas identidades componen una constelación de múltiples subjetividades colectivas, como los campesinos sin tierra, los trabajadores agrícolas, los emigrantes rurales, los obreros, los subempleados,

⁴⁵ John Griffiths, *op. cit.*, p.152.

⁴⁶ Wolkmer, Antonio Carlos, *op. cit.*, pp. 206 y 207.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 207-212.

desempleados y los trabajadores eventuales; los marginados de las concentraciones urbanas, suburbios y villas carentes de bienes materiales, los niños pobres y menores abandonados; las minorías étnicas, las poblaciones indígenas, las mujeres, los negros y los ancianos que sufren todo tipo de violencia y, finalmente, las múltiples organizaciones comunitarias, asociaciones voluntarias, y los susodichos movimientos sociales.⁴⁸

El complejo *sistema de necesidades humanas fundamentales* está ligado a los movimientos sociales que, si bien parten de una pretensión de universalidad, recaen en visiones y necesidades particulares. Precisamente de estos reclamos, sentimientos, intenciones, deseos conscientes, exigencias valorativas o motivaciones para el compartimiento humano, surge el concepto de *derechos humanos*.

El auge que ha tenido el tema de los derechos humanos en los últimos años se debe, en parte, a que no necesariamente son todos los que están o están todos los que son. Es decir, que además de las necesidades traducidas en las cartas de derechos de tratados internacionales o constituciones hay muchas que no se expresan, o escapan de nuestra comprensión y experiencia. Es decir que "...las necesidades humanas fundamentales no se limitarán a las necesidades sociales o materiales, sino que comprenderán necesidades existenciales (de vida), materiales (subsistencia) y culturales."⁴⁹

Un ejemplo es el derecho al territorio de las comunidades originarias (con todas las atribuciones hacia sus antepasados y cargas simbólicas que representan) entendida desde centros urbanos, o el derecho al internet visto desde centros rurales. En ese sentido, es necesario conocer la cultura en la que se encuentran insertos, y sin la cual no es posible entenderlos, ni

⁴⁸ *Ibidem*, p.210.

⁴⁹ *Ibidem*, p.213.

comprenderlos ni, mucho menos, interpretarlos de una manera más adecuada.⁵⁰

Para entender el pluralismo solo habría que buscar en los movimientos sociales, o en las reivindicaciones de una carencia material, que, en la mayoría de los casos no es más que la lucha por las condiciones mínimas de existencia. Así, cada derecho reconocido como legítimo está en función de lo imperioso, lo justo y lo indispensable de una necesidad. Por tanto el conjunto de estas necesidades humanas se refiere a la falta o privación de objetos determinados, e implica "...un amplio proceso de socialización marcado por elecciones cotidianas de modos de vida y valores..."⁵¹

El *reordenamiento político del espacio público*, se refiere al movimiento formal e institucional para encausar el intrincado escenario vivo y plural. La institucionalización trata de absorber la dinámica social interactiva de "todos a todo momento", propiciando la participación democrática más incluyente, en donde incluso se reconoce la concurrencia de distintos sistemas. Esta tercera condición para articular un pluralismo de dimensión jurídica consiste en "...viabilizar las condiciones para la implementación de una política democrática que dirija y al mismo tiempo reproduzca un espacio comunitario descentralizado y participativo."⁵²

Dicho reordenamiento del espacio va más allá de la subversión, de la transformación profunda del pensamiento del discurso monista, así como de los valores cotidianos. Para Wolkmer se trata de rescatar formas de acción humana como comunidad, sistema de consejos, políticas democráticas de

⁵⁰ Berúmen Campos, "El Derecho indígena: pluralismo jurídico o hermenéutico", en Correas, Oscar, *Derecho Indígena Mexicano I*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades, UNAM, México, 2007, p.193.

⁵¹ Wolkmer, Carlos Antonio, *op. cit.*, p. 214.

⁵² *Ibidem*, p.218.

base, participación y control popular, gestión descentralizada o poder local o municipal.⁵³

En países colonizados y periféricos con grandes huellas de desigualdad social y cuyos canales legales e institucionales son rebasados por la cantidad de demandas inherentes a las necesidades sociales, se ha buscado con más fuerza otro camino a la institucionalización. Es precisamente en esos lugares donde grupos que no son parte de las constituciones estatales y federales, imitan los símbolos y las estructuras de los sistemas jurídicos públicos en forma de gobiernos privados que, aunque son considerados ilegales, cuentan con validez y eficacia dentro de sus propios límites.⁵⁴

Así como las prácticas legales institucionales dentro del derecho son capaces de generar una alternatividad jurídica, también las prácticas o mecanismos jurídicos no institucionales son capaces de producción jurídica y solución de conflictos fuera del sistema jurídico. A través de los movimientos sociales de los sujetos colectivos que evaden las formas parlamentarias representativas y de los influjos de cooptación del Estado, se dislocan los criterios de legitimidad de la representación formal. Esto en última instancia, es un acercamiento hacia un estilo de política pluralista basado en prácticas no institucionales y autosustentables, donde el hacer político trasciende la dicotomía de la república y la división de poderes clásica.⁵⁵

Ante el complejo escenario repleto de subjetividades, Wolkmer retoma la configuración de en una nueva escala de valores éticos como una condición necesaria para el pluralismo. *La ética concreta de la alteridad* propuesta por el autor brasileño se edifica sobre los principios clásicos de vida: libertad, justicia y algunos valores éticos particulares, inherentes a la historicidad, a las costumbres y las tradiciones de cada contexto espacial. Estos valores éticos,

⁵³ *Ibidem*, p. 219.

⁵⁴ Engle Mary, Sally, *op. cit.* p.104.

⁵⁵ Wolkmer, Carlos Antonio, *op. cit.*, p.128.

racionales, y predominantes en espacios regionales periféricos como emancipación, autonomía o solidaridad, adquieren la posibilidad de ser considerados universales una vez que son reconocidos por una comunidad internacional.⁵⁶

Al ser una escala de valores que escapa del juicio a *priori* y que en cambio está inserta en la práctica social, en la lucha y en la necesidad, se presenta como una herramienta de concientización y transformación de las naciones dependientes. Por eso es que dicha ética debe ser "...capaz de romper con todos los formalismos técnicos y los abstraccionismos metafísicos, revelando la expresión auténtica de los valores culturales y de las condiciones histórico-materiales del pueblo..."⁵⁷

Dicho modelo ético posibilita la empatía con las diversas concepciones del mundo, capaz de ver a las personas no como una cosa, si no como un fin. Bajo esa óptica es posible apelar a construcción de modelos y reglas generales que permitan nuevos modelos de relaciones interculturales, y, sobre todo, un derecho alternativo a la crisis de la dogmática jurídica.

El último fundamento que propone Wolkmer es una *razón emancipadora*, expresión de la identidad cultural, que nace de la contingencia directa de los intereses y necesidades de la pluralidad. Dicho principio critica la racionalidad operacional, metafísica y técnica-formalista, que se aleja de la experiencia concreta y de la creciente pluralidad de las formas de vida cotidiana. En cambio, apela a la vida social como medio y fin para lograr que, en última instancia, la realidad no provenga de la razón y la razón en cambio derive de la realidad.⁵⁸

4.3. *El pluralismo jurídico estatal y el pluralismo jurídico humano.* Para Jorge Alberto González Galván existen dos formas distintas de pensar al pluralismo

⁵⁶ *Ibidem*, p. 233.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p.245.

jurídico: desde el Estado y desde lo humano. El tipo estatal toma la teoría del derecho monista como modelo de referencia para crear lo que han llamado un Estado plural. Sin embargo, una de las dificultades de esta forma es que al tomar como referencia al Estado, resulta de por sí muy complicado dar una definición, ya que al no poder dotar de una identidad propia, termina cayendo en la tautología de definirse precisamente con aquello que critica.⁵⁹

Además, este ejemplar pluralista puede ser engañoso, ya que muchas veces no es más que una reconstrucción del modelo tradicional. Para ello el sistema jurídico reconoce la diferencia o excepción a través de la ley o de su constitución. Para Griffiths, dicho reconocimiento representa un pluralismo débil o aparente, que ocurre cuando dentro de un sistema se incluyen normas pertenecientes a otro, o cuando la *grundnorm* les da validez a los regímenes jurídicos diferentes de la población.⁶⁰

Un estado que se reconoce legalmente como plural no necesariamente lo es. Uno de estos ejemplos es el Estado mexicano, que si bien reconoce la composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas en el artículo segundo constitucional, constantemente atenta contra los pobladores indígenas y las comunidades originarias so pretexto del atraso económico y situación de pobreza en la que vive. Al final, esta especie de sistema es de corte unitario, monista y totalizador, que reconoce normas especiales para ciertas personas o situaciones.

Por el otro lado, el pluralismo jurídico humano que propone González Galván es uno fuerte o auténtico, que escapa de la mera idea del reconocimiento, y representa una en donde no hay un modelo de sociedad de referencia por lo que cada sistema debe estudiarse bajo su propia historia. En otras palabras, los diferentes órdenes independientes que no son reducibles uno al otro. Así el

⁵⁹ González Galván, Jorge, *El Estado, los indígenas y el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México UNAM, 2010, p.59.

⁶⁰ Griffiths, John, *op. cit.*, p.153.

pluralismo jurídico humano parte "...desde el punto de vista de derechos hermanos, ya que todos viven en la misma casa (la Tierra), el mismo tiempo (el presente) y todos forman parte de una sola familia (la humanidad).⁶¹

Esta alternativa al modelo excesivamente estatal, apela más a la legitimidad antes que la legalidad. Con ello, la historia de la cultura jurídica de la humanidad se compone de diferentes manifestaciones de lo que es y no debido, y con ello de las expectativas sociales. Si un análisis de la diversidad permite entender que cada cultura desarrolla sus propias experiencias organizativas en condiciones geográficas y económicas diferentes, el derecho sería el *género* como intuición que tienen todos los seres humanos de imaginar un orden, y cada una de las diferentes maneras de imaginar el orden sería la *especie*.⁶²

De este modo, podemos afirmar que el pluralismo jurídico se encuentra prácticamente en todas las sociedades, incluso en medios populares llamados marginales, como las favelas, los *gethos*, las comunas y las fronteras invisibles, y que sólo hace falta observar detenidamente algunos lugares específicos para encontrar como ciertos grupos producen y generan sus propios conceptos. Por tanto, no existe un derecho universal sino derechos particulares, y ningún pueblo o estado posee la única verdad, ni el monopolio sobre el derecho, lo político o la religión.

Así, el pluralismo entendido como una herramienta de liberación, de crítica y reflexión jurídica, permite pensar en un modelo emancipador, capaz de promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivo se masa. También posibilita repensar el derecho desde fuera del Estado, como una nueva instancia legitimadora de la sociedad, donde el derecho, como el conocimiento, no está en uno o dos seres o entidades, sino, al contrario, está en el seno de los grupos humanos. El

⁶¹ González Galván, Jorge, *op. cit.*, p.59.

⁶² *Ídem*.

derecho se da en cada cultura, que desarrolla sus propias experiencias organizativas en condiciones geográficas y económicas diferentes.⁶³

⁶³ *Ibidem*, p.57.

Capítulo II:

PLURALISMO Y PROCESO

1. Introducción

El pluralismo jurídico es una teoría que ha cobrado relevancia en nuestros días. No obstante, son pocos los autores que han intentado llevar la teoría de la sociología jurídica hacia otros campos como el derecho procesal o el derecho penal. Sin embargo, es posible intuir las razones que dificultan dicho cruce de teorías y perspectivas teóricas. Parece que existe, por el lado de los que defienden la teoría tradicional, una resistencia a aceptar que el Estado es solo una fuente más de derecho, y no necesariamente la más importante. Por el lado de los pluralistas, parece que se niegan a confrontar directamente los cimientos de cada una de las áreas del derecho.

Si bien es cierto que ambas teorías surgen de distintas tradiciones, y que pueden lucir incompatibles, existen temas contingentes donde se encuentran conexiones a medida que se alejan de los conceptos habituales. Éste es el caso de los medios alternativos, de la justicia alternativa o de lo que Wolkmer llama “pluralidad alternativa en el campo del derecho no oficial”, que no son más que manifestaciones plurales a corto y largo plazo y que sirven para superar la crisis del modelo jurídico tradicional de reglamentación social.⁶⁴

En ese sentido, cada día es más común escuchar sobre el avance que han tenido otros procedimientos técnicos realizados por identidades colectivas e independientes del Estado. Si los convenios colectivos de trabajo y de consumo asumen carácter legislativo, la conciliación, la mediación, el arbitraje, la negociación y los juzgados especiales “...son significativos como instancias jurisdiccionales que pueden ser utilizadas alternativamente, en la resolución de conflictos.”⁶⁵

⁶⁴ Wolkmer, Carlos Antonio, *op. cit.* p. 265.

⁶⁵ *Ibidem*, p.257.

Aunque el derecho procesal se ha encargado de analizar y estudiar las formas alternativas de justicia, estas han quedado relegadas a un segundo plano al grado que son llamadas subsidiarias o de segundo orden. Otros los han llamado equivalencias procesales, que sin ser proceso poseen características similares. Así, de una u otra manera, la teoría ha reducido la pluralidad de formas de resolución, enfocándose solo en un tipo.

Por ello, se ha vuelto necesario articular una teoría procesal pluralista en donde se amplíe el término proceso o se reformule la forma en que se concibe la resolución de conflictos en un mundo plural. El presente capítulo es un intento por cimentar las bases de una modalidad híbrida que combine pluralismo con resolución de conflictos, con proceso y con medios alternativos de justicia.

2. Pluralismo y resolución de conflictos.

Antes que el derecho y que el Estado (y quizás detrás, como escenario, como antecedente necesario), está el conflicto. Este es inherente a la dimensión humana, inseparable, imposible de cambiar, como la necesidad del lenguaje o de interpretar de manera particular el mundo. En esa diferencia, en la misma subjetividad y conciencia de uno, está la raíz del conflicto

Aunque queramos negar que el hombre es el lobo del hombre y aceptemos que hay una inclinación hacia la bondad, muchos problemas se tendrán que resolver en el conflicto. Mientras que cada cabeza sea un mundo con propios valores, intereses, sueños y aspiraciones, seguirá habiendo diferencias de opinión, de interpretación de la realidad, de formas de entender la realidad.

A lo largo de la historia se ha identificado al conflicto con una concepción negativa, o con situaciones que implican zozobra e incertidumbre. Además, que vulnera, quebranta, impide y retarda los fines proclamados por el derecho y prácticamente cada forma de organización como la paz, la seguridad jurídica, el

bienestar común, el orden, la libertad, la igualdad, la equidad, la dignidad humana y en última instancia, la justicia.⁶⁶

Para Fernando Flores García, los principales factores que entorpecen la solidaridad de intereses son la permanente escasez de satisfactores, la multiplicidad de necesidades y de personas, la falta de espíritu solidario, los obstáculos para la creatividad para emprender y llevar al éxito empresas de ayuda recíproca. Dichas circunstancias son las que orillan a lo que él llama, la indeseable pugna de intereses.⁶⁷

Precisamente, de este conflicto de intereses encontrados por saciar una necesidad, nace el litigio, que, en otras palabras, no es otra cosa que una especie de contienda de voluntades, de interpretaciones, de formas de entender prerrogativas. Mientras que uno tiene una pretensión, o la exigencia de un interés propio, el otro tiende a la oposición, resistencia a tal exigencia que considera contraria, y que, en última instancia genera disputa, genera contienda, insatisfacción, y una sensación de injusticia, de caos, desorden.⁶⁸

Es por eso que, históricamente, las sociedades han buscado evitar, evadir, ignorar, negar, adornar, ocultar, suprimir o eliminar los conflictos de la mejor manera. La justicia a propia mano, la autodefensa, la guerra, el proceso, la mediación, son invenciones humanas en torno a la gran cantidad de problemas que presenta la convivencia y coexistencia humana. Si existen los sistemas de impartición de justicia, es precisamente para que dichos conflictos sean resueltos pacíficamente y así, garantizar la convivencia social pacífica.⁶⁹

⁶⁶ Flores García, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2003, p. 35.

⁶⁷ *Ibidem.*, p.34.

⁶⁸ *Ibidem*, p.31.

⁶⁹ Uribarri Carpintero, Gonzalo, "Finalmente, un estatuto constitucional para los mecanismos alternativos de solución de controversias...", pp.69-94, en Uribarri Carpintero, Gonzalo (coord.),

Ante dicho panorama diverso y vasto, varios autores han intentado clasificar todas estas formas resolutivas en grupo. Por ejemplo, está la clasificación de las tres vías en las que se aborda un conflicto, ya sea sobre la base de los intereses, de los derechos, o del poder. Cuando es sobre la base de los intereses“...las partes equilibran sus posiciones, reconocen capacidades, participan en la búsqueda de soluciones satisfactorias para ambas partes, se logran acuerdos a partir de la voluntad de los involucrados.”⁷⁰

Cuando un asunto se aborda sobre la base de los derechos, el juez es el que resuelve basándose en normas preestablecidas, determinando ganadores y perdedores en función del que cuenta con el derecho a su favor. Por último, sobre la base del poder, se entiende que jerárquicamente una parte impone por medio de la posición de un poder en forma unilateral sus intereses, omitiendo la participación de la otra en la toma de decisiones.⁷¹

Otra clasificación es la de Martha Eugenia Lezcano Miranda, para quien son cuatro las formas en que se ha asumido el manejo de una diferencia a lo largo de la historia. El poder es la manera más antigua de resolver los conflictos, y guarda similitudes, por ejemplo, con la forma en que muchos animales resuelven sus diferencias. Es decir, violencia, agresión, demostración de una superioridad física.⁷²

La ley del talión, la guerra y el duelo son manifestaciones que se basan en el poder y que confunden derecho con imposición, razón con fuerza. Aunque es una de las vías más antiguas, la fuerza por lo general se asocia como una vía no pacífica e impositiva donde aquel que se cree (y es) más fuerte, o más listo

Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 Constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos de alternativos de solución de controversias, México, Porrúa, 2010, p. 72.

⁷⁰ Corporación de Asistencia Judicial, R.M., *Resolución alternativa de conflictos. Una opción democrática de acceso a la justicia*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2003, p.13

⁷¹ *Ibídem*, p.14

⁷² Lezcano Miranda, Martha Eugenia, *La justicia de Todos, Mecanismos Alternativos de solución de conflictos*, 3ª edic., Colombia, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2016, p.35.

o más astuto, impone la solución a su manera, sin importar para nada la voluntad, el interés o los derechos de su contraparte. Por tanto, el nivel de satisfacción de una parte es muy poco, por no decir ninguno, y en vez de garantizar la desaparición del inconveniente, genera deterioro, disociación, discordia, desconfianza, y hasta ruptura del tejido social.⁷³

En la segunda forma, llamada *autocomposición*, la dificultad se supera por consenso, es decir, los mismos individuos implicados en el asunto problemático deciden resolverlo entre ellos. Su característica principal es que no interviene tercero alguno, dejando a las partes como únicos interventores del asunto. Prácticamente, hay autocomposición cuando los mismos sujetos dentro de una controversia buscan arreglar su situación a través de vías no violentas ni impositivas. A este grupo pertenecen la mediación y la conciliación.

Por su parte, la *heterocomposición* se entiende como la situación en que se requiere la intervención legal y jurisdiccional de un tercero y en donde la salida se hace con fundamento en las normas establecidas. El proceso es el modelo arquetípico ya que surge en "...la necesidad de buscar una solución que defina la razón o la sinrazón de quien reclama y de quien resiste, o que restablezca el equilibrio turbado por la inobservancia de un derecho, o lo uno y lo otro."⁷⁴

Entre los modelos autocompositivos y heterocompositivos existe una clasificación intermedia, los *sistemas mixtos*, que comparten características de ambos modelos. A este cuarto grupo pertenecen el arbitraje y la amigable composición, donde los involucrados buscan solucionar y participar activamente en la solución, pero sin dejar de depender de un tercero.⁷⁵

Mientras que a la autocomposición pertenecen, por regla general, los llamados medios alternativos, la forma más característica de la heterocomposición es el proceso jurisdiccional. A la autocomposición además

⁷³ *Ídem.*

⁷⁴ *Ídem.*

⁷⁵ *Ibídem*, p. 47.

corresponden el desistimiento unilateral, el allanamiento, el perdón del ofendido, la donación, la cesión de derechos, y la transacción.⁷⁶

Para Nuria Belloso Martín, lo que existen son técnicas que, dependiendo del momento histórico y del tipo de Estado, sirven para garantizar la integración, orientación y control de una población determinada. Las técnicas protectoras y represivas, tienden a imponer deberes jurídico positivos (como las obligaciones) o negativos (prohibiciones). A través de los mecanismos jurídicos de control penal se establece una sanción, propia de una corriente liberal clásica y monista. Las técnicas organizativas o regulativas son propias del Estado social, ya que organizan la estructura económica, definen roles sociales, otorgan poderes públicos y distribuyen recursos. Por su parte, las técnicas promocionales pretenden incentivar, a través de leyes y sanciones positivas, a los individuos para que realicen ciertos comportamientos socialmente necesarios.⁷⁷

Lo que es evidente, independientemente de la clasificación, es que las formas coexisten en el espacio y en las diversas instancias jurídicas, a veces de manera jerarquizada y legalizada, y otras veces de manera paralela y paralegal. Más allá de que actualmente existen dos grandes corrientes, que apuntan a la llamada justicia ordinaria y a la alternativa, es innegable que en el seno de cada grupo social se tiende a intuir hacia una teleología específica, que no siempre es la paz, la justicia social o simplemente el orden. Incluso, la violencia, que tanto se ha intentado erradicar en los últimos siglos, persiste, siendo muy recurrida en todos los niveles y ámbitos legales y no legales. Basta con leer un periódico para identificar los enfrentamientos a la fuerza entre personas, entre países (Israel-Palestina) o entre grupos (el terrorismo de algunos fundamentalistas islámicos).

⁷⁶ Flores García, Fernando, *op. cit.*, p.62.

⁷⁷ Belloso Martín, Nuria, "Derecho en transformación. Cuestiones de filosofía jurídica y justicia reparadora", pp.327- 365 en Belloso Martín, Nuria y De Julios-Campuzano, Alfonso (coord.), *op. cit.*, p. 329 y 330.

La presencia de una gran variedad de Estados modernos conlleva también al sinfín de vías institucionales para dirimir controversias, que en su mayoría revisten la forma de proceso. Más, no todas las formas tienen los mismos elementos o persiguen los mismos métodos. Hay incluso algunas que no surgen desde el Estado o que ni siquiera son reconocidas, como la justicia de las comunidades indígenas, que además de contar con juridicidad propia bien podrían ser estudiados junto al proceso.

Todo esto, no es más que un claro ejemplo del amplio espectro de posibilidades de resolver conflictos que existe en el mundo. Dicho escenario refleja un panorama típico de pluralidad de nuestros tiempos que coincide con la globalización, que inopinadamente "...supone fractura, multiplicación, descentralización y diversificación de las instancias jurídicas de producción normativa."⁷⁸

Sin embargo, como se analizará más adelante, la teoría monista del derecho se ha enfocado en estudiar a fondo sólo una de tantas formas, dejando el enfoque de los demás mecanismos en la superficie. Categorías como proceso, como resolución de conflictos, como justicia, se encuentran adheridos a ésta ideología monista o centralista. Es por eso que en el imaginario colectivo cuando se piensa en litigio se trae a la mente la idea de que la única forma de darle cause es a través de un proceso ante tribunales. Más, no hay razón para seguir ignorando todo lo que ocurre debajo y paralelamente a la estructura de gobierno, ya que "...este es el más pequeño solo entre esa inmensa pluralidad de Derechos que cosecha la vida y no siempre el más importante."⁷⁹

3. Pluralismo y derecho procesal

⁷⁸ De Julios-Campuzano, Alfonso, *op. cit.*, p. 52

⁷⁹ *Ídem.*

Desde que se instituyó el Estado moderno, la mayoría de los países, en su mayoría occidentales, han repetido dicho modelo, bajo la creencia de que éste se insta para cumplir tres funciones primarias: la determinación del orden jurídico mediante la creación de normas, el mantenimiento de ese orden, restableciéndolo cuando fuese alterado, y la satisfacción de las necesidades de seguridad, cultura y bienestar general.⁸⁰

En la teoría del Estado, la atribución de esas funciones recae en los tres poderes, que en conjunto forman parte de una fuerza pública soberana. Así, mientras el legislativo dicta reglas de conducta que regulan las relaciones entre particulares, el ejecutivo se encarga de satisfacer los intereses colectivos a través de la administración pública, y el poder jurisdiccional se encarga del efectivo cumplimiento de las normas a través de la fuerza y el mandato.

Para dirimir las controversias que surgen en la población se ha constituido todo un complejo entramado de principios, leyes, instituciones y doctrinas que sirvan a ese fin. Los mecanismos judiciales, contenciosos por naturaleza, que han sido en los últimos siglos, los predominantes en la historia del planeta no son más que manifestaciones de esta organización jurídico-política en la que destaca una noción de poder coercitivo, ligada al concepto de autoridad pública. Justamente esta noción dota de eficacia a las autoridades investidas con ese poder, permitiéndoles imponer sus determinaciones incluso en contra de la voluntad particular.⁸¹

A través de una norma procesal se impone un orden general a la población, y establece la actuación del juez, de las partes y aún de los terceros en el proceso, determinando su posición y rigiendo sus relaciones recíprocamente. De esta forma, riguriza la administración de justicia, y la encierra dentro de sus

⁸⁰ Vizcarra Dávalos, José, *Teoría general del proceso*, 14 edic, México, Porrúa, 2015, p.2.

⁸¹ Rojas Gómez, Miguel Enrique, *La Teoría del proceso*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p.28

propias vías institucionales, asegurando con ello la vigencia del proceso ya que solo pueden apartarse de ella en la medida que la misma ley lo permita.⁸²

El derecho procesal no es más que la culminación de toda una teoría que sustenta la intervención de una autoridad en la vida de los ciudadanos, aplicable a una población en un territorio determinado. Parte de la idea de que a toda persona se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en términos del artículo 17 Constitucional. A su vez, también funciona como el medio para evitar que ninguna persona se haga justicia por sí mismo ni ejerza violencia para reclamar su derecho establecido.

Así, el debido proceso se ha convertido en fundamento de la estructura de los Estados ya que a través suyo se contienen los conflictos jurídicos que surgen entre su población. Dicha idea estatista se complementa con la de ley procesal, que es la norma jurídica obligatoria y general dictada por un poder para regular la conducta de la población y establecer órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines. Las leyes procesales son preceptos elaborados formalmente por un poder legislativo en cualquiera de los regímenes (federal, local o municipal). Por eso, son una rama del derecho público.⁸³

Al regular la forma y modo en que deben tramitarse los procedimientos dentro de los órganos judiciales, consolida una teoría que monopoliza la violencia y la impartición de justicia dentro de los Estados. En ese sentido, la importancia del derecho procesal se debe a que se cree que la abogacía se funda en práctica litigiosa y ante tribunales. Por ello, la enseñanza del proceso, es considerada esencial en la formación de todo abogado, ya que acompaña e instrumenta prácticamente a todas las áreas como la civil, la penal, la familiar, la mercantil, laboral, administrativa y hasta constitucional. De la misma forma sostiene a la teoría general del derecho y complementa también a la del Estado.

⁸² Vizcarra Dávalos, José, *op. cit.*, p.10.

⁸³ Flores García, Fernando, *op. cit.* p.151

Aunque puede llegar a creerse que el objeto de estudio del derecho procesal es la resolución de conflictos, la realidad es que, y como su nombre lo indica, es el proceso. Esa perspectiva teórica permite ver al proceso como una herramienta más (o un canal) para que el ser libre en potencia que es el humano, pueda desollarse como un ser racional capaz de desarrollar dicha libertad. Por eso, para autores como Ivonne Nohemí Díaz Madrigal la idea de que un tercero ajeno a la controversia tome la decisión, en el marco de un proceso desarrollado conforme a reglas, además de ser atractivo, es una conquista para el Estado de derecho.⁸⁴

El derecho procesal ha aparejado al proceso con el concepto de Estado, al grado que no se puede explicar uno sin el otro. Para el procesalista Miguel Rojas Gómez por ejemplo los dos aspectos de que inevitablemente tiene que ocuparse el derecho procesal son "...la indicación del organismo que habrá de solucionar los problemas de contenido jurídico que surjan entre los asociados, y el segundo, el procedimiento que debe seguirse para encontrar tales soluciones".⁸⁵

A través de sus códigos procesales, el Estado determina que temas son jurídicos y cuáles no, qué acciones pueden ser considerados delitos, cuáles son las competencias, etcétera. También recubre al proceso jurisdiccional con el imperio de la ley. Dicha adopción se justifica en la teleología de garantizar la estabilidad de la organización y la armonía social, que, dependerá en el grado de obediencia que el sistema normativo logre en la colectividad.⁸⁶

El derecho procesal se ha encargado de crear conexiones tan sólidas entre la estructura estatal y su procedimiento, que ha creado una teoría de

⁸⁴ Díaz Madrigal, Ivonne Noemí, *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*. México, UNAM, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013, p.1

⁸⁵ Rojas Gómez, Miguel Enrique, *op. cit*, p. 28.

⁸⁶ *Ibidem*, p.33.

correspondencia total. En los llamados elementos esenciales se puede rastrear claramente como el pensamiento centralista y positivista ha influenciado en demasía, sosteniendo la idea de que el órgano de justicia está por encima de cualquier otro órgano social.

En términos generales continúa una tradición positivista que coloca al poder estatal por encima de cualquier otra forma de organización y que ayuda a sostener una hegemonía determinando, por medio de leyes y jurisprudencias, que asuntos trascienden el ámbito de lo privado y se convierten en público. Si el Estado es una referencia central y necesaria para cualquier análisis de la realidad actual, el proceso es, en esa misma medida, un centro, un punto unitario de partida de cualquier estudio y lectura política.

Sin embargo, esta denominación eminentemente tradicional y oficial en nuestro ordenamiento jurídico es, un tanto estrecha y corta. Se cree por un lado, que solo el Estado con sus leyes y tribunales expeditos, pueden impartir justicia. Se cree por el otro, que la única herramienta con la que cuentan los abogados para ejercer la tutela es a través del proceso. Así, se crea una equivalencia entre derecho y Estado, que no es más que un esquema útil, quizás pedagógico, pero que va en detrimento del empoderamiento social. Mientras que una estructura plural se compone de múltiples instancias de gobierno y muchas poblaciones en un territorio, para la estructura tradicional solo hay una juridicidad que deviene de un gobierno para una población y territorio.

Detrás del derecho procesal está el mismo vicio que arrastra al resto de las áreas. Exceso de Estado, sobreexplotación de las instituciones, falta de confianza en la gente. Hay también negación de la pluralidad donde el problema de la tutela jurídica de los derechos no es únicamente un problema de proceso jurisdiccional. Por eso, de una forma cerrada, se opone a un nuevo paradigma jurídico que le sirva como marco-guía, y que defiende las diferentes

maneras de organizar la vida comunitaria o como González Galván las llama, “manifestaciones de la conciencia de ser/estar en la tierra”.⁸⁷

Visto desde el pluralismo jurídico, el derecho en su faceta más amplia, no se reduce a una función jurisdiccional exclusiva de los tribunales ni de jueces. Aunque el proceso representó en un momento una de las fases más efectivas para resolver los conflictos de manera pacífica, hoy en día no puede considerarse ni la más efectiva ni la más eficaz. En todo caso, el derecho procesal sería una rama de una teoría más grande sobre la administración de justicia y resolución de conflictos.

4. Pluralismo Jurídico y Proceso

4.1. *Introducción.* Si el derecho procesal es una teoría estatal, su objeto de estudio, es, de la misma manera, una referencia que necesita a un poder centralizado. Esto se comprueba de manera muy clara en el terreno lingüístico, donde el uso de la palabra *proceso* se ha venido utilizando preponderantemente con una sola excepción, la jurisdiccional. Dicha restricción deviene de una ideología y sobre todo de la práctica y uso constante.

La voz *proceso* refiere a un conjunto de pasos a andar para llegar a un fin. Proviene de *procederé* cuya voz refiere a una teleología, y conlleva la noción de movimiento, de empuje (de ahí el término impulso procesal). Por otro lado, supone organización, concatenación, procedimiento y da la idea de un estado dinámico o correspondiente a cualquier fenómeno que se desenvuelve o desarrolla como si se tratara de un proceso químico, físico o biológico.⁸⁸

En *latus sensus* su significado es tan amplio, que no es exclusivo de la ciencia jurídica. Es posible encontrarla en distintas disciplinas, como la física (proceso de ebullición), la biología (proceso digestivo), la neurociencia (proceso

⁸⁷ González Galván, Jorge, *op.cit.*, p.57.

⁸⁸ Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *Teoría del proceso*, 12ª edic., México, Porrúa, 2010, p.243.

neuronal), o la sociología (proceso migratorio), y en distintas actividades humanas (proceso de fabricación, de transformación, etc...). En el derecho existen procesos de institucionalización, legislativos, o de mediación o arbitraje.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, con otra palabra como *medicina*. Se creía (todavía se cree) que la medicina es aquella que se estudia en las facultades. Es decir, que médico solo es el doctor con licencia o el especialista. Pese a ello, en los últimos años se ha aceptado que, junto a la medicina oficial, institucional y profesionalizada, fármaco-química, alopática o la acupuntura circulen en la sociedad otros tipos de medicina, como la tradicional, la herbaria, holística, comunitaria, mágica, no occidental, entre muchas otras. Eso demuestra que, cuando se trata de palabras polisémicas, es muy difícil restringir los significados a uno solo.

No obstante, aunque en principio *derecho procesal* es un término que podría ser aplicado a todos los tipos de proceso jurídicos existentes, la realidad es que el eje de la materia ha sido el denominado jurisdiccional. Tal parece ser que lo que distingue al proceso jurídico de otros tipos de procesos sociales es la participación de la autoridad estatal en funciones. No importa si, por ejemplo, una asamblea comunitaria sigue un conjunto de pasos para determinar culpabilidad y pena. Proceso, en *strictus sensus* será, si y sólo si, está revestido de validez, dotado de legalidad, y si está reglamentado legislativamente por un poder estatal.

Esta visión reduccionista coincide a la perfección con el modelo monista, que en aras de crear un bloque normativo e institucional sólido y cerrado, priva la multiplicación de significados. Por ello, la teoría del proceso puede ser considerada como una de tradición liberal de siglo veinte, que atenta contra la realidad globalizada y plural.

4.2. *La teoría monista del proceso.* Desde que el Estado moderno se consolidó en el mundo por medio de la colonización, la idea de la soberanía única, la jurisdicción única, se fortaleció al grado de pensar que más allá del

Estado sólo existía naturaleza. De esa forma, lapretendida validez y eficacia del proceso, se sostuvo en la creencia de que dicho modelo funcionaba solo por venir de otros lugares, dando por hecho que la historia occidental es la única historia válida, e ignorando que esas mismas instituciones pueden tener un significado diferente en otros contextos culturales.⁸⁹

En palabras de David Sánchez Rubio, "...muchas veces se consideran que nuestros marcos categoriales y esquemas mentales son universales, ignorando la trayectoria histórica y la ubicación espacio-temporal y cultural de todo aquello que interpretamos (en este caso las instituciones jurídicas) y con lo que hacemos dicha interpretación (la teoría)."⁹⁰

El derecho procesal se ha convertido en uno de los fundamentos de toda la teoría jurídica. Más que una teoría, es una ideología centralista, "...una mezcla de afirmaciones sobre cómo debe ser el mundo, e incluso de presuposiciones apriorísticas sobre cómo es y cómo tiene que ser necesariamente, que convierte la imagen que tienen del mundo jurídico en un hecho incontrovertible, en la piedra fundacional de la teoría social y jurídica."⁹¹

Esta ideología, sostenida en conceptos, teorías y experiencias, tiene un arraigo tan vigoroso en la imaginación de los juristas y los científicos sociales, que dificulta mucho la apertura a nuevas ideas o formas de entender el derecho. Por eso, uno de los grandes retos de los procesalistas hoy en día es sostener los fundamentos de su materia, sin olvidar el contexto cultural en el que nos movemos.

Si una persona acude ante un juez, es porque solicita la intervención del Estado revestida en la forma de autoridad. Lo es también porqué la práctica y la teoría procesal se ha construido alrededor de un poder público manifestado en la forma de tribunales y salas. Y esto ha derivado en la creencia de que la

⁸⁹ Sánchez Rubio, David, *op. cit.*, p.114.

⁹⁰ *Ídem.*

⁹¹ Griffiths, John, *op. cit.*, p.149 y 152.

resolución de conflictos e impartición de justicia proviene solo desde arriba, a través de una fuerza soberana que controla la vida política de una nación y garantiza la seguridad estatal.

Sin embargo, como han venido demostrando el pluralismo jurídico es que la juridicidad no es otra cosa que el calificativo que permite legitimar o privilegiar, un sistema normativo sobre el otro al que se arroja a la antijuridicidad. En esta tradición monista, las jurídicas son normas especiales producidas por los órganos del Estado, (y por tanto bilaterales, es decir, estado e individuo) mientras que las normas morales son creadas por el propio individuo que las acepta y las acata (es decir, unilaterales, el sujeto a la norma es el mismo que la produce).⁹²

Al ser la teoría del proceso de corte monista, ésta presenta las mismas dificultades para adaptarse a las dinámicas actuales. Uno de esos principales problemas es que se centra en el estudio de una de las múltiples composiciones jurídicas y con ello, prácticamente ahoga las posibilidades de resolver conflictos sin acudir a un tercer o un juez. Con esa postura más bien cerrada, de pretendida hegemonía estatal, se ha generado una monopolización en el uso del proceso, que ha venido trayendo a la larga una llamada *cultura del litigio*. Además, dicho modelo tradicional persigue una tradición de enfrentamiento, de lucha, de conquista, en donde se percibe el litigio como un combate en donde una buena estrategia asegura la victoria para el abogado y el cliente. Incluso el proceso puede considerarse como una ritualización de las guerras.

El exceso de la instancia, la formalidad del proceso y los prejuicios sociales en torno a las instituciones, los jueces y los abogados, han generado que dicho medio de resolución se desenvuelva con lentitud y morosidad, que tenga grados alarmantes de congestiónamiento, y que además sea de alto costo económico y de desgaste personal tanto para el Estado como para los

⁹² Correas, Oscar, *op. cit.*, p.33

involucrados en un juicio. También ha generado por un lado que los sistemas o medios alternativos de justicia sean ignorados, o que aún pocas personas acudan a ellos por más que en la actualidad se busque alentar a la población a usarlos.

Tal diferenciación demuestra que el derecho contemporáneo tiende más hacia la fragmentación y especialización que hacia la unidad y generalidad. Es decir, la pluralidad de formas creadas para dirimir las controversias que existen en el mundo, se escapa a una categoría única o a un concepto universal como proceso. Por ello, en un panorama de pluralidad, se hace necesario cambiar la perspectiva de estudio del derecho actual.

4.3. Los elementos esenciales del proceso. La diversa naturaleza de las normas jurídicas sustantivas aplicadas permite que haya tantos procesos como normas aplicables por cada uno. Por eso se puede hablar de procesos en materia civil, mercantil, laboral; en materia agraria, penal, administrativa, constitucional, fiscal, electoral, aérea, marítima, aduanal, familiar e internacional.

Contra la idea que se reproduce en la enseñanza, el proceso está más cerca de una pluralidad que de una unidad indiscutible. Si bien la teoría ha establecido conceptos, instituciones y principios que hacen al derecho procesal diferente de otras ramas del derecho, no ha sido fácil unificar los criterios y conceptos en torno a este. La cantidad de teorías sobre la naturaleza del derecho, los debates sobre los elementos fundamentales del derecho y las diferencias sustanciales que existen entre los distintos tipos de procesos judiciales generan una gran cantidad de posturas sobre los alcances y límites del proceso.

Aunque ha habido una gran cantidad de autores como Carnelutti, Couture, Dorantes, o Pallares, que han querido definir los elementos esenciales del derecho procesal, no ha habido unanimidad en definir cuáles son. Sin embargo,

existe una tendencia general hacia la 'unidad esencial del derecho procesal' que es expresada en tres conceptos fundamentales, y que también ha sido llamada como la *trilogía estructural de la ciencia del proceso*. Estos conceptos unívocos, son la jurisdicción, la acción, y el proceso.

La acción -del latín *actio, actionis*, que significa movimiento- es la piedra angular de las instituciones que integran el estudio del proceso. La acción es lo que inicia el proceso, llamando al demandado quien podrá oponerse mediante las excepciones. Para su ejercicio tenemos que plasmarla objetivamente en una demanda ante el órgano jurisdiccional competente, y consta de cuatro elementos que son el derecho, la capacidad, la calidad y el interés.

Aunque la palabra acción igual que proceso es un concepto muy amplio que puede significar muchas cosas, en la teoría convencional del derecho, se vincula con la idea del Estado, ya que éste proporciona a sus gobernados el poder de iniciar un proceso ante los órganos jurisdiccionales. Cualquiera que sea la naturaleza su naturaleza existe en función y hacia el órgano al cuál se dirige.

La acción significa exigencia a la autoridad de poner en movimiento su maquinaria. Al depositar en la figura del juez parte del poder soberano y originario que el pueblo le otorga, se requiere atención del poder público y la necesidad de una protección vertical.

Rojas Gómez lo define de la siguiente manera:

...la acción es el derecho subjetivo abstracto, en cabeza de todo individuo, de exigir al Estado la realización de la jurisdicción mediante la provisión de una solución jurídica a cada situación o cuestión problemática concreta en que advierta afectados valores esenciales de la colectividad o estime comprometidos sus particulares intereses real o supuestamente amparados por el derecho.⁹³

⁹³ Rojas Gómez, Miguel Enrique, *op.cit.*, p.75.

Sin embargo, si asumimos que el paradigma está cambiando, y que hoy en día es evidente la coexistencia de varios agentes a los que se puede acudir cuando ocurre un conflicto, la acción podría convertirse en un concepto más amplio que compete a cualquier persona a exigir un derecho de cualquier forma legítima y pacífica posible. En una sociedad que tiende a disminuir el espectro y la participación del Estado en las esferas privadas, acudir a la justicia alternativa, o actuar en torno a dicha resolución manifiestan que cualquier persona que tome una postura activa en la resolución de sus conflictos jurídicos en teoría estaría realizando acciones.

De la misma forma la teoría procesal ha limitado el uso de la expresión *jurisdicción* a una fuerza. Aunque la jurisdicción es un concepto muy amplio (de *jus, juris* –derecho-, y *decire*, -decir-), la teoría monista lo liga a la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales para aplicar la ley a los casos concretos y hacer cumplir sus resoluciones. En principio, dicha capacidad abstracta conferida al Poder Judicial, cómo órgano natural, le permite ponderar el caso sometido a su consideración y resolverlo mediante una sentencia. Cuando el juzgado, juez o magistrado desempeña esa labor para cuyo ejercicio lo habilitó el Estado, se comprende que ha dicho el derecho.

Para el procesalista citado, las características de la jurisdicción como la singularidad, la independencia, permanencia, concreción, la imparcialidad (así con “t”) o sobre todo exclusividad, son valores que refuerzan la idea de que la última palabra siempre está del lado de los jueces, los ministros y los magistrados, investidos de facultades conferidas por la Constitución.⁹⁴

Para el derecho procesal, decir el derecho equivale a poseerlo. Así, es el Estado el que posee la facultad de decirlo, por lo que los asociados tienen el deber de someter a la consideración y decisión jurisdiccional toda situación problemática en que se hallen comprometidos. Ofreciendo la solución de la cuestión problemática demuestra la vigencia práctica de su derecho objetivo,

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 45-53.

legitimándose a sí mismo, a costa de privar de relevancia y capacidad resolutoria a la población. Y esta misma apropiación de la jurisdicción y la acción, permiten sostener una teoría monista del proceso.⁹⁵

Al tener el Estado el monopolio de la jurisdicción, se niega cualquier *otra* forma de decir el derecho. Si bien, suele conferir autorización para sustraerse en el estudio y decisión sobre algunas cuestiones, que justifica precisamente a la justicia alternativa, es claro que por anticipado hace suya y somete a sus mandatos la solución que llegue a proveerse como resultado de dicho estudio.⁹⁶

Aunque tradicionalmente se ha creído que el Estado tiene exclusividad en la producción jurídica y por ende en la jurisdicción y la aplicación del mismo, el pluralismo ha criticado esta concepción y ha establecido que la jurisdicción, no es única, ni está centralizada. Si entendemos que el proceso judicial es básicamente la exigencia constitucional para el desarrollo rogado de la jurisdicción, es posible que lleguemos a la falsa idea de que solo los Estados constitucionales pueden decir el derecho, y en consecuencia, producirlo. En realidad, el poder y el derecho se reproducen en muchos otros espacios.

Desde una perspectiva plural, jurisdicción no es una expresión exclusiva del Estado, ya que cualquiera puede decir el derecho. No se necesita ni conocimiento específico sobre derecho, ni tener mandato político. Por ejemplo, las comunidades indígenas cuentan con una jurisdicción especial, ya que, desde tiempos remotos y anteriores al Estado moderno, ya podían decir su derecho. Cherán es uno de los ejemplos más concisos cuando se trata de jurisdicción. No solo no permiten elecciones, sino todos los problemas que ocurren dentro de la comunidad son resueltos por ellos mismos sin ningún tipo de intervención estatal. También, los movimientos sociales que reivindican una legitimidad no reconocida en las leyes, ya sea por medio de la

⁹⁵ *Ídem.*

⁹⁶ *Ibídem*, p.41.

institucionalización de sus derechos, o porque simplemente producen normas en su interior, son otro ejemplo de jurisdicciones especiales, que a su forma dicen el derecho.

El tercer y último elemento ha sido llamado simplemente *proceso* y se refiere a la estructura esencialmente idéntica que debe guardar todo tipo. Debe empezar con un presupuesto (*litigio*), desenvolverse a lo largo de un recorrido (*procedimiento*) y perseguir una meta (*sentencia*) que conlleva a su complemento (*ejecución*). Litigio, procedimiento, sentencia y eventualmente ejecución, son la estructura de un proceso, que además debe contar con la característica de ser dinámico, ya que se desarrolla de acto en acto hasta desembocar en la resolución dictada por el juez.

Solamente habría que revisar que una mediación, o incluso sistemas de justicia de las comunidades indígenas parten de un litigio, se desenvuelven en un procedimiento, igualmente tiene una meta que se complementa en la ejecución. La única diferencia es que en el debido proceso dicho procedimiento, sentencia y ejecución corren a cargo de los órganos estatales, y en los otros medios alternativos la resolución debe ratificarse ante autoridad judicial para luego ser ejecutada.

5. La crisis del proceso y el sistema penitenciario mexicano

El también llamado derecho formal se instaura en el Estado moderno como una garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad, contra el abuso de autoridad. Su objetivo principal es asegurar el respeto del derecho sustantivo consagrado e impedir que éste no sea impunemente ignorado. En cierta forma, podría decirse que transforma en concreto los derechos reconocidos en abstracto.

Sin embargo, en países llamados de tercer mundo, o países en desarrollo, la realidad supera a la ficción jurídica. Uno de los problemas de la aplicación y

obediencia al orden normativo imperante, es la inconsistencia de los dos factores que Rojas Gómez llama fundamentales, como son la justicia intrínseca y la eficacia de los mecanismos coercitivos. La percepción de que el sistema favorece solo a unos cuantos, atenta contra el principio de justicia intrínseca, que es aquella que no opera con el temor si no con la idea de lo justo. La lentitud, la tardanza y el alto costo de la justicia, va en detrimento de la eficacia de dichos medios adoptados con el propósito de garantizar su observancia.⁹⁷

En países como México, con grandes niveles de desigualdad, con altísimos índices de pobreza extrema y desempleo, el catálogo de derecho subjetivo, no es más que eso, un catálogo. Aunque en la Constitución se reconozca el derecho a la vivienda, el derecho a la vida, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la libertad de expresión y a muchísimos otros derechos, todos éstos son constantemente violentados tanto por otros ciudadanos como por el Estado. Lo mismo pasa con el derecho a la impartición de justicia y a todos las prerrogativas establecidas en el artículo 17. En ese sentido, "...lo que está en crisis no es el derecho ni la ciencia que lo estudia, sino concretamente algunas disposiciones jurídicas, que por otra parte se están adecuando paulatinamente a los vertiginosos cambios sociales de nuestra época."⁹⁸

Y en este caso, pese a todas las virtudes y ventajas que presenta el proceso frente a otras formas de resolución de conflictos, hay nociones que lucen ya rebasadas, superadas por las nuevas corrientes jurídicas que buscan un cambio en el paradigma jurídico, social, y político, que instan a una sociedad más participativa, capaz de tomar sus propias decisiones, y que impulsa una sociedad transcultural del diálogo.

En la actualidad el proceso presenta un gran número de deficiencias que no han pasado desapercibidas. El monopolio de la jurisdicción ya no es capaz de cumplir con las expectativas y darle dinamismo a la cantidad tan numerosa de

⁹⁷ *Ibidem*, p.33

⁹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 392.

demandas. El sistema judicial en México, por ejemplo, ha pasado de ser una solución, a un problema, reflejando en buena medida que no estaba preparado para semejante volumen y variedad de demandas.

La saturación de casos en los tribunales (resultado del procesalismo), ha generado que la impartición de justicia sea demorada y que se presente una gran acumulación de expedientes. A dicha saturación Héctor Fix-Fierro la ha llamado “explosión de los litigios”, que es “...un incremento dramático y desproporcionado en las cargas de trabajo que afecta la capacidad de los tribunales para manejarlas eficientemente.”⁹⁹

Dicha litigiosidad ha provocado no solamente el incremento en el número de litigios, sino también, una mayor duración de los juicios, un aumento en los asuntos rezagados y una caída general en la calidad de los servicios judiciales. Es decir, que los niveles crecientes en la demanda, no pueden ser absorbidos sin una grave reducción en la eficiencia y calidad en las resoluciones.¹⁰⁰

Basta con darse una vuelta a Niños Héroes o a avenida Juárez (a los Juzgados Civiles y Familiares, respectivamente), o a cualquier Ministerio Público de la Ciudad de México, para encontrar instalaciones atiborradas, archivos repletos, burócratas lentos y sin preparación; las oficinas de los jueces saturadas con expedientes amarillos y encuadernados a mano, mientras secretarios y secretarias sacan los acuerdos como pueden, dilatando los juicios lo más posible, no por incompetencia, sino por incapacidad física y material de encausar cada una de las demandas o denuncias.

Esos lugares pueden ser comparados a una maquinaria lenta que es puesta en movimiento por particulares que esperan les resuelvan su situación jurídica; que asemejan más a la pesadilla del proceso kafkiano, que a la idea abstracta

⁹⁹ Fix-Fierro, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p.13.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.14.

e idealizada del derecho procesal. Como escribe Uribarri, en el camino "...las desviaciones, las bifurcaciones, los topes, encarnados todos ellos en apelaciones, incidentes, plazos, recursos, tiempos muertos, complican y alargan el proceso a tal grado de que se llega a esa meta después de varios años".¹⁰¹

Es incomprensible, pero normal, concebir que, para llegar a la solución de un problema humano deban transcurrir uno o varios años, contradiciendo incluso el adagio latino de que *justicia retardada es justicia denegada*. La dilación, la tardanza y el desgano de secretarios de acuerdos, archivistas, jueces, proyectistas, es una realidad con la que deben lidiar día con día los abogados que acuden a los tribunales de la Ciudad de México.

A ese escenario real, hay que agregar una aplicación plagada de formulismos y procedimientos meticulosos (que incluyen hasta términos en latín) que vuelven demasiado técnicos los procedimientos. Pareciera ser que al tomar la premisa de Dworkin de que no hay caso sencillo, la impartición de justicia se complejiza tanto que parece ser solo comprensible para un pequeño grupo de especialistas jurídicos. Así, se cae en la idea de que la resolución de conflictos, de consecuencias legales, solo concierne a abogados, litigantes, jueces y gente inmiscuida en el derecho.

El grado de especialización técnica y el creciente costo de la justicia son dos factores que, inevitablemente, vuelven el acceso a la jurisdicción estatal algo exclusivo y de difícil ejercicio para un número inmenso de ciudadanos; es decir, el precio real, monetario, de la justicia material. Está, por un lado, lo que le cuesta al Estado mantener su sistema judicial, que incluye infraestructura (y su respectivo mantenimiento), logística (seguridad, planeación, administración) y honorarios (no solo de jueces, magistrados y ministros, sino de archivistas, secretarios, actuarios, proyectistas, y claro, abogados de oficio). Y por el otro,

¹⁰¹ Uribarri Carpintero, Gonzalo, *op. cit.*, p.73.

lo que pagan las partes para sostener su defensa legal privada que, por lo general, es considerada muy cara.

En el ámbito de la justicia penal y el sistema penitenciario, el hacinamiento generado por la sobrepoblación, la re victimización, la escuela del crimen junto con la violencia, la corrupción, la jerarquía con imposición de autoridad, los motines dentro de las mismas cárceles, son algunos de los problemas que impiden que los llamados centros de readaptación cumplan con el fin para las que fueron creados: reinsertar al individuo una vez que cumpla su condena.¹⁰²

En ese sentido, el derecho procesal no se preocupa por el victimario, ni por las consecuencias *a posteriori* de la pena, como lo son la marginación o la estigmatización social. Dicho desinterés estatal obstaculiza indirectamente la oportunidad de los internos para reintegrarse a la sociedad, vulnerando derechos humanos. Aunque el sistema penitenciario debería ser la institución encargada de reformar al delincuente y fomentar con ello la resocialización y prevención del delito, el entorno de angustia, soledad y abandono que envuelve a los internos genera falta de autonomía, baja autoestima y pérdida de la intimidad. Dicho ambiente evidencia el fracaso del sistema penitenciario en materia penal, reflejado en los altos índices de reincidencia en el delito.¹⁰³

No basta con crear nuevas cárceles para paliar la crisis del sistema penitenciario. Se requieren de nuevos esquemas de trabajo para reinventar al ser privado de su libertad, para que éste pueda acceder a un estadio mejor como persona. Esquemas que permitan visualizar el trabajo en conjunto de

¹⁰² Gorjón Gómez, Gabriel Jesús y Martínez Pérez, Yahaira Berenice, "I. Justicia restaurativa en centros penitenciarios. Una aproximación a la reinserción social", en Gorjón Gómez, Gabriel Jesús (coord.) *Tratado de justicia restaurativa. Un enfoque integrador*. México. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 17-41.

¹⁰³ *Ibíd*em, pp. 23 y 24.

sociedad y autoridades y que atiendan no solo el sentido técnico, sino también el humanista.¹⁰⁴

En el reporte sobre la operación de la justicia alternativa en México, elaborado por el Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., (CIDAC, por sus siglas) se analizó la situación de la justicia tradicional en nuestro país. En dicho informe se menciona que:

...la saturación del sistema de justicia y el anquilosamiento derivado de ella han provocado una percepción generalizada de insatisfacción ante procesos judiciales complejos e inaccesibles que ignoran los intereses de los ciudadanos y no les permiten una participación activa en el proceso.¹⁰⁵

Es decir, que la polarización se debe en gran parte a la desconfianza hacia el modelo tradicional y hacia las instituciones, ligada a los casos de corrupción en todos los órdenes y niveles del gobierno. Casos como el de Javier Duarte, la casa Blanca, Virgilio Andrade, Guillermo Padrés, Tomás Yarrington, Odebrecht, entre otros nombres que se suman a la nada honrosa lista, dan una percepción negativa del Estado y sus instituciones. Lo que, a la larga, genera una desconfianza y una falta de legitimidad demostrada en el estudio de Cidac: 9 de cada 10 delitos cometidos, no son denunciados.¹⁰⁶

Entre lo que debe y no debe hacer el Estado, o en su caso un funcionario público, o un presidente, la sociedad se polariza entre los que defienden el Estado, y los que buscan la forma de salirse o de ignorarlo. El estudio de María Inés Bergoglio, en el que analiza las opiniones entre usuarios de los sistemas de justicia alternativa se confirma esa dicotomía. Mientras que los abogados prefieren preservar el mayor número posible de casos bajo control exclusivo de

¹⁰⁴ Gorjón Gómez, Gabriel Jesús y Martínez Pérez, Yahaira Berenice, *op. cit.*, p.21.

¹⁰⁵ Centro de Investigación para el Desarrollo A.C., *La otra justicia. Reporte sobre la operación de la justicia alternativa en México*, México, CIDAC, TinkerFoundationIncorporated, 2016, p.7.

¹⁰⁶ *Ibídem*, p.7.

quienes, como ellos, poseen una formación jurídica, los justiciables se pronuncian mayoritariamente por el uso de la mediación.¹⁰⁷

Ahí en medio, entre una sociedad golpeada y desconfiada y un Estado inefectivo, está la posibilidad de modificar las cosas. Ante la disyuntiva de población o Estado, se ha hecho necesaria la aparición de salidas alternativas al proceso que no caigan ni en el linchamiento popular ni la indiferencia. Ante una completa falta de confianza del pueblo en su gobierno, es prioritario que éste la recobre confiando, paradójicamente, en la capacidad de su gente en reducir su atasco.

6. La teoría plural de la resolución de conflictos

Los estudios pluralistas han cambiado la concepción acerca del derecho y han mostrado que todo intento por unificar la teoría del derecho es irrelevante. Lo que existe son fenómenos accidentales, meramente aleatorios, resultados del azar. Con ello, acompaña al horizonte teórico en el examen de soluciones novedosas a los problemas contemporáneos que apunta hacia la autocomposición de los conflictos.

Si se analiza la realidad jurídica desde el pluralismo, es posible entender que no es necesaria la distinción entre normas morales y jurídicas. Las llamadas normas morales, no son impuestas por otro yo del individuo que las obedece, como se piensa. Es decir, que no son unilaterales, y que al contrario son impuestas por la sociedad en donde se nace, y que son introyectadas a través de la educación, familiar en primer lugar, y en el discurso pedagógico escolar. Por ello, en las comunidades indígenas no existe diferencia entre normas

¹⁰⁷ Bergoglio, María Inés, “¿Mediación Voluntaria u Obligatoria? La visión de las partes y de los operadores legales”, pp. 239- 262, en Caballero Juárez, José Antonio, *et.al.*, (coord.), *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Volumen I. Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p.247.

morales y jurídicas, como tampoco existía dicha distinción en la sociedad griega.¹⁰⁸

De la misma forma, tampoco es necesaria la distinción entre formas oficiales o alternativas de resolución de conflictos, cuando al final lo que debe imperar es la búsqueda de acuerdos. Un análisis del proceso desde una perspectiva plural es capaz de revelar que, de manera simultánea y paralela, coexisten otras formas de resolución de conflictos reconocidas y no reconocidas. Si dichos sistemas alternativos, además, cumplen las tres funciones del proceso que señala Miguel Enrique Rojas, que son la satisfacción del interés individual, la garantía de la defensa adecuada de los intereses en juego, y la vigencia práctica del orden jurídico, no hay razón para seguir evadiendo su estudio.¹⁰⁹

El incremento de los conflictos colectivos y la dificultad de la ingeniería procesal de encauzarlos, determinan una operatividad alternativa. Dicha situación permite entender el auge de medios, como la conciliación, que puede ser vista como práctica judicial (instaurada a partir del proceso) extrajudicial (alternativa para evitar el proceso), más o menos formal, pública o privada, facultativa u obligatoria, pudiendo o no ser institucionalizada. Con ello, la conciliación "...se revela no solo como variante en la solución de litigios sino, igualmente, como dirección más diferenciada y espontánea de los rituales en los procesos estatales."¹¹⁰

La mediación utiliza el procedimiento del consenso marcada por la informalidad para reemplazar la controversia judicial por un entendimiento dialogado, constructivo y cooperativo. Para Antonio Carlos Wolkmer, en dicho ejercicio las partes buscan resolver sus diferencias junto a sus intereses,

¹⁰⁸ Correas, Oscar, *Derecho Indígena Mexicano I*, p.34.

¹⁰⁹ Rojas, Manuel Enrique, *op. cit.* p. 124

¹¹⁰ Wolkmer, Carlos Antonio, *op. cit.*, p. 257.

“...con o sin la ayuda de una persona neutral, sin someterse a los principios y a las reglas procesales del Derecho formal.”¹¹¹

Así, dichos medios representan un alejamiento del paradigma tradicional, y en el fondo no son más que ejercicios de poder ciudadano. Si con el proceso se traslada la facultad de decir el derecho al juez, con la justicia alternativa dicho poder se reubica en las partes inmiscuidas en el conflicto. Dichas formas descansan en una nueva manera de pensar los conflictos. Representan visiones que, de ser más estudiadas, podrían representar auténticas manifestaciones de pluralidad jurídica y nuevos derechos.

Cabe aclarar que los medios de justicia alternativa no buscan necesariamente abandonar los procesos tradicionales. El mismo reconocimiento en la ley les da la característica de ser complementarios. Por eso, desde una visión estatal “...no se está pensando en sustituir el accionar de los tribunales, sino en difundir e institucionalizar otra forma de resolver los conflictos cuya naturaleza permita soluciones alternativas”.¹¹²

Todo este empuje teórico llevado a cabo por la sociología del derecho y por el pluralismo jurídico, ha traído favorables reformas legislativas, entre las que puede mencionarse la del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que se reconoció a nivel federal, la pluralidad jurídica relativa en cuanto acceso a la justicia y resolución de conflictos.

Sin embargo, el texto constitucional da a entender que la misma alternatividad de los mecanismos las pone en un segundo plano, como si se tratara de justicia de segunda clase. Como bien señala Hernany y Jorge I. Veytia Palomino, “...pareciera que después de garantizar el derecho de acceso a una justicia pronta, completa, imparcial y gratuita el fabricante se deslindara

¹¹¹ *Ibidem*, p.258

¹¹² Corporación de Asistencia Judicial, R.M., *op.cit.*, p.47.

de toda responsabilidad añadiendo algo que suena como un sin embargo las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.”¹¹³

Este proceder respalda la idea de que, no obstante, la pluralidad de medios, gran parte de los aprietos jurídicos se resuelven mediante el proceso jurisdiccional. Dicha razón, fomenta la cultura del litigio en donde se asumen varios prejuicios que, como menciona Luis Miguel Díaz habrá que desaprender. Algunos prejuicios son la necesidad del litigio como respuesta al conflicto, o la respuesta automática de acudir a un abogado para que atienda el asunto.¹¹⁴

En el caso de los litigios ante tribunales, por ejemplo, la Constitución garantiza que la impartición será gratuita para las partes, prohibiendo las costas judiciales. Esta aparente característica social coloca en ventaja al proceso frente a denominada justicia privada. Pero, como bien señala Veytia Palomino, la idea de gratuidad es en realidad una apariencia ya que todos los miembros del poder judicial reciben un sueldo y prestaciones, que proviene del erario público, y que, por ende, cada asunto ventilado de otra forma es un asunto que el Estado se ahorra.¹¹⁵

Si empezamos por reconocer que existe un número indeterminado de formas de derecho, de organización, de resolución de conflictos, podremos afirmar como Rubén Fernando Morales Rey que el derecho “...no es aquel que produce y aplica monopolísticamente el Estado por intermedio de sus poderes o derecho oficial como única fuente de producción del conocimiento jurídico (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Económico, Legal, Informativo, etc.).”¹¹⁶

¹¹³ Veytia Palomino, Hernany y Jorge, “Dejar de implorar como favor lo que se puede exigir como un derecho, preparando el camino de lo que preverán las leyes”, en Uribarri Carpintero, Gonzalo (coord.), *op. cit.*, p.3.

¹¹⁴ Díaz, Luis Miguel, *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 4

¹¹⁶ Morales Rey, Rubén Fernando, *op. cit.*, p.184.

La coexistencia y concurrencia de instancias autocompositivas, heterocompositivas, de violencia y de sistemas mixtos, han venido a generar una recomposición de lo jurídico. Es por ello entendible que muchos autores como el citado Morales Rey hable de profundas alteraciones de la concepción jurídica tradicional y de una ruptura del paradigma jurídico anterior. A ese tenor menciona que "...así como el poder está en todas partes, sea como micro-poderes de la vida cotidiana o como macro-poderes Estatales o supra Estatales...el Derecho también esta y surge de todas partes, donde existe una base social."¹¹⁷

5.1. *La teoría general de la composición del litigio.* Autores como Niceto Alcalá Zamora y Castillo ("Estudios de teoría general e historia del proceso, 1974), José Vizcarra Dávalos ("Teoría General del proceso", 1997), Carlos Cortés Figueroa ("Introducción a la teoría general del proceso", 1973), Miguel Enrique Rojas Gómez("La teoría del proceso", 2002), Cipriano Gómez Lara ("Teoría general del proceso", 2004), Luis Alfonso Dorantes Tamayo ("Teoría del proceso", 2010) o Carlos Arellano García (" Teoría General del Proceso", 2004) han preponderado una forma resolutiva por encima de otras.¹¹⁸

Dichos modelos de estudio se han centrado casi en su totalidad en analizar la institución procesal, dejando de lado un enfoque más diverso. Ya sea por una resistencia académica a adaptarse a los nuevos conocimientos dentro del derecho, ya sea por una cultura del litigio tan arraigada que no permite un replanteamiento de la forma en la que se resuelven los conflictos.

Para el maestro José Alberto Saíd Ramírez, la "Teoría General de la Composición del Litigio" acepta la idea de que el proceso jurisdiccional no es la única forma de solucionar litigios en la sociedad, aludiendo así a una

¹¹⁷ *Ibidem.*, p.186.

¹¹⁸ Saíd Ramírez, José Alberto, "La teoría general del proceso y su distinción con la teoría general de la composición del litigio. (Una aportación a la ciencia procesa por el emérito Dr. Fernando Flores García)", en Uribarri Carpintero, Gonzalo (coord.), *op. cit.*, pp.109-118.

denominación más amplia y por tanto más incluyente que la Teoría General del Proceso, en donde la última, es una especie dentro de un conjunto mayor. Para el autor citado, dicha teoría puede compararse a la de las obligaciones, que es una doctrina genérica, mientras que la teoría de los contratos, por ejemplo, es una especie de la primera.¹¹⁹

Dicha denominación, propuesta inicialmente por el Dr. Fernando Flores García en su libro “Teoría general de la composición del litigio” estudia las formas de resolución que son la autotutela, la autocomposición, el arbitraje, y el proceso. Dicho modelo plantea así un modelo plural donde existe una diversificación de los medios de solución de controversias. En esos términos, la teoría general del proceso intentaría “...proporcionar al estudiante una serie de directrices generales que le permitan tener una visión de conjunto de las disciplinas instrumentales y no un panorama cerrado”.¹²⁰

Otras propuestas en ese mismo sentido es la de Niceto Alcalá-Zamora, quién tiene una obra llamada “Proceso, autocomposición y autodefensa” (1947) en la que se muestra que a esa materia no se debe mostrar solo en su forma procesal. Al final, lo que se busca es que no encierre la enseñanza del derecho en los esquemas puramente normativos, formalistas o de visiones unilaterales. Es decir, que la teoría de la resolución del conflicto, no se reduzca solo a un procedimiento de manipulación de normas. Bajo una óptica plural, en vez de que se estudie solamente las leyes procesales, éste podría ampliarse para abarcar todas las manifestaciones de derecho que se encargan de la composición del litigio.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 109.

¹²⁰ Flores García, Fernando, *op. cit.*p.102.

Capítulo III:

La resolución de conflictos en un mundo plural

1.- Introducción

El individuo, como ser social, convive con el conflicto. No puede negarlo; es parte integral de las relaciones humanas. Siempre hay alguna diferencia, algún punto de vista distinto que choca con el punto de vista o el entendimiento del otro. Si las sociedades han apostado por controlar la convivencia es, precisamente, para reducir las confrontaciones entre las personas, creando los sistemas de justicia y normas, dejando en manos de terceros la decisión de qué camino tomar para restablecer la paz.

Jueces, ancianos, tribunales, jurados, magistrados, conciliadores, árbitros, no importa que nombre reciban, todos se parecen en algo. Orientan las acciones para alcanzar el equilibrio. Resuelven un problema entre personas y pueblos, o personas y personas, o pueblos y pueblos, o países y países. Buscan al final, y en última instancia que las partes de un conflicto no lleguen a la violencia o rompan algún tejido, social, sentimental, emocional, o hasta económico. La cuestión en las sociedades, por lo tanto, radica en la manera en cómo esos desacuerdos se resuelven, es decir, si fue el método eficaz, económico y satisfactorio para las partes.

Lo mismo pasa con los procedimientos. El proceso jurisdiccional comparte caracteres con la mediación, la conciliación, el arbitraje, o un procedimiento de una comunidad indígena. No son iguales (claro) pero se parecen mucho en algo tan fundamental, y es que todos funcionan en torno a un fin. Orden. Control. Paz. En este contexto plural globalizado es donde vivimos, nos desarrollamos y vamos encontrando formas para resolver las situaciones adversas que se nos presentan, sin dañar al otro de preferencia, pero sin nunca poder garantizarlo.

Gracias a la globalización y a la estrechez económica, y a los avances en los medios de transporte, y también gracias a la propiedad intelectual, la creciente dependencia comercial entre los países y personas, y a los esfuerzos por implementar reformas a los sistemas de justicia, en la actualidad existen paralelamente los llamados medios alternativos de solución de controversias. Surgen, principalmente como efecto de los cambios generados en el comercio, donde todo se acelera y se vuelve electrónico, y lo que se busca es llegar a soluciones más efectivas y de manera más rápida. Es por eso que han encontrado una gran recepción en el derecho, especialmente en materia comercial. La transacción y la negociación, expresiones de la autocomposición, son usos y prácticas mercantiles de todos los días.

Pero no solo desde el comercio se descentraliza la creación del derecho. Los pueblos originarios, los grupos organizados y la sociedad civil también crean sus propias formas de dirimir las controversias que ocurren dentro de sus límites. De hecho, en el caso de las comunidades indígenas, sus medios son anteriores al que instruye la teoría del Estado moderno. Es el proceso, mucho más reciente en comparación con otros métodos, el que choca con los medios de resolución, y no al revés como si llega a creer.

Los medios alternativos de justicia son fenómenos paralelos y contingentes al pluralismo jurídico, es decir que ocurren con el crecimiento y la expansión multicultural. En el presente capítulo se analizará de manera panorámica la diversidad de medios alternativos que parten desde abajo, y que crean, a su manera, sus propios métodos, formas, procedimientos, para regular su vida en la Tierra.

2.- Pluralismo jurídico y justicia alternativa

Es evidente que el siglo XXI ha sido precedido por un cambio en la manera en que se concibe el derecho y que incluye prácticamente todos los ámbitos del

quehacer jurídico. El autor colombiano Rubén Fernando Morales Rey ha llamado *semillas* a todas los derechos y luchas que representan la ruptura de las convenciones aceptadas por el sistema convencional. Algunas de estas semillas son los mecanismos alternativos para la solución de conflictos como la conciliación, la des-judicialización, la justicia comunitaria, así como la legalización de la droga, y la supresión del mundo penal.¹²¹

La justicia alternativa es, a todas luces, un mecanismo participativo, que flexibiliza la noción de una forma única. Podría reducirse con una frase: no dejar a terceros lo que puedas hacer “yo”. Rescata la idea de una subjetividad innovadora, de una identidad reforzada y autónoma, demostrando que la creación de derechos no deriva solamente de algún poder estatal. Las fuentes de esa justicia son los individuos y las comunidades de manera directa, sin terceros que representen sus intereses o decidan el interés más importante. Es decir que, a la par de la justicia estatal instituida en el debido proceso, existen otras formas de interpretarla, defenderla e impartirla.

El surgimiento de nuevos horizontes teóricos, como el pluralismo jurídico, han engendrado, en las últimas décadas, conceptos que confrontan las maneras de entender el derecho. Ante el uso tradicional de las técnicas protectoras como el proceso, autores como Veytia Palomino proponen la implementación de técnicas promocionales, que en vez de excluir a la gente de sus asuntos, estimulen a la sociedad a participar activamente en la resolución de su interés. Algunas de éstas técnicas son las compensaciones de gastos, exenciones fiscales o las bonificaciones, que permiten a la población deducir de sus impuestos los gastos de un procedimiento alternativo. El Estado se ahorra un juicio y despresuriza su sistema judicial, los ciudadanos se ahorran el desgaste procedimental y arreglan sus asuntos de frente, y todos ganan (al menos en teoría).¹²²

¹²¹ Morales Rey, Rubén Fernando, *op.cit*, p.187.

¹²² Veytia Palomino, Hernany y Jorge, *op. cit.*, p.5.

Representan, por tanto, un cambio en el paradigma jurídico ya que surgen como salida al monopolio, a la formalidad y al rigorismo del Estado. En palabras de Nuria Belloso Martín "...implica una revolución participativa de los conflictos transformando una situación de pasividad e inhibitoria de las partes que, hasta ahora, dejaban en manos del poder público y de la administración de justicia la resolución de sus conflictos."¹²³

Por eso, una de sus características es la flexibilidad, que posibilita que pueda adaptarse a distintos contextos culturales, legales y sociales, operar bajo circunstancias y tradiciones legales distintas, además de lidiar con diversos tipos de delitos. También ha generado que no exista un consenso sobre el concepto y se haya usado una gran variedad de terminologías como justicia comunitaria, justicia positiva, justicia relacional, justicia restaurativa, justicia reparadora entre otras.

Aunque los también llamados medios alternativos de solución de conflictos (o masc por sus siglas) nacen como herramientas exclusivas de negocios mercantiles, han crecido exponencialmente al grado que son utilizados por los tribunales de justicia de índole familiar, de derecho de autor y propiedad intelectual, en materia penal, civil, entre muchas otras ramas. Como menciona Gonzalo Uribarri Carpintero, "...son instrumentos al servicio de la sociedad y en apoyo de los poderes judiciales federal y de los estados."¹²⁴

La justicia alternativa se encuentra integrada por una gran variedad de fuentes, denominadas por la teoría como formas jurídicas y no jurídicas, en donde se incluyen una serie de prácticas tradicionales y consuetudinarias, oficiales y no oficiales. Como término general, lo alterno se adapta en función de quien lo mira: visto desde el proceso tradicional, judicial y monista, lo otro, sería todo método de resolución no estatal, no reconocido o no relevante. En

¹²³ Belloso Martín, Nuria, *op. cit.*, p. 345.

¹²⁴ Uribarri Carpintero, Gonzalo, *op. cit.* p. 73

cambio, visto por un juez de una comunidad indígena, lo otro referiría a todo tribunal instituido, a todo abogado, institución o juez.

Que la justicia alternativa haya tomado gran impulso en los últimos años se debe al consentimiento, cada vez más amplio, de una necesidad de un cambio. Ante la crisis del proceso y la actitud lejana, indiferente, y poco incluyente de los canales convencionales, los medios alternativos representan, en su mayoría, formas de autocomposición, denominadas como no adversariales en donde las partes actúan juntas y cooperativamente.

Así, *lo alternativo* es lo que se opone a lo convencional, lo habitual o lo establecido; como adjetivo, se presenta como la opción, como una salida. *Lo alter* es lo otro, la opción existente entre dos o más cosas, lo diferente o lo no oficial. La medicina alternativa, la energía alternativa, la música alternativa, refuerzan la idea de lo diferente, lo innovador, lo distinto, constituido por lo múltiple y lo diverso.

2.1. La Reforma de la justicia alternativa.

Para Martha Lezcano, se pueden rastrear antecedentes de justicia en todas las generaciones, todas las culturas y en todos los tiempos. Ahí están algunas regiones de África y en donde la asamblea de vecinos constituye el órgano de mediación cooperativo para solucionar contiendas comunitarias al igual que en la religión judía el Beth Din actúa como Consejo de Rabinos para mediar en la solución de conflictos. Ahí están también las comunidades indígenas de todo el mundo, las 12 Tablas, la ley del talión, entre muchas otras. Incluso, la mediación, la conciliación, el arbitraje, la negociación, existen desde mucho antes del proceso. Es decir, que los sistemas de justicia alternativa no son innovaciones del siglo veintiuno. Han existido desde que el ser humano se ha preocupado por la convivencia pacífica.¹²⁵

¹²⁵ Lezcano Miranda, Martha Eugenia, *op. cit.*, p.39.

El hecho de que en la actualidad se hable con tanta fuerza sobre justicia alternativa se debe en primer lugar a la necesidad de renovar la teoría, y sobre todo la práctica. Muchos juristas consideraron necesario establecer mecanismos efectivos que logran renovar la administración de justicia y la resolución de conflictos, con el fin de llegar a soluciones en donde todos los involucrados resulten satisfechos (o al menos convencidos). En segundo lugar, el auge que vienen teniendo significa que la sociedad ha retomado los espacios, reconquistando su participación en los temas públicos del país, en detrimento de la expansión, influencia y legitimidad del Estado.

La consecuencia directa fue que en 1985 la ONU reconociera la urgencia de solucionar conflictos sin recurrir necesariamente a los tribunales ordinarios. Dicho reconocimiento implicaba, por un lado, la aceptación de una crisis en la impartición de justicia en el mundo, especialmente en los denominados países en vías de desarrollo. Por otro lado, reafirmaba una necesidad de contar con alternativas para la sociedad. De esa manera, los países afiliados a la ONU han ido modificando sus constituciones para adaptarse a la directriz, insertándose en una tendencia mundial por disminuir la participación del Estado en la vida de los particulares.¹²⁶

Como era de esperarse, México se adhirió a dicho cambio. Así, los medios alternativos empezaron a incluirse dentro del sistema mexicano. Cabe destacar que, antes de la reforma del 2008, ya existían numerosos preceptos legales a nivel federal que utilizaban, en diversas expresiones, los mecanismos alternativos. El autor Luis Miguel Díaz menciona más de veinte leyes, como la Ley de Comercio Exterior, o la Ley Agraria, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Seguro Social o la Ley de Turismo, Ley de Asistencia y prevención de la violencia familiar, Ley de la comisión de derechos humanos del Distrito Federal, o la Ley del INFONAVIT, entre muchas otras.¹²⁷

¹²⁶ Díaz, Luis Miguel, *op. cit.*, p. 40.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 53-54.

Además, a nivel local, por ejemplo se encuentran el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sinaloa de 1940 (que consideraba sustancialmente al arbitraje como un mecanismo para ser implementado a partir de la cláusula arbitral), el mismo código pero de San Luis Potosí de 1947 (que igualmente consideraba al arbitraje), o el del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, que establecía en su artículo 609 que "...las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral."¹²⁸

En ese sentido, resulta particularmente interesante que la incorporación de dichos medios de resolución no fue generada desde una propuesta central reproducida por las entidades federativas, es decir que se desarrolló de la periferia hacia el centro, de los Estados a la Federación en las modificaciones al artículo 17 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008.¹²⁹

La reforma susodicha no solo impulsó una transformación en el derecho y cambio en el paradigma a la hora de resolver conflictos de una justicia reparativa a una restaurativa, también acentuó la necesidad de la pluralidad de formas jurídicas. Así, además del derecho de toda persona a que se le administre justicia por tribunales se estableció que las leyes proveerían los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Con el reconocimiento de los mecanismos alternativos, se buscaba impedir que los asuntos menores llegaran a juicio, logrando aliviar problemas procesales como la aglomeración carcelaria a nivel nacional en materia penal, o la saturación en los tribunales del fuero común. Además, al establecer la reparación del daño, se sentaron las bases del sistema de justicia alternativa

¹²⁸ Aldana Ugarte, Gabriela, "Medios alternativos de solución de controversias: implementación en la administración de justicia local en México", pp.37-62, en Fernández, Vicente(coord.), *Impartición de justicia en México en el siglo XXI*, México, Porrúa, p. 41.

¹²⁹ *Ídem*.

penal para adolescentes en el artículo 18, que vino a proponer una opción distinta a la justicia penal.

La inclusión de los *masc* en la Constitución Federal representa un avance en la visión tradicional de la impartición de justicia situándolos como elementos deseados y deseables dentro del orden jurídico mexicano. De esa forma se convirtió dicha opción en un derecho de las personas para decidir por sí mismas sus conflictos, sin la tutela de órganos del Estado. Su sola mención en el texto legal más importante les dota de una carga formal por la mera referencia constitucional. En palabras de Luis Miguel Díaz "...constituye también un paso para fortalecer la democracia, al privilegiar la participación de voluntades privadas en el manejo de sus conflictos".¹³⁰

2.2 Generalidades de los sistemas alternativos de justicia. Los sistemas alternativos de justicia han sido llamados de muchas formas. Algunos de sus nombres más conocidos son: sistemas alternativos de resolución de conflictos, medios alternativos de solución de conflictos, o *alternative disputes resolution* (*adr* en inglés). La teoría tradicional del proceso, por su parte, ha llamado a esas otras maneras de entender la justicia como *Equivalencias Procesales o Jurisdiccionales*, que son definidas como medios para la resolución de litigios, en los que no participa el juez nacional público.

Las equivalencias procesales se diferencian del debido proceso en sentido estricto ya que, mientras en el proceso actúa el interés público-estatal, en aquellas lo que operan son los intereses privados-comunitarios. Para Aldana Ugarte, "...son vistos como una oportunidad para acudir a la justicia alternativa, renunciando a la jurisdicción local".¹³¹

Para Erika Bardales Lazcano los sistemas alternativos son:

¹³⁰ Díaz, Luis Miguel, *op. cit.*, p.36.

¹³¹ Aldana Ugarte, Gabriela, *op. cit.*, p. 40.

formas alternas, rápidas, y efectivas para que las partes puedan hacer válido el derecho de justicia que tiene toda persona para acudir no solamente ante los tribunales instituidos con ese fin, sino para solicitar asesoría en instituciones estatales alternas a los tribunales, en busca de solución de sus conflictos.¹³²

Mientras que el proceso deviene de la ley positiva emanada del Estado, las equivalencias provienen de distintas fuentes como el precedente, las convenciones y la costumbre. La principal diferencia entre ambos radica en la fuerza que tiene el Estado para imponer sus medidas resolutorias. Como bien señala Belloso Martín, "...el carácter coactivo del Derecho es lo que permite diferenciarlo de otros órdenes de regulación de la conducta humana, como la moral y los usos sociales".¹³³

Asimismo, la teoría procesal ha establecido ciertos requisitos o restricciones a las también llamadas equivalencias procesales, lo que los ha convertido en medios subsidiarios, anexos y secundarios. Estos requisitos, que limitan la pluralidad de medios, son la existencia de una controversia sobre un derecho con interés público, la falta de acuerdo o negociación, la lesión, la violación a los preceptos legales, y la disposición de bienes jurídicos que no están al alcance de los particulares.

En términos generales, los medios alternativos de justicia mantienen propiedades similares a los procesos ante los tribunales. Se pueden usar para resolver situaciones que son susceptibles de tratar a nivel judicial y prácticamente de todas las áreas tradicionales del derecho como lo son familiar (pensiones de alimentos menores y mayores, relación directa y regular con los hijos y/o régimen de visitas, cuidado y crianza de hijos, reclamación de filiación, regímenes patrimoniales, conflictos de relaciones familiares, derechos sucesorios), civil (contrato de arrendamiento, comodato precario) mercantil,

¹³² Bardales Lazcano, Erika, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, p.36.

¹³³ Belloso Martín, Nuria, *op. cit.*, p.336.

laboral (despido injustificado, cobro de prestaciones, nulidad del despido, ejecutivos laborales, desafuero maternal y sindical), y penal (delitos no graves, contra la propiedad, contra las personas <excluyendo homicidios, delitos sexuales y abuso de menores>, negligencias médicas culposas, y cuasidelitos y lesiones) sin olvidar además que en derecho internacional tanto público como privado cuentan con sus propias vías alternativas.

Así como el proceso posee una forma establecida que lo hace ser, la mayoría de los sistemas alternativos tienen una forma general de proceder. Por eso es común escuchar la voz proceso conciliatorio o proceso de arbitraje, ya que, en *latus sensus*, ambos son caminos para llegar a una resolución. Este conjunto de pasos por lo general comienza con la solicitud por el interesado, y posteriormente con la invitación o citación a la contraparte, para que, una vez que ambas partes acepten su participación, se puedan empezar las reuniones para llegar a los acuerdos, que, en caso de lograrse se formalizan en un convenio, que deberá ser aprobado por el tribunal. Por último se da seguimiento hasta el cumplimiento del acuerdo.

Existen, sin embargo, algunos elementos de forma y fondo que establecen la diferencia entre ambos. La seriedad, el tono, las técnicas, la formalidad, el ambiente que permea al proceso difiere del de los *masc*. Sobre todo, es la participación de las partes en donde más se notan los límites entre una y otra. Mientras que en el método tradicional las partes depositan en terceros (abogados y jueces) la resolución, los métodos alternativos descansan en una nueva manera de pensar sobre los conflictos en la cual las partes realmente desean una solución a su conflicto, o las partes prefieren decidir y no que otros decidan sobre ellos.¹³⁴

Además, mientras que el objetivo del proceso es validar el sistema judicial y darle satisfacción a la parte que ostente la verdad jurídica (que por lo general

¹³⁴ Díaz, Luis Miguel, *op. cit.*, p.38.

siempre es solo una) en el caso de la mediación, busca también corregir las relaciones entre las partes y con ello incidir en los tejidos sociales.

2.3 Elementos de la justicia alternativa. Su principal característica formal es, sin lugar a dudas, su flexibilidad, que no es otra cosa que la garantía de que el procedimiento prescindirá de toda forma estricta, para poder responder a las necesidades particulares de las personas interesadas. Es decir, depende de la disposición de las partes, ya que su desarrollo y resultado no está condicionado a normas legales. Las partes pueden acordar las reglas de tales mecanismos para adaptarse y comprender los posibles desarrollos. Lo que busca este principio es "...que los convenios tengan toda la apertura para que las partes lleguen a la mejor solución..."¹³⁵

Mientras que el proceso judicial se caracteriza por ser duro, rígido, severo y apegado a la ley, los medios alternativos son más abiertos, de interpretaciones negociables y mediables. Aunque proceso y medios alternativos están reconocidos en la ley, a los primeros se les regula con mucho más rigor que a los segundos.

Dicha flexibilidad, además, varía en grado según la situación o el caso determinado. Al final, se trate de un juez, un árbitro, un mediador o consejero de alguna comunidad, prevalece siempre un grado de subjetividad, de interpretación y de maleabilidad del derecho. La flexibilidad, pues, es más una cuestión de forma y de desenvolvimiento, que de fondo.

Otro carácter esencial de los sistemas alternativos de justicia es *la voluntariedad*, que se refiere a que la participación debe ser por decisión propia y nunca de manera obligatoria. Erika Bardales Lazcano define dicho principio como "...la autodeterminación de las personas para sujetarse o no a cualquiera de los mecanismos alternativos, sin vicios en su consentimiento y decidir

¹³⁵ Bardales Lazcano, Erika, *op. cit.*, p.23.

libremente sobre la información que revela, así como llegar o no a un convenio o acuerdo.”¹³⁶

La característica de voluntariedad, de que las mismas partes compongan su conflicto y no un tercero, es fundamental para comprender la eficacia y funcionamiento de dichos sistemas de resolución. Aunque se ha planteado que la mediación y los medios alternativos pudieran ser obligatorios, en el estudio de María Inés Bergoglio, se demuestra que la proporción de acuerdos es claramente superior entre quienes acuden voluntariamente a la mediación, y que además, resulta baja la proporción de casos en los que alguna de las partes no concurrió a la instancia.¹³⁷

Para que el proceso avance, en muchas ocasiones, solo requiere del impulso de una de las partes. El otro, puede utilizar su derecho de réplica y de audiencia, o puede no hacerlo, y continuar el juicio en rebeldía. En cambio, para que los medios alternativos funcionen se necesita de la participación necesaria de los dos lados de la controversia. El facilitador requiere trabajar con las dos partes para que sean ellas las que lleguen al acuerdo. La ley de la que nacen los sistemas de justicia alternativa es la propia, la de las palabras, la que deriva de lo que cada quién acuerda. En ese sentido, como opina Jesús Martínez Garnelo “...el hecho de que un conflicto pueda ser compuesto por las propias partes sin la intervención del juez, significa que la ley se remite a la voluntad de ellas en lo que concierne a la tutela de los intereses recíprocos”.¹³⁸

Además de la voluntariedad y la flexibilidad, hay otros principios reconocidos por la teoría que son básicos de la justicia alternativa como son la confidencialidad, la neutralidad, la imparcialidad, la honestidad, la equidad y la legalidad. La mayoría de los principios van dirigidos hacia el facilitador, quien

¹³⁶ *Ibidem*, p.6

¹³⁷ Bergoglio, María Inés, *op. cit.*, p.247.

¹³⁸ Martínez Garnelo, Jesús, *Justicia alternativa y justicia para adolescentes en el sistema acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V., 2011, p.164.

debe procurar encausar el procedimiento de la mejor manera para que las partes colaboren, escuchen y dialoguen. El principio de *confidencialidad*, que también opera en los juicios ante tribunales, se refiere a que la información tratada durante el procedimiento no podrá ser divulgada por el facilitador a ninguna persona ajena a aquellos ni utilizarla para fines distintos al mecanismo alternativo elegido.¹³⁹

Por su parte, el de *neutralidad* exige que el mediador o conciliador mantenga una postura y mentalidad equilibrada para no ceder a sus inclinaciones o preferencias. Es decir, lo que se busca es no conceder ventajas a ninguno de los involucrados. Dicho principio está muy ligado al de *imparcialidad*, que consiste en que el facilitador debe actuar libre de favoritismos y prejuicios en su relación con las personas. La neutralidad y la imparcialidad operan como un criterio de justicia y principio ético para que las resoluciones se tomen en base a criterios lo más objetivos posibles.¹⁴⁰

Neutralidad e imparcialidad son exigencias generales necesarias para que un sistema posibilite impartir justicia material al liberar al procedimiento de influencias, sesgos, favoritismos, prejuicios, o tratos diferentes. *La honestidad*, por su parte, establece que el facilitador debe abstenerse de intervenir cuando se encuentre impedido por ley. Así mismo, debe reconocer tanto sus capacidades y limitaciones, y no tener ningún interés personal en la aplicación. Así, los tres principios liberan a las partes de toda interferencia externa e impedimentos emocionales, morales, familiares, o de algún vínculo emocional, familiar, afectivo, o conflicto de interés que afecte la objetividad del facilitador.

La equidad, por su parte, es una pretensión de equilibrio, fundamental para satisfacer los intereses de las partes de manera justa. Concepto que, si bien surge en el derecho social, se ha expandido prácticamente a todas las ramas jurídicas. La equidad, trata de la constante búsqueda de una justicia social

¹³⁹ Bardales Lazcano, Erika, *op. cit.*, p.8

¹⁴⁰ *Ibídem*, p.12

capaz de asegurar a todas las personas condiciones de vida y de trabajo digno e igualitario, sin hacer diferencias entre unos y otros.

Si la equidad representa el anhelo ideal, la *legalidad* es el revestimiento formal, que dicta que solo será materia de los sistemas alternativos de justicia, aquello que pueda ser objeto de convenio, y que solo procederá en aquellas conductas que la propia ley permita. La legalidad, es el principio más criticado por el pluralismo jurídico, ya que condiciona y limita el uso de los medios alternativos de justicia. Al momento en que el Estado establece requisitos, restringe el alcance, la efectividad y la promoción de las formas alternativas. Es por ello que este principio choca con los grupos autónomos que poseen legitimidad en sus territorios, más no gozan de legalidad.

Por otro lado, también se ha llegado a considerar como principio básico el de *economía procesal*. Dicho principio implica un mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal al momento de solucionar los conflictos. Este principio se encuentra ligado a la rapidez, al pragmatismo y al menor costo y máximo beneficio. Cabe aclarar que estos principios no son exclusivos de los medios alternativos y que, tanto jueces, magistrados y ministros, como conciliadores, mediadores, árbitros o consejeros comunitarios, deben estar exentos de juicios, preferencias, opiniones y prejuicios ajenos a los usuarios que puedan influir en la toma de sus decisiones. Aldana Ugarte destaca el concepto de proximidad de las partes para la justicia alternativa. María Inés Bergoglio señala que "...es precisamente el concepto de proximidad que destaca el carácter humanista de los MASC, relacionado con la materia penal."¹⁴¹

2.3. Ventajas y riesgos de los medios alternativos. Si bien ya han pasado varios años de la reforma a la constitución en materia de impartición de justicia, aún es necesario señalar que, como cualquier otra medida a implementar, siempre existen ventajas y riesgos. Veytia Palomino señala la atención personalizada, el conocimiento técnico, la experiencia, el corto tiempo en

¹⁴¹ Aldana Ugarte, Gabriela, *op. cit.* p.58.

alcanzar una solución, la flexibilidad de reglas de procedimiento como algunas ventajas de los susodichos medios.¹⁴²

Otras ventajas son que vienen aparejadas de su carácter no adversarial y la posibilidad de evitar juicio, lo que redundaría en un acortamiento global del trámite. María Inés Bergoglio señala en su estudio sobre la opinión de los usuarios de la mediación, que la valoración que las partes efectúan sobre su experiencia en estos foros informales es, en su mayoría, positiva, lo que quizás sería un buen punto de partida para futuras investigaciones sobre la materia. Destaca entre sus aspectos más apreciados el ahorro de tiempo y costos, las oportunidades de participación que proveen las partes, así como la capacidad para producir soluciones creativas y flexibles.¹⁴³

De igual manera, los medios alternativos desembocan en un ejercicio de autonomía, consenso, cooperación y suma de voluntades. No importa si el arreglo se consigue en la calle o si se realiza sin intermediarios o de manera asistida, lo realmente relevante para la justicia alternativa, es que se haga de manera pacífica, a través de la participación de las partes involucradas en el conflicto. Dicha característica autónoma conlleva algunos riesgos como no llegar a acuerdos no equitativos y poco justos para una de las partes, en caso de que no se nivele el trato, o que la flexibilidad genere un relajamiento de la instancia o se considere un espacio terapéutico.

3. Los sistemas de justicia alternativa.

Según el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, los medios alternativos son la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, la opción de acudir a organismos no

¹⁴² Veytia Palomino, Hernany y Jorge, *op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁴³ Bergoglio, María Inés, *op. cit.*, pp.246 y 248.

gubernamentales, los acuerdos regionales y otros medios pacíficos a elección de las partes.

De todos ellos, son cuatro los sistemas alternativos que gozan de amplia aceptación y reconocimiento. La negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, han coexistido, legalmente, con el proceso. Todos los medios comparten características similares. De hecho, de las formas incipientes de arbitraje, surgieron los procesos. Aunque hoy en día se escuche hablar mucho sobre los medios alternativos, la realidad es que hay rastros de ellos en la historia del lenguaje. No podría ser para menos: los medios de resolución, alternativos y no alternativos, alimentan en su interior la comunicación, o al menos su intento.

A cada uno habrá que reconocerle, al menos en intención, que buscan reducir la violencia y el enfrentamiento. Adversariales o no adversariales, heterónomos o autónomos, estatales o paraestatales, entre todas las formas se crea un complejo escenario de posibilidades resolutivas.

3.1. Negociación y conciliación. Para Martha Eugenia Lezcano Miranda, la negociación o arreglo directo es "...un proceso para dirimir conflictos interpersonales o interinstitucionales a través de un aumento en la confianza y cooperación de las partes."¹⁴⁴

Para que haya negociación, deben estar presentes dos partes dispuestas a dialogar, a conceder recíprocas concesiones, a intercambiar promesas y contraer compromisos. En la negociación comercial, las partes pretenden obtener provechos y ganancias recíprocas. En la medida en que ambas partes resulten satisfechas con el acuerdo, se verá la efectividad o no del procedimiento. Existen diversas técnicas, sistemas y escuelas que fundamentan la negociación, como la de ganar a toda costa, el modelo

¹⁴⁴ Lezcano Miranda, Martha Eugenia, *op. cit.*, p. 83.

Clausewiano, la escuela colombiana o modelo Napimo, o la escuela de negociación por principios o por intereses.¹⁴⁵

Antes que un medio alternativo o un sistema de justicia, la negociación es una técnica, con presencia en múltiples actividades cotidianas laborales, sociales y mercantiles. La conciliación, la mediación y las formas de justicia extra estatales, utilizan la negociación dentro de sus procedimientos, ya que su finalidad es llegar a un arreglo, trato o fijación de un precio. Para Uribarri se trata de una habilidad que florece en la medida en que una conciliación o una mediación tienen éxito.¹⁴⁶

La conciliación por su parte, lleva desde su propia raíz etimológica, una proyección reparadora. Del latín *concilium* (reunión) y *conciliare* (unir, asociar) significa, en su acepción más amplia, poner de acuerdo a dos o más personas que están enfrentadas o en lucha. Se relaciona con el concepto de concertar, avenir, pacificar, armonizar o ajustar; hacer dos cosas, compatibles. Para Belloso, lo que pretende es resolver el conflicto que se ha establecido entre las dos partes enfrentadas¹⁴⁷.

Por medio de la conciliación, se busca que dos personas en conflicto, puedan negociar posibles soluciones. Es un sistema autocompositivo, en tanto que va encaminado a que las partes sean las que dispongan de la solución del conflicto; es no adversarial, en tanto que no confronta a las partes, sino que las reúne para dialogar.

Aunque en la ley existen procedimientos específicos y regulados para la conciliación, su práctica se extiende mucho más allá de las instancias jurídicas. Hay conciliación, por ejemplo, entre amigos, entre parejas, entre países (y, como ejemplo, el Concilio de Trento), en lo privado del hogar, o en lo público de la calle.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 86-99.

¹⁴⁶ Uribarri Carpintero, Gonzalo, *op. cit.*, p.79.

¹⁴⁷ Belloso Martín, Nuria, *op. cit.*, p. 345.

Si bien la conciliación puede usarse para resolver casi cualquier conflicto, en la práctica jurídica se limita a conflictos relacionados con derechos privados carácter civil, como desalojos, asuntos vecinales, incumplimiento de contratos, división y partición de bienes, rescisiones de contratos, rectificación de áreas, daños y perjuicios, asuntos sobre propiedades, convocatorias de juntas o asambleas; o de carácter mercantil, como arrendamientos, deudas o indemnizaciones. También se emplea mucho en el derecho familiar, de separación del hogar conyugal, pensión alimenticia, guarda y custodia, visitas y convivencias, separación de bienes, liquidación de la sociedad conyugal, régimen matrimonial y procesos de derecho sucesorio. En materia penal, solo aplica en delitos de mediana entidad y que solo lesionan bienes jurídicos disponibles de su titular, es decir, los que no afecten el orden público y el interés social y estén dejados en el ámbito de la autonomía de su voluntad.¹⁴⁸

Algunos delitos conciliables son los perseguibles a petición de parte, que pueden empezarse desde la fase de investigación, hasta antes del auto de apertura a Juicio Oral, o a instancia del inculpado o su representante, petición de la víctima, o a propuesta del Agente de Ministerio Público o del Juez de Control. Esta figura se encuentra principalmente en la justicia de menores.

El conciliador es un tercero neutral, que colabora con las partes. Su función es la de facilitar la comunicación y generar un ambiente adecuado para que se pueda llegar a un acuerdo sobre el problema en cuestión. Si bien, no emite juicio con respecto al fondo del asunto, sí propone alternativas de solución que estima justas y razonables.

La naturaleza privada de la conciliación, la asemeja al proceso civil o mercantil, donde se abre una causa a petición de sus partes. Su procedimiento general consiste en varias fases, que empiezan con el recibimiento del caso. El solicitante, acepta participar en el proceso con el fin de resolver la situación planteada, y se agenda fecha y hora para la sesión de conciliación.

¹⁴⁸ *Ídem.*

Posteriormente, se entrega la invitación por medio del invitador, quien explica en qué consisten los medios alternos, sus alcances y sus fines, tal como sucede con una notificación personal. Si alguna de las partes no acude, se envía una segunda y hasta una tercera invitación. Si las dos partes se presentan, se celebra una audiencia en donde se plantea el problema (se fija la *litis*) y donde, a través de la definición de los términos, se busca solucionar el conflicto. Solo en caso de dificultades, de diferencias demasiado notorias o de falta de acuerdos el conciliador podrá proponer soluciones. El punto es llegar a un acuerdo reparatorio que las dos partes acepten.

El acuerdo reparatorio, se asienta en un convenio al cuál las partes se obligan. Posteriormente, si hay acuerdo, se pasa a la etapa de cumplimiento donde, de cumplir con todas las obligaciones contenidas en el acuerdo conciliatorio, el Juez de Control dictará el sobreseimiento. Si no hay acuerdo, se cierra el procedimiento conciliatorio y se continúa con ordinario. Una de las ventajas de la mediación en materia penal por ejemplo, es que se le toma a la víctima más en consideración que en un proceso de justicia penal ordinaria.¹⁴⁹

3.2. La mediación. Se asemeja a la mediación en cuanto ambos son de naturaleza privada y se sostienen en los principios de voluntariedad, efectividad, neutralidad y confidencialidad. En ambas existe una intención de que las partes sean las que propongan solución. Tanto en una como en otra, se plantea la relación entre las partes sobre la base de la cooperación, alejándose de la tensión, y en las dos participa un tercero neutral que ayuda a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Para Martha Eugenia Lezcano, la mediación es un acto comunicativo que tiene como fundamento el diálogo para solucionar conflictos.¹⁵⁰

Irónicamente, es ese mismo tercero el que, sutilmente, las diferencia. La naturaleza y el grado de intervención en el conflicto es el factor que determina

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 345.

¹⁵⁰ Lezcano Miranda, Martha Eugenia, *op. cit.*, p. 116.

a una y otra forma. Si el conciliador es de naturaleza activa, ya que busca injerir en el asunto, el mediador es de naturaleza pasiva; es decir, se mantiene al margen del conflicto. Es decir, "...los mediadores no resuelven problemas, pero ayudan a pensar en otros caminos que permiten a las partes resolver el conflicto."¹⁵¹

Mientras que el conciliador colabora con las partes en conflicto proponiendo incluso fórmulas de solución, el mediador, en cambio, ayuda a las partes a generar las suyas. En otras palabras, el conciliador hace sugerencias, e indica posibles caminos a seguir para llegar a una solución, el mediador se caracteriza por facilitar, estimular y ayudar a las partes a solucionar, por ellas mismas su asunto controvertido, dirige sin proponer.

Además, el mediador debe guardar la confidencialidad de los asuntos, actuar bajo los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad, comenzar el proceso siempre y cuando se cerciore de que las partes han decidido participar voluntariamente, llevar a cabo su labor en la sede de algún organismo oficial que se considere neutral, no entrevistarse con menores o personas incapacitadas sin sus representantes legales, no recibir remuneración de ninguna de las partes, no promover un acuerdo voluntario y equitativo entre las partes, velar para que las partes tomen sus propias decisiones y dispongan de la información un asesoramiento suficiente, en especial de tipo jurídico, y finalizar el proceso de mediación dentro de los plazos previstos.¹⁵²

Adicionalmente, el mediador puede ser cualquier persona, es decir, no necesita unas condiciones especiales. Si el juez decide por encima de las partes y el conciliador decide con las partes, el mediador no propone soluciones, no aconseja ni opina, sino que se limita a facilitar la comunicación entre las partes, la fluidez en la conducción del asunto; a conducir a las partes para que de ellas surja el acuerdo.

¹⁵¹ *Ídem.*

¹⁵² Martínez Garnelo, Jesús, *op.cit.*, p. 174.

Es fundamental que el mediador cree una atmosfera propicia para la negociación amistosa y al encuentro de soluciones. La primera etapa del procedimiento se llama creación de confianza, en la que se debe convencer a las partes de que el mediador no favorecerá a ninguna de ellas. Posteriormente, en la etapa de 'aislamiento de hecho y descontaminación de problemas', se asegura que no existan influencias externas y no haya ningún prejuicio que induzca al mediador a sugerir una determinada solución. Después, viene la focalización de intereses, etapa en la que se busca que las alternativas de solución sean acordes con los intereses de cada parte, para pasar a la búsqueda de opciones y alternativas.¹⁵³

Al igual que la conciliación, la mediación se presenta en muchos ámbitos de la sociedad. No se limita a los conflictos entre particulares, sino que también se emplea en problemáticas sociales y comunitarias. Aunque admiten pruebas, tanto mediación como conciliación parten de la buena fe de los involucrados. Es decir, se confía en las palabras y el deseo de llegar a un acuerdo. Para Erika Bardales, la mediación "...permite mejorar los vínculos existentes entre los ciudadanos, por ello también se habla de la mediación comunitaria o social como apoyo dentro de las comunidades a los conflictos que no necesariamente llegan a términos jurisdiccionales."¹⁵⁴

3.3. Los sistemas mixtos. El arbitraje y la amigable conciliación. Tanto el arbitraje como la amigable composición son sistemas híbridos, que presentan características de la mediación, la conciliación y el proceso jurisdiccional por igual. Eso significa que están en un punto medio entre la autocomposición y la heterocomposición.

A través de la amigable composición las partes transmiten a un tercero denominado amigable componedor, la solución de un conflicto, que debe estar relacionado con el cumplimiento de una controversia contractual. Dicha forma

¹⁵³ Bardales Lazcano, Erika, *op. cit.*, p. 61.

¹⁵⁴ *Ídem.*

de solución se caracteriza por la exclusión de los jueces. Para Lezcano la amigable composición no es otra cosa que una simple modalidad de transacción, donde el acuerdo final no es celebrado por las partes, sino por otra u otras personas que actúan como mandatarios o representantes.¹⁵⁵

Mientras que en los demás mecanismos alternativos expuestos las partes deciden el conflicto por sí mismas, en el arbitraje una tercera persona distinta a las partes decide la disputa. Además, el árbitro o tribunal arbitral sigue un procedimiento legal y conforme a reglas jurídicas.¹⁵⁶

Por un lado, su carácter heterocompositivo y adversarial, en donde las partes se convierten en contendientes, a efectos de lograr un laudo favorable, lo convierte en el sistema menos alternativo de todos. En estructura, se asemeja al proceso. Cuenta con tres etapas procedimentales que son los alegatos, las pruebas y los laudos.¹⁵⁷

En la etapa de alegatos, las partes expresan, de manera verbal o por escrito, las razones por las cuales tratan de acreditar que tienen la razón y que el laudo les tiene que favorecer (tal como si fuera una demanda), así como su respectiva contestación. En la etapa de pruebas, las partes tratan de demostrar dichos y hecho con documentos y materiales y personas, testigos, sin ser nunca limitativo. Eso lo convierte en un modelo más flexible que el proceso jurisdiccional.

El árbitro (del latín <*arbitrarius, arbitror*>, albedrío, decisión, parecer, juicio) determina quién tiene la razón jurídica a través de una resolución llamada *laudo*. Con el laudo, se resuelve el conflicto o *litis* que, por regla general, no contempla la figura del sobreseimiento o de la improcedencia. El laudo es obligatorio: el poder público se encarga de homologar los criterios, es decir revisa que se hayan seguido las formalidades del proceso, y después los

¹⁵⁵ Lezcano Miranda, Martha Eugenia, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁶ Díaz, Luis Miguel, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁷ Bardales Lazcano, Erika, *op. cit.*, p. 75.

ejecuta en caso de rebeldía. Los laudos poseen ciertos elementos que deben cumplir, como, por ejemplo, hacerse por escrito, tener constancia de los nombres de las partes, de sus representantes legales y el domicilio de los mismos; deben contener el lugar sede del arbitraje y la fecha de emisión, así como los nombres de los árbitros.

Como si se tratara de una sentencia judicial el laudo debe contener, además una relación de los hechos, la fijación de la *litis* a través del acta de misión, las leyes aplicables al fondo, una relación tanto de las pretensiones como de las pruebas desahogadas, la argumentación de los hechos, la motivación y fundamentación legal, así como los puntos resolutivos, la condena de costas y las firmas.

La principal diferencia con el proceso jurisdiccional, es que las partes, a través de sus abogados, participan más en la resolución, eligiendo al árbitro y las reglas del procedimiento. También tiende a ser más ágil y dúctil; es decir, menos formal y más flexible. Por otro lado, el arbitraje comparte con la mediación y la conciliación un elemento esencial: todos estos surgen de un compromiso, que no es otra cosa que "...la actitud o postura que toman dos o más sujetos para constreñirse al cumplimiento de una obligación, a sostenerse en su dicho, evitar y/o solucionar una controversia."¹⁵⁸

Aunque, en un principio, el arbitraje era la forma más utilizada de resolución de conflictos, hoy es considerado un sistema alternativo, ya que coopera con la función pública de impartir justicia. Sus principales aplicaciones se encuentran tanto en el derecho internacional y en el derecho privado (especialmente en materia mercantil, comercial y civil), como en el derecho público y hasta en el derecho social, donde ha servido históricamente para paliar la lucha de clases entre empleados y jefes, oprimidos y opresores, y/o entre proletarios y propietarios.

¹⁵⁸ Martínez Garnelo, Jesús, *op. cit.*, p.206.

Así, el árbitro, fuera de la influencia estatal, no representa al poder judicial ni intereses de gobierno, y obedece solo a su buen entender y criterio. Por ello, entre los requisitos básicos para ser árbitro, además de la capacidad jurídica, se encuentran la honorabilidad, independencia, irrevocabilidad e imparcialidad, criterios por demás ideales que pueden resultar, incluso, demasiado subjetivos.

Justo por su naturaleza flexible, el arbitraje ha cobrado nuevo bríos y se ha visto favorecido, especialmente en el orden internacional y en el privado considerándosele un instrumento práctico y útil. Algunas de las ventajas del arbitraje son que permite evitar en la conglomeración de negocios ventilados en los tribunales, la posibilidad de elección de un auténtico juzgador imparcial seleccionado y calificado, que las partes no se sientan presionados por las influencias de superiores en la judicatura. Además no propicia la publicidad, aleja el asunto de las maniobras ilegales y prácticas dilatorias, y se desarrolla a un ritmo procedimental más acelerado.¹⁵⁹

3.4. Los sistemas de justicia de las comunidades indígenas. Además de los sistemas alternativos expuestos, existen jurisdicciones especiales de impartición de justicia que coexisten paralelamente, y que tienen su origen el derecho consuetudinario. En su mayoría, son sistemas que, o no poseen reconocimiento, o éste es demasiado limitado, como los de las comunidades indígenas o pueblos originarios. Para Volkmer Gessner, existe una norma u ordenamiento normativo paralelo al Estado cuando "...dicha norma defiende otra concepción de la justicia, representa otros valores y ordena una conducta que diverge de lo dispuesto por el derecho estatal."¹⁶⁰

Las comunidades indígenas, o pueblos originarios, cuentan con sus propios medios de resolución de conflictos también llamadas jurisdicciones indígenas. Para Martha Lezcano dichas jurisdicciones son "...instituciones propias del derecho consuetudinario, constituidas por un conjunto de normas de tipo

¹⁵⁹ Flores García, Fernando, *op. cit.*, p. 91 y 92,

¹⁶⁰ Gessner, Volkmer, *op. cit.*, p.111.

tradicional, con valor cultural y no codificadas, reconocidas y compartidas por toda la comunidad.”¹⁶¹

Conocidos también con el nombre de usos y costumbres, se relacionan con las tradiciones y prácticas de las comunidades. Sin embargo, más que usos o costumbres, algo que tiende a verse como un atraso, es un rescate de músicas, comidas, de la lengua misma, realmente representan una serie de saberes culturales que constituyen una memoria viva. Por eso, también pueden ser asemejadas a auténticas representaciones de justicia, en tanto que están vinculadas a una serie de valores culturales de dichos pueblos.

Antes de continuar, cabe preguntarse si es conveniente obsesionarse en considerar a los diferentes órdenes normativos como “verdadero” derecho cuando las diferencias sustanciales son más relevantes que las semejanzas formales. De entrada “...sería forzado decir que los usos y costumbre constituyen un sistema jurídico cuando los sujetos a los mismos, ni siquiera tienen idea de sistema”.¹⁶²

Se encuentran reconocidos en el Convenio 169 de la OIT en donde se establecen los derechos colectivos, como el derecho a la tierra, derecho supremo a ocupar territorios ancestrales y sus recursos, así como el derecho consuetudinario de los pueblos indios a que sean considerados en el ámbito penal (artículo 8.1). También se le reconoce el derecho a la preservación de sus costumbres e instituciones (artículo 8.2), y para el tema de la presente investigación, el respeto de sus métodos tradicionales de solución de los delitos cometidos por sus miembros (artículo 9.1).

Dicho reconocimiento internacional y constitucional, no es suficiente, ya que muchas veces dichos sistemas colisionan con los sistemas de valores consolidados por el Estado. Ese tipo de conflictos demuestran la gran

¹⁶¹Lezcano Miranda, Martha Eugenia, *op cit.*, p. 49.

¹⁶²Berúmen Campos, *op. cit.*, p.193.

pluralidad del mundo, en el que "...todas las culturas poseen ideas sobre la dignidad humana pero no todos conciben la dignidad humana de la misma forma, como equivalentes a los derechos humanos".¹⁶³

En México, es el artículo 2º constitucional el que reconoce la autodeterminación de los pueblos para gobernarse y para resolver los problemas que ocurran dentro de sus límites. En nuestro país están reconocidos sesenta distintos sistemas jurídicos que corresponden al número equivalente de pueblos indígenas reconocidos, que son el Amuzgo, el Chatino, el Chichimeco, el Chinanteco, el Chocho, el Chol, el Chuje, el Chochimi, el Cucupa, el Cuícatero, el Guarijón, el HuachWiniñ, el Huasteco, el Huaue, el Ixcateca, el Jacalteco, el Jova, el Kikapo, el Kiliwa, el Kona'ab, el Kumiai, el Matlazinca, el Maya, el Mazahua, el Mazateco, el Mexicanero, el Mixe, el Mixteco, el Mocho, el Motozintelca, el Nahuatl, el Nayerij, el oculteque, el O'dami, el O'dham, el O'óba, el Ópata, el Otomí, el Pai-pai, el Pame, el Popoloca, el Popoluca, el Purépecha, el Rarámuri, el Tacuate, el Tepehua, el Tequistlate, el Tlahuica, el Tlapaneca, el Tojolabal, el Totonaca, el Triqui, el Tzeltal, el Tzotzil, el Wirárika, el Yaqui, el Yoko-winiks, el Yoreme, el Zapoteca y el Zoque. Es decir, existen, en México, además del proceso estatal y los medios de justicia alternativa, 62 formas de resolver conflictos.¹⁶⁴

Por ejemplo, los *ñuùsavi* (o "Pueblo de la lluvia"), que habitan el territorio repartido entre Guerrero, Oaxaca y Puebla, - y que abarcan una superficie aproximada de 40,000 kilómetros cuadrados-, cuentan con un sistema doble de resolución de conflictos basado en el *tan 'a*, (vocablo mixteco que puede traducirse como familia) y la Asamblea General. El *tan 'a* funge como instancia, en donde el padre o cabeza de familia convoca a las partes en conflicto, quienes serán escuchadas para, posteriormente, aconsejarlas. Al igual que la conciliación, lo que se busca con este procedimiento, es un arreglo entre las

¹⁶³ De Souza Santos, Boaventura, *op. cit.*, p.107.

¹⁶⁴ González Galván, Jorge, *op. cit.*

partes que pueda consistir en la reparación del daño, en la retribución patrimonial a la parte ofendida, o la separación de las personas contendientes por un tiempo. Por su parte, la Asamblea General, compuesta por todos los habitantes de la comunidad, resuelve los problemas que le afectan a esta en lo colectivo. Pueden constituirse como ordinarias o extraordinarias. En las ordinarias, realizadas en lugares públicos y fechas previstas, se eligen a las autoridades para el próximo año, y se discuten temas de interés común. Las extraordinarias no están previstas y son convocadas cuando la autoridad lo decide para tratar temas específicos.¹⁶⁵

Otro ejemplo es el de la comunidad Triqui de Santo Domingo, Oaxaca, cuya concepción del castigo difiere de las penas procesales establecidas en la ley. Dentro de dicha comunidad, el peor castigo se considera la vergüenza pública, equiparando al honor con la justicia. Si un individuo roba unas varillas para construcción y es declarado culpable, debe pasear por toda la comunidad cargando las varillas robadas antes de devolverlas.¹⁶⁶

O el de los Tzeltales de Tenejapa, que han obtenido relevantes avances en cuestión de impartición de justicia. Poseedores de un sistema híbrido, resuelven sus problemas jurídicos en el Juzgado de Paz y Conciliación Indígena, y cuentan con jueces de origen tzeltal con conocimientos mínimos de códigos y artículos, que aplican leyes con principios tradicionales.¹⁶⁷

Entender el derecho indígena es generar condiciones de pluralidad dentro de un sistema jurídico. Es también abrir brechas en bloques cerrados de

¹⁶⁵ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁶⁶ Dicha anécdota está relatada en Salmerón García, Hilda Beatriz, “El Encuentro con Zósimo, Los Hombres de las Montañas”, en Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo jurídico: otros horizontes*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades, UNAM, México, 2007.

¹⁶⁷ Orantes García, José Rubén, “Proceso Hibridatorio en el Sistema Jurídico de los Tzeltal Tenejapanecos”, en Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo jurídico: otros horizontes*, México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades, 2007.

pensamiento, y sobre todo un ejercicio de tolerancia hacia otras concepciones de justicia, en las que prepondera el lado comunitario.

4. La implementación de los medios alternativos de justicia

La justicia alternativa no busca acortar la responsabilidad del Poder Judicial, sino racionalizar el uso de sus recursos y al mismo tiempo brindar al individuo y a la sociedad opciones para el manejo de sus conflictos. Sin embargo, pensar que los sistemas alternativos son la respuesta a las nuevas interrogantes del derecho sería idealizarlos. Pese a todos los avances que los medios alternos han traído, son sólo "...una modalidad más en la búsqueda de una mejor creación de la ley y de una más objetiva interpretación y aplicación de la ley para hacer justicia por y para una sociedad totalmente cambiante de este conflictivo siglo XXI."¹⁶⁸

En la teoría y práctica todavía hace falta establecer límites y criterios capaces de garantizar mayor seguridad en su empleo. En el reporte sobre la operación de justicia alternativa en México realizado por el Centro de Investigación para el Desarrollo A.C., se recomienda que los Estados consideren la posibilidad de desarrollar legislaciones que regulen su utilización. Legislar sobre los sistemas alternativos daría más efectividad, seguridad y certeza en su empleo, garantizando la viabilidad y el uso de los mecanismos. Sin embargo, si se legislan las alternativas de manera demasiado formal, rigurosa y estricta, se correría el riesgo de remover el carácter flexible de los sistemas alternativos, lo que desalentaría su uso. Por lo tanto, se requiere que se analice una forma *sui generis* de legislar la justicia alternativa, y que "...obligue a comprometer fondos gubernamentales y a asegurar recursos suficientes para establecer, desarrollar y operar mecanismos de justicia alternativa, sin que estos se vean afectados por voluntades políticas"¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Martínez Garnelo, Jesús, *op. cit.*, p.168.

¹⁶⁹ Centro de Investigación para el Desarrollo A.C., *op. cit.*, p. 20.

Uno de los grandes problemas que existen en la implementación material de los sistemas alternativos, es el desconocimiento y desconfianza sobre su uso. Aunque ya están reconocidos en la ley, e incluso, durante el proceso se llama a las partes a una audiencia de mediación y conciliación, en la práctica pocas son las partes (actor o demandado) que la solicitan.

El Artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles de Distrito Federal, por ejemplo, impone una obligación a los jueces de informar a los particulares sobre las características y ventajas de la mediación, para alcanzar una solución económica, rápida y satisfactoria de sus controversias. El mismo artículo además establece que salvo en los casos que no lo permita la ley, y no se hubiese logrado un avenimiento en la audiencia previa, los conciliadores estarán facultados para intentarlo en todo tiempo, antes de que se dicte la sentencia definitiva.

Sin embargo, la falta de capacitación de los conciliadores, la falta de insistencia en la conciliación, y el desinterés y desgano de emplearlos por parte de los abogados, hacen que su carácter continúe siendo meramente simbólico, de trámite voluntario. Dicha resistencia se debe, en mayor o menor medida, a la ideología dominante del paradigma jurídico, en donde se sigue pensando dentro de los marcos estatales. Martínez Garnelo vincula dicha resistencia a la falta de voluntad política, ya que los cambios "...pasan a incidir en aspectos claves en la configuración política de los Estados y, en lo que es más determinante dentro de ellos, en el ejercicio del poder".¹⁷⁰

Otro de los obstáculos que menciona, es la *debilidad de los poderes judiciales* ya que tradicionalmente, en buena parte del continente ha habido poderes judiciales más o menos dóciles a los gobiernos con grados de independencia bastante relativos, que se traduce en una interferencia política a la hora de dictar las sentencias. Al depositar en el Estado la última palabra por medio de las sentencias y las jurisprudencias, los medios alternativos son

¹⁷⁰ Martínez Garnelo, Jesús, *op. cit.*, p.72.

considerados solamente complementarios y auxiliares al sistema de justicia tradicional, lo que hace que tengan que negociar un papel sustancial en el sistema.¹⁷¹

Si bien, los medios alternos surgen de una toma de conciencia de la crisis de justicia, aún falta mucho que hacer para su implementación. Erika Bardales da cuatro propuestas para una implementación exitosa de los medios alternativos, como son, la institucionalidad responsable (que incluye capacitación, recursos para administrar el sistema y experiencia comparada), la capacidad de evaluar necesidades, potenciar la capacidad de respuesta del sistema y la creación de indicadores.¹⁷²

En países con modelos de justicia centralizada y autoritaria, de tradiciones positivistas y monistas, y con poca apertura a la crítica y al cambio de paradigma, los sistemas de justicia alternativa son formas incipientes y poco practicadas. Se requiere de una formación que anteponga el diálogo sobre la lucha, que anteponga la resolución del conflicto por encima de los intereses personales.

Para lograr la sutil transición hacia la autocomposición, se debe convencer y reforzar las ventajas que presentan los medios alternativos. Mientras que en los procesos judiciales nadie tiene control total sobre el proceso, ni sobre el resultado, en la mediación y conciliación se basa en la certidumbre y satisfacción de una o ambas partes. Mientras que la justicia heterocompositiva genera una noción de subordinación y hegemonía estatal, por encima de los demás sistemas y medios, los sistemas de justicia alternativa son modelos pensados desde abajo, y no desde arriba, desde los individuos y no desde las instituciones; implican abordar e intervenir en diversas realidades, urbanas, rurales, grupales, y en una amplia variedad de problemáticas sociales.

¹⁷¹ *Ídem.*

¹⁷² Bardales Lazcano, Erika, *op. cit.*, p. 97.

El uso reiterado, la familiarización con los mismos, y la confianza en su capacidad ayudará a ir puliendo los procedimientos, su efectividad, y en específico, su influencia dentro del sistema jurídico. Los sistemas de justicia alternativa transforman la noción de justicia, haciendo que ésta pueda ser impartida desde distintos lugares y por agentes muy variados, y no solamente por la vía judicial.

Existen muchas propuestas para implementar los medios alternativos y convertirlos en formas más confiables. Hernany y Jorge Veytia Palomino proponen que el servicio de justicia en estas vías se pague, así como sucede con otros servicios públicos como el de carreteras, educación, transporte público, vigilancia, recolección de basura, servicio ferroviario, televisión o Internet. Además, también insisten en que lo pagado por las partes pueda ser deducible de impuestos.¹⁷³

Cabe mencionar que si bien, los medios alternativos son una muy buena propuesta de descongestionamiento, apoyo, y quizás gradual sustitución de métodos, no son el único camino hacia una renovación de las formas. El mismo Veytia Palomino advierte que existen otras vías para afrontar las circunstancias problemáticas en el seno de las sociedades, como por ejemplo el camino de la prevención que poco a poco substituye el uso pragmático del Derecho, partiendo de la motivación de los comportamientos. El autor propone algunas medidas para prevenir los conflictos como podría ser por ejemplo el monitoreo de proyectos y para la toma de decisiones, ya que ni el proceso, ni el arbitraje ni la mediación son las instancias para subsanar la falta de responsabilidad de los participantes de designar un buen abogado o negociar las cláusulas correctamente.¹⁷⁴

No basta, sin embargo, con la actualización y el mejoramiento de la enseñanza y la promoción de la teoría crítica. La sociedad y las instituciones

¹⁷³ Veytia Palomino, Hernany y Jorge, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 12.

deben participar en la promoción del pluralismo y los sistemas de justicia alternativas. Es de suma importancia que haya una política pública con respecto a los sistemas de justicia alternativa. Han pasado casi diez años desde que se reformó la Constitución para dar cabida a los sistemas de justicia alternativa y, aunque si ha habido muchos avances, en la práctica todavía existe bastante desconocimiento y desconfianza en general sobre su uso. Como afirma Morales Rey, "...se tiene el conflicto como una enfermedad social antes de verlo como germen y oportunidad para crear Derecho."¹⁷⁵

En ese sentido, si bien artículos como el 55 del Código de Procedimientos Civiles de Distrito Federal, imponen una obligación a los jueces de informar a los particulares sobre las características y ventajas de la mediación, para alcanzar una solución económica, rápida y satisfactoria de sus controversias, esto no obliga a las partes a acudir a la audiencia de conciliación (también llamada de avenencia), lo que genera, a la larga, que muy pocas personas acudan a las alternativas. Las partes en juicio pocas veces conceden importancia a dicha audiencia, prefiriendo continuar el trámite por la vía procesal. Además, la mayoría de los jueces nunca estiman necesario que las partes puedan llegar a un convenio y, como consecuencia, no insisten en que las partes acudan a la audiencia de conciliación.

Sin la existencia de una cultura que obligue a las instituciones y abogados del sistema de justicia a utilizar estos medios, es bastante complicado que los mecanismos de justicia alternativa se inserten de forma adecuada en la gestión diaria del sistema de justicia. Una legislación que no atente contra la flexibilidad y carácter alternativo, ayudaría a reducir las barreras legales para el uso de estos programas, a crear incentivos legales y a proporcionarles guía y estructura. Es necesaria una fuerte promoción y constante uso de los mismos, a través de la creación de jornadas, campañas de difusión de los medios alternativos, y la búsqueda de formas para que la justicia alternativa resulte

¹⁷⁵ Morales Rey, Rubén Fernando, *op. cit.*, p. 225.

más efectiva, eficaz y convincente. Proponer a las partes opciones menos formales, más expeditas y en las que la sociedad tenga injerencia en sus propios conflictos, generaría mayor confianza en el uso de este tipo de medios. En la medida en que los sistemas alternativos de justicia se enseñen, se promuevan, se practiquen y apliquen, se irán perfeccionando, cuestionando y modificando.

Capítulo IV:

HACIA NUEVOS MODELOS PLURALES DE JUSTICIA

1. *Introducción.*

La impartición de justicia es uno de los temas más antiguos del mundo; no conoce fronteras, límites, bordes, culturas, ni formas de organización. Mientras existan esfuerzos hacia un orden común y un bienestar global, existirá también el debate, el análisis y las nuevas propuestas que permitan pensar alternativas en un futuro, no muy lejano, que se avecina. En ese sentido, la resolución alternativa de conflictos (o RAC) aparece en el horizonte como una opción viable para abanderar un derecho renovado de siglo veintiuno. Sin embargo, no es ni el único camino, ni la única propuesta.

Héctor Fix-Fierro menciona que la tendencia actual en la investigación, la academia y las instituciones se inclinan a preguntar sobre el significado de lo que es ser eficiente y eficaz. Dicha expectativa social es capaz de contribuir a crear un terreno común independientemente del trasfondo político, social y económico. Es decir, que en términos pragmáticos, si la justicia es una cuestión de resolución de conflictos y de distribución (o asignación) de lo que le corresponde a cada uno es válido indagar en torno al uso de recursos y el logro de metas.¹⁷⁶

¿El derecho sirve? ¿El proceso jurisdiccional cumple su función principal? ¿La justicia en las sociedades modernas es accesible para todos? ¿Los problemas se resuelven de la mejor manera y deja satisfechas a las partes? ¿El criminal realmente puede ser reinsertado en la sociedad? Todas esas preguntas deben hacerse para poder avanzar en la búsqueda de mejores modelos.

¹⁷⁶ Fix- Fierro, Héctor, *op. cit.*, p.12.

Aunado a esto, todo se complica cuando a dichas interrogantes de la vasta arena jurídica se le agregan conceptos o términos como *resolución de controversias*, como *justa, barata y pronta*. Además el cumplimiento simultáneo de estos valores requiere compromiso y compensaciones, como en el caso de la prontitud lograda muchas veces a costa de la justicia o cuando el acceso ilimitado de tribunales se traduce en rezagos. El problema por tanto consiste en encontrar una definición operativa de tales términos que permita responder preguntas del tipo, ¿cuándo puede considerarse justa una resolución judicial?¹⁷⁷

Así, en la medida que la sociedad contemporánea imagine e invente nuevas formas para solucionar problemas, los intereses legítimos y derechos subjetivos dejarán de ser un catálogo para volverse una realidad.

2. Hacia un pluralismo jurídico auténtico

La reciente aparición de los sujetos colectivos alrededor del mundo y de sus luchas reivindicatorias por los derechos ha venido a poner en jaque la idea de que solo los individuos son fuentes de producción de derechos. Desde las comunidades originarias y marginales de los grandes centros urbanos, hasta los grupos guerrilleros se encuentran formas “jurídicas” o ejercicios de “justicia” que socialmente funcionan con relativa independencia respecto del derecho oficial. El reconocimiento de un sistema de necesidades cada vez más plurales y diferentes, demuestra que el pluralismo es un fenómeno vivo, presente en la sociedad global contemporánea que busca tanto de manera institucional y paralegal defender sus propios sentires y concepciones particulares.

Si la dignidad se concibe de distintas formas, también la justicia puede apreciarse desde muchos lugares. En el debate entre el relativismo y el universalismo cultural, el modelo de la pluralidad da pautas para reinventar los

¹⁷⁷ *Ídem.*

modelos desde el cual se pueden cernir los conceptos de derecho, las instituciones y la impartición de justicia.

Aunque es cierto que todos los seres humanos tenemos necesidades similares, la experiencia varía de cultura a cultura y de individuo a individuo. Las necesidades humanas son sentires particulares y colectivos, que sin embargo, no son universales. Cada cultura tiende a definir como universales los valores que consideren fundamentales. Por ello, se vuelve imprescindible reconciliar la singularidad con la pluralidad, el *yo* individual con el *nosotros* comunitario, los valores universales con los particulares.

Ese es el escenario del pluralismo, y por tanto es también esa su misión: oponerse a la reducción de todas las culturas existentes una única cultura occidental, capitalista, y judeocristiana. Así, bajo una perspectiva transcultural es posible interpretar la idea de que cada cultura tiene sus aspiraciones, es decir, que hay tantas formas de impartir justicia como ideas sobre la justicia, o en palabras de Boaventura de Souza Santos, "...tal vez, lo único universal, o transcultural es que todas las culturas son relativas."¹⁷⁸

Es en tenor con este pluralismo auténtico que se articula la teoría de un Estado plural, uno donde no hay un derecho superior ni un derecho disidente. Por supuesto que llevarlo a la práctica es sumamente complejo, ya que no basta con el puro reconocimiento. Para que puedan coexistir armoniosamente las distintas culturas se necesita que se entrelacen valores y preocupaciones absolutas. Organizaciones como la ONU, la OMC o la Unión Europea han logrado acercarse a un modelo capaz de generar, por su propia dinámica interna, dispositivos paralelos o clandestinos de producción y aplicación de normas no oficiales. Es decir, a través de sus procedimientos reconocen y aplican un modelo pluralista e incluyente, que toma en cuenta particularidades regionales.

¹⁷⁸ De Souza Santos, Boaventura, *op. cit.*, p.514.

2.1 *Los retos del pluralismo jurídico.* No cabe duda que el pluralismo continúa siendo un concepto polémico, que genera mucho rechazo, y levanta suspicacia. No es sencillo hablar de la *otredad* sin prescindir de una crítica al *status quo*. En un mundo jurídico gobernado por la tradición y enraizado en gruesas bases liberales, resulta un trabajo desgastante y contracorriente, hablar sobre comunidad, sobre multiculturalidad, sobre comunidades autónomas. Pero es necesario hacerse.

Para ello, el pluralismo necesita superar sus propias limitaciones y miedos. En ese sentido, uno de sus grandes problemas ha sido la carencia de una definición capaz de satisfacer a los más escépticos críticos de este paradigma. El uso lingüístico del pluralismo, sigue siendo una locución ambigua y polisémica, con muchos significados y caminos. La ambigüedad en el término ha generado problemas al momento de establecer la legitimidad de un sistema jurídico.

Existen algunas situaciones jurídicas donde las pautas de autorregulación son aplicadas en un ambiente de violencia, dominación, explotación, autoritarismo, exclusión. Tal es el caso del narcotráfico, los grupos pandilleros, algunos códigos barreales, por decir algunos ejemplos. Lo mismo ocurre con algunos sistemas de normas religiosas que derivan en el fanatismo, o con los mal llamados usos y costumbres de algunas comunidades originarias que muchas veces atentan contra valores occidentales de primer orden como la libertad sexual, la igualdad y hasta la vida. En esos y muchos otros casos, donde el ejercicio de las jurisdicciones paralegales está plagado de violaciones sistemáticas a los llamados derechos humanos, la legitimidad del pluralismo jurídico es puesta a prueba.

Al afirmar la existencia de múltiples derechos, se corre el riesgo de caer en el relativismo, ya que la vaguedad del concepto de derecho termina destruyendo los límites entre lo jurídico y lo social, y de cualquier ordenamiento normativo podría legítimamente calificarse como ordenamiento jurídico. Esa

visión tan generosa de qué es derecho conduce, con cierto facilismo a sacar la conclusión de que todas las expresiones de control social son derecho.¹⁷⁹

Asumir que el derecho está en todas partes, es igual que inferir que no está en ninguna. La disyuntiva para el pluralismo por tanto está en sí debe tomar una postura social o si debe limitarse a la descripción de los fenómenos jurídicos. En mi opinión, el ejercicio de investigación académica necesariamente debe alejarse sobre el juicio de lo que es bueno o malo, y enfocarse en la descripción de lo que hay, lo que existe, lo que confluye en las sociedades modernas y que pueden ser (y a veces son) llamados derechos o sistemas normativos.

Para ello, Boaventura de Souza Santos, ha creado una teoría elemental del derecho para identificar al derecho del *no derecho*, en donde *la retórica, la burocracia y la violencia* son tres elementos estructurales que producen diferentes tipos de derecho. Los sistemas jurídicos y judiciales de las sociedades contemporáneas plurales deben contar con estos tres elementos estructurales, independientemente de su incorporación cuantitativa. Es decir, que, para que exista algo llamado derecho, debe haber un discurso legitimador y/o regla de reconocimiento que convenza a sus agregados de que son parte de un orden jurídico específico; debe haber también una estructura de poder organizada que se encargue exclusivamente de cuestiones públicas relacionadas; y debe tener un medio coercitivo para hacer valer el derecho, a la fuerza.¹⁸⁰

Otra propuesta que sortea la crítica a la definición es la construcción de un modelo pluralista que rechace dar un concepto de derecho esencialista, o que, de hacerlo, no esté ligado por definición al Estado. Es decir, un pluralismo

¹⁷⁹ Tamanaha, Brian Z, "La insensatez del concepto 'científico social' del pluralismo", p.239 en Engle Merry, Sally y otros, *Pluralismo Jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007, p.226.

¹⁸⁰ De Souza Santos, Boaventura, *op. cit.*, p.61.

humano sin marco de referencia, y lo suficientemente amplio para que sea una herramienta útil y sensible. En palabras de Brian Tamanaha, la solución sería “...construir una definición de derecho que sea independiente del Estado y que, no obstante, sea capaz de diferenciar el derecho de otras formas de orden normativo.”¹⁸¹

Una nueva corriente dentro del derecho ha impulsado lo que se conoce como “giro lingüístico”, que no sólo separa al derecho de su forma estatal, también le da independencia respecto de su función o característica institucional. Esta corriente considera innecesario encontrar un criterio que distinga las normas jurídicas de las normas sociales, trasladando el análisis al estudio de las reglas jurídicas y a la apreciación tanto de los actos comunicativos como de los discursivos considerados jurídicos.

Con esta visión, el pluralismo dejaría de ser un conjunto de normas en conflicto dentro de un campo social, ni se vincularía necesariamente con un centro de producción, con una estructura o una función determinada, ni mucho menos con una jerarquía. En cambio, sería una multiplicidad de procesos comunicativos diversos que observan la acción social. Es decir, el derecho estaría en las prácticas y los discursos sociales, y podrían estar vinculadas a un Estado mientras que otras serían formas de derecho sin Estado, sin legislador ni adjudicación.¹⁸²

La noción de comunidades sin Estado no es para nada una idea radical o extrema. Oscar Correas señala la existencia de comunidades sin Estado. Las comunidades indígenas ejemplifican a la perfección esta idea: sí hay poder, sí hay jerarquía, pero no está separado del pueblo ni de los gobernados. Para entender ello, es necesario dejar de mirar a las comunidades como dentro de

¹⁸¹ Tamanaha, Brian Z, *op. cit.*, p.227.

¹⁸² *Ídem.*

un sistema, y en cambio comprender que éstas cuentan con sus propias normas independientes.¹⁸³

En ese sentido, conceptos como sistema jurídico, derecho privado o proceso solo son imprescindibles para una parte del mundo. Habría que decir, que para las comunidades que no disponen de Estado ni de un poder centralizado es por qué no lo necesitan, y que, en caso de disponer de uno, "...claramente no es uno como el nuestro."¹⁸⁴

Por último, también se ha criticado la existencia de múltiples soberanos, situación propia de un sistema feudal típico del antiguo régimen, que dificulta que el ciudadano determine fácil y rápidamente cuáles son las normas que debe obedecer. Dada la diversidad de órdenes jurídicos que pretenden controlar sus acciones, el pluralismo contribuye a la fragmentación y debilitamiento de la comunidad política y favorece la deslegitimación del Estado cuando otorga derechos básicos distintos a los diversos grupos de ciudadanos. Para ello, se vuelve necesario abordar de una vez por toda la tarea de determinar que puede ser norma y que puede ser derecho.

3. *Justicia restaurativa.*

3.1 *Consideraciones sobre la justicia.* Desde los propios inicios de la historia de la humanidad, se ha buscado un concepto absoluto de justicia. Aunque cada sociedad ha querido entender y aplicarla, actualmente la imagen representativa de ésta (aunque no la única) es la de una mujer desnuda y con una venda en los ojos, sujetando una balanza y una espada. Actualmente el modelo que domina el mundo occidental es el de la llamada justicia distributiva en el ámbito civil y justicia retributiva en el plano de lo penal.

¹⁸³ Correas Oscar, *Derecho Indígena Mexicano I*, p. 92-93.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p.94

Sin embargo, en los últimos años los cambios en la manera de pensar la justicia han ido abriendo, poco a poco, paso a nuevas nociones sobre la justicia. Entender el pluralismo jurídico es entender que la justicia no es un concepto universal ni absoluto. Al contrario, es una aspiración que proviene de una pluralidad de lugares y grupos organizados. Es decir, en un contexto pluralista no existe una única justicia, sino formas de entenderla. Para Martínez Garnelo “...no hay basamento legal o razón obvia, lógica o jurídica para que solo el Estado y su poder público sean los únicos que deban resolver estos conflictos, ya que pueden y deben intentar los particulares a través de estas figuras jurídicas diversas alternativas de solución.”¹⁸⁵

Aceptar que la justicia no es una y que existen múltiples visiones, es aceptar que todo anhelo de justicia logra realizar la virtud de ‘lo justo’, a su manera, a su medida, y en sus propios contextos. La transformación del pensamiento jurídico ha planteado nuevos modelos, que de la misma forma que los medios alternativos, ofrecen una ruptura con la verticalidad estatal. Dicho rompimiento ofrece un panorama de quiebre con la autoridad del juez, y con la coerción a través de la pena.¹⁸⁶

La justicia restaurativa es un paradigma sobre la impartición de la misma que busca hacer realidad la resolución, la paz, y el consenso, sin utilizar en la sanción negativa. Se le ha denominado tercera vía, ya que sobreviene a los otros dos modelos de resolución: el retributivo y el de rehabilitación. El primero, el retributivo, “...concebía la justicia como resarcimiento del daño mediante la expiación de una pena correspondiente al daño infligido...”, mientras que el segundo procuraba “...recuperar al sujeto culpable del delito, acompañándole en la sociedad civil a condición de que demostrara tener intención seria de cumplir con los compromisos adquiridos...”¹⁸⁷

¹⁸⁵ Martínez Garnelo, Jesús, *op.cit.*, p.52.

¹⁸⁶ Belloso Martín, Nuria, *op.cit.*, p.328.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.339.

El tercer modelo, el de justicia reparativa, sustituye a la víctima-Estado por la víctima-persona. Al ser la persona la perjudicada, le pena debe tender a una reparación en relación con el ofendido. La conciliación, la mediación y el sistema de justicia alternativa para adolescentes son formas restaurativas, que buscan que las partes relacionadas con un delito en particular se reúnan para resolver de forma colectiva las formas a tratar las consecuencias del mismo y sus implicaciones para el futuro.

3.2 *La justicia restaurativa.* En las últimas décadas, se han implementado prácticas y programas cuyos objetivos son identificar y reparar el daño, permitir a las partes participar en sus propios asuntos, y de esta manera buscar la forma de reintegrarse a la comunidad. Restaurar es por tanto devolver, reconstruir, reparar, sanar las relaciones, las conductas, y en última instancia, los tejidos sociales. Son procesos que permiten subsanar la falta de capacidad por parte del Estado de restituir los vínculos entre personas, fortaleciendo de esa manera a la comunidad. Representan por ello "...la existencia de un paradigma que contemple a la víctima como parte central del proceso..."¹⁸⁸

La base de la justicia restaurativa es la comunidad, a diferencia de la retributiva cuya base es el individuo. Es por ello un cambio que "...busca introducir un nuevo espíritu de justicia con arraigo comunitario que entiende que el delito y los conflictos suceden en un contexto social y que las consecuencias y la búsqueda de solución están en la comunidad misma buscando restaurar el lazo dañado..."¹⁸⁹

El Consejo Económico y social de las Naciones Unidas establece, en su Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, a la mediación víctima y victimario, las conferencias de grupos comunitarios y familiares, las sentencias

¹⁸⁸ Gorjón Gómez, Francisco Javier, y Rodríguez María Elizabeth, *op. cit.*, p.49.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p.50

de círculos, los círculos de paz y la libertad condicional reparativa como las prácticas cardinales.¹⁹⁰

Modifican la división dual de ofendido y ofensor, demandante y demandado, deudor y acreedor, incorporando a los procedimientos a la sociedad o comunidad. Una de las características fundamentales del nuevo modelo, es que, a diferencia el derecho procesal clásico que no toma en cuenta al victimario, prefiere la reparación del daño causado antes que su represión. Si, bajo el modelo tradicional de la pena, lo que se protege es el poder coercitivo del Estado, bajo esta nueva óptica se defiende lo social, prevaleciendo incluso para el ofensor la posibilidad de rehacer su vida. Reinserción y readaptación son palabras claves para entender a la justicia restaurativa. Por eso es de tipo social, ya que sensibiliza al autor del crimen frente a la víctima.

Se sostiene sobre la base de acuerdos satisfactorios tripartitos: por un lado se busca que la víctima obtenga la reparación integral del daño, la recuperación de sentimiento de seguridad, y evitar una segunda victimización; por otro lado, que el ofensor sea consciente del daño causado y se responsabilice de ello, evitando en la medida de lo posible penas como la privación de la libertad (que implica afectaciones a muchos más derechos) que pudieran generar un resentimiento con el sistema y la sociedad; y, además, que la sociedad o comunidad sea partícipe de la reintegración del tejido social. Convierte los signos del derecho penal, cambiando su función social de ser un instrumento exclusivamente punitivo, por el de ser un instrumento de pacificación, o como Nuria Beloso apunta, de re-pacificación.¹⁹¹

Lo que persigue este tipo de justicia, más allá de despresurizar el sistema de justicia penal es fungir como un mecanismo que transforme y sane la relación lastimada entre la comunidad y las instituciones del sistema de justicia. Es

¹⁹⁰ *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p.17-27.

¹⁹¹ Beloso Martín, Nuria, *op. cit.*, p.339.

decir, su objetivo es llegar a un resultado restaurativo que "...puede consistir en la reparación, la restitución y/o el servicio a la comunidad, siempre con el objetivo de atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes para poder alcanzar la reintegración de la víctima y el ofensor."¹⁹²

La justicia restaurativa no busca ganadores o perdedores. Lo que le interesa es que se resuelva el conflicto satisfactoriamente para las dos partes, buscando con ello eliminar el esquema de vencedor-vencido. Busca el bienestar en las personas y en la sociedad en general, además de desarrollar una cultura de la no violencia. Por eso representa una visión transitiva que permite incorporar una cultura del diálogo que reemplaza la cultura del diálogo, para dejar de ver al delincuente como una enfermedad, y en cambio verlo como un síntoma producto de nuestra sociedad.

Por todo ello, la justicia restaurativa está considerada como un activo de la paz, que posibilita de que todas las personas desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consensos, y la solución de conflictos. Además desarrolla competencias para que la sociedad acceda a una vida más justa a través del conocimiento, la investigación, la docencia, la cooperación, que promueva el respeto, la vida en democracia, y que alienten la convivencia.¹⁹³

4. *El cambio de paradigma en la enseñanza jurídica*

Uno de los caminos para la implementación y mejoramiento de las instancias, instituciones y figuras jurídicas es la enseñanza del derecho. A través de la

¹⁹² Centro de Investigación para el Desarrollo A.C., *op. cit.*, p.12.

¹⁹³ Gorjón Gómez, Francisco Javier, y Rodríguez Rodríguez María Elizabeth, "La justicia restaurativa como vía de pacificación social", en Gorjón Gómez, Gabriel Jesús (coord.), *op. cit.*, p.54 y 55.

pedagogía se transmite el conocimiento, los modelos y los conceptos que permiten la renovación de la teoría. También reproduce los prejuicios, los arraigos ideológicos innecesarios y las malas prácticas que fomentan una cultura del litigio que antepone la lucha por encima del diálogo, el enfrentamiento por encima del arreglo, y, en algunos casos, hasta las tácticas dilatorias, que no buscan resolver un conflicto, solo retrasarlo.

El pensamiento monista que se reproduce dentro de las facultades, repercute en la forma en que los abogados y jueces aplican el derecho impidiendo la creación de soluciones que comprendan la complejidad del mundo social. Al seguir el postulado de la escuela clásica francesa del derecho, de que no hay mejor ley que la misma, ni mejor justicia que la que proviene de la ley, limita cualquier intento de pensamiento fuera de la ley y del Estado.¹⁹⁴

Para Rubén Fernando Morales Rey algunos de los problemas de la preparación jurídica es que se enseña un derecho desligado de la realidad. Entre los grandes problemas que presenta, son los currículos rígidos de los planes de estudio que no se empatan los requerimientos sociales, el dogmatismo o riguroso énfasis en la sola dogmática y el enciclopedismo, el procedimentalismo, la ausencia de criterio jurídico, visión de la norma fuera del contexto social económico, político, ausencia de investigación, la falta de concepción interdisciplinaria de las ciencias sociales, o la falta de estrategia pedagógica que soporte las practicas académicas y profesionales, así como la falta de una estrategia de ruptura con el sistema tradicional.¹⁹⁵

Al restringir la enseñanza obligatoria de los medios alternativos, se circunscriben las posibilidades de solución a una sola lógica: la del proceso jurisdiccional. Y con un modelo de ese tipo la educación se congela, se sacraliza y se mitifica. Por eso, es fundamental enfocarse en la preparación

¹⁹⁴ Morales Rey, Rubén Fernando, *op. cit.*, p.227.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p.224.

profesional del abogado y sobre en todo en abrirse a nuevas formas de transmisión de ese conocimiento.

Es trabajo de juristas, investigadores, maestros, y académicos, buscar soluciones al aparato de impartición de justicia, y renovar constantemente el saber, en vez de fomentar la propagación de la misma teoría y los mismos conceptos. Para ello, resulta de suma importancia que se consideren las distintas teorías críticas dentro de las facultades para que futuros abogados tengan una noción más amplia de los distintos conceptos que pudieran darse en el derecho, dejando de considerar al Estado como única escala.

En ese sentido, ha habido intentos por refrescar la enseñanza del derecho procesal. Un ejemplo es el método de Carina Gómez Fröde, basado en un análisis cinematográfico como herramienta de la teoría procesal. Su naturaleza es íntegramente humanista, pues su origen ha estado ligado a una serie de disciplinas como la fotografía, la filosofía, la música, la dramaturgia, la literatura, el diseño, la semiótica y la estética. Para ella "...el cine contribuye a formar la conciencia profesional y las expectativas que abogados y el público en general tienen con respecto al derecho".¹⁹⁶

Pero no solo el cine ayuda a sensibilizar. El arte, el diálogo, la filosofía, la ciencia, el acercamiento a otras áreas impulsa un perfil mucho más complejo, nutrido y tolerante ante los problemas del mundo. Es necesario por tanto que se revalúe no solo la calidad, sino la forma en la que se forma al abogado a utilizar el derecho como una herramienta emancipadora y con responsabilidad ética hacia el mundo.

5. *Ética concreta de la alteridad y solidaridad de intereses*

¹⁹⁶ Gómez Fröde, Carina Xóchitl, *El arte cinematográfico como herramienta pedagógica para la enseñanza del derecho y de la teoría general del proceso*, México, Tirant lo Blanch, p. 67.

5.1 *La ética concreta de la alteridad.* Ningún replanteamiento de la realidad jurídica estará completo si no se acompaña de un análisis ético. Se vuelve necesaria la formulación de nuevos modelos de implementación de justicia toda vez que la crisis del derecho también es una crisis ética. No es para nada el objetivo de esta tesis realizar un tratado sobre filosofía moral. Pero cabe preguntarse, ¿qué valores mueven al abogado del siglo XXI? ¿Son el dinero o el prestigio motores que impulsan a un joven el derecho? ¿Lo es la justicia, el deseo de transformación social o las ganas de resolver conflictos humanitarios? ¿Acaso lo será simplemente conseguir un medio digno para ganarse la vida?

Un nuevo paradigma del derecho no solo buscaría cambiar la forma en la que entendemos el derecho, sino en última instancia modificar cómo nos relacionamos los unos con los otros. El derecho y sus instituciones deben tratar en medida de lo posible que esos valores pretendidamente universales, como la vida, libertad, bien común y justicia, sean abordados desde su propia alteridad. Es decir, como el Otro entiende dichos principios y como nos parecemos.

Gran parte de los problemas sociales que hoy experimentamos, como la anodina impartición de justicia o la violencia en todas sus formas se deben a la carencia de un modelo ético que permita traducir la singularidad de ciertos valores específicos de la vasta pluralidad y que en esencia son (o deberían al menos ser) comunes a todos. Por ello, es necesario plantear una ética con un potencial emancipador, una ética basada en la solidaridad y la responsabilidad.

Para Antonio Carlos Wolkmer, la crisis del *ethos* tiene razón en varios factores como la profunda pérdida de identidad cultural, la deshumanización de las relaciones socio-políticas, en el individualismo irracionalista y egoísta, en la

ausencia de padrones comunitarios y democráticos, y en la constante amenaza de destrucción de la humanidad y de su medio ambiente.¹⁹⁷

Contra la dominación, el autor citado plantea una ética de la alteridad que sirva como instrumento pedagógico de la liberación y que comprenda dos condiciones esenciales. La primera, es que debe inspirarse en la praxis concreta, es decir debe partir desde la situación histórica del otro. La segunda es que debe recurrirse a categorías teóricas de la propia cultura latinoamericana.¹⁹⁸

Desde ésta perspectiva se retoma la visión de la ética kantiana respecto del concepto de persona, en la que no es una cosa, o algo que pueda usarse como medio, sino que debe ser considerado, en todas las acciones, como fin en sí. Lo que la ética de la alteridad hace es traducir los valores emancipadores de nuevas identidades colectivas que van afirmando y reflejando una praxis concreta comprometida con la dignidad del otro.¹⁹⁹

El pluralismo y los sistemas de justicia alternativa, sólo pueden realizarse desde la autonomía, en los términos que Kant equiparaba con la mayoría de edad. Para Kant, el que gozaba de mayoría de edad, era capaz de pensar por sí mismo y establecer restricciones a su libertad usando, justamente, su libertad. La autonomía, así entendida, no es algo impuesto o atribuido, no es algo que ya está dado, sino un valor que debe ser conquistado. En este sentido, el pluralismo es un ejercicio de autonomía, de autodeterminación, que busca trascender las formas heterónomas, donde las normas creadas por otros son las que imponen obligaciones, en lugar de proponerlas. Los ciudadanos ya son mayores de edad. Es por ello que, haciendo gala de tal autonomía, deben aprender a gestionar sus propios conflictos sin esperar a que, como hasta ahora, un tercero les diga cómo resolverlos.

¹⁹⁷ Wolkmer, Carlos Antonio, *op. cit.*, p.228.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.234.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 235.

5.2 *La solidaridad de intereses.* Ligado a la ética de la alteridad y al pluralismo jurídico, me parece importante mencionar lo que Fernando Flores García llama solidaridad de intereses. Para el autor, dicho estado requiere de un acuerdo de voluntades de los participantes en la unión, además de pactos recíprocos de cooperación, "...para, con el esfuerzo, la acción, la actividad común se facilite la obtención de satisfactores que todos y cada uno necesita y que se repartirán, también de común acuerdo."²⁰⁰

El enfoque de una solidaridad de intereses se aleja de la visión individualista, coincidiendo en varios puntos con la justicia restaurativa, y sobre todo la comunitaria. Así, las necesidades solo pueden ser satisfechas por una pluralidad de personas. Por eso, la solidaridad de intereses parte de la premisa de que la necesidad de uno no se puede satisfacer si no se satisface también la necesidad de otro.²⁰¹

Al final, la ética de la alteridad como la solidaridad de intereses pueden ser dirigidas hacia un propósito: la prevención definitiva de los conflictos. Adoptando posturas más empáticas, y abandonando el "yo" en función al Otro es posible prevenir futuros malestares y luchas con otras personas. Así, el pluralismo jurídico es también un impulso de una justicia privada, a una comunitaria, donde "...la comunidad se apropie, sea dueña y amante de sus propios conflictos o de su propio destino y además que no necesite falsos representantes..."²⁰²

6. *Hacia un poder judicial efectivo.*

²⁰⁰ Flores García, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2003, p.21.

²⁰¹ *Ibidem*, p.22

²⁰² Morales Rey, Fernando, *op. cit.*, p. 211.

Por último, cabe mencionar que si bien, el pluralismo jurídico es un ejercicio que abona hacia la búsqueda de nuevos modelos *ad hoc* al mundo actual, no abandona del todo la práctica contemporánea de las instituciones. Es decir que, aunque permite y busca el pensamiento fuera del Estado, no renuncia a aceptar ventajas, cualidades y virtudes del sistema.

Por ello, es importante que además de la implementación de los sistemas de justicia alternativa, restaurativa, y de pluralismo jurídico, se incentive la idoneidad social de los tribunales. Es decir, que se impulse una reforma y revisión que vaya más allá de la oralidad, y que establezca una serie de requisitos para que pueda decirse que los tribunales son efectivos.

Héctor Fix- Fierro menciona la selectividad y la capacidad de procesamiento como dos virtudes con las que los tribunales puedan elegir los casos relevantes desde el punto de vista social. También el fortalecimiento de un diseño institucional adecuado dotado de facultades de una manera tal que sea adecuada para el desempeño de sus funciones, la profesión jurídica que ayude al desempeño de los tribunales con abogados bien preparados, y jueces y funcionarios judiciales seleccionados y formados adecuadamente son otros aspectos que deben contribuir a sanear y sanar el funcionamiento del poder judicial.²⁰³

Además menciona a la legitimidad como un factor fundamental para devolver la credibilidad, visibilidad social y hasta efectividad, al grado que para el autor citado, "...es eficaz lo que promueve y asegura el desarrollo técnico-económico en unas condiciones ambientales y en una coyuntura dadas, ya que ello es, en última instancia, condición para la vigencia de cualesquiera otros valores."²⁰⁴

²⁰³ Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, p.38.

²⁰⁴ *Ibidem*, p.39.

CONCLUSIONES

1. El fenómeno de la globalización, presente desde hace varias décadas en el mundo, ha venido a complejizar el mundo jurídico, generando la ruptura de los esquemas clásicos de validez y vigencia de las normas jurídicas arraigados del siglo XX. La descentralización y fragmentación del poder generada por dicho fenómeno ha permitido que el Estado deje de ser considerado como la única escala de poder y conocimiento. Contra esa idea han aparecido en los últimos años organizaciones no gubernamentales, comunidades originarias, los grupos paraestatales, y hasta los movimientos ilegales como las autodefensas que son capaces de crear su propio derecho, sancionado y legitimado.

2. La aparición de nuevos sujetos e identidades, con sus propios sistemas de valores ha hecho evidente que en realidad no existen conceptos universales; solo particulares. El complejo escenario de múltiples instancias permite romper varias ideas preconcebidas sobre como es y cómo debe ser el derecho, y pensarlo desde nuevas perspectivas y modelos más incluyentes y flexibles, como el pluralismo jurídico, que elabora una crítica a la noción de universalidad, tan defendida y perseguida por la teoría tradicional del derecho.

3. El pluralismo jurídico puede definirse como un fenómeno social donde coexisten, dos o más sistemas jurídicos, el derecho formal u oficial del Estado con toda su estructura vertical y sus instituciones, y el derecho alternativo de carácter extra-estatal, proveniente en gran medida del derecho consuetudinario. Aceptar los tiempos plurales, multiculturales y globalizados en los que vivimos; es reconocer que, ante los retos del mundo generados por la tecnología y la aparición de nuevos sujetos sociales, el monismo jurídico se ha quedado corto en sus planteamientos y explicaciones para entender las circunstancias en las que vivimos. El pluralismo jurídico es una teoría

contemporánea que critica el modelo tradicional del derecho, llamado por muchos autores monismo o centralismo, y con ello, pone en entredicho muchos de los conceptos claves como Estado o como proceso. El pluralismo jurídico parte desde la perspectiva de que, de entrada, no existe una única configuración legal ni legítima, convirtiéndose en un modelo que busca adaptarse a la situación actual de coexistencia de fuerzas e instancias en todos los ámbitos de la vida social, no solamente en el derecho.

4. Más que defender una unidad jurídica, el pluralismo analiza el derecho que se caracteriza por ser incluyente, flexible, abierto, y que esté, además, fundamentado en lo que Antonio Carlos Wolkmer llama, la ética de la alteridad. Al aceptar los sistemas que nacen de la práctica social, y no de la decisión de un pequeño grupo, y que pueden poseer sanciones coercitivas distintas a las oficiales (incluyendo sanciones morales) dicho modelo abarca todas las relaciones entre Estado, individuos y comunidades, posibilitando, en última instancia la aparición de un Estado plural, cuyo objetivo principal sea alcanzar el bien común, la coexistencia de sistemas y valores que pueda llevar a la paz.

5. Si se parte desde un modelo diverso e incluyente donde coexisten diversos sistemas jurídicos y formas normativas, paralelos o simultáneos al Estado, el derecho estatal no sería más que una especie dentro de un género más grande. Así, entre figuras tradicionales y no tradicionales, se produce un fenómeno de riqueza jurídica donde los conceptos se confunden, se mezclan, se indeterminan, y se intervienen todo el tiempo. El derecho canónico, el derecho indígena, *la lex mercatoria*, o el derecho de la Unión Europea o la Constitución de la República Boliviana son ejemplos de fenómenos de pluralismo que se entienden a sí mismos por encima, por debajo o por afuera del Estado. De la misma forma, los modelos de justicia alternativa como la

conciliación, la mediación, el arbitraje o la negociación plantean opciones y salidas al método clásico de resolución por excelencia que es el proceso.

6. Si lo que existe en el mundo son verdades particulares, parciales e incompletas y no una verdad absoluta, total y definitiva, considerar solo una versión de justicia o una forma de resolución sería ignorar el escenario diverso del mundo. De ahí que sea necesario analizar una institución como el proceso desde una perspectiva global, donde se tomen en cuenta nuevos elementos y conceptos traídos desde el pluralismo jurídico. Aunque el proceso jurisdiccional es la forma más utilizada para resolver conflictos, existen muchas otras vías que, aunque ignoradas, significan alternativas complementarias a la impartición de justicia en el mundo.

7. El proceso jurisdiccional, elemento central en la teoría tradicional del derecho, ha servido para sostener y legitimar el monismo del Estado. Al depositar en la figura del juez parte del poder soberano y originario del pueblo, el proceso queda revestido de una importancia jurídica y sobre todo política. Con el Estado a la cabeza determinando que sí y que no puede ser admitido a trámite, y con una estructura de gobierno que regula y condiciona los conflictos y los medios de resolución paralelos a su criterio, el proceso queda como el principal y a veces único medio auténtico y efectivo para darle cause a la enorme cantidad de situaciones problemáticas que ocurren en el seno de una sociedad.

8. Si hay algo que ha generado una monopolización del proceso es la teoría monista y centralista que la fundamenta. El derecho procesal se ha encargado de crear una correspondencia entre Estado y proceso. La jurisdicción y la acción, elementos esenciales del proceso, solo pueden

entenderse desde arriba, como una actividad estatal y nunca como algo que surja de la ciudadanía. Al tener el Estado el monopolio de la jurisdicción, se niega cualquier otra forma de decir el derecho. Con ello priva a la sociedad civil de decidir sobre sus propios asuntos e intereses. Aunque en los últimos años se ha reformado toda la estructura legal para incluir a los mecanismos alternativos, el proceso sigue siendo el medio hegemónico por el que se da salida a los conflictos que surgen entre la población.

9. Además, la insistencia de los abogados en el proceso, la llamada cultura del litigio, y la pedagogía que excluye las teorías críticas y el pensamiento fuera del marco, generan una desconfianza hacia todas las formas alternativas o distintas a las oficiales. Los prejuicios sobre el pluralismo y los medios alternativos han acrecentado la idea de que solo el proceso puede traer una resolución satisfactoria para las partes.

10. Sin embargo, la monopolización de dicho medio ha traído muchos problemas en su común aplicación como lo son la sobresaturación, la tardanza en la aplicación, el excesivo rigorismo y formalismo, los altos costos para acceder a ella, y el gran problema de corrupción que afecta prácticamente cada esfera de la vida social política del país. Además ha generado que en la enseñanza se ignoren alternativas que bien podrían ser utilizadas a la par y que ayudaría a descongestionar el sistema procesal.

11. Actualmente atravesamos una tendencia que apunta hacia la transformación de los espacios. En el derecho procesal todo indica que lo que se busca es ir reemplazando el proceso por la denominada justicia alternativa, que, cabe aclarar han coexistido dentro de las mismas sociedades en todas las épocas. La mediación, la conciliación, el arbitraje y la negociación, son sólo

algunos ejemplos de formas de solucionar los problemas que el ser humano ha inventado a lo largo de su historia, a los que podrían agregarse los sistemas de los pueblos originarios, de las comunidades, de las organizaciones civiles y la sociedad civil.

12. Si el proceso es una forma de heterocomposición que reafirma la soberanía del Estado, los medios de justicia alternativa, por su parte, ilustran formas de autocomposición que ratifican valores de la comunidad y de los sujetos colectivos. Por eso coinciden a la perfección con el pluralismo, al resistir la idea monista y paternalista de que el Estado debe resolver todos los problemas de la sociedad, e impulsar la coexistencia de otras formas jurídicas paralelas a las producidas por el Estado. Esto confirma la tendencia de depositar el poder en las personas mismas y ya no en un juez o institución por encima.

13. La justicia alternativa representa una visión distinta sobre la solución de conflictos en donde lo que prevalece es el diálogo. Los medios alternativos de justicia ofrecen la posibilidad de que se deje de pedir por favor lo que se puede exigir como un derecho. Es un ejercicio que requiere la participación más activa de la sociedad en general, como salidas al monopolio de la violencia estatal. Adicionalmente, descansan en el presupuesto de que las partes decidan sobre su conflicto. No buscan acortar la responsabilidad del Poder Judicial, sino racionalizar el uso de sus recursos y, al mismo tiempo, brindar al individuo y a la sociedad opciones para el manejo de sus propios asuntos. En otras palabras, les concede a las partes autoridad sobre sí mismas.

14. Una sociedad civilizada aprende a resolver sus controversias por otras instancias. Al contrario de lo que podría pensarse, los MASC no apelan contra

el proceso, sino a favor de la sociedad. Es, por tanto, un ejercicio de diversidad, que prueba que el pluralismo jurídico es un fenómeno real, existente y actual, donde el Estado solo es una forma de pensar el orden y la justicia, y donde los individuos y las comunidades son capaces de solucionar, por sí mismos, sus conflictos. En la medida de la eficacia del diálogo y la capacidad de mediadores y conciliadores para lograrlo, aunado a la eficacia en el cumplimiento de los convenios obtenidos, será en la medida que los MASC darán más y mayores resultados.

15. Hoy en día, aún existen dificultades para lograr un cambio de paradigma, a nivel cultural, nivel social y nivel político. Hay una resistencia teórica y cultural proveniente de la ideología monista y positivista, que involucra el ejercicio de poder. Quitarle presencia a los jueces y abogados litigantes puede representar un desafío y amenaza a una parte de la población que difícilmente cambiara su forma de apreciar el derecho, tan introyectada en ellos.

16. Por eso, es importante que los jóvenes entiendan que el proceso no es la única opción y que, además, está plagado de problemas reales en su aplicación. Si, además, si se reconocen las cualidades y virtudes de los medios alternativos, y se pone en práctica su uso reiterado, se paliarían lentamente sus deficiencias y fallas. Inclinar a los estudiantes a convertirse en mediadores y conciliadores, incrementaría la oferta, y cubriría la demanda (cada vez mayor). Ceder a la ciudadanía, poco a poco, el poder para auto determinarse y auto componer sus conflictos es uno de los grandes retos sociales y jurídicos del siglo XXI.

17. Si algo nos ha enseñado Cherán es que es posible autogobernarse sin la intromisión de partidos políticos ni instituciones oficiales. Cabría preguntarnos

si la justicia por propia mano es un concepto absolutamente negativo para un Estado, o que, al contrario, pueda ser en muchas ocasiones productivo y hasta necesario. El pluralismo jurídico y los nuevos modelos de justicia, como la restaurativa, la privada o la comunitaria, defienden el hecho de que todos podemos solucionar conflictos. Así, representa un alejamiento del paradigma tradicional y monista que fomenta el litigio como el único camino, y en cambio, permite superar, trascender o complementar las formas ya existentes. Con esa idea se pasa de una justicia para todos, a todos podemos hacer justicia, donde la comunidad pueda pensarse a sí misma y estar a la altura de sus propias expectativas, rompiendo, de una vez por todas, con la idea de que la resolución de los conflictos, no concierne más que a los abogados, litigantes, jueces y gente perita en la materia.

18. Así, y en pleno siglo XXI, conceptos como pluralismo jurídico, justicia alternativa y restaurativa, medios alternativos, y ética de la alteridad permiten cuestionarnos acerca del futuro de conceptos como derecho, como justicia, proceso, impartición de justicia o hasta Estado. En un escenario transcultural y globalizado donde colapsan y se confrontan escalas de valores, visiones del mundo, formas de entender la violencia y los conflictos, habría que preguntarse si vale la pena seguir apostando a los mismos modelos del siglo pasado o si habrá que reinventar las técnicas, los procedimientos y los métodos

PROPUESTAS

1. Después de analizar el fenómeno del pluralismo en relación con el derecho procesal, la propuesta que ahora presento se divide en dos ejes de acción, la teoría y la praxis.

2. Antes que nada, es necesario que, de una vez por todas, se reconozcan las virtudes del pluralismo jurídico como un modelo teórico que presenta grandes ventajas a la hora de analizar la realidad jurídica. Dicho modelo *sui generis* permite adoptar una postura de apertura y tolerancia, necesaria en tiempos de globalización, integración y multiculturalismo. Se debe cambiar el enfoque de enseñanza en las facultades de derecho en el país para que ésta incluya todas las teorías y tendencias jurídicas contemporáneas, como la analítica jurídica, el derecho intelectual, el derecho ambiental, el derecho a la privacidad así como el susodicho pluralismo jurídico.

3. Una revisión a los planes de estudio debe plantear la posibilidad de ampliar los temarios de las asignaturas como Sociología Jurídica, Introducción al Estudio del Derecho, Teoría del Derecho o Filosofía del Derecho; o en su oportuno examen crear nuevas materias adecuadas al nuevo escenario jurídico a fin de mantener vigente y actualizado el derecho. De la misma forma, los Centros de Investigación deben esforzarse por difundir y financiar investigaciones inter y trans-disciplinarias, así como procurar que se revisen críticamente todos los conceptos de la teoría tradicional, a fin de que el derecho vaya a la par de los saberes científicos-sociales más recientes.

4. También considero importante que las nuevas generaciones de abogados aprendan a aplicar los medios alternativos de justicia. Para ello propongo que se cree una asignatura obligatoria llamada Medios Alternativos de Justicia o Procedimientos de Resolución de Controversias, donde se enseñen de manera específica la mediación, el arbitraje y la conciliación. Dicha materia debe ser independiente y diferenciada de la “Teoría General del Proceso” en la que si bien, sí se enseñan diversas formas de solución de litigio (autotutela, autocomposición, heterocomposición) las horas dedicadas a su estudio son prácticamente muy pocas.

5. Además, considero que los Institutos, instituciones, colegios, facultades y todo tipo de centro encargado de enseñar, transmitir, reproducir o aplicar el derecho, deben propiciar la sensibilización de la población en general y a los estudiantes en específico sobre temas como los movimientos de las comunidades indígenas, el feminismo o perspectiva de género, y demás movimientos que demuestren el fenómeno de la pluralidad. Es decir, que para que pueda implementarse la justicia alternativa y restaurativa es necesario que también los medios de comunicación le den difusión a estos sistemas, con la finalidad de que la población se entere de que existen formas diferentes de resolver pacíficamente sus conflictos personales.

6. No habrá un trabajo pedagógico completo si no se pone en práctica lo aprendido. Aunque si ha habido intentos en los últimos años por reformar el sistema jurídico y permitir la existencia de los medios alternativos, falta aún mejorar la información acerca de dichos sistemas de justicia. Además se debe generar un sistema integral de recolección y procesamiento de datos para la producción de estadísticas e indicadores judiciales de calidad.

7. Por tanto, mi última propuesta es que se reflexione en torno a la capacidad de decidir y solucionar nuestros conflictos por cuenta propia, sin participación del Estado ni de jueces. Solo en la medida en que adoptemos, individuos, comunidades y sociedad, un rol más activo en los problemas del mundo y empecemos a actuar, pensar y participar es como dejaremos de delegar en el Estado y, consecuentemente, en pocas, muy pocas personas, los problemas de nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA:

- BARDALES LAZCANO, ERIKA, *Medios Alternativos de Solución de Conflictos y Justicia Restaurativa*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011.
- BELLOSO MARTÍN, NURIA y DE JULIOS-CAMPUZANO, ALFONSO (coord.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, España, Madrid, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, Dykinson, 2008.
- BONFIL BATALLA, GUILLERMO (comp.), *Hacia Nuevos Modelos de relaciones Interculturales*, México, CONACYT, 1993.
- CABALLERO JUÁREZ, JOSÉ ANTONIO, et.al. (coord.), *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Volumen I. Globalización y Derecho, Justicia y Profesión Jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- CENTRO DE INVESTIGACIÓN PARA EL DESARROLLO A.C., *La Otra Justicia. Reporte sobre la operación de la justicia alternativa en México*, México, CIDAC, TinkerFoundationIncorporated, 2016.
- CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL, R.M., *Resolución Alternativa de Conflictos. Una opción democrática de acceso a la justicia*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- CORREAS, OSCAR (coord.), *Pluralismo jurídico: otros horizontes*, México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades, 2007.
- CORREAS, OSCAR (coord.), *Derecho Indígena Volumen I*, México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades, 2007.
- DÍAZ MADRIGAL, IVONNE NOEMÍ, *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*. México, UNAM, Instituto de

- Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013.
- DORANTES TAMAYO, LUIS ALFONSO, *Teoría del proceso*, 12ª ed., México, Porrúa, 2010.
- ENGLE MERRY, SALLY, *et. al.* (coord.), *Pluralismo Jurídico*, Colombia, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2007.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, VICENTE (coord.), *Impartición de justicia en México en el siglo XXI*, México, Porrúa, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, 7ª edic., México, Porrúa, 1999.
- FIX- FIERRO, HÉCTOR, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- FLORES GARCÍA, FERNANDO, *Teoría general de la composición del litigio*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2003.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, España, Barcelona, Gedissa, 2017.
- GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE, *El Estado, los indígenas y el Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- GORJÓN GÓMEZ, GABRIEL JESÚS (coord.), *Tratado de justicia restaurativa. Un enfoque integrador*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- LEZCANO MIRANDA, MARTHA EUGENIA, *La justicia de Todos, Mecanismos Alternativos de solución de conflictos*, 3ª edic., Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 2016.

- MARTÍNEZ GARNELO, JESÚS, *Justicia alternativa y justicia para adolescentes en el sistema acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2011.
- MORALES REY, RUBÉN FERNANDO, *Pluralismo Jurídico. Consideraciones sobre el derecho alternativo (Filosofía crítica del derecho y de su educación)*, Colombia, Bogotá, Edit. Leyer, 2015.
- ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE, *La Teoría del proceso*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- DE SOUZA SANTOS, BOAVENTURA, *Sociología Jurídica Crítica, Para un Nuevo Sentido Común en el Derecho*, 2ª edic., Colombia, Trotta/ Ilsa, 2009.
- VIZCARRA DÁVALOS, JOSÉ, *Teoría general del proceso*, 14 edic, México, Porrúa, 2015.
- URIBARRI CARPINTERO, GONZALO (coord.), *Acceso a la justicia alternativa. La Reforma al artículo 17 Constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos de alternativos de solución de controversias*, México, Porrúa, 2010.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una Nueva Cultura del Derecho*, trad. David Sánchez Rubio, 3ª edición, España, edit. MAD, 2006.