



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MAESTRÍA EN DERECHO
PLAN DE ESTUDIOS 4146
CIUDAD UNIVERSITARIA UNIDAD DE POSGRADO

CAMPO DE CONOCIMIENTO:
MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

“EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA BASADO EN NEGOCIACIÓN”

MODALIDAD DE GRADUACIÓN: TESIS
PARA OPTAR POR EL GRADO DE: MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:
ADRIAN RODRIGUEZ ZERMEÑO

TUTOR:
MARÍA MACARITA ELIZONDO GASPERÍN
POSGRADO EN DERECHO

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:
MARÍA MACARITA ELIZONDO GASPERÍN
VICTOR HUGO PÉREZ HERNANDEZ
NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
CARLOS F. QUINTANA ROLDÁN
EUGENIA PAOLA CARMONA DÍAZ DE LEÓN
UNIDAD DE POSGRADO DE DERECHO

CIUDAD DE MÉXICO, NOVIEMBRE, 2021.



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.

Índice

	Introducción	1
	Primera Parte	2
	Pregunta Inicial <ul style="list-style-type: none">• Primaria• Secundaria	2
	Delimitación del tema-problema	3
	Objetivos <ul style="list-style-type: none">• General• Específicos	4
	Justificación	5
	Hipótesis <ul style="list-style-type: none">• Variable dependiente• Variable independiente	6
	Metodología <ul style="list-style-type: none">• Selección de métodos• Elección de conceptos	6
	Segunda Parte	9
	Unidad I. Avances internacionales de la justicia alternativa	9
	Unidad II. Crítica al derecho procesal actual	47
	Unidad III. Un estudio general de la negociación en el Derecho y sus posibilidades	71
	Unidad IV. Negociación: Fundamentos para un nuevo modelo de justicia	95
	Unidad V. Negociación como ideología política	147
	Conclusiones	173
	Bibliografía	177

Introducción

Desde hace aproximadamente dos siglos, el Derecho mexicano se formó con una influencia religiosa que se logró plasmar en cada uno de los documentos constitucionales a lo largo de nuestra historia. Simultáneamente grandes intelectos surgieron provocando el nacimiento de corrientes de pensamiento que dieron como resultado la necesidad de un estudio más profundo del Derecho, así como las formas de interpretar y concebir a un sistema de normas y lo que debió concretarse como un avance en la disciplina jurídica terminó confundiendo el objetivo primario del Derecho: mantener la paz entre los sujetos.

Con el paso del tiempo, inconscientemente hemos estado bajo el yugo de un Derecho que no hace sino encasillarse más en sus problemas lógicos debido al idealismo que lo desorienta, provocando controversias de igual naturaleza en la política y afectando a su vez la actividad administrativa del Estado desencadenando conflictos jurídicos y sociológicos entre aquel y los gobernados por la incompetencia para proteger y satisfacer las necesidades de la sociedad moderna.

Para responder a esta crisis, no hace mucho tiempo, la justicia mexicana echó mano una vez más de los medios alternativos de solución de conflictos (MASC), pero al ser una opción resurgida de la urgencia y de la desorientación del Derecho actual causada por la crisis que se sufre, los han implementado de manera poco estudiada y analizada dando como resultado el brote de mecanismos incompletos o que carecen de funcionalidad y utilidad. Esto origina pensar en la obligada evolución que debe sufrir nuestro Derecho procesal, y para ello, la negociación puede simbolizar una nueva etapa del Derecho mexicano, si se logra aprovechar todos sus aspectos epistémicos y disciplinarios, ésta puede sin duda ser la nueva base de la justicia mexicana, una justicia basada en negociación.

Primera parte

Pregunta inicial

Primaria: ¿Puede la disciplina de la negociación convertirse en la base de la justicia legal mexicana?

Secundaria(s):

- ¿La disciplina de la negociación puede mejorar el modelo judicial actual en México?
- ¿Cuáles pudieran ser las fallas del actual derecho procesal mexicano?
- ¿Cuáles son los principales avances en el marco internacional en el estudio de los MASC?
- ¿Cuáles son las principales problemáticas a las que se enfrentan los mecanismos alternos de solución de conflictos para poder convertirse en la base de la justicia legal mexicana?
- ¿Cuáles son las principales razones por las que se justifica que la negociación puede (o debería) ser la nueva base de justicia mexicana?
- Al ser la política un componente para lograr justicia comunitaria, ¿puede la negociación mejorar la funcionalidad de la política?
- Siendo la actividad administrativa del Estado una importante cuestión para la protección y acceso a los derechos humanos protegidos por aquel, ¿puede la negociación mejorar la actividad administrativa del Estado?
- ¿Cuáles son las controversias/conflictos legales sobre los cuales es posible implementar un nuevo modelo de justicia basado en la negociación?

Delimitación del tema-problema

El Derecho procesal actual en México ha mantenido como base una corriente de pensamiento denominada idealismo, más específicamente, el idealismo trascendental conjunto con una influencia religiosa que no ha permitido al derecho nacional evolucionar desde hace ya aproximadamente dos siglos, quedando en un momento epistémico que no se adecua a las exigencias actuales. La sociedad ha evolucionado, las necesidades humanas han cambiado de igual manera y la resolución de conflictos es una necesidad que día con día cobra mayor impacto, además de que varios acontecimientos históricos han puesto al sistema de justicia actual en aprietos, toda vez que se ha tornado notoria la falta de productividad de aquel.

Al mismo tiempo, los medios alternativos de solución de conflictos han resurgido para tratar de enfrentar la crisis de derecho que se ha agrandado generación tras generación en la historia de impartición y administración de justicia en México, pero han sido desaprovechados debido a una falta de estudio exhaustivo de dichos medios y tampoco se ha realizado una crítica realista al derecho procesal actual, lo que ha dado como resultado considerar a los MASC como actividades que no tienen potencial para reducir el trabajo jurisdiccional y que se reducen por lo general a la voluntad de realizar pláticas para encontrar arreglos.

A lo anterior se le agregan problemáticas socioculturales como la educación profesional que se imparte a los futuros abogados, la hostilidad del derecho y otros factores que sin duda aumentan el fenómeno de la crisis. La hostilidad del derecho encuentra su fundamento en la forma en la que los abogados, usuarios y juzgadores entienden al mundo jurídico. Esta situación ha provocado una necesidad imperante de recurrir a la opción legal acostumbrada basada en interminables y tortuosos procedimientos que duran años para resolverse.

Además, el modelo de política actual ha resultado, administración tras administración, una problemática más para el acceso a los diversos derechos humanos protegidos por la carta magna nacional y, al ser el Derecho parte de la política, se puede analizar la posibilidad de que el Derecho actual se ha convertido en un problema social produciendo hostilidades entre sujetos, no sólo ante las autoridades jurisdiccionales sino también fuera de ellas, transformándose en un sistema de ambigüedades y contradicciones difíciles de superar. Es por lo anterior que nuestro Derecho procesal debe evolucionar en todos los aspectos. Nuestro país se encuentra en desarrollo, y un aspecto importante para lograrlo es sin duda alguna alcanzando un sistema judicial sano en todos los niveles empezando por el aspecto político para que pueda responder a las necesidades de los gobernados y así conseguir ser reconocidos como un marco de referencia en el marco internacional.

Objetivos

General:

Encontrar los fundamentos necesarios para justificar que la los medios alternos de solución de conflictos (más específicamente la disciplina de la negociación) puede convertirse en la nueva base de justicia en México.

Específico(s):

- Realizar una crítica al derecho procesal y al sistema de justicia actuales.
- Analizar cuáles son las principales problemáticas a las que enfrentan los mecanismos alternos de solución de conflictos en México.
- Examinar las relaciones del Derecho con la política y ésta con la actividad administrativa del Estado.
- Estudiar cómo la negociación puede mejorar la política y la actividad administrativa del Estado en la protección y acceso a derechos humanos.

- Argumentar por qué la negociación puede ser la base para un nuevo modelo de justicia legal.
- Determinar en qué tipo de conflictos se puede implementar un nuevo modelo de justicia legal basada en la negociación.

Justificación

Esta investigación encuentra su aporte en un intento por mejorar el Derecho procesal practicado en los órganos jurisdiccionales en México, aportando una crítica a éste, así como un estudio profundo de las posibilidades que puede ofrecer la negociación como disciplina de gestión de conflictos con el objetivo de reflexionar el presente y revolucionar el futuro de la actividad de la abogacía y de la labor jurisdiccional dando paso a la justicia legal moderna, con un enfoque más realista y progresista del nuestro Derecho procesal.

Olvidaremos la percepción actual de que los mecanismos alternos de solución de conflictos, los cuales son pensados como ajenos a las formalidades insertas en los procedimientos judiciales debido a las carencias teóricas y prácticas que los han supuesto una alternativa incompleta e insatisfactoria. El estudio profundo de la disciplina de la negociación nos permitirá ver una ventana a una nueva forma de resolver conflictos legales, dejando atrás la hostilidad y la poca expectativa que se tiene sobre la justicia procesal mexicana, adecuándola a las exigencias reales que demanda la sociedad. Se aportarán ideas que tratarán de explicar cómo la negociación, por sus características realistas, puede influir, no sólo en el Derecho procesal actual, sino también en la política y la actividad administrativa estatal, materias que tienen como principal componente los procedimientos.

Hipótesis

La disciplina de la negociación puede convertirse en la base para crear e implementar un nuevo modelo justicia legal.

Variable Dependiente: Modelos de justicia procesal, política, administración pública.

Variable Independiente: Negociación.

Metodología

De acuerdo a los objetivos (general y específicos) que se pretenden lograr, se realizará un estudio explicativo, ya que esta investigación va más allá de la descripción del fenómeno social de crisis de justicia y cómo los medios alternos se han implementado de manera errónea para combatirla, sino que trataremos de responder las causas de los eventos antes mencionados argumentando sobre diversos aspectos que los envuelven y cómo y en qué condiciones se manifiestan.

Selección de métodos

- Deductivo

Con este método se abordará el tema de los medios alternos de solución de conflictos, más específicamente a la negociación al ser la base de los mecanismos alternos ya conocidos, tales como la mediación, conciliación y arbitraje, analizando desde una perspectiva general, iniciando con el análisis de la realidad actual de estos mecanismos en el marco internacional y nacional, para luego estudiar aspectos específicos que, a nuestra perspectiva, han impedido a la justicia alterna y especialmente a la negociación, ser la base de los mecanismos de impartición de justicia en nuestro país.

- Analítico

Este método nos permitirá analizar los componentes de la justicia alternativa, desde la legislación hasta aspectos lógicos y sociológicos que los envuelven para así revelar las verdaderas problemáticas de la justicia, tanto litigiosa como alterna.

- Sintético

Se descifrarán los elementos que consideramos, deberían de ser estudiados con mayor énfasis para proceder a explicar por qué la negociación y en general la justicia alternativa no ha podido evolucionar positivamente en el marco pragmático.

- Descriptivo

A través de este método, intentaremos describir las características de la justicia alternativa que se implementa actualmente en nuestro sistema de justicia, reflexionando sobre cada uno de ellos con el fin de explicar las fallas que adolece esta tanto en el marco jurídico de nuestro país como el internacional.

- Sistemático

Realizaremos un proceso mediante el cual relacionaremos elementos que se describirán para integrar una teoría que pueda explicar como la negociación tiene los alcances epistémicos incluso para mejorar la administración pública.

Elección de conceptos

- Derecho: *como sistema de normas que regulan el comportamiento humano en sociedad.*
- Proceso: *mecanismo de impartición de justicia.*
- Juicio: *1. Como procedimiento de impartición de justicia y; 2. Como juicio de entendimiento.*
- Política: *como la ciencia que trata de la organización y administración de un gobierno.*
- Estado: *1. Como estado de cosas deseado por las personas físicas y morales y; 2. Como forma de organización política.*
- Conflicto: *como desacuerdo o incompatibilidad de intereses.*
- Problema: *cuestiones a las que se busca una explicación.*
- Controversia: *Discusión reiterada de dos o más personas.*
- Partes: *Aquellas personas físicas o morales que, por su interés, intervienen en cualquier mecanismo de impartición de justicia.*
- Sociología: *como estudio de la sociedad.*

- Globalización: *proceso de interacción e intercambio en aspectos económico, tecnológico, político, social y cultural a nivel global.*
- Gestión: *acciones para dirigir y administrar.*
- Negociación: *técnica, procesos, de intercambio de acciones o actitudes con el objetivo de satisfacer alguna necesidad.*
- MASC: *Por sus siglas Medios Alternos de Solución de Conflictos de los cuales los más comunes en México son la mediación, conciliación y el arbitraje.*
- Idealismo: *corriente de pensamiento que establece que no existen cosas reales, conocemos únicamente las representaciones que están en nuestra conciencia.*
- Realismo: *corriente que explica que la verdad conste precisamente en la conformidad o identidad del juicio con la realidad.*
- Economía: *sistema de producción, distribución, comercio y consumo de bienes y servicios de una sociedad.*
- Lógica: *ciencia que estudia el acto del conocimiento humano y diversos aspectos del conocimiento.*
- Conocimiento: *Facultad del ser humano para comprender por medio de la razón la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas.*
- Verdad: *aquello que no admite grado de falsedad.*
- Falsedad: *todo lo que es contrario a la verdad o a la realidad.*

Segunda Parte

Unidad I. Avances internacionales de la justicia alternativa

En el marco nacional se ha publicado la *Minuta del Proyecto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y se derogan, reforman o adicionan diversas disposiciones al Código de Comercio, en materia de conciliación comercial*¹, de la cual se pueden extraer algunos puntos que son a nuestra perspectiva destacables, sea positiva o negativamente. Se le sigue denominando *medios alternativos de solución de controversias* al conjunto de mecanismos que son distintos a los jurisdiccionales², aun cuando ambos persiguen el mismo fin: resolver conflictos; con lo cual se cae en la misma percepción que todos los intentos anteriores por mejorar esta modalidad de impartición de justicia. El Derecho mexicano sigue ignorante de un *nuevo medio jurídico*³ que constituye una superación epistémica de conceptos como la *justicia, la política, la democracia*, y por supuesto el *Derecho*, por ello, no se ha provocado en la sociedad mexicana un cambio en su comportamiento. Se observa que se pretende mantener el estatus jurídico de los MASC, lo que obviamente es reflejo del poco estudio que se ha hecho al respecto, tanto dentro como fuera del marco del Derecho. La sociedad jurídica mexicana sigue resistiéndose a un medio potencial de producción de justicia, concepto que se mantiene en esta ley en su concepto romano. Otro de los puntos sobresalientes es el *artículo 2 del Título Primero Capítulo I* del cual destacan dos fracciones: *I. Definir los procedimientos y etapas mínimas de los mecanismos alternativos de solución de controversias* y *VII. Impulsar la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias como un medio de acceso a*

¹ Senado de la República, *Minuta del Proyecto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y se derogan, reforman o adicionan diversas disposiciones al Código de Comercio, en materia de conciliación comercial*, LXIII Legislatura, México, 26 de abril de 2018, disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/80918, consultado en fecha: 19 de noviembre de 2020.

² *Ibidem*, p. 3.

³ A manera de Oskar Lange, quien considera que un nuevo medio material constituye un estímulo que provoca un cambio de comportamiento en el proceso ulterior de producción. Véase Ryszard Lange, Oskar, *Economía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 39.

la justicia.⁴ De estas dos fracciones se puede inferir que una de las características que afectan a los MASC es sin duda la falta de formalidades, en un Derecho procesal como el actual en donde se busca una seguridad jurídica a través del cumplimiento de la ley, es hasta cierto punto obligado para el legislador determinar estas etapas, pero al realizarse el análisis de ello observamos una vez más la calca de las leyes anteriores, sin embargo debe aceptarse que hay cierta claridad en las que se exponen estas, la cosa es que sigue dejándose al azar la *justicia* toda vez que, si la mediación o la conciliación no es aceptada por las partes, entonces se sujetarán por la vía tradicional hostil. Por resultado, la fracción VII queda insostenible a razón de que se establecen tendencias de leyes de justicia alternativa anteriores, es decir, aún no existen razonamientos, ideologías, críticas, etc., que sean más fuertes que el derecho procesal antiguo, Nietzsche lo dijo así:

*Algunas veces aparecen espíritus revoltosos, violentos y atrayentes; pero retrógados que evocan a la humanidad vieja, sirven para probar que las tendencias nuevas, contra las que van, no son aún muy fuertes; de otro modo, se habrían impuesto en el cerebro de tales evocadores.*⁵

Algo que resulta positivo es la inclusión de la *negociación* en el artículo 4 de *del Título Primero Capítulo I, por supuesto de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias*⁶, el problema es que es una conceptualización muy básica, lo que nuevamente resulta de un escaso oficio de investigación y pensamiento sobre esta figura tan interesante y amplia, es más, la conceptualización misma que dice: “[...]procedimiento mediante el cual las partes

⁴ Senado de la República, óp. cit., p. 1.

⁵ Nietzsche, Friedrich, *Humano demasiado humano*, México, Editores Mexicanos Unidos S.A. de C.V., 2018, p. 31

⁶ Senado de la República, óp. cit., p. 3.

*buscan obtener una solución a su controversia entre ellas, sin requerir la ayuda de un facilitador [...]'*⁷, refiere a que se encuentra fuera de los procedimientos que marca la propia ley que se analiza.

En cuanto al estudio de la figura de los facilitadores, la ley omite explicar el porqué de dicha denominación, es decir, hablamos de una razón de *creencia*, pues pretende comunicar al usuario una sensación de que tanto la ley como los procedimientos son de fácil uso, esto es humano, pero como el título de la obra de Nietzsche, *demasiado humano*.

Llama la atención lo que se lee en el documento del senado multicitado, en lo referido al Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, ya que en su integración está conformada por autoridades como el titular de la Institución especializada del Poder Judicial de la Federación, esto deja claro que se pretende darle importancia mayor a los MASC, y en observación a los demás integrantes de dicho Consejo como lo son algún representante de la Confederación Nacional de Cámaras de Comercio, Servicios y Turismo, además de un representante de la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos se puede concluir que, aunado a la clara mejora que se pretende lograr en materia comercial, el concepto limitativo que el Derecho tiene de los MASC puede desencadenarse y ampliarse a otras materias, como posiblemente sea la política, en el sentido de la superestructura de la sociedad. Obsérvese que también se encuentran previstos los MASC para, de acuerdo a la _ en su artículo 64 del Capítulo IV Título III; "controversias sociales", los cuales son *escolar, comunitario o indígena*.⁸

Más importante es el artículo 29 del Título Segundo Capítulo I del documento referido⁹, en donde se otorga a las partes tramitar el procedimiento a través de medios electrónicos. Esto es resultado del avance tecnológico que vive la modernidad y puede significar también el medio sociológico y económico que

⁷ *Ídem*.

⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁹ *Ibidem*, p. 12.

detone la evolución en el comportamiento de los usuarios, abogados y juzgadores sobre la forma de llevar a cabo sus conflictos.

En cuanto a las reformas al Código de Comercio que aparecen en esta Minuta del Proyecto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y se derogan, reforman o adicionan diversas disposiciones al Código de Comercio, en materia de conciliación comercial, se observa la misma costumbre de ubicar los MASC como una alternativa, la negociación sigue sin ser estudiada en sus aspectos más fuertes y se mantiene la confianza en mecanismos inconclusos como lo son la mediación y la conciliación. El proyecto menciona el artículo 1528 del Código de Comercio, el cual estima que una negociación duraría quince días, dentro de los cuales sino se llega a un acuerdo, se pasará a la etapa del *arreglo facilitado*.¹⁰ Debemos entender que quince días es un tiempo muy limitado para asimilar lo que envuelve a todo un conflicto, en este lapso de tiempo apenas se podría expresar el estado de cosas de las partes, es decir, su realidad, así que la negociación en este Código de Comercio es una alternativa no reflexiva por parte de los legisladores que con claridad están poniendo a la negociación en un estatus demasiado bajo en el estudio de justicia alternativa cuando la negociación es la génesis de lo que ahora llaman así, *justicia alternativa*.

También en México, recientemente tenemos la Iniciativa con proyecto de decreto que contiene la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, hecha por los senadores Julio Menchaca Salazar, Ricardo Monreal Ávila y Rubén Rocha Moya¹¹, en donde se expone la incapacidad de la justicia hostil, es decir, del sistema de impartición de justicia actual para resolver los conflictos legales, los problemas económicos que conllevan y los dilemas sociales de que se suscitan con el actual Derecho. Por otro lado, se expresa que existe una necesidad de reforzar las instituciones u órganos encargados de aplicar los mecanismos

¹⁰ *Ibidem*, p. 40.

¹¹ Senado de la República, *Iniciativa con proyecto de decreto que contiene la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias*, LXIV Legislatura, México, 20 de julio de 2020, disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-07-20-1/assets/documentos/Ini_Morena_PES_Senadores_Expide_Ley_Mecanismos_Controversia.pdf, consultado en fecha: 28 de noviembre de 2020.

alternativos de solución de controversias en las entidades federativas en las diversas materias.¹² Al respecto podemos comentar que la única forma de reforzar a la justicia alternativa es modificando la concepción de la *justicia y del derecho*, debido a que desde hace algunos años, el ser humano moderno, no exclusivamente el mexicano, ha modificado sus necesidades sociológicas, económicas, políticas y legales, siguiendo que el Derecho debe evolucionar, al igual que la justicia.

La iniciativa expresa que, a partir de las reformas de 2008 en materia de justicia alternativa, se plasmó en nuestra carta magna que *las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias*, esto es evidencia que tanto la justicia tradicional como la justicia alternativa se encuentran en el mismo rango constitucional. No obstante, resulta verdadera esta afirmación, pero en el aspecto idealista. Los MASC están plasmados a nivel constitucional pero no tienen el mismo impacto en el modelo actual de impartición y administración de justicia, más adelante se hará mención de los obstáculos formales y teóricos a los cuales se enfrenta la justicia alternativa, pero mientras tanto, sería importante mencionar que la afirmación que se comenta corresponde a una descripción idealista del Derecho mexicano, pero no a una *realidad no representativa*.¹³

Otro inconveniente descrito en dicha iniciativa es que *no existe uniformidad en la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias en las materias diversas a la penal, en aspectos como sus principios, estructura y organización de quienes los operan o aplican, su procedimiento, eficacia de los convenios, capacitación y requisitos de las personas facilitadoras, régimen de sanciones, etcétera*¹⁴, de lo cual estamos de acuerdo, ya que es muy notable la falta de investigación exhaustiva en materia procesal de los MASC y como resultado se

¹² *Ibidem*, p. 16.

¹³ Alan F. Chalmers aporta este concepto explicándola como el grado en el que nuestras teorías abordan con éxito algún aspecto del mundo. Consúltese Chalmers, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, 2ª ed., México, Siglo XXI Editores, 2009, p. 226.

¹⁴ Senado de la República, *Iniciativa con proyecto de decreto que contiene la Ley General de Mecanismos Alternativos ...*, *cit.*, p. 16.

ha construido una mediación y conciliación como mecanismos inacabados y vagos tanto teórica como prácticamente.

La pandemia causada por el virus SarsCov-19, mejor conocido como Covid-19, ha producido una serie de problemáticas de todo tipo, desde lo político hasta lo económico, por supuesto que afecta también a la impartición de justicia, es por ello que el partido político Morena ha aprovechado esta situación para reforzar la necesidad de los MASC con la novedad tecnológica que brindan las plataformas de comunicación vía internet, el problema es que mientras el Derecho no evolucione conjuntamente con las necesidades de la modernidad social, el modelo que se implemente seguirá siendo el mismo pero a distancia. Lejos de la infraestructura correcta, se necesita adaptar al Derecho procesal a las necesidades jurídicas modernas.

En cuanto al texto normativo propuesto en la Iniciativa con proyecto de decreto que contiene la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, se expone en el artículo 11 que *el Poder Judicial de la Federación y el Poder Judicial de las entidades federativas, así como los órganos autónomos que ejerzan funciones jurisdiccionales contarán con Centros de Justicia Alternativa encargados de administrar y operar los mecanismos alternativos*¹⁵, lo cual apunta a que la justicia alternativa está ganando desesperadamente importancia en el mundo jurídico mexicano, ello a razón de la crisis de Derecho que vivimos. Luego en el artículo 32 de la misma iniciativa, se declara que la negociación es *el acto por virtud del cual las partes, sin intermediarios, solucionan un conflicto*¹⁶, no obstante, se omite explicar el procedimiento de tal mecanismo alterno, lo cual indica que para esta iniciativa la negociación no es considerada un mecanismo, sino una actividad que puede ser practicada de forma independiente, pasando por alto que, como ya hemos comentado, esta es la base de los MASC que conocemos en el presente y que insistimos; son inacabados.

¹⁵ *Ibidem.* p. 72.

¹⁶ *Ibidem.* p. 83.

En Argentina existe la llamada Justicia Comunal, Comunitaria o de Paz de las Pequeñas Causas en Santa Fe, que consiste en un procedimiento que debe propender a la simplicidad e informalidad¹⁷, pero sin dejar de lado la necesidad de las formas para la validez y eficacia de los actos procesales, importa privilegiar su contenido especial y atender a la voluntad y la causa.¹⁸ Los Juzgados comunitarios conocen y resuelven conflictos sobre contravenciones municipales o comunales cuando no exista tribunal municipal de faltas en la jurisdicción, comunicar a la autoridad competente el fallecimiento de las personas que no tengan parientes conocidos, realizar las diligencias que ordenan otros magistrados, autorizar poderes para pleitos y autenticar firmas. También conocen en las causas originadas por conflictos de convivencia, en las causas civiles y comerciales, de conocimiento y ejecución, inclusive de responsabilidad extracontractual, en los conflictos originados en la propiedad, tales como el uso contrario a la moral, a las buenas costumbres o a lo previsto en el reglamento de copropiedad, en las acciones individuales de los consumidores cuando sus intereses resultaren afectados o amenazados, en las causas laborales a opción del trabajador, en las controversias derivadas de la explotación tambera, contratos agrarios y pecuarios y de toda otra cuestión derivada del Código Rural y en las ejecuciones por deudas municipales y comunales.¹⁹

La incorporación del Procedimiento de las *Pequeñas Causas* al Código Procesal Civil y Comercial ha introducido la mediación dentro del proceso y ha operado sin cambios sustanciales en la actuación de la Justicia Comunitaria. De hecho, no se ha dotado a los Juzgados Comunitarios de suficientes recursos humanos y materiales para efectivizar los postulados de este proceso especial y desarrollarlo efectivamente. Y más grave aún, no se ha actualizado la unidad *Jus* que fija el tope

¹⁷ Escaglia, Romina, “El procedimiento de las pequeñas causas y la mediación en la justicia comunitaria de Santa Fe, Argentina”, *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de Justicia*, Argentina, año 16, núm. 20, 2017, p. 8, disponible en:

[https://sistemasjudiciales.org/wp-](https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/RominaScaglia_elprocedimientopeque%C3%B1ascausas_REV20.pdf)

[content/uploads/2018/02/RominaScaglia_elprocedimientopeque%C3%B1ascausas_REV20.pdf](https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/RominaScaglia_elprocedimientopeque%C3%B1ascausas_REV20.pdf)

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ibídem*, p. 9.

de la competencia cuantitativa en la Justicia Comunitaria.²⁰ Destacable, sin embargo, es que aparece como rector el principio de economía procesal que procura el mejor resultado de la actuación de justicia con el empleo del mínimo costo relativo en términos de dinero, tiempo y actividad.²¹ El Consejo de Mediación, Conciliación y Arbitraje sintetiza a través de un sistema integrado de resolución de conflictos un conjunto de procedimientos tendientes a brindar una posible respuesta a las conflictivas que se les presenten a los vecinos como mecanismo idóneo que contribuye a garantizar el derecho de acceso a la justicia como alternativa a la judicialización.²²

Los Centros de Mediación Comunitaria ofrecen a la comunidad un método de resolución de conflictos totalmente gratuito a través del cual un tercero neutral, el mediador, facilita el diálogo entre las partes enfrentadas a fin de que estas puedan llegar a un acuerdo que satisfaga recíprocamente sus expectativas.²³ Se trata de un servicio de carácter voluntario en el que las partes tienen equitativa oportunidad de expresar su visión del problema y de escucharse respetuosamente. Las asiste un mediador que no impone soluciones, sino que ayuda a elaborarlas.²⁴ Los Centros de Conciliación y Arbitraje, son promovidos por el Reglamento para el Servicio de Arbitraje y Registro de Árbitros, el Servicio de Conciliación, Arbitraje y el Registro de Árbitros de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.²⁵ En dichos centros se resuelven controversias sobre derecho de consumidores y usuarios, disputas civiles (excepto cuestiones de familia), disputas comerciales y conflictos consorciales.²⁶

²⁰ *Ídem.*

²¹ *Ibidem*, p. 8.

²² Defensoría del Pueblo, *Guía básica de derechos. Mediación, conciliación y arbitraje*, Buenos Aires, 2016, p. 2. Disponible en: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/RominaScaglia_elprocedimientopeque%C3%B1ascausas_REV20.pdf, consultado en fecha: 03 de mayo de 2020.

²³ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 3.

²⁴ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 4.

²⁵ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 5.

²⁶ *Cfr.*, *Ídem.*

Por otro lado, en el Servicio de Mediación y Conciliación con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se pueden tramitar problemáticas que refieren al crecimiento de raíces de árboles, a la rotura de aceras por parte de empresas prestatarias de servicios públicos, asfalto, entre otras. Asimismo, se pueden realizar reclamos patrimoniales por daños en inmuebles y en automotores, entre otros.²⁷

En Brasil, la reforma del Código de Procedimiento Civil 247²⁸ que está en trámite en el Congreso Nacional, cuya propuesta contiene entre otras cosas, la relevancia de la autonomía de la voluntad de las partes, incentivando el uso de los *mecanismos complementarios*²⁹ de solución de conflictos. También defiende la colectivización de las acciones judiciales, lo que es fundamental en el escenario brasileño porque los individuos considerados colectivamente tienen teóricamente más poder que considerados individualmente. Esta colectivización también puede contribuir a disminuir la morosidad y uniformizar las decisiones que versan sobre el mismo derecho.³⁰ La realidad de la mediación en Brasil en la actualidad es, según Michelle Barbado citada por Monica Carvalho Vasconcelos, la siguiente:

De una parte, se observa el gradual desarrollo del instituto de la mediación por medio de programas de acceso a la justicia y de justicia comunitaria implementados por los Tribunales y Organizaciones no gubernamentales, los cuales aproximan la mediación de la sociedad y permiten el reconocimiento de la eficacia del método. Por otra parte, existe la formulación de propuestas legislativas de institucionalización que buscan regular el procedimiento de la mediación de forma minuciosa y exhaustiva, además de hacerla obligatoria en ciertos casos.³¹

²⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 6.

²⁸ Número secuencial que corresponde a la normal.

²⁹ Carvalho Vasconcelos, Monica, *La mediación como sistema complementario de administración de justicia en Brasil: la experiencia de Bahía*, Tesis (Doctorado), España, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 2012, p. 157. Disponible en: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/89TesismediaciOnbahia.pdf>.

³⁰ *Ídem*.

³¹ *Ibidem*, p. 196.

La *mediación comunitaria* en Brasil es la modalidad más desarrollada, es gratuita y está dirigida hacia las personas más pobres. Eso no significa decir que la mediación privada no exista en el sistema brasileño, sino que una es mejor que la otra, pero tiene como finalidad desarrollar en la población un conjunto de valores, conocimientos, actitudes y comportamientos relacionados con el fortalecimiento de una cultura político-democrática y una cultura de paz. Enfatiza la convivencia pacífica y contribuye a un mejor ejercicio del respeto y de la tolerancia. Su acción tiene como objetivo allanar las barreras de orden físico, lingüístico, cultural, instrumental o incluso económico a los ciudadanos y ciudadanas de una comunidad.”³²

El Instituto Brasileño de Derecho Procesal y el Orden de los Magistrados de Brasil, propusieron un Anteproyecto para regular la mediación en el país. Esta versión era más detallada y se basaba en el modelo argentino. Establecía que los mediadores deberían ser abogados, por lo menos con tres años de experiencia, formados y seleccionados por el Orden de los Abogados de Brasil. En 2003 fue realizada una Audiencia Pública en el Ministerio de Justicia que tuvo la participación de diferentes actores sociales, mediadores, abogados, psicólogos, profesores, magistrados, representantes de instituciones de mediación, todos con la intención de contribuir a la definición de las directrices de la Ley de Mediación en Brasil. El resultado fue la unión de los dos proyectos en una versión consensuada, que disciplina la mediación en el ámbito del proceso: Proyecto de Ley n. 94/2002.³³ Dicho proyecto establece cuatro modalidades: mediación previa o mediación incidental (de acuerdo con el momento de realización de la mediación: antes o durante el proceso judicial); mediación judicial o extrajudicial (de acuerdo con la calidad del mediador: judicial o independiente). De este modo, la mediación previa podrá ser judicial o extrajudicial, de acuerdo con la especie de mediador.

En Brasil fue publicada la Ley 9307 de veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y seis que reglamenta el arbitraje en aquel país. No obstante,

³² López Martín, Ramón Y Cánovas Leonhardt, Paz (coords.), *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse*, España, Universitat de Valencia, 2007, p. 19.

³³ Carvalho Vasconcelos, Monica, *La mediación como sistema complementario de administración...*, cit., p. 198.

este mecanismo todavía no está correctamente implementado en Brasil, sin embargo, es creciente el reconocimiento por parte de la población, de las empresas y del sistema judicial, del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos cuya sentencia produce los efectos de la cosa juzgada y, de acuerdo con el origen del procedimiento, el arbitraje puede ser contractual o testamentario, siendo la primera la más común. La Ley 60/2003 relativa al arbitraje, establece que también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.³⁴

El arbitraje en Brasil puede ser nacional o internacional. El primero soluciona conflictos entre partes establecidas en el mismo territorio, mientras que, en el segundo, las partes que celebran el acuerdo tienen domicilios en estados distintos. La ley de 60/2003, de veintitrés de diciembre de dos mil tres, estableció por primera vez los casos que corresponden a un arbitraje internacional, facilitando la interpretación y aplicación de esta ley en el contexto internacional.³⁵ Este mecanismo se ofrece como una forma de solución apropiada a estos conflictos, ofreciendo una jurisdicción imparcial, con capacidad para atender a las necesidades del comercio internacional, incluso de las formas más modernas de transacción comercial.³⁶

La conciliación representa una característica implícita dentro de la propia mediación y del arbitraje en este país, así se entiende desde la perspectiva que inspira el Código de Ética de los Abogados de Brasil que establece en su artículo segundo que este profesional debe estimular la conciliación entre los litigantes, previniendo, siempre que sea posible, la instauración de litigios. Tradicionalmente esta no ha sido la mentalidad divulgada en la gran mayoría de las Facultades de Derecho de Brasil, pero este escenario empieza a cambiar. A día de hoy la formación excesivamente técnica y legalista abre espacio a una perspectiva

³⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 52-53.

³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 54.

³⁶ Cerdón Moreno, Faustino, *El arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*, España, Civitas, 2005, p. 86.

consensual y forma abogados más negociadores, sin embargo, la cultura del litigio sigue predominante.³⁷

A manera de opinión, es destacable la propuesta de Mediación Comunitaria, ya que incentiva la paz social, es decir, evita potenciales problemas que, en lo sucesivo, acabarían hoy en día en algún juzgado, listo para ser “estudiado” por la autoridad jurisdiccional. Con esto se previene que los problemas se conviertan en un potencial asunto judicial, también es notoria la amplia posibilidad de los medios alternos de solución de controversias de adecuarse, evolucionar para encajar exactamente en lo que la gente quiere para resolver sus problemas y así ayudar a la administración de justicia.

Chile presenta solamente estudios acerca de conciliación y el arbitraje, existe una extraña relación entre estos dos mecanismos alternos de solución de controversias debido a que se presenta a la conciliación como “acuerdo de las partes provocado por el árbitro”³⁸, el problema de la no diferenciación de qué tipo de mecanismo se utiliza es notorio.

Desde el año 2004, Chile comenzó a practicar el arbitraje comercial doméstico, también llamado nacional, mismo que tiene lugar cuando es entre personas físicas de la misma nacionalidad chilena, se encuentra regulado en el Código Orgánico de Tribunales de 1943 y en su Código de Procedimiento Civil de 1903³⁹, se dice que tiene gran reconocimiento principalmente para disputas contractuales de gran relevancia.⁴⁰ También existe el arbitraje comercial internacional que tiene campo abierto cuando se trata de conflictos entre Chile y otra nación. Hay una gran fe para el arbitraje, en el plano internacional se encuentra regulado en la Ley 19.971 de 29 de septiembre del 2004, la cual es una réplica exacta de la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el

³⁷ Carvalho Vasconcelos, Monica, *La mediación como sistema complementario de administración...*, cit., p. 212.

³⁸ Cfr., Riesco Eyzaguirre, Ricardo, “El arbitraje y conciliación: Una mirada en los arbitrajes nacionales e internacionales con sede en Chile”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, núm. 2, 30 de septiembre de 2010, pp. 310. Disponible en: <https://iea.ec/publicaciones/revista-2/>.

³⁹ *Ibidem*, pp. 301-302.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 302.

Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985, estas normativas tenían el propósito de crear en este país una sede internacional de arbitraje para conflictos internacionales.⁴¹

La conciliación en Chile es una forma de terminación del arbitraje, ya que claramente este último es sin duda el mecanismo alterno por excelencia de Chile, tanto es así que el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales en Chile (COT) define a los árbitros como “jueces nombrados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”.⁴²

Podemos decir que la ley faculta a los árbitros (jueces chilenos), funciones de conciliador, dicho árbitro puede proponer la solución como debiera ser dada la naturaleza de los conciliadores, una característica interesante es la obligatoriedad de los interesados para conciliar, ya que de acuerdo con el Reglamento Procesal de Arbitraje Doméstico del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de Chile en su artículo 24 indica que: *El tribunal, presentado el escrito de contestación a la demanda o a la reconvencción, en su caso, o vencido los plazos para hacerlo, llamará a las partes a conciliación.*⁴³ El arbitraje chileno tiene entonces como trámite esencial a la conciliación, una especie de “audiencia de conciliación” en términos procesales en paralelismo con el derecho mexicano.

Otro mecanismo de justicia alterna propuesto en Chile es la llamada “transacción”, esta puede darse durante el procedimiento arbitral, es un acto bilateral entre las partes a través del cual se da por terminada la actuación arbitral y se resuelve el conflicto. La transacción está regulada en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI de 1985 y 2006 en su artículo 30.⁴⁴

Resumidamente, podemos decir que la justicia alternativa en Chile es una simbiosis entre varios mecanismos alternos, principalmente entre arbitraje y conciliación, siendo la conciliación un trámite necesariamente obligatorio para

⁴¹ *Ibidem*, p. 303.

⁴² *Ibidem*, p. 309.

⁴³ *Ibidem*, p. 311.

⁴⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 315.

validar las actuaciones durante el arbitraje. Es destacable el reconocimiento a los árbitros, los cuales tienen características de conciliadores y mediadores, aunque para ampliar el rango de efectividad de los MASC, también se regula la transacción entre las partes. Las materias aplicables son sin duda conflictos entre particulares y entre naciones, además de materia laboral en aspectos sindicales entre patrones y trabajadores.

En Colombia, la lectura de la Ley 446 de 1998 nos da a conocer que son practicados, como mecanismos jurídicos alternativos, la conciliación, arbitramento y la amigable composición⁴⁵, que en esencia son conceptos que el derecho mexicano puede entender debido a la similitud jurídica de dichos conceptos. Ahora bien, a pesar de que no se menciona de manera expresa en la constitución colombiana, se encuentra contenido en el Art. 8 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de dicho país, que contiene el siguiente texto:

*“Art. 8. Alternatividad. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorario por estos servicios”.*⁴⁶

Interesante es el principio de *función jurisdiccional en los particulares* contenido en el Art. 116 de la Constitución Política de dicho país, a través de este principio es posible que los particulares puedan ser *investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes hará proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*⁴⁷, como refiere a la lectura.

⁴⁵ Cfr., Ley 446 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, 1998, Colombia, disponible en: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1660326>

⁴⁶ Ley 270 Estatutaria de Administración de Justicia, 1996, Colombia, Artículo 8, disponible en: <http://www.suin-juricol.gov.co/legislacion/normatividad.html>

⁴⁷ Cfr., Constitución Política de Colombia, 2021, Colombia, artículo 116, <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

La conciliación en Colombia es vista como una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquel, que es la sentencia. Este último evento constituye una causal de terminación anormal de proceso. La conciliación colombiana está basada en su llamada *teoría de la conciliación* que puede entenderse como el proceso de comunicación interaccional, amplio, simétrico y directo que se establece entre personas vinculadas por un conflicto y mediadas por un tercero, a través del cual se suscita el encuentro a efectos de su posible resolución o transformación.⁴⁸

La conciliación colombiana no se centra solamente en materia restaurativa penal, sino que también se acerca a la materia familiar y civil, el Centro de Conciliación de la Universidad de Antioquia considera que todo asunto que sea susceptible de ser conciliado, podrá llevarse a trámite. En materia familiar se pueden citar: 1) fijación de cuota alimentaria para menores o incapaces, o mayores en estado de necesidad; 2) custodia y visitas de menores e incapaces; 3) salidas de menores del país; 4) separación de bienes y de cuerpos; 5) establecimiento de la existencia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; 6) disolución y liquidación de la sociedad conyugal; 7) disolución y liquidación de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; 8) bienes objeto de sucesión y administración de estos entre herederos, y 9) dirección conjunta del hogar entre cónyuges y compañeros, y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad.⁴⁹

En materia civil se pueden citar como ejemplo, los siguientes conflictos: 1) entre arrendador y arrendatario respecto del incumplimiento del contrato; 2) entre poseedores o propietarios sobre los linderos de sus predios; 3) reclamación de perjuicios por responsabilidad civil contractual o extracontractual; 4) por el

⁴⁸ Cfr., Montoya Sanchez, Miguel A. y Salinas Arango, Natalia A., “La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto”, *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, Colombia, vol. 15, año X, núm. 30, julio-diciembre, 2016, p. 132. Consultada en fecha 25 de abril de 2020, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/945/94550080006.pdf>

⁴⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 136.

incumplimiento de contrato de compraventa de bienes muebles o inmuebles; 5) sobre servidumbres; 6) por el incumplimiento en el pago de créditos o del contrato de mutuo; 7) entre propietarios o poseedores de bienes inmuebles colindantes respecto del uso de muro medianero; 8) entre propietarios o poseedores de bienes inmuebles colindantes respecto de humedades o peligro de derrumbamiento; 9) por mejoras en bien ajeno; 10) entre copropietarios por la violación de los derechos en los espacios de uso común y 11) sobre liquidaciones de sociedades de hecho.⁵⁰

La conciliación en Colombia se observa en proceso de estudio, están tratando de encontrar un sustento para lograr una justicia alternativa consciente de su finalidad. No hay que demeritar el esfuerzo del espacio jurídico colombiano por intentar darle a los particulares la oportunidad de lograr convertirse en conciliadores de acuerdo con su propia normatividad, ejemplo claro es el ya citado artículo 116 de su Constitución Política de Colombia. Sin embargo, están muy lejos de encontrar una base procesal que atienda a la negociación, la cual se demostrará que puede tener un gran impacto en la disciplina del Derecho.

Costa Rica enfrenta diversas problemáticas como pueden ser de infraestructura, presupuesto, preparación de los conciliadores y el hecho de que la conciliación se tenga como parte interna de un proceso judicial iniciado, agrava el panorama. Mediante acuerdo de Corte Plena del 5 de febrero de 1996, artículo VI, se crea la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) adscrita a su Escuela Judicial. Con lo anterior se garantizó la continuidad de la promoción del RAC en el Poder Judicial, sobre todo respecto de la aplicación de estos mecanismos dentro de los procesos judiciales (en particular la conciliación).⁵¹

El informe presentado por el Poder Judicial sobre las estadísticas del 2005 de la Unidad de Jueces conciliadores, el resultado es más halagador. Notamos que, de 1079 casos recibidos en el segundo semestre, 889 tuvieron acuerdo. En materia laboral, 50 recibidos de las diversas jurisdicciones del país tuvieron un acuerdo. La

⁵⁰ *Ídem.*

⁵¹ Calderón Rodríguez, Patricia y González Ballar, Rafael, "La conciliación en materia laboral: su efectividad y viabilidad para las casas de justicia", *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, núm. 111, septiembre-diciembre, 2006, p. 24. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9729>

respuesta podría ser lógica, estas audiencias se hacen con personas mejor preparadas, con una buena disposición y mejor manejo del instrumento RAC, por lo tanto, el resultado mejora.⁵² Para conflictos colectivos laborales se ha reinsertado un procedimiento de arbitraje que, para nuestra óptica es el mecanismo adecuado dada la naturaleza de los conflictos nacidos de estas relaciones.

En materia laboral, en el Ministerio de Trabajo existen actualmente dos instancias para conciliar, hablamos de la Oficina de Relaciones del Trabajo (ORT) y el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos Laborales (CRACL)⁵³, sin embargo, la conciliación no ha sido muy efectiva en Costa Rica, por lo menos en materia laboral, ya que al sumar los casos no conciliados con los casos en donde no se presentó el patrono, aquellos en los que no se presenta el trabajador y en los que el Ministerio no dice qué pasó con ellos, nos da 122 casos, o sea, un 73.5% en los cuales no se logró que el procedimiento conciliatorio fuera eficaz y en solo 44 de ellos (26.5%) se logró conciliar.⁵⁴

La justicia alternativa también tiene vida en Costa Rica a través de los Centros de Justicia Alternativa, los cuales tienen como objeto brindar un servicio a la comunidad de promoción y administración de métodos de resolución alterna de conflictos en el ámbito nacional e internacional, a fin de contribuir con alcanzar la paz social y una justicia pronta y cumplida. Estos Centros de Justicia Alternativa son entes adscritos a la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas en Costa Rica.

Por otro lado, es destacable la Ley número 7727 Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la Paz Social, de la cual, trataremos de exponer los puntos y numerales más importantes desde nuestra perspectiva. En primer lugar, tenemos un aspecto socio-educativo que quiere subrayar notoriamente esta ley, su artículo primero nos dice: *Artículo 1.- [...] El Consejo Superior de Educación procurará incluir, en los programas educativos oficiales, elementos que fomenten la*

⁵² *Ibidem.* p. 25.

⁵³ *Ibidem.* p. 26.

⁵⁴ *Ídem.*

*utilización del diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares, como métodos idóneos para la solución de conflictos. La educación debe formar para la paz y el respeto a los derechos humanos.*⁵⁵

Lo anterior pareciera algo escrito por Tomás Moro, sin embargo, es muy cierto que la educación prepara a los individuos a incrementar su inteligencia y naturalmente a saber resolver sus conflictos entablando guerra basada en maniobra y no guerra de resistencia en términos militares. En cuanto se da lectura al artículo antes citado, se comienza a crear un paradigma acerca de los beneficios que puede representar el conocimiento de estos mecanismos alternos para el usuario de justicia, aquella persona física que ignora el lenguaje epistémico del derecho y al que sólo le interesa la solución de un conflicto, saber que hay más opciones que sólo la presentación de una demanda pidiendo de manera agresiva e individualista prestaciones que a veces son notoriamente puestas para un ganar-perder en el conflicto.

Luego, el numeral 2 de dicho ordenamiento nos expone: “*Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible*”. Procedimentalmente destacan aspectos como los siguientes:

- a. El establecimiento de un juez o conciliador judicial.
- b. La obligación del abogado asesor de informar a su cliente la existencia de estos mecanismos alternos.
- c. Los requisitos para validez de los acuerdos que sean resultado de un proceso de mediación, conciliación.

⁵⁵ Ley 7727 sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, 1998, Costa Rica, artículo 1, disponible en: <https://rac.poder-judicial.go.cr/index.php/normativa/file/44-ley-7727-ley-sobre-resolucion-alterna-de-conflictos-y-promocion-de-la-paz-social>.

- d. La posibilidad de constituir entidades dedicadas a la administración institucional de procesos de mediación, conciliación o arbitraje, a título oneroso o gratuito. Esto con autorización previa del Ministerio de Justicia.

En conclusión podemos observar, que la justicia alternativa en Costa Rica tiene un gran avance, su Ley 7727 de 1997, sustenta buenas bases tanto sociales como jurídicas, pero es posible que se necesite mucho más sustento teórico, ya que sólo el arbitraje es el mecanismo que tiene una marcada base procesal, que desgraciadamente se relaciona en demasía con los procesos judiciales, mismos que son los que se tratan de evitar para darle un camino limpio al establecimiento de la justicia alternativa a futuro.

Los nicaragüenses tienen la Ley No. 540, nombrada “Ley de mediación y arbitraje”, misma que contiene por lógica a la mediación y el arbitraje como base de su justicia alternativa, autorizando a estos mecanismos a razón de *que toda persona natural o jurídica incluyendo el Estado, en sus relaciones contractuales, tiene el derecho a recurrir a la mediación y al arbitraje, así como otros procesos alternos similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales y no patrimoniales*⁵⁶ ampliando su ámbito de aplicación a carácter tanto nacional como internacional.

Preocupa una vez más, la vaguedad conceptual en la que se estudian estos mecanismos de solución de conflictos, el artículo cuarto conceptualiza a la mediación como *todo procedimiento designado como tal, o algún otro término equivalente, en el cual las partes soliciten a un tercero o terceros, que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.*⁵⁷ La conceptualización anterior difiere acerca de lo que conocemos

⁵⁶ Ley No. 540 de Mediación y Arbitraje, 2005, Nicaragua, Artículo 1, disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xpNorma.xsp?documentId=D0489E6135592D16062570A10058541B&action=openDocument>.

⁵⁷ *Ibidem*, Artículo 4.

como mediador y conciliador, de ahí que la situación de muchos países frente a la práctica sea igualmente un desastre.

La mediación y el arbitraje se practican en los llamados “Centros de mediación y arbitraje”, mismos que requieren de su propia reglamentación. Procedimentalmente deja demasiado peso a las partes del conflicto para que se pueda iniciar el procedimiento de mediación ya que *dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo*.⁵⁸ La falla es que la justicia no debe ser una rabieta social, sino una responsabilidad social del Estado frente a sus gobernados, es por ello que la implementación de un procedimiento de naturaleza basada en la negociación es necesaria para cambiar el presente de la actividad judicial y volverla pacífica e inteligente. El proceso de mediación en Nicaragua se divide en las siguientes etapas:

Primera etapa: En esta etapa se presenta el neutral ante las partes y explica las reglas del proceso, conceptos, principios, reglas de convivencia que deben ser consensuadas entre partes, persuade a los involucrados sobre la utilidad práctica del proceso utilizado y las felicitaciones por haber optado a resolver sus controversias por sí mismos, encomiándoles por la madurez que demuestran con ello. Las partes han de quedar claras sobre sus derechos y obligaciones y la labor del neutral en todo el proceso.⁵⁹

Segunda etapa: Obtención de hechos y compartir información. En esta etapa las partes explican desde su perspectiva la situación. Se resumen los puntos e información relevante. Se parafrasea para hacer aclaraciones y verificar si la información es la correcta y si así fue la intención de las partes. Se realizan las preguntas necesarias para aclarar dudas y vacíos en los hechos a fin de recabar

⁵⁸ *Ibidem*, Artículo 8.

⁵⁹ Israel Sequeira, Byron y Guerrero Vega, Roberto, “Métodos de resolución alternos de conflictos”, *Cuaderno Jurídico y Político, Universidad Politécnica de Nicaragua*, México, Vol. 3, No. 9, julio-septiembre, 2017, p. 44. Disponible en: <http://portalderevistas.upoli.edu.ni/index.php/4-CuadernoJuridicoyPolitico/article/download/126/122/>.

información. Se prepara la agenda para organizar los puntos que han de ser analizados y discutidos.⁶⁰

Tercera etapa: Ordenamiento del conflicto y elaboración de agenda. Se organizan los puntos en agenda, debidamente formalizada y con conocimiento de las partes. Esta etapa es importante pues, jerarquiza en orden de prioridad los puntos que han de discutir las partes, evitando así el desorden y la emisión de información irrelevante.⁶¹

Cuarta etapa: Identificar opciones para la solución de la controversia. Se aplican técnicas de generación y evaluación de opciones, para estimular a que las partes brinden ideas, que ayuden a resolver la problemática⁵. Se constata acá el rol de filtro y auxiliar del neutral. En el caso de la conciliación, el tercero puede proponer opciones. En la mediación el mediador no genera recomendaciones, pues son las partes quienes las emiten.⁶²

Quinta etapa: Preparación de posibles acuerdos. Se ha logrado levantar los puntos de potenciales acuerdos según las opciones aceptadas y reconocidas por las partes. Si las partes lo desean pueden consultar con sus asesores esta primera propuesta de acuerdos.⁶³

Sexta etapa: Elaboración de acta de acuerdo y culminación de la mediación. Las partes una vez estando de acuerdo con los resultados, proceden a firmar el acuerdo que han de cumplir. Se le es entregada a cada individuo una copia de cada documento. Se les recuerda a las partes los efectos y trascendencias de este acto. Concluye el proceso.⁶⁴

En cuanto al arbitraje, la Ley 540 de Nicaragua explica que [...] *No podrán ser objeto de arbitraje las cuestiones sobre las haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución. [...] Así mismo, no podrán ser sujetos*

⁶⁰ *Ídem.*

⁶¹ *Ídem.*

⁶² *Ibidem*, p. 45.

⁶³ *Ídem.*

⁶⁴ *Ídem.*

*de arbitraje las cuestiones que versen sobre alimentos; divorcios; separación de cuerpos; nulidad de matrimonio; estado civil de las personas; declaraciones de mayor de edad; y en general, las causas de aquellas personas naturales o jurídicas que no pueden representarse a sí mismas, por lo que en estos casos se atenderá a las formalidades prescrita en la ley respectiva para efectuar los arbitrajes. Tampoco son objeto de arbitraje las causas en que deba de ser parte necesaria el Ministerio Público, ni las que se susciten entre un representante legal con su representado.*⁶⁵

Los paraguayos tienen como instituciones para la impartición de justicia alternativa al CAMP, por su denominación, Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay, la cual es una entidad privada sin fines de lucro, constituida para promover en forma institucionalizada la aplicación de métodos alternativos de resolución de disputas en la sociedad, cuyas ventajas radican en su rapidez, confidencialidad, informalidad, flexibilidad, economía y especialidad. El Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay es la subsección nacional paraguaya de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) y es miembro activo de la Secretaría de Arbitraje y Mediación del Consejo de Cámaras de Comercios del MERCOSUR.⁶⁶ La mediación es conocida de forma muy correcta como el procedimiento pacífico y voluntario, al que se puede acudir sólo o con abogados.⁶⁷ En él, un tercero neutral, el mediador, actúa como facilitador de la comunicación entre las partes de un conflicto, alentando su resolución a través de acuerdos mutuamente satisfactorios.

El Arbitraje se ha definido como aquella institución mediante la cual, las personas naturales⁶⁸ o jurídicas pueden someter, previo convenio de uno/a o varios árbitros, las cuestiones litigiosas, surgidas o que pueden surgir, en materia de su libre disposición conforme a derecho.⁶⁹ La negociación por su parte es un proceso

⁶⁵ Ley No. 540 de Mediación y Arbitraje, *óp. cit.*, Artículo 23.

⁶⁶ Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay, *Arbitraje y Mediación. Sistemas eficientes de resolución de conflictos*, Paraguay, Cámara Nacional de Comercio y Servicios de Paraguay, 2002, p. 3. Disponible en: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/75MANUALDELCENTRODEARBITRAJEMYMEDIACIONDEPARAGUAY.pdf>

⁶⁷ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁸ Personas físicas en términos de Derecho mexicano.

⁶⁹ Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay, *óp. cit.*, p. 4.

voluntario, predominantemente informal, desarrollado mediante la comunicación directa entre las partes (sin ayuda o facilitación de terceros) con el propósito de acordar la solución.⁷⁰ La negociación tiene la ventaja de permitir a las propias partes ejercer el control absoluto sobre el proceso y la solución. La conciliación supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones divergentes.⁷¹

En cuanto a la legislación, encontramos en Paraguay la Ley No. 1.879 denominada “De arbitraje y mediación”. En esta ley, se expresa claramente que el arbitraje es aplicable a asuntos inherentes al derecho privado: *Artículo 2.- [...] El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.*⁷²

La situación con los dominicanos es que los métodos alternos de resolución de conflictos no son muy aplicados por la ciudadanía en general antes del juicio porque desconocen que existen. Entre los inconvenientes a la resolución alternativa de disputas en República Dominicana están:

El desequilibrio de poder entre las partes: la mayoría de los juicios no involucra una cuestión de propiedad entre dos vecinos iguales, sino a personas con posición económica diferente, a miembros de minorías. Y en la situación, la escasez de recursos o la posibilidad de trasladar los costos invariablemente infectarán el proceso de negociación.⁷³

⁷⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁷¹ *Ibidem*, p. 13.

⁷² Ley No. 1.879 De arbitraje y mediación, 2002, Paraguay, Artículo 2, disponible en: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/4545/ley-n-1879-de-arbitraje-y-mediacion>.

⁷³ Canepa, Carolin y Núñez Vásquez, Felix O., *Análisis de los métodos alternos de resolución de conflictos en la Cámara Civil y Comercial del Distrito judicial de Puerto Plata en el último trimestre del año 2012*, Tesis (Licenciatura), República Dominicana, Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA), Área de Ciencias y Humanidades. Facultad de Derecho, 2013, p. 22. Disponible en: https://www.academia.edu/37914648/UNIVERSIDAD_TECNOL%C3%93GICA_DE_SANTIAGO_UTESA, consultado en fecha: 13 de mayo de 2020.

La falta de representación suficiente para dar consentimiento: la resolución alternativa presupone a individuos que hablan por sí mismos y se atan por las reglas que ellos crean; pero a veces los abogados o representantes de las personas jurídicas, grupos u organizaciones arriban a acuerdos que no son los que mejor atienden a los intereses de sus clientes, participes o subordinarios.⁷⁴

La falta de fundamento para la posterior actuación judicial: la resolución alternativa minimiza la dimensión del juicio como remedio y erróneamente suponen que la sentencia pone fin al proceso, con lo cual piensan que el acuerdo será sustituto. Sin contar la ejecución, hay muchos casos en que la decisión judicial no es más que el principio de una continua actuación del tribunal, la que se torna necesaria justamente porque las condiciones que motivan el pedido de asistencia del juez no cambian.⁷⁵

Entre los mecanismos de justicia alternativa en este país se encuentran principalmente la mediación, la cual tiene integrada la conciliación y el más importante, el arbitraje, mismo que tiene fundamento legal en el artículo 220 de la Constitución Política de la República Dominicana, que a la letra dice:

Artículo 220.- Sujeción al ordenamiento jurídico. En todo contrato del Estado y de las personas de Derecho Público con personas físicas o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país, debe constar el sometimiento de éstas a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República. Sin embargo, el Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a jurisdicciones constituidas en virtud de tratados internacionales vigentes. Pueden también someterlas a arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la ley.⁷⁶

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 23.

⁷⁵ Cfr. *Ídem*.

⁷⁶ Constitución Política de la República Dominicana, 2014, República Dominicana, Artículo 220, disponible en: <http://dominicana.gob.do/index.php/pais/2014-12-16-20-52-13#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20vigente%20de%20la,t%C3%ADtulos%2C%20precedidos%20de%20un%20pre%C3%A1mbulo>.

Siguiendo la herencia y tradición legislativa francesa, el legislador dominicano no se ha preocupado en establecer, en el derecho positivo, los mecanismos que permitan la resolución alternativa de los conflictos. Como país se carece de la conciencia real acerca de las ventajas que estos métodos ofrecen, como vías económicas, rápidas y flexibles para resolver satisfactoriamente las controversias.⁷⁷ Desde el año de 1959, en que fue eliminada la conciliación obligatoria antes de todo litigio del Código de procedimiento Civil, sólo en la jurisdicción laboral se ha usado la conciliación como alternativa viable para evitar los litigios.⁷⁸

El arbitraje consagrado en el Código de Procedimiento Civil dominicano y en el Código de Comercio, se ha convertido en letra muerta, esporádicamente utilizado. Sin embargo, en el Proyecto del nuevo Código Procesal Civil que permanece en las cámaras legislativas para su estudio, ponderación y posterior aprobación, existen propuestas concretas a fin de incorporar al ordenamiento jurídico sistemas alternativos de resolución de Disputas, de manera particular, la conciliación, la mediación, el arbitraje y el requerimiento conjunto.⁷⁹

La Ley 50-87 del 21 de mayo 1987 creó las Cámaras de Comercio y Producción y el Reglamento de Arbitraje del Consejo de Conciliación y Arbitraje de esa Cámara de Comercio y Producción, el cual establece el procedimiento a seguir frente a una controversia arbitral. Esta ley le otorga la potestad de funcionar como órganos de solución de controversia por medio de los mecanismos de la conciliación y arbitraje. En ese sentido, y por medio del reglamento elaborado por las cámaras de Santo Domingo y Santiago se estableció de manera institucional la jurisdicción arbitral. Esto trajo como consecuencia que en el año 2008 se promulgara la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial.⁸⁰

Dicha ley considera que el arbitraje es una figura jurídica de gran trascendencia en el ámbito comercial, ya que constituye una alternativa real para

⁷⁷ Canepa, Carolin y Núñez Vásquez, Felix O., *óp. cit.*, p. 45.

⁷⁸ *Ídem.*

⁷⁹ *Ídem.*

⁸⁰ *Ibidem*, p. 53.

prevenir y solucionar de manera adecuada, rápida y definitiva los conflictos que se susciten en las transacciones de comercio nacional e internacional. La Ley 489-08 establece que en los asuntos que se rijan en ésta, no intervendrá tribunal judicial alguno, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.⁸¹

Así pues, no podrán ser objeto de arbitraje:

1) Aquellos conflictos relacionados con el estado civil de las personas, dones y legados de alimentos, alojamiento y vestidos, separaciones entre marido y mujer, tutelas, menores y sujetos a interdicción o ausentes.

2) Causas que conciernen al orden público.

3) En general, todos aquellos conflictos que no sean susceptibles de transacción.⁸²

En Europa el tema de los medios alternos de solución de conflictos no es muy distante de lo que hemos estudiado en América Latina, podemos decir que la única diferencia importante es la seriedad e importancia en el estudio de la justicia alternativa, pues se busca una evolución a la forma en que deben ser tratados los conflictos entre personas individuales y personas colectivas. Estamos hablando de que en ambos estudios internacionales representan dos formas diferentes de entender a los MASC, pero se estudian de igual manera a las figuras del arbitraje, la conciliación, la mediación, uniéndoseles la negociación.

El International and Institute for Conflict Prevention & Resolution por sus siglas “CPR” es una organización independiente sin ánimo de lucro que lleva más de 35 años ayudando a organizaciones globales a evitar y resolver conflictos comerciales de manera eficaz y eficiente.⁸³ Es una institución proveedora de métodos alternativos de resolución de conflictos (en adelante ADR por sus siglas en

⁸¹ *Ibidem*, p. 54.

⁸² *Ibidem*, p. 59.

⁸³ International Institute for Conflict Prevention and Resolution, *Guía Europea de Mediación y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de CPR*, USA, 2015, p. 3. Disponible en: <https://www.cpradr.org/resource-center/non-english-language-resources/spanish/Gu-a-Europea-de-Mediaci-n-y-M-todos-Alternativos-de-Resoluci-n-de-Conflictos-de-CPR>. Consultado en fecha: 22 de julio del 2020.

inglés) que plantea unas reglas de arbitraje, mediación y otros procedimientos de resolución de conflictos novedosas y prácticas que recomienda a mediadores y terceros neutrales de manera global. La presencia de CPR en Europa data de principios de los años noventa y, como muestra del esfuerzo por continuar sirviendo a las necesidades de sus miembros, CPR ha creado un Consejo Asesor Europeo (European Advisory Board, en adelante, EAB por sus siglas en inglés). A través del tal consejo, CPR pretende ser la principal fuente independiente en Europa para ayudar tanto a las compañías como a sus asesores legales, ya sean abogados de empresa o externos, a resolver y en encontrar soluciones creativas a conflictos comerciales complejos de manera más eficiente y rentable, y preservar o mejorar las relaciones comerciales.⁸⁴

Para esta institución, los medios alternos de solución de conflictos (MASC) son una multitud de procedimientos formales e informales fuera de los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos (los tribunales).⁸⁵ El anterior concepto es en parte correcto, los MASC pueden ser implementados en los conflictos que nacen de la vida diaria, es decir, sin conocimiento jurídico o teórico, tan sólo se confía en el sentido humano de la voluntad de resolver una controversia, técnicamente estamos ante una autocomposición que no entra en la clasificación de proceso judicial ni de MASC, son informales porque precisamente no tienen forma, son una irregular forma de solucionar los conflictos, ahora bien, estamos de acuerdo a que la mediación, la conciliación y el arbitraje, y en especial este último, pertenecen a un grupo formal de medios alternos debido a que tienen reglas específicas de actuación, pero la cuestión sería, si estos mecanismos están afuera de la clasificación judicial, ¿qué sucedería si estos tuvieran la forma y teoría necesarias para que permitiera al sistema clasificarlos como el mecanismo de justicia principal en el sistema jurisdiccional?

Es importante lo que menciona el documento del “CPR”: *No todos los procesos son apropiados para todas las partes ni todas las controversias*⁸⁶, es

⁸⁴ *Ídem.*

⁸⁵ *Ibidem*, p. 6.

⁸⁶ *Ídem.*

agresiva esta afirmación, ya que efectivamente, algunos medios alternos de solución de conflictos no son adecuados para resolver ciertos aspectos del conflicto que se ignoran, aunado a ello, vivimos en una constante guerra de la cual nadie quiere salir vencido, por lo tanto, se resisten a las posibilidades que otorgan estos mecanismos, sea cual fuere. Pero la duda surge cuando analizamos que todos y cada uno de los MASC encuentran su origen en la negociación y tomando en cuenta que en todas las materias del derecho existe la posibilidad de utilizar estos mecanismos, entonces ¿puede la negociación adecuarse a cualquier conflicto?, y si es así, ¿cuáles son las características que debería tener un proceso de negociación para adecuarse a cualquier conflicto?

La CPR enlista una serie de cuestiones que se deben considerar para decidir cuál mecanismo alternativo sería el más apropiado para resolver los conflictos, a continuación, enmarcamos las expuestas por el documento:

1. la naturaleza del conflicto: determinar si el objeto de la controversia es de naturaleza legal, técnica o únicamente tiene por objeto una reclamación de cantidad;
2. la medida en la que el proceso puede explorar y crear opciones de acuerdo que respondan a los intereses subyacentes (económicos, de reputación, personales, emocionales) además o en lugar de los derechos y obligaciones legales de las partes;
3. si las partes quieren un proceso “facilitativo” que les ayude a alcanzar un acuerdo comercial, o si prefieren un proceso “evaluativo” que evalúe los fundamentos de hecho y de derecho en los que se asientan sus posiciones;
4. si se necesita un tercero neutral que adopte una decisión que las partes tengan que cumplir y/o tenga valor de precedente para una de las partes;
5. la formación y experiencia de cualquier parte neutral que quieran que participe;
6. qué nivel de control quieren tener sobre el proceso y qué grado de apoyo procedimental necesitan las partes;
7. el marco temporal dentro del que se va a llevar a cabo el proceso;

8. cuánto están dispuestos a gastar en la gestión administrativa del proceso; y
9. qué posibilidad tienen de ejecutar la solución que se alcance.⁸⁷

La Unión Europea en cuanto a medios alternos nos parece algo rígida, ya que entre sus intereses está el fomentar el acceso a los métodos alternativos de resolución de conflictos.⁸⁸ Existen diversas posturas frente a los métodos alternativos de resolución de conflictos; por una parte, se pretende la regulación, pero por otra, se defiende la libertad de cada Estado o incluso región o entidad local en el establecimiento de servicios y procedimientos que habrían de adaptarse al caso concreto, huyéndose por lo tanto de procedimientos rígidos o prefijados⁸⁹, para lo cual se pretende al desarrollo de la figura del mediador, se alienta la autorregulación de la función de mediador, de su formación o de las normas reguladoras de la profesión; así, en julio de 2004 la Comisión Europea organizó la elaboración de un Código de Conducta para los mediadores, aprobado y adoptado por un gran número de expertos en mediación.⁹⁰ En la actualidad se tramita una propuesta de Directiva relativa a la mediación en asuntos civiles y comerciales, sometida por la Comisión al Parlamento en octubre de 2004.⁹¹

El llamado “Libro Verde” es quizá uno de los documentos más importantes, ya que se expresan las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999⁹², donde la prioridad era intentar establecer principios fundamentales, generales o en materias específicas, que otorguen las garantías necesarias para que la resolución

⁸⁷ *Ídem*.

⁸⁸ Soleto Muñoz, Helena y Otero Parga, Milagros (coords.), *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 185. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/10215#preview>.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 187.

⁹⁰ *Cfr.*, Constituye una de las acciones de seguimiento al Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos presentado por la Comisión en 2002. Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de conformidad con el segundo párrafo del artículo 251 (2) del Tratado CE con respecto a la posición común del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, 2004/0251 (COD), Bruselas, 7 de marzo de 2008, p. 2., https://www.europarl.europa.eu/commonpositions/2008/pdf/c6-0132-08_es.pdf

⁹¹ Soleto Muñoz, Helena y Otero Parga, Milagros (coords.), *óp. cit.*, p. 187.

⁹² *Ídem*.

de los conflictos por instancias extrajudiciales ofrezca el nivel de seguridad requerido en la administración de justicia.⁹³ Consideraba estos MASC como una forma más consensual de pacificación social y de resolución de litigios, en muchos casos más apropiada que la resolución de un conflicto por un tercero, ya sea un tribunal o un árbitro, como es el caso de la evitación de la rivalidad vencedor-vencido, muy patente en materia de conflictos familiares, aunque también en otros tipos de litigios.⁹⁴ Esto es bastante grave para los medios alternos donde actúa un tercero, debido a que la afirmación ataca por sí sola a los medios alternos formales acusándolos de que provocan cierta rivalidad entre los usuarios, lo cual quiere decir que los medios alternos no tienen efectividad alta, por lo tanto, esta razón histórica se suma a las deficiencias teóricas que ya se estudiarán a lo largo de este trabajo.

En algunos países europeos la mediación se encuentra muy arraigada y extendida en diversos ámbitos.⁹⁵ Particularmente, en Francia existe un uso mayor de la mediación, ya sea de forma intrajudicial o extrajudicial, siendo que la primera está regulada en el *Nouveau Code de Procédure Civile* (NCPC) específicamente en el artículo 131-1.⁹⁶ Al igual que nuestro derecho, el caso francés recurre a la mediación a través del juez y sólo podrá ser utilizada si existe voluntad de las partes, aquí el juez designa un mediador y tiene este mecanismo un término de tres meses para dar resultados, de otra forma, la controversia será llevada ante la judicialidad de los tribunales.⁹⁷ En la extrajudicialidad, existe la mediación que no está debidamente regulada en las leyes y que los abogados pueden practicarla en caso de que su profesionalismo lo acepte, mientras que en lo negativo se encuentra el límite de tiempo de tres meses, provocando que, en caso de no lograrse resolver el conflicto, se vuelva al modelo litigioso.⁹⁸ Es atractivo que los modos alternativos de resolución del conflicto que deriven en una transacción, pueden tener fuerza ejecutiva por el presidente del Tribunal de Grande Instance (art. 1441-4 NCPC). Para

⁹³ *Ídem.*

⁹⁴ *Ídem.*

⁹⁵ *Ibidem*, p. 189.

⁹⁶ *Ídem.*

⁹⁷ *Cfr. Ídem.*

⁹⁸ *Cfr. Ídem.*

el resto de los casos, el acuerdo tendrá el mismo valor que un contrato entre las partes.⁹⁹ La figura del mediador independiente se hace presente en la mediación para Francia, las empresas aseguradoras han establecido protocolos de mediación a través de los cuales un mediador independiente da una opinión sobre un conflicto entre asegurado y asegurador.¹⁰⁰ En cuanto a otras materias, tiene presencia el llamado mediador bancario, el cual resulta útil para la materia bancaria del derecho francés, la materia laboral modifica la figura de la mediación y la sustituye por la conciliación obligatoria, en los conflictos familiares se hace una mediación necesariamente intrajudicial debido a la relevancia de los resultados y su impacto en el desarrollo de las células sociales francesas.

Alemania mantiene la conciliación y el arbitraje como principal medio alternativo a la judicialización para solucionar asuntos inherentes a la materia laboral, en este país la mediación es de uso exclusivo de los abogados debido a que están encargados del asesoramiento jurídico y tienen el monopolio en materia de prestación de servicios jurídicos.¹⁰¹ Gusta mucho que la mediación sea no solamente utilizada en materia familiar para resolver un conflicto, sino que se le agrega que es usada como política de la protección de la infancia¹⁰², mientras que extrajudicialmente, se utiliza la mediación para asuntos de divorcio.¹⁰³ Países como Inglaterra y Gales reconocen a la negociación y la resolución por acuerdo entre las partes forma parte de la cultura jurídica existente.¹⁰⁴ Además de la mediación, conciliación y arbitraje existen otros medios de solución de conflictos como la *evaluación imparcial*, la *encuesta neutra* (sobre todo para cuestiones que suponen complejidad técnica), la determinación por un experto y la mediación-arbitraje (Med-arb), para los casos en los que se prevea que ante el fracaso de la mediación, las partes se someten al arbitraje.¹⁰⁵ Los asuntos civiles permiten los medios alternos

⁹⁹ *Ibidem*, p. 190.

¹⁰⁰ *Ídem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 191.

¹⁰² *Ibidem*, p. 190.

¹⁰³ *Cfr., Ibidem*, p. 191.

¹⁰⁴ *Ídem*.

¹⁰⁵ *Ídem*.

sólo para casos apropiados, mientras que la figura del Mediador Profesional funciona sólo para reclamaciones de los ciudadanos contra organismos públicos¹⁰⁶, coincide el derecho mexicano con el alemán al considerar que los acuerdos obtenidos en mediación familiar son objeto de refrendo por parte del tribunal, y pueden entonces hacerse ejecutivos¹⁰⁷, es decir, a manera de sentencia. En los países escandinavos la mediación es sustentada por los poderes públicos en el ámbito del consumidor.¹⁰⁸

La administración de conflictos en Europa pudo haber considerado al nacimiento del imperio de la ley escrita que se impuso tras la Revolución Francesa como fuente del derecho única, obligatoria y dotada de *completud* universal¹⁰⁹, un gran avance sociológico y jurídico importante para mejorar las condiciones jurisdiccionales de los territorios anglosajones que fue creciendo hasta que este imperio de ley se convirtió en uno de los problemas al que muchos países del mundo se enfrentan, la impartición de justicia.

Hoy la necesidad de mejorar el orden de estado de cosas en las relaciones jurídicas que nacen en sociedad no se origina sólo por el número elevado de asuntos que llenan los juzgados, sino la búsqueda de una sociedad avanzada del siglo XXI.¹¹⁰ Pero la resistencia a las vías de negociación o de resolución fuera del tribunal es producto del modelo de justicia que ha predominado en la Europa continental, cimentado en la tradición de la romanística y el proceso canónico, por la inserción de la justicia como poder y atributo del gobernante, ya fuera el señor feudal, el abad, el obispo, el rey o el comendador, antes de la Revolución Francesa, o el juez constitucional propio de los sistemas que emanaron de la Ilustración, que mantenían atribuida la función de juzgar con carácter de monopolio, como exigencia

¹⁰⁶ *Ídem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 192.

¹⁰⁸ *Ídem*.

¹⁰⁹ Ortuño Muñoz, Pascual, "Panorama de los medios alternativos de resolución de controversias, y su impacto en la modernización de la justicia", *Revista Jurídica de Catalunya*, España, vol. 115, núm. 1, enero de 2016, p. 35. Disponible en: <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2016/06/multidoor-pascual-ortuc3b1o-cat-2016.pdf>.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 34.

de los principios de la primacía de la ley y de la igualdad de todos los ciudadanos ante ella.¹¹¹

La situación de la justicia alterna, no únicamente en Europa sino en todo el mundo, depende no sólo de la regulación de estas alternativas de justicia, también depende en gran medida del tipo de abogados que están ejerciendo en el globo. Por ejemplo, un centenar de universidades españolas imparten enseñanza en estas materias, se han multiplicado las tesis doctorales, proyectos de investigación y estudios doctrinales, y se cuenta con una nutrida red de profesionales que están incorporando a su actividad profesional la mediación.¹¹²

La actuación de los juzgadores se reduce a un romance tóxico con la ley, como si no hubiera un marco de movilidad mental en ellos, toda vez que la rigidez en la aplicación de la legislación que les fue encomendada es muy notable en sus actuaciones. Desde otra perspectiva, caracteriza al derecho continental la enorme desconfianza que el legislador (y especialmente los gobernantes) tienen hacia los jueces, reduciendo al máximo su capacidad interpretativa del derecho sustantivo e imponiéndoles unas estrictas y rígidas normas de procedimiento¹¹³, lo que hace concluir que, para efectos de un modelo de justicia basado en negociación, un juzgador debería no interpretar la ley, sino interpretar y gestionar los conflictos, dando libertad a los usuarios para que puedan resolver sus conflictos y después calificar la legalidad de sus acuerdos. Pero para que un sistema de dicha naturaleza funcione, como se ha dicho con anterioridad, también depende de la capacidad y la nueva ideología de los abogados litigantes, estos que hemos decidido bautizarlos como de *nueva generación* deberán estar familiarizados con la gestión extrajudicial del conflicto, más con la negociación y los demás del conjunto de la justicia alternativa ya que son mecanismos que se mueven con facilidad y soltura¹¹⁴, aunque esto último solo se maneja como un *preprocedimiento*, ya que de no lograrse un arreglo se pasa a un procedimiento judicial, y esto lo consideramos un

¹¹¹ *Ídem.*

¹¹² *Ídem.*

¹¹³ *Ibidem*, p. 35.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 36.

error, el procedimiento principal debería ser uno de negociación que cumpla con todas las características formales y pragmáticas para ser considerado un proceso adecuado. Son variadas las finalidades extra que deberían lograr los MASC, la primera es la satisfacción de sus usuarios cuando obtienen una solución no traumática a sus conflictos familiares, económicos o de empresa, y la segunda es que sus honorarios son respetados en todo caso en similares cuantías.¹¹⁵

Concretamente en Inglaterra y Gales la reforma de 1998 de las Procedural Rules conocida como “*reforma Woolf*”, favoreció la definitiva consolidación de los ADR, pero también hubo un antecedente importante para conocer los factores que impedían a un medio alternativo ser utilizado para una controversia, el caso Halsey v Milton Keynes General NH Trust¹¹⁶, dicha controversia clarificó los factores por los que un tribunal inglés puede considerar que el rechazo a una medida ADR es razonable. Se han de tener en cuenta:

1. La naturaleza de la disputa.
2. Las circunstancias del caso.
3. El hecho de haber fracasado ya otro tipo de medidas dirigidas a una solución consensuada.
4. Cuando el coste previsto para el ADR sea excesivamente alto y/o desproporcionado.
5. Cuando un retraso en la resolución por acudir al ADR pueda perjudicar a la parte.
6. Cuando no sea razonable imaginar una solución consensuada.¹¹⁷

De los anteriores factores, sobresalen dos: en primer lugar, la naturaleza de la disputa debe referirse pues a la materia del conflicto, si pertenece al derecho privado o al público ya que en el caso de la cosa pública, es claro que el orden de un Estado no debe ser negociada, sin embargo, en el caso de la rama privada, la apertura a la utilización de los medios alternos de solución de conflictos es mucho

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 39.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 40.

¹¹⁷ *Ídem*.

más amplia ya que los conflictos se derivan de derechos de los particulares y, a excepción de las deficiencias teóricas y prácticas de los derechos humanos, el individuo tiene libertad de raciocinio para saber qué es lo que desea como su orden de estado de cosas.

La República Federal de Alemania ha introducido normas de racionalización de la justicia de gran eficacia durante los últimos quince años. Los ADR están presentes en su legislación desde la reforma de la ZPO (Ley de Procedimiento Civil) del primero de febrero del año 2000, que prevé mecanismos de solución alternativa de litigios, sus artículos 278 y 279 prevén la derivación a mediación y, por otra parte, su numeral 794 la previsión de ejecutividad de los acuerdos.¹¹⁸

El Tribunal Regional Administrativo de Freiburg (Baden-Württemberg), estableció el criterio de que *la mediación se integra dentro de jurisdicción, como un quehacer genuino de los jueces*.¹¹⁹ La ley de veinticinco de julio de 2012 por la que el parlamento federal alemán ha efectuado la trasposición de la Directiva 52/2008 extiende la mediación a todos los ámbitos, dotando de una gran flexibilidad a los tribunales para que puedan derivar asuntos a mediación¹²⁰, para lo cual, se han incorporado al elenco de mediadores de los tribunales una gran cantidad de abogados y de jueces jubilados altamente especializados en determinadas materias, con lo que esta metodología ha sido bien acogida por los abogados.¹²¹ Este país le ha dado una atención mayoritaria a la mediación, ha apostado por los jueces con perfil mediador, de todos los medios alternos existentes parece ser precisamente la mediación la que se acerca más a la idea de la negociación debido a que las partes someten entre si el conflicto con el objetivo de buscar la solución, pero lo importante es que aquí interviene el juez mediador, haciendo que las partes tengan una seguridad jurídica, esto más que un aporte procedimental, quizá es una aportación psicológica para ayudar a las partes a sentirse más seguros de las negociaciones que se hacen dentro de la mediación.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 42.

¹¹⁹ *Ídem*.

¹²⁰ *Ídem*.

¹²¹ *Ídem*.

Francia tiene una cierta tradición en el arbitraje y fue pionera en la regulación legal de la mediación con la reforma de su Código de Procedimiento Civil por la Ley Número 125 del ocho de febrero de 1995, y el Decreto de veintidós de julio 1996, se ha realizado la trasposición de la Directiva (CE) 2008 mediante el Decreto 2012-66 de veinte de enero del 2012, que ha dedicado un libro completo (el Libro V) de la Ley de Procedimiento Civil a la “resolución amigable de diferencias”. Distingue entre la conciliación por un “conciliador de justicia”, que ya existía como auxiliar del juez en los tribunales de la mediación.¹²² El hecho de la existencia de un auxiliar conciliador para el juez es algo que amerita cierto análisis, ya que aunque es atractiva la forma en que se le ha llamado a este auxiliar, pareciera ser exactamente la misma forma de trabajo en los tribunales de México, toda vez que los jueces “recetan”, una vez iniciado el procedimiento, que las partes asistan con un mediador calificado para buscar una solución amigable, constituyéndose así que el mediador al que asistan las partes funja exactamente como un auxiliar del juez.

Es curiosa la forma en que los galos aplican los MASC, el artículo 130 de su *Code de procédure civile (Código de procedimiento civil)* explica que se dejará constancia del acuerdo alcanzado, aunque sea parcial, por medio de acta firmada por el tribunal y las partes¹²³, dichos testimonios tendrán entonces el carácter de título ejecutivo.¹²⁴ Luego, el numeral 131-1 del mismo ordenamiento declara que *el juez que conozca de una controversia podrá, tras obtener el acuerdo de las partes, designar a un tercero para escuchar a las partes y comparar sus puntos de vista para que puedan encontrar una solución al conflicto que se opone a ellos.*¹²⁵ Ahora bien, en el estudio de esta ley francesa, se puede notar un impacto mayor de la mediación respecto de la conciliación, son más numerales y más detalles teórico-prácticos los contenidos en el Título de la mediación, la gran diferencia es la siguiente: en la conciliación partes podrán conciliarse, por sí mismas o a instancias

¹²² *Ibidem*, p. 43.

¹²³ *Cfr. Code de procédure civile*, 2021, Francia, artículo 130, disponible en: <http://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20proc%C3%A9dure%20civile.pdf>

¹²⁴ *Cfr. Ibidem*, artículo 131.

¹²⁵ *Cfr. Ídem*.

del tribunal, a lo largo de todo el proceso¹²⁶, es decir, la mediación es dentro de los tribunales mientras que la conciliación puede ser utilizada por las partes sin necesidad de acudir a tribunales. Lo anterior alude a dos tipos de conciliación, la conciliación en donde interviene un tercero (juez o conciliador) y propone la solución y conciliar¹²⁷ que alude a la actividad privada de dos o más conflictuantes para que sin necesidad de un tercero se alcance un acuerdo, aunque esto se le conoce más como mediación, las preguntas que quedan son: ¿existe en la legislación francesa una carencia teórica e incluso práctica? y, si pueden las partes llegar a un acuerdo a través de la actividad de conciliar sin necesidad de un tercero ni de acudir a tribunales ¿qué razón tiene la existencia de los tribunales?

La negociación asistida, que proviene directamente de la práctica de los tribunales canadienses. Se le conoce como un *proceso participativo gestionado por los abogados* y consiste en que, después de iniciado el proceso, el juez puede acordar que se entablen negociaciones por los abogados en sede judicial y con la presencia de un negociador.¹²⁸ En esta apuesta se dan a notar que la presencia de un negociador es vital, la naturaleza y preparación de dicho auxiliar negociador deberá ser acorde a su definición, los abogados pueden proponer solución y el negociador funge quizá como mediador y como conciliador al mismo tiempo, ya que regula y también propone la solución.

Los holandeses tienen un admirable avance en los MASC, tienen dos diferentes vías: la de la mediación privada y la de mediación derivada por el tribunal¹²⁹, suponiendo así que la primera es fuera de tribunales y la segunda es dentro de tribunales. El sistema holandés es el que está mejor valorado por los ciudadanos y por los profesionales del derecho en la Europa continental. Los jueces son reclutados de diversas formas, pero, como denominador común, lo son después de que acrediten sus conocimientos legales y su experiencia profesional como

¹²⁶ Cfr. *Ibidem*, artículo 128.

¹²⁷ “*Conciliar*”, da (Del lat. *conciliāre*). 1. tr. Poner de acuerdo a dos o más personas o cosas. *Diccionario de la Lengua Española*, dirección de internet: <https://dle.rae.es/conciliar?m=form>, fecha de consulta: 03 de agosto de 2020.

¹²⁸ *Ídem*.

¹²⁹ Ortuño Muñoz, Pascual, *óp. cit.*, p. 43.

juristas por un periodo mínimo de seis años, e ingresan con la condición de *jueces en formación*, realizando funciones de apoyo durante otros seis años.¹³⁰

La modalidad de mediación contractual denominada “*evaluación neutral de experto*”¹³¹, que es similar al arbitraje no vinculante que se conoce en EE.UU. En este sistema las partes acuerdan someter a un perito experto sus diferencias pero, al mismo tiempo, pactan que si la opinión que finalmente exprese no es aceptada voluntariamente por las dos partes el peritaje se tendrá por no realizado, como si nunca hubiera existido, por lo que no podrán en ningún caso hacerlo valer, ni proponer al perito como testigo en el ulterior proceso contencioso.¹³² El primero de octubre de 2005 se publicó la ley que creó la Oficina Nacional de Mediación Judicial por el parlamento, y desde el primero de abril de 2007 está plenamente operativa en todos los tribunales. Para tal caso, el juez evalúa el caso y es él mismo el que propone a las partes que vayan a un proceso de mediación, explicándoles las ventajas que en su caso podrían obtener. Por esta razón es esencial que los jueces confíen en la calidad de los mediadores, y son los tribunales quienes certifican su capacitación, aun cuando son las partes quienes los eligen según su perfil, su disponibilidad, su experiencia, sus afinidades, el origen y recorrido profesional y su edad y sexo.¹³³

¹³⁰ *Ídem.*

¹³¹ *Cfr. Ibidem*, p. 44. Esta alternativa consiste en el estudio y evaluación del caso para que un experto en el tema exponga las opciones convenientes para las partes y estas puedan llegar a un acuerdo, esto es muy aplicable para materias relacionadas con los negocios, es decir, empresas, relaciones de clientes con las empresas, entre accionistas, etc.

¹³² *Ídem.*

¹³³ *Ídem.*

Unidad II. Crítica al derecho procesal actual

Existe una crisis, pero no de justicia, sino de derecho, ¿por qué pensar así?, la búsqueda de la justicia es algo que se ha debatido por mucho tiempo y de manera inconsciente, consecuencia del adoctrinamiento imperial de la ley que se ha impartido por generaciones, los abogados de antigua generación se han basado en la aplicación del Derecho para explicar la justicia concluyendo simplemente en que lo justo es lo que está apegado a la ley, la razón de esta conclusión es que la justicia es un ideal no comprendido y ciertamente nadie puede otorgar al mundo un concepto universal aceptado para entender la lógica de la justicia, tan es así que la ley de la comprensión y extensión de las ideas nos dice que *a mayor comprensión de una idea, menor extensión y viceversa*¹³⁴ y es claro que *justicia* ha sido un concepto bastante amplio por las diversas interpretaciones que se han construido a lo largo de la historia filosófica de la humanidad. La justicia no se encuentra en crisis, la prueba de ello son los intentos del ser humano tratando de llegar a ella. Podemos decir que la justicia tiene un carácter espiritual en el ser humano, habrá crisis de justicia cuando el ser humano civilizado no tenga interés de lograrla, cuando deje de ser una herencia generacional de la humanidad.

Quedaría entonces descubrir si el Derecho se comprende y tiene explicación y aplicación ideal a los problemas sociológicos de la vida civil en toda su extensión. La lógica del Derecho se explica a través de silogismos y por medio de la relación entre el sujeto que conoce el derecho y la realidad a la cual se aplica aquel, dicho de forma más simple, el Derecho se explica como una herramienta que se utiliza sobre determinado tipo de suceso que produce consecuencias de derecho o necesidades de regularlo. Pero el derecho tiene problemáticas epistémicas y sociológicas que hacen que no se logre la confiabilidad necesaria para considerarlo como la herramienta máxima de la vida civil, por ello considero que está en crisis, para intentar justificar esta hipótesis propongo al lector a practicar su abstracción,

¹³⁴ Márquez Muro, Daniel, *Lógica. Controversia sobre "los universales"*, 11ª. Edición, México, Editorial E.C.L.A.L.S.A, 1980, p. 57.

tomando al Derecho como una idea. Aquellas son algo inmaterial, espiritual, interno y necesita de un medio externo para expresarse. Como la idea es la representación mental de la cosa, existe en la inteligencia y determina cierta perfección cognoscitiva, algo inmaterial que requiere un signo o elemento exterior con el cual pueda expresarse. Cuando se obtiene una idea, es necesario expresarla o manifestarla externamente, lo que se obtiene mediante su *signo* que es el término.¹³⁵ Siendo que signo es *todo lo que sirve para expresar una cosa*¹³⁶, ¿cuáles serían los signos del derecho? Por supuesto serían las leyes, los juzgadores, los abogados, los tribunales, los procedimientos jurisdiccionales, un simple contrato, un convenio, las empresas, todo lo anterior son los signos quizá *naturales* del Derecho, ya que son producto de la existencia de aquel. Ahora analicemos con detenimiento y con crítica el signo que nos atañe más debido a las finalidades que perseguimos con esta tesis: los procesos jurisdiccionales.

Los abogados suelen tomar posiciones de protectores de la legalidad, defienden los casos encuadrando los hechos que el cliente les expone con la legalidad, es decir, el Derecho les ha permitido a los abogados aparentar verdad. El derecho debería ser una disciplina con un alto grado de investigación previa a la resolución definitiva, por lo tanto, podríamos inferir que el Derecho procesal penal es más real y con más capacidad para llegar a la verdad, toda vez que, al menos en el marco del deber ser, en estos procesos dan a la autoridad toda una etapa de investigación destinada a aproximarse a la verdad. El conocimiento debe ser el eje del sistema procesal de justicia, pero el actual sistema de normas procesales es ignorante e inconsciente. Para que un juzgador pueda emitir una sentencia siquiera cercana a la verdad, lo que sería adecuado en la ideología actual del sistema procesal a la *justicia*, se necesita de *conocimiento*. ¿En qué momento de los procesos actuales el juzgador practica la investigación y por medio de ello, logra conocimiento del asunto?, la respuesta es que en ningún momento. Por eso el Derecho es idealista, si esta corriente del pensamiento establece que conocemos

¹³⁵ *Ibidem*, p. 63.

¹³⁶ *Ídem*.

únicamente las representaciones que están en nuestra conciencia¹³⁷, entonces la conciencia del juez es la ley, si conocemos la realidad tal y como nosotros lo conocemos como seres humanos, entonces la realidad que únicamente conocen los abogados es lo que la ley les da y si el idealismo no es subjetivo por la forma del conocer individual de los sujetos sino porque todos los seres humanos perciben la realidad de la misma forma debido a que todos tenemos las mismas categorías, entonces en el derecho nuestras categorías son las que marque la ley, no conocemos otra cosa, sólo el ideal mundo de la ley. Sin duda alguna, nuestro Derecho ejercita el positivismo, sus orígenes se encuentran en los trabajos de investigación de las ciencias empíricas de mediados del siglo XVIII donde intervinieron filósofos como David Hume, Saint-Simon y Immanuel Kant. Lo característico de este positivismo es la conexión con la matemática.¹³⁸

La aplicación del Derecho, se piensa, es mediante la lógica, es decir, silogismos pero en los juicios se pondera una especie de *matematicismo* enfermizo, en donde se atiende más a lo formal que el contenido *justo* de lo que representan las actuaciones de las partes. Lastimosamente para el abogado que piense al Derecho como lógica, tendrá que reconsiderar su pensar ya que este *matematicismo* es una fundamentación heterónoma de la lógica. La falla de la lógica que se acostumbra practicar en los procesos judiciales esta erróneamente entendida, la lógica va más allá del aspecto meramente formal, su fin es alcanzar la verdad¹³⁹ y curiosamente se percibe que la legalidad, es decir, ese *silogismo legal*, hace desviar la virtud cognoscitiva del hombre haciéndolo ponderar lo formal, que es lo que termina enfermando los procesos jurisdiccionales. Al respecto, no somos ignorantes de la existencia de la llamada sana crítica, la cual es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error; mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y

¹³⁷ Rodríguez Cepeda, Bartolo P., *Metodología Jurídica*, México, Oxford, 2011, p. 77.

¹³⁸ Guamán Chacha, K. A., Hernández Ramos, E. L., & Lloay Sánchez, S. I., "El positivismo y el positivismo jurídico", *Universidad y Sociedad. Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, Ecuador, vol. 12, núm. 4, julio-agosto 2020, p. 266. Consultada en fecha 10 de febrero de 2021, disponible en: <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n4/2218-3620-rus-12-04-265.pdf>.

¹³⁹ Márquez Muro, Daniel, *óp. cit.*, p. 48.

auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso.¹⁴⁰

La sana crítica es quizá uno de los recursos conceptuales jurídicos más utilizados por los litigantes y juzgadores ya que se apega mucho al idealismo del que se encuentra plagado el Derecho, y del que nace el positivismo. No es secreto que el Derecho es una disciplina idealista porque se espera que de las leyes se derive la justicia y por esa razón no es realista para resolver procedimentalmente los conflictos. Analicemos desde el hecho de que la llamada sana crítica tiene influencia de Kant, resulta innecesario señalar que el filósofo de Koenisberg trató de resolver el problema de conocimiento el cual, como ya se ha expuesto, también es un problema del Derecho, ya que no puede existir la sana crítica sin conocimiento previo. Tan es así la influencia de Kant en este concepto que tiene uno de los componentes del idealismo trascendental de aquel pensador, la experiencia es uno de ellos como componente de los juicios sintéticos, según enuncien algo conocido por la experiencia (*a posteriori*), o algo que se conoce anteriormente a la experiencia (*a priori*).¹⁴¹

Como alumnos universitarios encaminados al Derecho, uno de los autores que más se nos enseña es precisamente Kant, incluso a nivel posgrado este sigue presente, ¿cuál es la necesidad de seguir enseñando idealismo a una disciplina que necesita realidad? El Derecho es, al igual que el idealismo trascendental de Kant, un falso conceptualismo pues destruye plenamente el valor de nuestro humano conocimiento, cayendo al mismo tiempo en muchas contradicciones.¹⁴² Veamos este problema de la siguiente manera; en un conflicto, se necesita entendimiento, y los modos conforme a los cuales el entendimiento ordena las intuiciones de la sensibilidad se manifiestan en las distintas maneras de juzgar, ya que para Kant juzgar es lo mismo que unir las intuiciones de la conciencia. Por consiguiente, dichos

¹⁴⁰ Barrios González, Boris, "Teoría de la Sana Crítica", *Opinión Jurídica- Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, Colombia, vol. 2, núm. 3, 2003, p. 102. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/408230>

¹⁴¹ Márquez Muro, Daniel, *óp. cit.*, p. 303.

¹⁴² *Ibidem*, p. 305.

modos serán cuantas sean las formas irreducibles de juzgar¹⁴³ y después pretende realizar la judicación encuadrándolos en doce modos, los cuales van divididos en cuatro grupos, según la *cantidad, relación, cualidad o modalidad*. En la deducción trascendental de las categorías se hace referencia al método de los juristas, que utilizan el término "*deducción*" para expresar el "*quid iuris*" de un asunto legal; la razón constituye un tribunal ante el cual comparece la razón pura para que se juzguen sus posibilidades teóricas; se habla de la jurisdicción de la razón y de legislación universal a priori.¹⁴⁴

Notemos que lo que hace Kant, es reducir la judicación a un mero encuadre y es muy notorio que esta regla del encuadre con la ley es bastante aplicable a la resolución de conflictos actual, es por ello que en muchas ocasiones las controversias se convierten en eso, problemas de encuadre que terminan por estorbar en los razonamientos de los juzgadores, porque si bien hay un razonamiento que puede concluir con una posible sentencia "justa", al momento de que el problema del encuadre entra en la operación, ese razonamiento se ve dilapidado al no apegarse con la ley. Este tipo de judicación basado en el encuadre que el Derecho ha adoptado, el cual tiene por supuesto influencia en Kant, tiene los mismos problemas que el filósofo prusiano alemán. Cuánta razón señala Lahr sobre los grandes defectos de Kant: *arbitrariedad, complicación inútil y exagerado amor a la simetría*.¹⁴⁵

Para Kant, el concepto de derecho natural es *un conjunto de principios que puede extraerse del conocimiento de la naturaleza humana*¹⁴⁶, lo cual debo admitirlo por ser un conocimiento aprehendido y está apoyado firmemente en la razón humana mismo que puede ayudar a un juzgador a entender la realidad de un conflicto, ya por sentido común y no por un idealismo arbitrario, complicado y cuadrado. Sin embargo, la filosofía idealista de Kant transforma el derecho natural

¹⁴³ *Ibidem*, p. 304.

¹⁴⁴ López Hernández, José, "La fundamentación del derecho en Kant", *Anuario de filosofía del Derecho*, España, núm. 9, 1992, p. 395. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142217>

¹⁴⁵ Márquez Muro, Daniel, *óp. cit.*, p. 304.

¹⁴⁶ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4ª Edición, Madrid: Técno, 2005, p. XLIV.

en derecho racional a priori y abre la vía al positivismo¹⁴⁷, convirtiéndose en este último una corriente del idealismo. Al ser el derecho efecto de la razón práctica, lo práctico (la voluntad) constituye el derecho racional (la razón) como tal. Por lo tanto, podemos afirmar que el derecho sólo existe por la ley.¹⁴⁸ Condenándose así, el sentido común de la justicia humana, ya que a los fenómenos sensibles no les otorga ni siquiera la realidad de la extensión y de la sucesión, pues hace del espacio y del tiempo meras formas subjetivas, resulta que toda ciencia es subjetiva, sin más objetividad que la puramente fenomenal o de apariencia.¹⁴⁹

Por supuesto que lo anterior hace a Kant, bajo nuestra perspectiva, un positivista, dado que la naturaleza humana conoce empíricamente y un conocimiento de este orden carece de referente normativo teórico y práctico.¹⁵⁰ Para Kant, el juez, al resolver una controversia, deberá echar mano del derecho y, sólo allí encontrará las condiciones para satisfacer la reclamación.¹⁵¹ No hay que olvidar que Kelsen jamás negó que su Teoría Pura era un intento para exponer la filosofía de Kant en forma de una teoría del Derecho positivo.¹⁵² Como se puede analizar, existe un estrecho paralelismo entre la forma en que pretende el filósofo resolver el problema de conocimiento con la manera en que un juez debe actuar para resolver una controversia, siendo lo más notorio, el encuadramiento o cumplimiento de condiciones, ¿por qué todo esto es así?, la única respuesta es: porque Kant así lo establece: estamos en el caso del más cerrado y absurdo dogmatismo: es así, porque sí.¹⁵³

El idealismo trascendental cree dar solución al problema de verdad, pero la solución que ofrece es completamente irracional y no se podrá admitir jamás por

¹⁴⁷ López Hernández, José, *óp. cit.*, p. 404.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 406.

¹⁴⁹ Márquez Muro, Daniel, *óp. cit.*, p. 306.

¹⁵⁰ Monroy Rodríguez, Alexander, "Kant y Kelsen: la respuesta correcta en el Derecho", *Sin Fundamento. Revista colombiana de filosofía-Universidad Libre Facultad de Filosofía*, Colombia, núm. 21, marzo de 2016, p. 38. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/sin_fundamento/issue/view/280

¹⁵¹ Kant, Immanuel, *óp. cit.*, p. 44.

¹⁵² Rojas Amandi, Víctor M., "La filosofía del Derecho de Immanuel Kant", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 54, núm. 242, 2004, p. 166. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61365/54073>

¹⁵³ Márquez Muro, Daniel, *óp. cit.*, p. 304.

quien tenga al menos un conocimiento rudimentario pero sano¹⁵⁴, tampoco ha encontrado una solución válida al problema de conocimiento.¹⁵⁵ El realismo, por otro lado, resulta más adecuado para el derecho, pero es menester aclarar que no hablamos del realismo jurídico, ya que éste se encuentra dirigido a objetivos erróneos. Recaséns Siches, citado por Rodríguez Cepeda Bartolo dice que lo que les interesa a los realistas es averiguar el Derecho efectivamente real, al señalar que éste no es el que aparece declarado en las reglas legislativas ni tampoco el que los jueces declaran como base de sus fallos, sino que, de hecho, es el que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. Para averiguar, pues, el derecho efectivo, hay que estudiar el modo real en que los jueces se comportan¹⁵⁶, es decir, en este realismo se pone énfasis en el juez, pero no debería ser así. El realismo debe estar enfocado al conocimiento, en la obtención de aquel, pero dado que existen dos clases de realismo, nos centraremos en el *crítico o científico*, ya que, como su nombre lo indica, debe entenderse como una actitud científica, de estudio, de reflexión, de análisis. Es una aceptación de la realidad... pero analizándola, examinándola, y no tan sólo dejándose llevar por las apariencias.¹⁵⁷

El error de las autoridades y de abogados es que siguen las concepciones idealistas y hasta solemnes del Derecho en vez de gestionar asuntos de manera realista, crítica y más pragmática. Así pues, los abogados se encuentran imposibilitados de ejercitar la sana crítica, pasando de largo la observancia de la complejidad de la situación, es decir, el conocimiento que la realidad de las partes engloba y complica un asunto, cosa que no podemos culpar del todo a los abogados, sino también a los clientes. En efecto, el derecho procesal no ha evolucionado, sigue con esa *ley-dependencia* y consecuentemente ha permanecido como una disciplina intelectualmente idealista, solemne casi religiosa por la influencia histórica que posee como más adelante explicaremos. Podemos concluir

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 313.

¹⁵⁵ *Ídem*.

¹⁵⁶ Rodríguez Cepeda, Bartolo P., *óp. cit.*, p. 182.

¹⁵⁷ *Cfr.*, Márquez Muro, Daniel, *óp. cit.*, p. 317.

que el Derecho bajo la filosofía de Kant, no es realista y que tampoco es lógico porque quiere usar la razón no para explicarse a sí mismo, sino que la usa para ahogarla, encasillándose en una falsa concepción del mundo, de la vida, y sobre todo de la propia esencia humana¹⁵⁸, lo contrario a la negociación, así como el idealismo y el escepticismo se defecan en el conocimiento del hombre, también logró hacerlo sobre la justicia, instaurándose en el propio Derecho matando al *ingenuo sentido común*¹⁵⁹ de lo justo.

El derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Tratándose de preceptos imperativo-atributivos, es decir, reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades¹⁶⁰. El Derecho es una disciplina o técnica, que pretende mejorar la armonía o preservarla entre los sujetos, sin embargo, en la actualidad, no es esa la realidad del derecho procesal. Existe un componente básico para comprender que el derecho no es dador de armonía y de una convivencia pacífica, dicho componente es la competencia. El mundo de las relaciones sociales siempre ha sido todo un arte de seducción¹⁶¹, en los medios de comunicación, en el trabajo, en lo académico, en lo laboral, en lo deportivo, en todo aspecto de nuestra existencia, la tendencia a la competitividad es la esencia del mundo actual. Consecuentemente, hablar del Derecho como una especie de comunismo por el buen vivir o convivir en sociedad es una aberración en contra de la vida moderna humana. Sin duda, el mundo ha evolucionado en una crecientemente competitividad y malévolos espacios para los sujetos, hablando en el campo jurídico, es necesario olvidar o superar el estancamiento epistémico de esa creencia de carácter idealista y religiosa del Derecho. En la vida como en lo jurídico, se necesita el conocimiento para poder abordar los retos al que nos encontremos y como abogados es necesario ser instruidos en cómo actuar ante el problema antes de promover un juicio que indudablemente representará pérdida.

¹⁵⁸ Márquez Muro, Daniel, *óp. cit.*, p. 313.

¹⁵⁹ *Ídem*.

¹⁶⁰ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 63ª. ed., México, Porrúa, 2011, p. 36.

¹⁶¹ *Cfr.* Green, Robert, *“El arte de la seducción”*, 3ª ed., México, Océano, 2019, p. 225.

Hemos de reiterar que el Derecho es el conjunto de normas, son ellas las que ayudan a mantener o crear un *orden de estado de cosas*. Entendido lo anterior, cuando dicen que el derecho *previene*, es decir, que previamente regula un hecho que tiene consecuencias jurídicas pero el Derecho se sintetiza regulando los hechos que ya sucedieron y tratará de encuadrar hechos futuros con las mismas características del que nació aquel, no los que están por producirse. Generalmente cuando comenzamos nuestra vida como litigantes, investigamos infinidad de argumentos con los cuales tendremos mejores probabilidades de salir victoriosos, sin embargo, al momento de la verdad, nos damos cuenta que las resoluciones de nuestros órganos jurisdiccionales son muchas veces alejadas de lo que esperaríamos de la justicia porque confiamos en una sana crítica y un poco de entendimiento humano, pero nos topamos con los problemas de falsedad y esa cuadrada simetría que pertenece al idealismo de Kant.

El Derecho procesal actual, pienso, se encuentra inmerso en problemas de *falsedad*, hablando naturalmente de lógica. La falsedad se puede definir como *inconformidad positiva entre el entendimiento y la cosa*¹⁶², un ejemplo es que muchos alumnos que comienzan a estudiar Derecho tienen la idea de que con esta disciplina buscarán justicia o hacer justicia, esto resulta ser un *juicio falso*, todas las cosas o fenómenos tienen cualidades sensibles que cuando demuestran o acusan una realidad que no les pertenece, se dice que tales cosas son falsas.¹⁶³ Esto resulta aplicable al ejemplo ofrecido en líneas anteriores, los sentidos del alumno perciben que el Derecho tiene cualidades que están encaminadas a buscar un orden o justicia, pero cuando esos alumnos se convierten en abogados, más en específico, litigantes, se dan cuenta que no siempre se logra *justicia* y que el Derecho encierra muchas problemáticas que le impiden lograr el *deber ser*. Ahora, hay que distinguir sobre la verdad y la falsedad, la primera es absoluta y por tanto no admite grados¹⁶⁴, es decir no hay verdad, por ejemplificar, *parcial*. Pero, ¿qué puede ser considerado con verdad absoluta?, para responder a esa cuestión, el filósofo Daniel Márquez

¹⁶² Márquez Muro, Daniel, *óp. cit.*, p. 232.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 237.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 234.

Muro responde que no existen cosas falsas, ya que todo ser, en cuanto ser, es conforme con su propia esencia.¹⁶⁵ Por lo cual, podemos decir que el ser es verdadero. En cambio, la falsedad es relativa, se dice que ésta es la *inconformidad positiva entre el entendimiento y la cosa*¹⁶⁶, el entendimiento tiene punto de vista subjetivo, y así si es posible hablar de mayor o menor conformidad¹⁶⁷, esto nos aclara que la subjetividad del entendimiento de un sujeto juega un papel muy importante en la conformación de un aspecto mental de los individuos, el *juicio*. Es muy menester recordar que la verdad y la falsedad son contradictorias, pero pertenecen a un mismo género, es decir, al del conocimiento, ambas determinan un conocimiento positivo (verdadero o falso)¹⁶⁸, entonces se puede deducir que la sede de la falsedad es el *juicio*¹⁶⁹.

Explicado lo anterior, tenemos que en un procedimiento judicial (no administrativo o de naturaleza penal), las partes formulan *juicios*, mismos que, por la relatividad y subjetividad del entendimiento, expresan siempre una falsedad, ya que siempre existe una inconformidad positiva entre la mente y la cosa¹⁷⁰ (la realidad). Ninguna de las partes tiene la verdad, la cual es, repetimos, absoluta, sino que aquellas sólo expresan en sus *juicios* lo que su realidad les aparenta. Por eso, un juzgador no juzga sobre una verdad, sino que juzga *la apariencia de la verdad* que se le expone, entonces, el *juicio* del juzgador es igualmente falso. Podemos ilustrarlo con más claridad como sigue:



¹⁶⁵ *Ídem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 232.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 234.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 233.

¹⁶⁹ *Cfr., ídem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 234.

De lo anterior se puede concluir que no puede existir juicio encaminado a lograr justicia si no hay verdad absoluta de la realidad (de las partes) a la cual juzgar, entonces las sentencias son consideradas insatisfactorias por la parte perdedora, incluso en ocasiones por la parte actora porque no atienden a la verdad, de ello se desprende que no puede existir *justicia* si una de las partes pierde y otra gana, toda vez que se juzga una falsedad aparentada como verdad.

Es muy preocupante a nuestra manera de analizar este problema de la falsedad del Derecho procesal puesto que las decisiones judiciales son fundamentales en la búsqueda de un sistema más adecuado a las exigencias actuales. Es aceptable decir que, nuestro sistema está en crisis, pero no solo sociológicamente, sino epistemológicamente, ya que no se ha encontrado una forma de encontrar una adaptación y las bases en las cuales se cimentó y nuestro Derecho procesal está abierto a una crítica incluso más amplia que la expuesta, sirviendo quizá para otra investigación. Englobando lo antes expuesto se puede poner en duda si, el modelo procesal actual es *justo, lógico y satisfactorio*.

Cuando hablamos de derecho en materia procesal, nos damos cuenta de que aquel individualiza y hace que persigamos nuestros propios intereses frente a otro. La base de las decisiones judiciales se centra en Perelman, en vista de que un discurso razonable es aquel que pretende obtener la aceptación de las personas razonables que forman parte del auditorio universal. Los miembros de dicho auditorio, se supone, aceptarán únicamente las proposiciones razonables. Sobra decir que dicha forma de presentar las cosas se hace innegablemente cíclica, por lo cual podría pensarse que es un criterio demasiado vago para ser realmente aplicado; sin embargo, esta concepción se deriva, de forma inevitable, de la ausencia de criterios *a priori* de razonabilidad dentro de la teoría de Perelman.¹⁷¹

¹⁷¹ Naranjo Velasco, Karolina, *La teoría de la argumentación jurídica de Chaïm Perelman. Un estudio de las decisiones revisadas por la corte constitucional sobre interrupción voluntaria del embarazo en los años 2008 –2009*, Tesis (Licenciatura), Colombia, Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Humanas, 2010, p. 38. Disponible en:

Hablando de las resoluciones judiciales, nos referimos a ellas como la palabra del juez respecto a su opinión justificada en el sistema integrado de leyes vigente y aplicable a un estado de cosas (hablamos de los considerandos en la sentencia), así como la descripción del orden en el estado jurídico que tendrán las partes a partir del conocimiento de dicha resolución. Ahora bien, ¿es beneficioso que el juez resuelva sobre una falsedad con apariencia de verdad?, o ¿sería mejor dictar resolución de fondo en base a la negociación que implica el arreglo de conflictos entre los sujetos?

Para muchos abogados, la justicia real es aquella que emana de lo prescrito en la ley, ya que consideran los arreglos llevados a cabo por los *conflictuantes* como un arreglo lleno de informalidades, incluso profesionalmente se ve mal visto y de poca ética profesional optar por un convenio extrajudicial y de alguna manera esto es cierto, ya que son arreglos de palabra que finalmente son llevados a un registro en el expediente. Pero se consideran informales porque se omite por completo todo un procedimiento para determinar quién tiene más derecho que su contrincante en juicio. Estos convenios entre las partes son excepciones a las prácticas jurídicas de los abogados de antigua generación, y para los abogados que viven de la justicia, esto es una pérdida económica, ya que se evitan audiencias, viáticos, escritos, etc., pero, ¿qué tipo de sentencias o resoluciones definitivas son las que más se acercan a la idea de justicia en términos de nuestro trabajo?

Hemos establecido que justicia es un orden de estado de cosas, pero justicia también implica una consideración de los valores y normas intrínsecas de los sujetos, de acuerdo a Ulpiano la definición de la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo¹⁷². Según Perelman la justicia consiste en la igualdad de tratamiento a todos los miembros de una misma categoría esencial.¹⁷³ Sin embargo, parece ser que el concepto de justicia que se utiliza en el modelo de

<http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2010/136247.pdf>, consultado en fecha 4 de diciembre del 2020.

¹⁷² Bialostosky Barshavsky, Sara, *Panorama del derecho romano*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 34.

¹⁷³ Perelman, Chaim, *De la Justicia*, México, Dirección General de Publicaciones de la UNAM, 1964, p. 28.

impartición de justicia actual es el de justicia social, la cual se hace notable cuando “el aplicador del derecho, autoridad administrativa o judicial, debe preferir el bien de la comunidad sobre el interés de un particular”¹⁷⁴, de aquí ha nacido la costumbre que impacta al sistema de justicia actual y que ha evitado que se convierta en un modelo de *justicia-funcional utilitaria satisfactoria*, ya que las costumbre de esta *justicia comunista* impregna su rigidez intelectual y normativa a casos que son fácilmente *negociables* para las partes.

Este sistema procesal de justicia presente es una especie de *comunismo jurídico* ya que no acepta la realidad competencial en vista de que, al igual que esta variante del socialismo, nuestro Derecho procesal se reemplaza la búsqueda de la utilidad por la actividad central de los organismos jurisdiccionales. Lo que deriva en un sistema jurisdiccional rígido, que está tomando el mismo destino obsoleto que la economía soviética con fronteras cerradas al comercio, las tecnologías y las personas.¹⁷⁵

El comunismo en este sentido funge como algo contrario a la búsqueda individual de la utilidad, a la competencia y siendo que éstas son características de la globalización, la competencia es un motivante para las sociedades modernas para el avance científico y tecnológico, social, económico y político de las mismas, es decir, estamos ante un modelo de justicia que puede encontrar sus problemas desde esa subestimación de la justicia (como un orden de estado de cosas) deseada por los privados en dicho modelo.

La *justicia-venganza*, como parte del acceso a la justicia, fortaleció la legalidad y en ocasiones reforzó los excesos de los formalismos procesales¹⁷⁶. No cabe duda que un orden de estado de cosas debe justificarse, sin embargo, esta justificación y motivación de una sentencia es demasiado cuadrado, si un supuesto no encuadra en la ley entonces se ejercita algo que a menudo es peligroso para un modelo de justicia como el actual, la interpretación. Ya sea de normas o de

¹⁷⁴ Castro y Castro, Juventino, *Los jueces mexicanos y su justicia*, México, Porrúa, 2003, p. 9.

¹⁷⁵ Nordhaus, William D. y Samuelson, Paul A., *Economía*, 18ª ed., México, Mc Graw Hill, 2006, p. 569.

¹⁷⁶ Bravo Peralta, Martín V., *Método del caso jurisprudencial. Interpretación, argumentación y jurisprudencia*, México, Porrúa, 2014, p. XXVII.

jurisprudencias, de palabras o interpretación de pruebas o hechos, las cuales son presunciones, todo lo jurídico se justifica y motiva a través de la interpretación, misma que da pie a la argumentación de un juicio de entendimiento, mismo que como se ha estudiado puede tener falsedad.

Juzgar significa observar la naturaleza real del problema. La afectación de derechos es una situación bastante extraña en el modelo de justicia actual, vemos en muchas ocasiones que derechos humanos son afectados en las sentencias, esto quiere decir que no hay un verdadero control difuso, tampoco de convencionalidad, podríamos decir que estamos los abogados y los usuarios viviendo nuestra existencia profesional en un modelo de justicia, de nuevo, falso e idealista pero no efectivo y real, tampoco satisfactorio ni productivo, una lamentable verdad es la mentira de nuestro control difuso. El artículo 133 constitucional confiere a los jueces de los estados intervención en el control de la constitucionalidad, los faculta a preferir la constitución, las leyes federales y los tratados internacionales, en el supuesto de que la ley local, la que deben aplicar, sea contraria a ellos. Al abstenerse de aplicar su propia ley en un caso concreto, por virtud de las razones que a su juicio de constitucionalidad.¹⁷⁷ Sin duda, a pesar de que actualmente nuestro artículo 133 constitucional¹⁷⁸ prescriba el multi mencionado control difuso, la verdad es que nuestros jueces prefieren y ejercitan el control concentrado, por el hecho de que un solo órgano es el competente para examinar una ley o acto, y determinar su conformidad con lo estipulado en la ley fundamental, al cual puede otorgarse la denominación de “tribunal constitucional”, “corte constitucional” u otra similar. Es únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, 4ª ed., México, Oxford, 2013, p. 162.

¹⁷⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2020, México, Artículo 133, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf.

¹⁷⁹ Garmendia Cedillo, Xóchitl, “Control difuso y control convencional de constitucionalidad”, *Práxis de la justicia fiscal y administrativa- TFJFA*, México, núm. 11, septiembre, 2012, p. 7. Disponible en: <https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/abstractrev11controldifusoycontrolconvencionalde.html>.

García Máñez expuso que el derecho no tiene lagunas debido a la técnica jurídica de *integración*¹⁸⁰, sin embargo, esto es tanto como esperar que los integrantes de una religión puedan mostrar físicamente la existencia de su dios. La justicia, retomamos, es *orden de estado de cosas deseado subjetivamente por las partes*, es decir, no vamos a buscar lo que le corresponde a cada quien, ya que esa concepción nos remite a una *percepción autoritaria* de si “x” tiene derecho a “y”, por lo tanto, injusticia sería no lograr producir un estado de cosas deseado por el individuo. El problema de juzgadores *es que su solución es subjetiva y no es una decisión basada en la verdad*, sólo interpreta lo que las partes le demuestran a lo largo del juicio, y, por lo tanto, es un juicio de entendimiento en el que, como ya hemos explicado, existe falsedad. La hipótesis es muy simple, no podemos mantener el concepto de justicia como “darle a cada quien lo que le corresponde” debido a que para ello intervienen observaciones subjetivas, tanto de partes como de autoridad sea legislador o juzgador, de ello surge el problema del que toda la comunidad de abogadas y abogados se quejan denominado “el juez no practica la sana crítica”. De ahí la existencia de la Suprema Corte de Justicia, como una interpretación consensuada¹⁸¹, buscando la aceptación social a fin de su conveniencia de acuerdo al principio pro homine. En cambio, la justicia como orden de las cosas motivaría a los sujetos a buscar en los procedimientos judiciales el restablecimiento de, valga la redundancia, *orden*, ya sea en asuntos familiares, orden en las relaciones laborales, etc.

El “respeto” de algún derecho humano significa la merma en otro¹⁸² y lo mismo aplica en el derecho público. Es interesante, ya que esto es muy parecido a la negociación puesto que en ocasiones es necesario cambiar un interés para ganar uno de mayor relevancia o necesidad, hay una decisión importante sobre la vida jurídica del individuo o colectividad, y para ello, de igual manera lo es hacer una distinción entre lo que es un privilegio y un derecho humano.

¹⁸⁰ García Máñez, Eduardo, *óp. cit.*, p. 129.

¹⁸¹ Bravo Peralta, Martín V., *óp. cit.*, p. 16.

¹⁸² Ramírez García, Hugo S. y Pallares Yabur, Pedro de J., *Derechos Humanos*, México, Oxford, 2012, p. 39.

Los derechos humanos, son un concepto complejo ya que se conforma de dos palabras: *derecho* y *humano*. En primer lugar, la palabra *derecho* se relaciona con la ciencia jurídica, la amplia diversidad de *derechos* como el subjetivo, objetivo, constitucional, judicial, etc., dan a entender que, para el jurista, la palabra *derecho* debe ser igual a la *ciencia jurídica*, mientras que *humano*, se relaciona con aquello a que es perteneciente a la tierra, entonces podría suponerse que *humano* significa *sujeto perteneciente a la tierra*. Contemplando ambos conceptos con sus significados obtenemos que “derechos humanos” significa *el estudio del ser humano en su esfera jurídica o la ciencia jurídica del ser que pertenece a la tierra*, cualquiera de las propuestas anteriores nos dan una nueva idea acerca de los derechos humanos: *los derechos fundamentales deben ser reprogramados para convertirse en un privilegio basado en el ejercicio del derecho subjetivo*, es decir, la libertad de defender o dejarse vencer *en pro de la utilidad* considerada por el agente.

He aquí otra paradoja sobre estos, que encuentra su sustento en la siguiente pregunta: ¿A qué rama del derecho pertenecen los derechos humanos? Y es que, haciendo un análisis sobre las ramas principales de la ciencia jurídica encontramos que no existen en ninguna de las dos ramas, es más, podrían calificarse de inexistentes estrictamente en la ciencia jurídica. A pesar de que no existen los derechos humanos como una rama del derecho ya sea público o privado, hay que identificar los rasgos propios de los derechos humanos, de los cuales destaca el siguiente: *Inalienabilidad que consiste en la calidad atribuida a ciertos derechos que los imposibilitan de ser enajenados, de manera que no es posible que cambien de titular mediante cualquier acto jurídico.*¹⁸³

Ahora bien, en la dicotomía entre el derecho público y privado existen principios aplicables que evitan la intervención de una rama sobre la otra, por ejemplo, el principio de acuerdo con el cual *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, [el derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados], o *privatorum conventio iuri publico non derogat*, [una convención entre privados no

¹⁸³ *Ibidem*, p. 69.

deroga el derecho público]¹⁸⁴. Es posible que los derechos humanos pertenezcan a la rama del derecho público pues no es posible realizar ningún acto jurídico con ellos para el titular. Otra de las razones para suponer que tales son parte del derecho público es que, efectivamente, los derechos humanos pertenecen a una parte del estudio del derecho constitucional y administrativo, así como la penal, que a su vez es una rama del derecho público, a la vista de la parte dogmática de la constitución en donde se encuentran estos derechos. Al ser el derecho privado el conjunto de normas que los sujetos establecen para regular sus relaciones, entre las más importantes son las relaciones patrimoniales, mediante acuerdos bilaterales, cuya fuerza vinculante reposa primordialmente en el principio de reciprocidad y cuyos institutos fundamentales son la propiedad y el contrato.

Ya hemos repasado que la justicia alternativa no ha logrado superar ser una “alternativa” debido a las barreras que el derecho de antiguo, idealista y cuadrado ha implementado en la impartición y administración de justicia, los derechos humanos con su oscuro fundamento (como lo explicó el jurista Norberto Bobbio) suscitándose una problemática de ponderación. Está claro, el modelo de justicia actual resuelve afectando los derechos de los individuos mexicanos otorgados en la constitución general y tratados internacionales, entonces, si la justicia actual, aún con la existencia del control difuso (aunque realmente sea concentrado), no puede dictar sentencias sin violentar derechos humanos, ¿no sería mejor dejar a disposición de los individuos la decisión sobre qué derechos otorgar a cambio del disfrute de otros? Es complicado, pero a esta disposición de otorgar a cambio de algo se le puede llamar justicia distributiva, es decir, la antesala de la negociación para lograr un estado de cosas deseado por los individuos. El acceso a la justicia debe facilitarse, porque la justicia no pertenece solamente a los que estudiamos y nos dedicamos a la práctica y al estudio del Derecho, tampoco es responsabilidad solamente de los que imparten y viven para ella, la *justicia* es una responsabilidad social común, de interés nacional. Un modelo de justicia efectivo es una

¹⁸⁴ Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pág. 76.

característica de Estado que puede diferenciarnos de ser una nación desarrollada o subdesarrollada.

La negociación se ha estudiado en su mayoría por autores latinoamericanos¹⁸⁵, en donde es notoria la siguiente reiteración: no investigar las controversias legales como la realidad lo exige y lo necesita. Los juicios practicados con el modelo procesal actual, a pesar de tener la posibilidad de arreglarse con algún medio alternativo de solución de conflictos, tienden a convertirse en una auténtica guerra sucia donde existe la posibilidad de que una de las partes se vea obligada a recurrir en actos contra la ley o las buenas costumbres con tal de obtener la victoria en el procedimiento, a menos que se tenga la suerte de que las partes tengan el consentimiento de someterse a un procedimiento arbitral, conciliatorio o de mediación, y creo que la justicia no se puede dejar a fortuita oportunidad.

El Derecho procesal actual tiene ciertas costumbres que son de notoria procedencia de la edad media, etapa histórica del Derecho que estaba iluminado por el catolicismo¹⁸⁶, la autoridad se planteaba como una relación personal y concreta más que como un vínculo abstracto e impersonal derivado de la ley, como generalmente se entiende ahora.¹⁸⁷ Estas costumbres pasarían a estar presentes en nuestro sistema integrado de leyes hasta la actualidad, y en vista de ello, tenemos un hoy un derecho procesal con estas características antiguas.

La problemática reside en la forma en que se observa la justicia en la comunidad mexicana, la cual ha sido marcada por aspectos religiosos que poco sirven en la actualidad dentro del mundo competitivo. Comencemos por la Constitución Política de la Monarquía Española, mejor conocida como la Constitución de Cádiz en 1812 donde desde un inicio se observa lo antes expuesto:

“D. Fernando Séptimo

¹⁸⁵ Véase Falcón, Enrique M. y Cisneros Farías, Germán.

¹⁸⁶ Azua Reyes, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, 7ª ed., México, Editorial Porrúa, 2014, p. 2.

¹⁸⁷ Sánchez Andrade, Eduardo, J., *Teoría general del Estado*, 2da. Edición, México, Oxford, 2011, p. 97.

Por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, y en su ausencia y cautividad la Regencia del Reino, nombrada por las cortes generales y extraordinarias, a todos los que las presentes vieren y entendieran, SABED: Que las mismas Cortes han decretado y sancionado la siguiente:

CONSTITUCION POLITICA DE LA MONARQUIA ESPAÑOLA

“En el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad”.

Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española, bien convencidas, después del más detenido examen y madura deliberación, de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación, decretan la siguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado.”¹⁸⁸

Ahora bien, ¿de qué manera el anterior texto puede degradar al derecho mexicano? La respuesta a esta pregunta es compleja ya que la religión es un instrumento en manos de las clases dominantes y explotadoras de la sociedad¹⁸⁹, luego que sea llamada a ser una medida persuasiva, ya que se dirige a la conciencia de las personas.¹⁹⁰ Imaginemos en este contexto que el ser llamado y reconocido

¹⁸⁸ Cfr. Constitución Política de la Monarquía Española, 1812, México, preámbulo, disponible en: <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/dp/cpme.pdf>

¹⁸⁹ A. D. Sujov, *Las raíces de la religión*, México, Juan Grijalbo Editor, 1968, p. 21.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 29.

por la sociedad como la figura *sagrada e inviolable*¹⁹¹ viene a nosotros a través de la ley y dice que *él actúa en el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad para promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación*, en un contexto social donde la religión era también controlada constitucionalmente y era de tal importancia en los ciudadanos españoles que estaba ordenado en el título II capítulo II, artículo 12 del texto constitucional con carácter obligatorio al expresarse que *la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera.*¹⁹² Desde aquel momento en 1812 de nuestro derecho constitucional, nuestra justicia se vio afectada por una influencia enfermiza, una influencia que ni siquiera era reconocida como un Dios, sino que decía actuar en nombre de aquel, y es que algo que no se ha venerado como un Dios es algo lastimoso, absurdo, nocivo; que no solo es un error, sino que significa un crimen contra la vida.¹⁹³

Luego, en observancia de la Constitución de Apatzingán en 1814, es notable el numeral que expresa: *La ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común: esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional.*¹⁹⁴ La felicidad es un sentimiento, un estado psicológico positivo que es provocado por un motivante circunstancial, en materia de religión, puede ser la felicidad una fantasía que se vincula con la existencia de alguien todopoderoso que otorga una satisfacción en la vida del hombre que tiene fe en dicha figura. En 1814 aún se seguía la búsqueda de los cuerpos normativos para impartir justicia, por lo que nuestros antepasados decidieron seguir con el modelo español.¹⁹⁵

Sin embargo, ya las codificaciones españolas habían tenido antecedentes relativos a la existencia de la justicia alternativa antes de comenzar con un proceso judicial, de esto existieron varios ejemplos de los cuales destacan el “Breviario de

¹⁹¹ Cfr. Constitución Política de la Monarquía Española, *óp. cit.*, artículo 168.

¹⁹² Cfr. Constitución Política de la Monarquía Española, *óp. cit.*, artículo 12.

¹⁹³ Nietzsche, Friedrich, *El anticristo*, 6ª ed., México, Grupo Editorial Tomo, 2008, p. 93.

¹⁹⁴ Cfr. Constitución de Apatzingán, 1814, México, artículo 18, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf.

¹⁹⁵ Cfr. Constitución de Apatzingán, *ídem*.

Alarico II”, el cual, en palabras de Merchán Álvarez es el primer libro jurídico considerado hispánico que hace eco de la institución arbitral¹⁹⁶, el texto jurídico *Liber Iudiciorum*, promulgado durante el reinado de Chindasvinto con acuerdo del VII Concilio de Toledo¹⁹⁷, del cual no contienen una regulación dedicada específicamente a la justicia alternativas de su contenido se puede deducir pues se dispone: “los jueces elegidos por las partes han recibido la potestad para juzgar y por ello deberán tener el nombre, los derechos y las responsabilidad de los otros jueces, siendo ejecutiva su sentencia como la de los jueces”.¹⁹⁸ El *Liber* trascendió a los siglos ulteriores, a consecuencia de ello Fernando III mandó traducir su contenido al romance castellano transformándose así en el libro jurídico que conocemos con el nombre de *Fuero Juzgo* o *Libro de los Jueces*.¹⁹⁹

Una gran labor legisladora de Alfonso X el Sabio la comprenden el Fuero Real, el Espéculo y el Código de las Siete Partidas²⁰⁰. Ordenamientos que destacan por su importancia en materia procesal y desde luego reservan algún apartado para regular la justicia alternativa.²⁰¹ Específicamente el Fuero Real ubica las reglas sobre arbitraje en el libro I, título VII, “Del oficio de los alcaldes”, y en el libro II, dedicado al procedimiento en general.²⁰² Del Fuero Real destaca la avenencia como medio para elegir a los árbitros y resalta el fin y la función que han de cumplir los mismos.²⁰³

Por otro lado el *Espéculo* se considera un ensayo de Alfonso X el sabio para preparar la posterior publicación del Código de las Siete Partidas²⁰⁴, dicho documento se tradujo a diferentes idiomas, como señala Pallares Portillo, constituye

¹⁹⁶ Soberanes Fernández, José L. y López Sánchez, Eduardo A. (coords), *La Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el Occidente Novohispano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, p. 157. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12844>.

¹⁹⁷ *Ídem*.

¹⁹⁸ *Ídem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 158.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 159.

²⁰¹ *Ídem*.

²⁰² *Ídem*.

²⁰³ Merchán Álvarez, Antonio, *El arbitraje: estudio histórico jurídico*, España, Universidad de Sevilla, 1981. p.20.

²⁰⁴ Soberanes Fernández, José L. y López Sánchez, Eduardo A. coords., *óp. cit.*, p. 161.

un verdadero tratado de derecho procesal.²⁰⁵ Concretamente es en la Partida Tercera donde se regula la justicia alternativa, en ella nos encontramos una verdadera sistematización técnica del arbitraje contenido en las leyes 23 a 35 del título cuarto, y en las leyes 106 y 107 del título decimoctavo.²⁰⁶

Sorprendentemente, en retrospectiva, la Constitución mexicana de 1824, al igual que algunas Constituciones posteriores, siguiendo las directrices establecidas por la *Constitución gaditana*, reconoció de manera expresa la posibilidad jurídica de que los conflictos que afectaran intereses privados se dirimieran mediante justicia alternativa. El artículo 156 de nuestra constitución de 1824 expresaba: *A nadie podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio.*²⁰⁷

Para el año 1836 con las “Leyes Constitucionales”, documento que se conoce comúnmente como “Las Siete Leyes”, hizo su primera aparición la figura de la conciliación en su artículo 40, donde se escribiría lo siguiente: *Para entablar cualquiera pleito civil o criminal, sobre injurias puramente personales, debe intentarse antes el medio de la conciliación. La ley arreglará la forma con que debe procederse en esos actos, los casos en que no tenga lugar y todo lo demás relativo a esta materia.* Sin embargo y a pesar de esa libertad jurisdiccional a los ciudadanos, todavía existía para ese entonces, la tendencia religiosa en las leyes constitucionales y en los propios ciudadanos²⁰⁸, aunado a esto, se observa en la lectura de su artículo 37 que se ponderaban los supuestos procesales de las leyes para impartir justicia.²⁰⁹

²⁰⁵ *Ídem.*

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 162.

²⁰⁷ *Cfr.*, Constitución Mexicana, 1824, México, artículo 156, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf.

²⁰⁸ *Cfr.* Las Siete Leyes, 1836, México, Ley Primera. Derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República. artículo 3, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1836.pdf. “Son obligaciones del mexicano: I. Profesar la religión de su Patria, observar la Constitución y las leyes, obedecerlas autoridades [...]”

²⁰⁹ *Cfr.* Las Siete Leyes, *Ibidem*, artículo 37.

En 1857 ocurre la desaparición de los medios alternos de solución de conflictos en el derecho mexicano, es desconocida la razón por la cual se desaparecen, pero es notable la creencia absoluta en la benevolencia de las leyes expedidas por el supremo poder legislativo, vale recordar que desde 1812 la solemnidad de que se creía *en el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad*, cabe la cuestión de si esta fantasía solemne de la existencia un poder legislativo que otorgaba *felicidad* a través de las leyes fuera una de las causas por las que se decidió depender de las leyes y las autoridades para mantener paz en la sociedad. Lo anterior se observa en el artículo 1 de dicho documento que expresa que [...] *todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.*²¹⁰ También el artículo 17 del documento anterior citado hace referencia a dicha dependencia ley-autoridad, donde se dispuso que *los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia.*²¹¹ Sin duda alguna, el año 1857 fue un año oscuro en el progresismo del derecho mexicano, ya que se perdió la oportunidad de seguir mejorando y estudiando el comportamiento de la justicia alternativa.

La ley se convirtió en parte de la religión mexicana con utilidad para la sociedad mejor posicionada, convirtiéndose el seguimiento ciego de la ley en una ideología social en el campo del derecho y de la economía. Fue entonces esta dependencia ley-autoridad una ideología impuesta de carácter político y jurídico y es claro que la política influye en el sistema de normas y sobre el contenido de la ideología religiosa que predomina en la sociedad²¹². Hablando de nuestro concepto de justicia, al adoptar este modelo de se desarrolló un modo de producción de justicia que simplemente fue impuesto de manera violenta a la sociedad mexicana, dado que se eliminó en un plazo de tiempo bastante corto la posibilidad de que cualquier mexicano resolviera sus conflictos de manera rápida a través de los

²¹⁰ Cfr. Constitución 1857, 1857, México, artículo 1, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf.

²¹¹ Cfr. Constitución 1857, *Ibidem*, artículo 17.

²¹² A. D. Sujov, *óp. cit.*, p.28.

medios alternos de solución de conflictos. Se hizo a través de la Constitución mexicana de 1857 una santificación de la ley.

Todo lo anterior se traduce prácticamente en la imposibilidad de las partes a lograr acuerdos debido a que las formalidades del proceso determinado por las leyes e incluso los principios contenidos en ellas, evitándose una búsqueda de variantes para resolver el conflicto. Si bien, en los procesos judiciales, la autoridad manifiesta que puede haber acuerdos hasta antes de la sentencia, la realidad es que, como en la guerra, la demanda representa un nivel de hostilidad entre las partes que es muy difícil aminorar por el lenguaje que se utiliza en los escritos que se presentan ante la autoridad.

Unidad III. Un estudio general de la negociación en el Derecho y sus posibilidades

La negociación puede ser la figura menos estudiada en el Derecho, pero esto no únicamente pasa en nuestra disciplina, sino también en otras ramas de las ciencias sociales y de economía, porque más tarde que temprano los libros sobre negociación acaban utilizando la parábola de las dos hermanas y la naranja.²¹³ En el tema de la impartición y administración de justicia, la disciplina de la negociación debe tomar rumbo para convertirse en la base de nuestro Derecho procesal, pero para ello, es necesario descubrir todas las posibilidades que la negociación puede tener para convertirse en una figura jurídica con base científica del Derecho y fundamentos prácticos adaptables a un procedimiento de tipo legal.

La negociación actualmente no tiene un conjunto de conocimientos que la fundamenten como ciencia, al contrario, se han creado diversas categorías o tipos de negociación como, por ejemplo, la negociación mercantil, internacional, bancaria, comercial, privada, pública, gubernamental, etc. Sin embargo, como el citado Alfred Font nos expone, toda pretensión de estudio termina acabando en conceptualizar a la negociación como *técnica, procesos, de intercambio de acciones o actitudes con el objetivo de satisfacer alguna necesidad*²¹⁴, pero, ¿por qué no ir más allá? Al menos en el mundo del Derecho, debemos ayudar a la negociación a convertirse en una ciencia, otorgarle la importancia jurídica que se merece construyendo su conjunto de conocimientos hasta crear la teoría de la negociación, no obstante, eso podría ser esfuerzo para otra investigación. Para efectos de esta tesis, debemos hacer un estudio general de la negociación, ubicarla en una corriente de pensamiento para determinar el camino ideológico de la actividad humana que debe seguir para producir justicia.

²¹³ Font Barrot, Alfred, *Las 12 leyes de la negociación*, 2ª ed., México, Penguin Random House Grupo Editorial, 2020, p. 11.

²¹⁴ Se recomienda leer los conceptos en las páginas 15-18; Cfr., Álvarez Vásquez, Carmen A. et. al., *Los procesos, las técnicas de negociación y la tecnología*, España, 3Ciencias, 2018. Disponible en: https://www.3ciencias.com/wp-content/uploads/2018/06/Tecnicas_negociacion_breve.pdf

Como ya se ha repasado, el Derecho procesal actual tienen como base ideológica para llegar a las sentencias al *idealismo trascendental*, por otro lado, la negociación puede probablemente ser más identificada en el realismo, todo se sintetiza en un concepto clave, *la verdad*. Dicho criterio es determinante para aclarar lo que se busca con la negociación y lo que significaría un proceso de dicha naturaleza, la verdad es absoluta, pero lo pretendido por el Derecho procesal presente se nota bastante difícil por la amplitud que el propio Derecho le otorga a las partes para aparentar verdadero su juicio, ya hemos analizado los problemas de falsedad que aqueja nuestro sistema normativo procesal, por lo que la *verdad* en un modelo procesal basado en negociación debería ser la *utilidad práctica*, ya que para esta postura la verdad de un juicio consiste en su utilidad para la vida práctica, que lo verdadero es lo que tiene éxito, lo que la sociedad acepta de acuerdo a sus intereses y finalidades.²¹⁵

Una de las diferenciaciones que nos gustaría destacar entre los procesos tradicionales y los futuros procesos de negociación es la forma de obtener el conocimiento de las necesidades entre las partes. Esto requiere obviamente una apertura de lo antes vivido de cada una de ellas, a tal grado de identificar el porqué de sus necesidades actuales. En el modelo idealista, es decir, el actual, todo se reduce al encuadre de los hechos con el aspecto legal, de tal manera que la utilidad va condicionada a si la autoridad encuentra legalidad en las prestaciones que se buscan, a la inversa la utilidad en los procesos de negociación se busca en todo momento y en cuanto al conocimiento de las necesidades sería abierto, porque no sería un tipo de juego donde uno gana y otro pierde, sino que la libertad de las partes a exponer sus razones y lo que en realidad buscan los hará exponer su verdad de acuerdo a la utilidad práctica que desean.

Lo anterior no es, ni por asomo, parecido o referente al actual realismo jurídico, puesto que ya no nos centramos en la actividad del juzgador, en contrario, buscamos una gestión de conflictos de manera no centralizada en el poder del Estado, resultando en el aprovechamiento del “sano entendimiento” de los sujetos,

²¹⁵ Rodríguez Cepeda, Bartolo P., *óp. cit.*, p. 86.

es decir, con las convicciones de la vida práctica²¹⁶, siendo esta característica parte del realismo crítico, y combinando los conceptos usados podemos formar un nuevo realismo jurídico, el cual denominamos *realismo crítico jurídico útil*.

La percepción idealista trascendental de Kant no admite errores en el Derecho, porque todo lo prescrito en las leyes es aceptado como lo universal, es decir, aplicable a todos, pero el realismo acepta la condición humana. Nietzsche rechaza también lo categórico de la intención en las llamadas “acciones por deber”. En primer lugar, las intenciones nunca son puras. Son signos y síntomas que necesitan interpretarse. La intención es sólo una superficie bajo la cual se esconde lo “no intencionado” que es lo que constituye verdaderamente el valor de una acción. Así que, si yo racionalmente tomo decisiones “por deber” los motivos irracionales que me impulsan a actuar de esta manera, de los que soy inconsciente, son los verdaderos artífices de mi acción.²¹⁷ Lo anterior aclara bastante la gran diferencia entre el modelo procesal antiguo y el futuro jurisdiccional basado en negociación.

De lo anterior, se puede concluir que el Derecho procesal actual niega un aspecto que impide la implantación y productividad de los medios alternos de solución de controversias, hablamos del egoísmo, aquella facultad natural de desear lo que otros no desean, ¿cuál es la razón? La respuesta es el carácter moral del Derecho instaurado en la genética normativa, *pero la moral es una mentira harto necesaria para ser arrancados de ella*.²¹⁸ Inmoral, dice Nietzsche, *significa que un individuo no siente todavía tanto los motivos intelectuales, superiores y delicados que la civilización nueva del momento ha introducido; designa un individuo arrastrado*.²¹⁹ Así es como el Derecho procesal actual nos arrastra a los deseos de la civilización, a un estado de cosas que quizá no aceptamos, de ahí que el presente sistema de justicia sea visualizado como insatisfactorio y que los mecanismos alternos sean escasamente productivos, porque nuestros deseos son juzgados,

²¹⁶ Márquez Muro, Daniel, *óp. cit.*, p. 324.

²¹⁷ Calvo, Elena, “La crítica de la Moral Kantiana desde Nietzsche”, *Revista Espiga UNED*, Costa Rica, núm. 22, julio-diciembre, 2011, p. 6., disponible en: <https://doi.org/10.22458/re.v10i22.1009>

²¹⁸ Nietzsche, Friedrich, *Humano demasiado...*, *cit.*, p. 40.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 41.

porque lo que queremos obtener del sistema de justicia debe ser calificado y aceptado por el Estado, pero éste no debe interferir en la libertad de elección de los ciudadanos salvo si causa un daño injustificado a terceros.²²⁰

En las negociaciones, la percepciones de los contendientes es un pilar importante porque con ellas el viviente se complejiza, esto es, la vida se individualiza, la heterogeneidad se convierte en fundamento de la diferenciación y la evolución.²²¹ Con lo anterior se puede entender que la negociación es una opción jurídica que efectivamente hace a las partes individualizarse en el conflicto, pero esto no significa la búsqueda de opciones para la búsqueda de una solución, sino que favorece a la evolución de la negociación como fuente de producción de opciones para resolver una controversia. Así, permanencia y variabilidad aparece como opuestos que al negarse se afirman mutuamente, fuerzas biofóricas: productoras de vida, cuyo conflicto engendra un equilibrio precario sobre el cual únicamente es posible la evolución y el surgimiento de nuevas formas de existencia y de acción.²²² Este ha sido el problema de los procesos anticuados, las iniciativas y reformas que se hacen a través de movimientos políticos en esencia no son más que acciones de instinto, y el animal “dirigido” por el “instinto”, no crea, no cambia, pero tampoco arriesga o sucumbe.²²³ En efecto, nuestro hábitat jurídico se ha estancado en el nivel funcional debido a la ley-dependencia.

En líneas anteriores expresamos que la percepción juega un papel importante en las negociaciones, esto es porque la reacción perceptiva está primero regida por una actitud general que es el bosquejo de una conducta. Cuando la actitud cambia, la perfección también cambia, y los cambios de actitud están en relación con la orientación correlativa de los intereses de la especie.²²⁴ Pero para una percepción mejor, esto es que para una negociación con mejores resultados se necesita un *medio* adecuado, entonces, el medio del Derecho es, pensamos, el

²²⁰ Font Barrot, *óp. cit.*, p. 57.

²²¹ Merani, Alberto L. y Merani, Susana, *La génesis del pensamiento*, México, Juan Grijalbo Editor, 1971, p. 66.

²²² *Ídem.*

²²³ *Ibidem*, p. 74.

²²⁴ *Ibidem*, p. 67.

sistema integrado de normas ya que la ideología que guarde el Derecho, ese aspecto inconsciente que produce aquel es lo que perfila la mentalidad de la gestión de conflictos. Dicho de otra manera, el medio “compone” al individuo, establece su estructura físico-química y suscita una serie de reacciones de la materia viva que, en la medida que aparecen como acción dan lugar y papel bien perfilado a la percepción, esto es al conocimiento.²²⁵ La percepción es una actividad esencialmente cortical, como todo lo que es conocimiento y conciencia reflexiva²²⁶, por ello, es relevante la forma de obtener conocimiento del conflicto, porque la percepción crea un nuevo orden de cosas.²²⁷ A razón de lo anterior, la negociación funciona en el mundo de la impartición de justicia como una actividad cerebral que expresa nuestras tendencias, elabora nuestro carácter, determina nuestras capacidades intelectuales, estructura las imágenes de las cosas y del mundo por obra de los estímulos captados por los sentidos y transformados y proyectados por la percepción sobre el campo cortical.²²⁸

Quizá el signo de mayor relevancia para crear percepción es el lenguaje, y como sabemos, las negociaciones tienen que ser practicadas a través de la comunicación, es por ello que el lenguaje toma importancia en los intercambios de información entre las partes, además de que sirve para producir las posibles soluciones para responder al conflicto. El lenguaje es considerado uno de los principales atributos del hombre²²⁹, por esta razón, la palabra es la “señal de señales”, misma que dio al pensamiento carácter reflexivo.²³⁰ Una negociación efectiva requiere un análisis que se rige por el pensamiento de qué posición se quiere tomar en dicha negociación, es decir, el pensamiento lleva implícita una determinada mentalidad.²³¹ Pero en este punto surge una pregunta importante, siendo que el Derecho procesal actual tiene problemas de hostilidad, ¿cómo evitar en los procesos de negociación una mentalidad hostil entre las partes? Quizá

²²⁵ *Ídem*.

²²⁶ *Ibidem*, p. 68.

²²⁷ *Ibidem*, p. 73.

²²⁸ *Ibidem*, p. 77.

²²⁹ *Ibidem*, p. 87.

²³⁰ *Ibidem*, p. 123.

²³¹ *Ibidem*, p. 124.

evitando el uso de determinadas palabras sería la respuesta, sin embargo, la respuesta más adecuada, insistimos, sería cambiar la psicología del Derecho procesal actual y a partir de ello modificar las estructuras sociales, cualquier “invención” debe estar necesariamente precedida de una modificación de las estructuras sociales.²³²

El cambio de mentalidad en un nuevo modelo de justicia es fundamental, porque es equivalente a una mutación para la especie humana.²³³ Es en este momento cuando el lenguaje entra en escena, no se reduce a únicamente palabras, pone a disposición: gestos, articulación sonora, miradas²³⁴, etc. El lenguaje usado de manera correcta es síntoma de inteligencia humana, el lenguaje permite en las negociaciones la exteriorización de una práctica ordenada de necesidades y emociones, la palabra termina por substituir situaciones, experiencias, actitudes, y al reunir articuladamente, con el sentido anatómico de articulación, los datos de la percepción, crea ideas.²³⁵ La palabra es, pues, el instrumento que transforma al caos de las sensaciones en un mundo de objetos y de representaciones ordenados²³⁶, por ese motivo, algunas de las etapas principales de la negociación es determinar el conflicto e identificar las posibles soluciones. La función del lenguaje es inminentemente social: suscitar sentimientos y proponer actos; comunicar ideas; comprobar acontecimientos.²³⁷ Las negociaciones entonces no se limitan a identificar el conflicto, sino que pueden ampliar el conocimiento del origen del conflicto para conocer el *estado de cosas pasado, presente y el posible futuro* de las partes, pudiendo lograrse en este momento la combinación de las diversas ciencias y la *negociología jurídica* para la gestión de conflictos a fin de alcanzar la previsión de problemas futuros en las negociaciones, o en caso de ser inevitable un nuevo estado de cosas, preparar a las partes para dicha evolución del conflicto.

²³² *ídem.*

²³³ *Ibidem*, p. 125.

²³⁴ *Ídem.*

²³⁵ *Ibidem*, p. 126.

²³⁶ *Ibidem*, p. 130.

²³⁷ *Ibidem*, p. 133.

La negociación curiosamente tiene una relación con la ciencia del marketing debido a que el objetivo de aquella pone atención en las actividades llevadas a cabo por las organizaciones para facilitar intercambios mutuamente benéficos. Estas organizaciones pueden ser empresas que persiguen el lucro o tener un objetivo primario distinto de éste; por ejemplo, las universidades, las instituciones de caridad, las eclesiásticas, el cuerpo de policía o un partido político²³⁸, lo cual nos da una idea de los alcances que tiene la negociación. El intercambio es el punto de enfoque del marketing, y al objeto del intercambio o lo que se comercia se le conoce genéricamente como el *producto*; puede ser un bien, un servicio, una idea, una persona o lugar. Con todo esto se puede comerciar.²³⁹

Al describir los intercambios, utilizamos indistintamente los términos *necesidades y deseos*.²⁴⁰ Técnicamente, las necesidades pueden verse en estricto sentido fisiológico (alimento, vestido y morada), y todo lo demás definirse como deseo²⁴¹, por lo que resultaría necesario determinar en qué categoría de estas dos entrarían los estados de orden *deseados* por los individuos. Es tan estrecha la relación de esta ciencia con la disciplina de la negociación que el propio concepto de tal está basado en el concepto de intercambio²⁴², dicho concepto es el siguiente: es un sistema total de actividades de negocios ideado para planear productos satisfactorios de necesidades, asignarles precio, promoverlos y distribuirlos a los mercados meta, a fin de lograr los objetivos de la organización.²⁴³

Para implementar un proceso judicial basado en negociación el campo jurídico, sería necesario realizar previamente un estudio del comportamiento de los usuarios y qué o cuál es el *deseo* que principalmente se quiere satisfacer en conflictos de diversa materia. De esta manera, el estudio previo a las características de los conflictos se vuelve más importante que la sola aplicación de la ley, por lo tanto, el imperio de ley está superado para la justicia del futuro.

²³⁸ Stanton, William J. y otros, *Fundamentos de Marketing*, 14ª ed., México, Mc Graw Hill, 2007, p. 5.

²³⁹ *Ídem*.

²⁴⁰ *Ídem*.

²⁴¹ *Ídem*.

²⁴² *Ibidem*, p. 6.

²⁴³ *Ídem*.

Pensamos que la actividad de negociar tiene dos orígenes, el interno, es decir, proviene de la mentalidad del sujeto, quien naturalmente busca encontrar una solución a una controversia; y el segundo origen el cual es el conflicto. No son del todo malos los conflictos, de ellos proviene la imaginación humana para crear nuevas formas de facilitar su vida, por ello creemos que hay diferentes tipos de conflictos que están relacionados con las necesidades de los sujetos. El alto índice delictivo de los taxis, un gran número de circulación de taxis piratas y cuotas injustificadas de los propios taxistas resultó en un conflicto de importancia porque englobaba problemas de impacto, como lo son la seguridad pública, de economía, medio ambientales y ahora jurídico laborales, por lo que surgió una necesidad de crear un servicio de transporte privado que pudiera responder a estos problemas, fue entonces cuando la idea de Uber se creó y con ello se han reducido dichos apuros. El ejemplo anterior da claramente el tipo de conflicto que curiosamente está relacionado con los derechos humanos, hablamos del derecho, es decir, la necesidad a la libre circulación, sin olvidar que el conflicto vulneraba algunas otras necesidades, como pueden ser al medio ambiente adecuado, a la seguridad, al patrimonio y al trabajo, entre otros. Es por ello que en un modelo de justicia que se base en negociación, no se debe ver a los derechos humanos como precisamente derechos, porque ello representa volver al problema de ponderación que ya se ha explicado en el capítulo anterior, es más conveniente verlos como *necesidades*, esta denominación hace inevitablemente observar un sentido de utilidad de ellos, es decir, estos son útiles para responder a una necesidad para los sujetos.

Los conflictos jurídicos son interpersonales, sea de personas físicas o morales, el aspecto legal y su amplitud para adecuar a ciertos juicios como verdad hacen que los procesos legales se reduzcan a una competencia de las partes por mostrarle al juez quien tiene la “razón” o la “verdad”; todo el mundo quiere tener la razón en argumentos aparentemente irreconciliables.²⁴⁴ Perder en los procedimientos legales es de impacto personal para las personas, por ello es un modelo hostil, la derrota se considera como una disminución a la valía de la

²⁴⁴ Arias Galicia, Fernando y Heredia Espinosa, Víctor, *Administración de recursos humanos para el alto desempeño*, 6ª ed., México, Trillas, 2006, p. 625.

personal, de la autoestima, como un desdoro o como una mancha negra en el prestigio o la fama. Por ende, con frecuencia ya no interesa tanto el argumento o el resultado sino “ganar”, en la contienda. Se coloca el término “gana” entre comillas porque una aparente victoria en estos casos deja una secuela de resentimientos cuya presencia, a la larga, puede resultar más dañina que benéfica.²⁴⁵ Es imposible alcanzar una uniformidad en el pensamiento y la acción²⁴⁶, por eso resolver un conflicto depende de la mentalidad y la personalidad de cada persona, la primera se integra de una serie de conocimientos, valores, lenguajes y comportamientos propios de esa profesión u ocupación, o sea, de una cultura ocupacional. La negociación es la disciplina del aporte, sea de información, de opciones, de ideas, de valores, de utilidades, de necesidades, de mentalidades, incluso de personalidades y se puede deducir que estos aportes no pueden serlo sin interacción, se formularon tres posibles resultados para las interacciones conflictivas.²⁴⁷

Comencemos con el perteneciente al modelo actual, *ganar-perder*, trata de obtener la victoria para uno de los bandos y la derrota para el otro.²⁴⁸ Como cada parte desea ganar y considera tener la razón, se ve a sí misma como la representante de la cordura y la verdad, mientras la otra se considera necia y cerrada a la luz de la certeza.²⁴⁹ En el *Manifiesto del Partido Comunista* se le llama a la violencia para conquistar el poder y llegar a la dictadura del proletariado²⁵⁰, bajo esta perspectiva, con frecuencia los conflictos se prolongan. Es conocido el caso de las *vendetas*: familias o grupos enteros se odian (a veces a muerte) aun cuando ya nadie se acuerda de los orígenes del conflicto.²⁵¹ Luego la interacción del *perder-perder*, en esta opción se busca destruir (si bien figurativamente en muchos casos) al oponente aun cuando eso signifique la propia aniquilación. Quizá el ejemplo más especular sea el de los *kamikaze* (pilotos de guerra japoneses quienes, durante la

²⁴⁵ *Ídem.*

²⁴⁶ *Ídem.*

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 626.

²⁴⁸ *Ídem.*

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 627.

²⁵⁰ *Ídem.*

²⁵¹ *Ídem*

Segunda Guerra Mundial, estrellaban su avión contra línea de flotación de buques aliados para hundirlos, aún a costa de su propia vida). Este es un juego con suma inferior a cero: todas las partes pierden.²⁵² Y, por último, *ganar-ganar*, se trata de obtener utilidades para todas las partes involucradas. Es un juego con suma superior a cero. ¡Todos salen victoriosos!²⁵³

Existe una teoría de los conflictos que es llamada la *teoría interaccionista*²⁵⁴, que refiere a los conflictos como un motivante para mejorar el desempeño de los sujetos, más adelante se detallará esta teoría, pero por ahora la utilizaremos para relacionarla con algunas premisas que se relacionan con esta teoría para el aprovechamiento de los conflictos.

- a) *En muchas ocasiones, no hay bases objetivas.* En muchas ocasiones no existen fundamentos reales y objetivos. La importancia de un conflicto no radica en ganar sino en emplear como fuente de aprendizaje, innovación y mejoría.²⁵⁵
- b) *Nadie lo tiene todo.* Aun la persona más rica del mundo no posee absolutamente todo. Quizá no tenga talento para la música, la pintura o la poesía, o habilidad mecánica., Indudablemente no puede hablar todos los idiomas o poseer todos los conocimientos existentes o hacer al mismo tiempo todo lo que necesita. *Por tanto, requiere de alguien más, nadie puede ser autosuficiente en forma total.*²⁵⁶
- c) *Nadie carece de todo.* Por contrapartida, aún el más pobre posee algo valioso: una idea, un pensamiento, una experiencia. A no dudarlo, posee conocimientos, iniciativa e imaginación suficientes para sobrevivir.²⁵⁷

²⁵² *Ídem.*

²⁵³ *Ídem.*

²⁵⁴ *Cfr.*, Robbins, Stephen P., *Comportamiento organizacional*, 10ª ed., Pearson Prentice Hall, México, 2004, p. 396.

²⁵⁵ Arias Galicia, Fernando y Heredia Espinosa, Víctor, *óp. cit.*, p. 628.

²⁵⁶ *Ídem.*

²⁵⁷ *Ídem.*

La mejor manera de aprovechar un conflicto es destinando las acciones de los sujetos a, como se ha dicho, aportar para encontrar las diversas opciones, pero para ello, todo proceso de negociación jurídica debería atender a algunos principios como pueden ser los siguientes:

1. *Principio de reconocimiento de diferencias individuales.* Las diferencias individuales constituyen una riqueza inmensa para cualquier país, así como para las empresas y organizaciones. Si todo el mundo pensara de la misma manera y tuviera las mismas habilidades, así como intereses y conocimientos idénticos, seguramente sería imposible el progreso.²⁵⁸ Las partes que actúen en estos procesos de negociación deberán, de acuerdo a lo anterior, reconocer que la otra parte puede proporcionar ideas innovadoras o brillantes para encontrar una posible opción razonable para las partes porque gracias a la diversidad, existen personas cuyo ingenio y talentos hacen posible la solución de muy diversas problemáticas sociales, culturales, políticas y económicas.²⁵⁹
2. *Principio de aportación.* Relativo a la posibilidad de que cada persona puede aportar algo a la solución de un problema.²⁶⁰
3. *Principio de objetividad.* No es difícil encontrar casos en los cuales existe un desplazamiento de objetivos, se olvida la meta inicial de elevar la satisfacción, la productividad o la calidad de vida²⁶¹, lo cual significa que las partes deberán poner especial atención en la meta, la cual será siempre, encontrar en el conflicto una solución que les sea de utilidad a ambas partes.
4. *Principio de investigación.* Nos quejamos de que el derecho procesal en la rama privada actual carece de momentos de investigación para los juzgadores, consecuentemente las partes deberán aportar datos propios de sus necesidades, no de sus problemas. Esto nos permitiría realizar previsión de consecuencias no sólo jurídicas, también en otras esferas del usuario. Las

²⁵⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 629.

²⁵⁹ Cfr., *Ídem*.

²⁶⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 630.

²⁶¹ Cfr., *Ídem*.

desavenencias surgen de información fragmentaria²⁶², como contrapartida se manifiesta el hecho de compartir información, cuya existencia quizá sea de importancia para la otra parte.²⁶³

5. *Principio de contraparte.* Un ejercicio muy recomendable es el intercambio de papeles. Se trata, efectivamente, de pasarse al otro bando, por decirlo así. Por ejemplo, en una discusión de contrato colectivo de trabajo, los representantes de la empresa adoptan el papel del sindicato y viceversa.²⁶⁴ Este ejercicio ayuda a ensanchar las perspectivas, la información y los puntos de vista.
6. *Principio de amigable negociación.* El conflicto se basa en aspectos intensamente emotivos en vez de racionales. Por tanto, ayuda mucho del empleo de técnicas tendientes a disminuir las cargas efectivas con sentido negativo.²⁶⁵ Realizar actividades previas tendientes a conocer los aspectos personales de las partes, realizar chascarrillos, crear un ambiente que no haga diferencias claras de un bando y del otro como lo puede ser sentarse una parte del lado izquierdo y otra del derecho, estas actividades y planificaciones deberán entonces ser trabajadas y estudiadas por la rama científica correcta.
7. *Principio de creatividad.* Morita (1987), fundador y principal directivo de Sony, escribió: “En nuestra compañía se nos desafía a exponer nuestras ideas en público: si chocan con las demás, mucho mejor, porque de eso puede surgir algo mejor en el nivel superior”.²⁶⁶ Por tanto, nos referimos a que las partes deben imaginar, aportar ideas, información, conocimientos, etc., para justamente concretar una opción innovadora que atienda al problema que los aqueja.

²⁶² Cfr., *Ibidem*, p. 631.

²⁶³ Cfr., *Ídem*.

²⁶⁴ Cfr., *Ídem*.

²⁶⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 632.

²⁶⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 633.

Estos principios son bastante distintos a, por ejemplo, los enunciados en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal²⁶⁷, los cuales están más enfocados a la formalidad del proceso, cosa que, aunque es importante, no es lo primordial, mientras que los que están destinados a la creación de la solución son vagos y no explican la idea de cuál es la actividad que van a desempeñar las partes. Obviamente no podemos olvidar que estos principios no pueden ser practicados sin una base práctica definida, es por eso que existen los procesos de negociación que pudieran adaptarse a la naturaleza jurídica de los conflictos que estudiamos como abogados, por lo que otra de las semejanzas que tiene la disciplina de la negociación con el marketing es el proceso de compra en los negocios. La negociación jurídica pretende ser un proceso legal que tiene como objetivo lograr que las partes adquieran la mayor utilidad posible, digamos que las partes comprarán la solución que les favorezca más y para ello deberán gestionar el conflicto de manera inteligente y creativamente. En marketing el proceso de decisión de compra en los negocios es una secuencia de cinco pasos²⁶⁸, los cuales son los siguientes:

1. *Reconocimiento de necesidad.*²⁶⁹ Este paso no se refiere a platicar el conflicto, sino a realizar una investigación para encontrar una oportunidad de satisfacer una necesidad o quizá varias con un movimiento, es decir, con un intercambio con la contraparte con quien tengo un conflicto. La ciencia del marketing explica que este paso tiene relación con la búsqueda de alguna necesidad que los clientes quieren satisfacer.
2. *Identificación de alternativas.*²⁷⁰ Se vincula con otro trabajo de investigación relacionado con la identificación de todas y cada una de las posibles vías para satisfacer las necesidades que se pretenden cumplir. En marketing, las empresas primero planean qué tipo de producto quieren producir y las características que deben tener, así como el tipo de cliente al cual va dirigido

²⁶⁷ Cfr., Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, 2014, México, artículo 4, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf.

²⁶⁸ Stanton, William J. y otros, *óp. cit.*, p. 134.

²⁶⁹ Cfr., *Ídem*.

²⁷⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 135.

dicho producto, una vez planeado lo anterior, se comienza a investigar todas las alternativas de proveedores que puedan abastecer a la empresa para producir el producto.

3. *Evaluación de alternativas.*²⁷¹ Después del paso anterior, las empresas evalúan las mejores opciones de abastecimiento para producir su producto, lo hacen consultando fuentes conocedoras, tales como investigadores universitarios de ciencias de la alimentación, para obtener información.²⁷²
4. *Decisión de compra.*²⁷³ Sobre la evaluación se decide, las empresas, a través de su departamento de compras negocia el contrato.²⁷⁴
5. *Comportamiento poscompra.*²⁷⁵ Es interesante en marketing esta etapa ya que las empresas continúan evaluando el funcionamiento, pero no de los arreglos, sino del producto para asegurarse que se cumplen las expectativas. En la negociación jurídica puede imaginarse como una etapa en la que se podría tener contacto con los conflictuantes para precisamente evaluar los resultados del arreglo y, en consecuencia, modificar su convenio de comportamiento. Y con esta actividad producir, en lugar de jurisprudencia, una alternativa de solución de controversia, para futuros debates que posean la misma naturaleza u origen del problema.

En materia de comportamiento organizacional, también podemos encontrar un proceso de negociación, pero, ¿qué es comportamiento organizacional?, es un campo de estudio en el que se investiga el impacto que individuos, grupos y estructuras tienen en la conducta dentro de las organizaciones, con la finalidad de aplicar estos conocimientos a la mejora de la eficacia de tales organizaciones.²⁷⁶ A continuación se muestran las cinco fases del proceso de negociación en este campo:

²⁷¹ Cfr., *Ídem*

²⁷² Cfr., *Ídem*.

²⁷³ *Ídem*.

²⁷⁴ *Ídem*.

²⁷⁵ Cfr., *Ídem*.

²⁷⁶ Robbins, Stephen P., *óp. cit.*, p. 8.

1. *Preparación y planeación.* Toda persona que pretenda negociar debe plantearse una serie de preguntas, ¿Cuál es la naturaleza del conflicto? ¿Cuáles son los antecedentes que desembocaron en esta negociación? ¿Quiénes están involucrados y cuál es su impresión del conflicto? ¿Qué quiere obtener de la negociación? ¿Cuáles son las metas de usted? ¿Qué es probable que pida? ¿Qué tan firme está en su posición? ¿Qué intereses ocultos o intangibles podrían ser importantes para la otra parte?²⁷⁷ Todas estas preguntas deben ser respondidas para comenzar a planear una estrategia.
2. *Definición de las reglas básicas.* Nuevamente se deben plantear y responder algunas preguntas, ¿Quiénes van a negociar? ¿En dónde? ¿Qué plazos se fijarán? ¿A qué temas se limitará la negociación? ¿Habrá un procedimiento para destrabar las pláticas si se estancan? En esta fase las partes también intercambian sus propuestas y demandas iniciales.²⁷⁸
3. *Aclaración y justificación.* Después de declarar las posturas iniciales, usted y la otra parte explicarán ampliarán, aclararán, reforzarán y justificarán sus demandas originales. Esta parte no tiene que ser de confrontación, sino que es una oportunidad para informarse y aprender uno del otro sobre asuntos que se están negociando.²⁷⁹
4. *Negociación y resolución de problemas.* La esencia del proceso de negociación es la toma y daga real al discutir a fondo un acuerdo. Es aquí donde ambas partes tienen que hacer las concesiones.²⁸⁰
5. *Conclusión e implantación.* La última fase de proceso de negociación consiste en formalizar el acuerdo alcanzado y desarrollar los procedimientos que sean necesarios para ponerlo en vigor y supervisarlo.²⁸¹ Esta última fase tiene un parecido innegable con los procesos de decisión de compra en los negocios en materia de marketing, las variantes *supervisar y evaluación,*

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 410.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 411.

²⁷⁹ *Ídem.*

²⁸⁰ *Ídem.*

²⁸¹ *Ídem.*

tienen conexión en el objetivo de verificar los resultados de la negociación practicada.

Como se puede analizar, la negociación y el derecho se relacionan debido al brote de necesidades humanas., éstas son productoras del Derecho no son una serie de problemas inconexos, desarticulados o amorfos, por el contrario, son problemas que se coordinan y unifican en el sujeto que los padece y que propone su solución, es decir, en el sujeto del Derecho: el hombre.²⁸² Así, se puede inferir en que el nacimiento de necesidades produce a su vez conflictos, en consecuencia, los conflictos no son del todo malos, hacen activar el intelecto humano para encontrar mejora en su estado de cosas, su realidad. Vale la pena preguntarnos ¿qué tipos de conflictos existen? Moore, citado por Alfred Font Barrot, los clasifica de la siguiente manera:²⁸³

a) Conflictos sobre los datos.

- Carencia de información.
- Información defectuosa.
- Opiniones diferentes acerca de lo que es relevante.
- Interpretaciones diferentes de los datos.
- Diferentes procedimientos de valoración.

b) Conflictos de intereses.

- Situación de competencia.
- Intereses sustantivos en conflicto.
- Intereses procedimentales en conflicto.
- Intereses psicológicos en conflicto.

c) Conflictos estructurales.

- Patrones de comportamiento o de interacción destructivos.
- Desigualdad en el ejercicio de control, la propiedad o la distribución de recursos.

²⁸² González Uribe, Héctor, *Los principios generales del Derecho*, 7ª ed., México, Porrúa, 2014, p. 25.

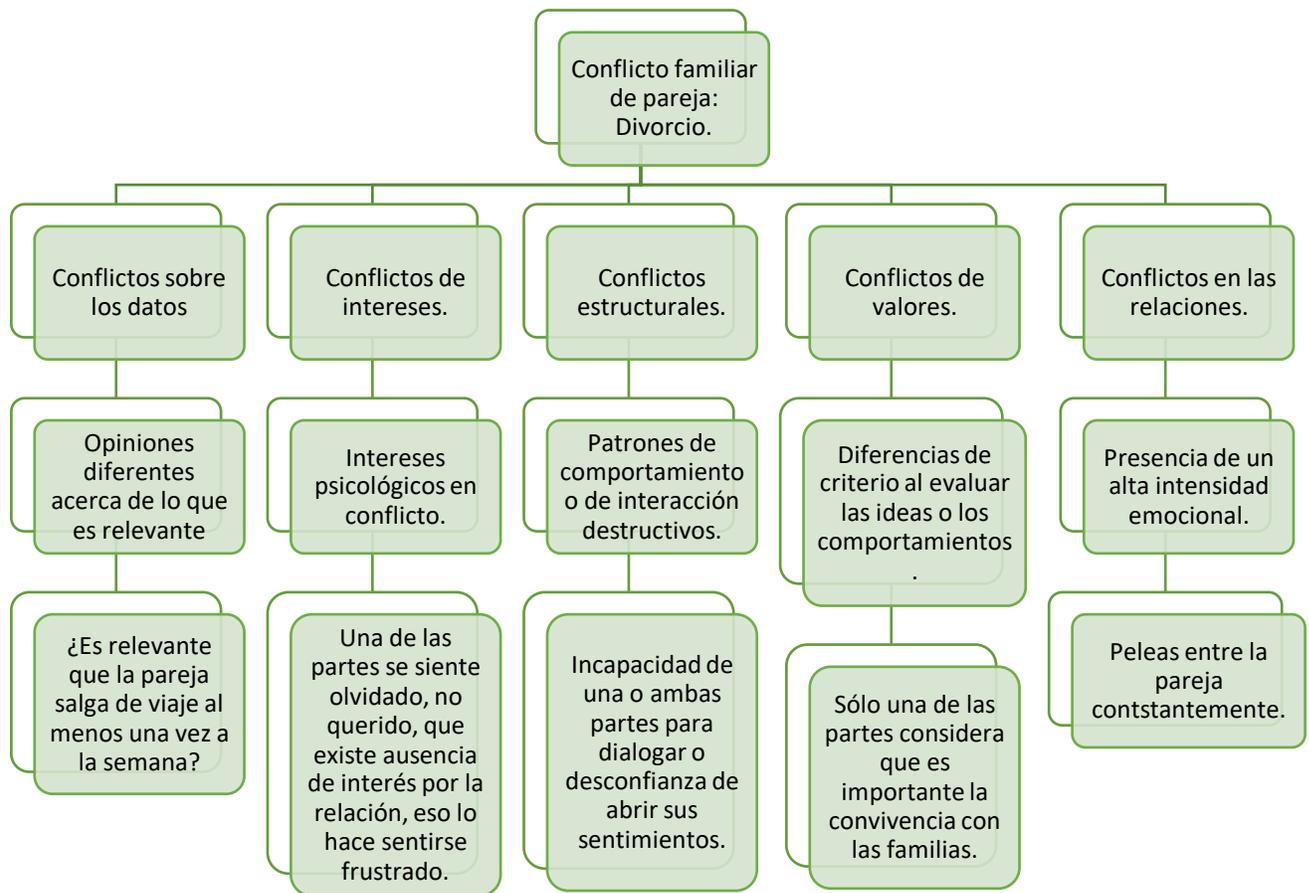
²⁸³ Font Barrot, *óp. cit.*, p. 51.

- Desigualdad en el ejercicio del poder y la autoridad.
 - Factores geográficos, físicos o ambientales que impiden la cooperación.
 - Limitaciones temporales.
- d) Conflictos de valores.
- Diferencias de criterio al evaluar las ideas o los comportamientos.
 - Existencia de objetivos sólo evaluables intrínsecamente.
 - Diferencias en las formas de vida, ideología y religión.
- e) Conflictos en las relaciones.
- Presencia de una alta intensidad emocional.
 - Percepciones equivocadas u opiniones estereotipadas.
 - Comunicación pobre o malentendidos.
 - Comportamiento negativo reiterado.²⁸⁴

Si practicamos un análisis de esta clasificación podemos concluir que los conflictos legales son sumamente complejos, el Derecho mismo los acompleja, un conflicto puede ocultar otro conflicto, y habrá que abordar distintos problemas simultáneamente y cada uno por un itinerario diferente. En un divorcio que se desarrolle con un alto grado de hostilidad, por ejemplo, no se podrá resolver el conflicto de intereses hasta que no se haya gestionado de alguna manera el conflicto personal entre ambos cónyuges.²⁸⁵ Se pueden detectar variados tipos de conflictos en este ejemplo de divorcio, trataremos de ilustrar la complejidad con este cuadro:

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 54.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 55.



La negociación puede dividirse en dos métodos generales, distributiva e integradora.²⁸⁶ La primera tiene la característica sobresaliente de que opera en condiciones de suma cero; es decir, que cualquier ganancia de una parte, es a expensas de la otra y viceversa.²⁸⁷ Al emprender una negociación distributiva, la táctica de uno se centra en tratar que el oponente acepte su objetivo o se acerque lo más posible.²⁸⁸ La negociación integradora parte de la suposición de que hay uno o más acuerdos que pueden dar una solución en la que todos ganen. En términos del comportamiento dentro de las organizaciones, y en igualdad de circunstancias, es preferible la negociación integradora a la distributiva. ¿Por qué? Porque la

²⁸⁶ Cfr., Robbins, Stephen P., *óp. cit.*, p. 408.

²⁸⁷ *Ídem.*

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 409.

primera establece relaciones duraderas y facilita la colaboración en el futuro. Vincula a los negociadores y permite que se levanten de la mesa de negociaciones con la sensación de que alcanzaron una victoria, mientras que en la negociación distributiva una de las partes pierde, se crean animosidades y se ahondan las divisiones cuando las personas tienen que trabajar juntas continuamente.²⁸⁹

Ahora bien, ¿qué tipos de conflictos podrían ser negociados?, donde puede actuar la negociación es principalmente en los conflictos de intereses²⁹⁰ de las personas físicas, hablamos entonces de la rama del Derecho privado, por otro lado, el interés general difícilmente puede ser el resultado de una negociación entre intereses particulares. El interés general se relaciona con los intereses relacionados con los intereses políticos y democráticos vinculados, como lo pueden ser con la normatividad constitucional, el derecho penal y el derecho administrativo, esta rama pública del derecho y sus materias que la conforman, por su impacto social se *razonan*, pero no se negocian.²⁹¹ Quedaría analizar entonces porqué la negociación puede adecuarse jurídicamente a los asuntos pertenecientes a la rama del derecho público y consideramos que la única variable en un conflicto que pueda ser negociado es si en dicho problema las partes poseen autonomía privada. La estrecha e íntima relación que existe entre los conceptos de autonomía privada o de la voluntad y negocio jurídico, que determina que el uno sin el otro no tenga razón de ser, y que el negocio jurídico sea la manifestación única de la autonomía de la voluntad impondría tratar ambos temas conjuntamente, sin embargo, ante la enorme dificultad que ello plantea y toda vez que bien puede decirse que la autonomía de la voluntad temporalmente es precedente y el antecedente que justifica al negocio jurídico (que es producto del ejercicio de ella), aunque desde el punto de vista lógico se justifiquen recíprocamente, se tratará primero.²⁹²

²⁸⁹ *Ídem*.

²⁹⁰ Font Barrot, Alfred, *óp. cit.*, p. 54.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 60.

²⁹² De Carlos Serna, Pablo, *El contrato, un negocio jurídico*, 2ª ed., México, Porrúa y Colegio de notarios del Distrito Federal, 2009, p. 30.

Pablo de Carlos Serna, cita a Castro y Bravo para conceptualizar la autonomía privada:

*[...] se entiende por autonomía privada el poder de auto determinación de la persona, concepto que se amplía hasta comprender todo el campo de la autarquía personal, y que genera una esfera de libertad tanto para ejercitar facultades y derechos, cuanto para conformar las relaciones jurídicas que atañen al titular de esa libertad.*²⁹³

Piero Schlesinger, citado por Eric Palacios Martínez, considera que la autonomía cuenta, a efectos de su relevancia, con un *enforcement* es decir con una *justiciabilidad* que se resume, de manera significativa, el alcance de la transformación de un acto meramente interprivado o amical en un acto dotado de efectos jurídicos, incluso con valor de *ley interpartes*.²⁹⁴ La autonomía privada, consiste 1) en caracterizar al derecho privado como un lugar de libertad *natural* del hombre y; 2) en caracterizar a los derechos civiles de libre iniciativa económica y de autonomía privada-negocial como derechos derivados de la libertad.²⁹⁵ La actuación de estos «poderes privados» de autonomía requieren ser precisamente limitados por el ordenamiento jurídico pues de no ser así están destinados a degenerar en poderes absolutos y salvajes, lesivos de los intereses generales y paradójicamente de los derechos fundamentales de los propios individuos.²⁹⁶

Con lo anterior, podemos inferir en que todo conflicto perteneciente a la rama del derecho privado en el que las partes tengan autonomía privada es susceptible de ser resuelto mediante algún procedimiento de negociación jurídica si y sólo si no afecta

²⁹³ *Ibidem*, p. 33.

²⁹⁴ Palacios Martínez, Eric, “Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Perú, núm. 60, 2007, p. 102. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085069>, Consultada en fecha 19 de enero del 2021.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 107.

²⁹⁶ *Ídem*.

a terceros, clasificación que, por supuesto admite al propio Estado, o a nosotros mismos a nivel extremo.

La cerebración es una palabra que se refiere al grado de evolución o desarrollo del cerebro, y la cronogénesis se refiere a las etapas del cambio humano de acuerdo a la edad de los genes. La negociación no sólo es una disposición voluntaria de solucionar conflictos, va más allá de eso, podría decirse que pertenece, a una etapa del Derecho moderno, por lo que los hombres que son crueles hoy deben hacernos el efecto de graderías de civilizaciones anteriores que hubiesen sobrevivido.²⁹⁷

El camino hacia una justicia basada en negociación parece largo, sobre todo por la cuestión de la búsqueda de un cambio de mentalidad en la sociedad, se necesita creer en la razón para poder imponer un procedimiento de tal naturaleza negociadora para vencer los mitos y creencias de un Derecho implantado por tradición. Siempre se ha requerido el trabajo lento, paciente, persistente de una conciencia filosófica y social que, apoyándose en las transformaciones de la ciencia, de la técnica, terminó por elaborar una nueva mentalidad.²⁹⁸

En el derecho no se puede hablar sólo de negociación como disciplina solamente, sería más aceptable e incluso adecuado crear un concepto sobre aquel, proponemos entonces el concepto de negociación jurídica, la cual, deberá ser una ciencia jurídica nueva, tendiente, en primer lugar a revolucionar el conocimiento del Derecho procesal mexicano y la gestión de conflictos de interés general consecuencia de la superación del estado epistemológico, ideológico y filosófico actual, al sustituir al idealismo kantiano e iniciar la etapa del *realismo crítico-jurídico útil*, centrado en encontrar la funcionalidad, la producción y la utilidad del resultado de las decisiones, así como de las normas hipotéticas futuras. Se buscaría la ampliación del pensamiento jurídico de los servicios de impartición y administración de justicia como orden de estado de cosas deseado por el usuario, convirtiendo y ampliando el concepto de la palabra *justicia* como juicio de entendimiento moral a un *juicio crítico de utilidad* que las partes deberán practicar para gestionar y resolver sus

²⁹⁷ Nietzsche, *Humano demasiado ...*, cit., p. 41.

²⁹⁸ Merani, Alberto L. y Merani, Susana, *óp. cit.*, p. 140.

conflictos rompiendo con las cadenas intelectuales y de conocimiento jurídico que el Derecho actual produce, resultando obligatorio para el logro de los fines antes descritos el desarrollo de la *teoría de la negociación jurídica y el Derecho procesal de negociación jurídica*.

La negociación jurídica la conceptualizamos por ahora como la rama del Derecho que estudia el conocimiento verdadero del conflicto y la actividad humana que gestiona y resuelve las necesidades de la sociedad a través del intercambio y/o cooperación de acciones, actitudes, aptitudes, ideas, talentos o cualquier cosa, producto o característica humana que sea considerada utilidad práctica para lograr un estado de cosas deseado previamente calificado y aceptado por un sistema integrado de normas.

La negociación jurídica podría representar una materia para el estudio de los futuros investigadores, profesores y obviamente alumnos de nueva generación. Al igual que lo es la metodología jurídica o la sociología jurídica, pero tiene que ir más allá de lo habitualmente estudiado cuando leemos la palabra negociación, lo cual sería el análisis de la teoría de juegos, el conflicto, las técnicas de negociación o los recursos de reparto justo. La negociación jurídica obtendría la denominación *negociología jurídica* a razón de que sería la ciencia del estudio de las negociaciones que se derivan de conflictos legales.

Al día de hoy, la negociación se encuentra en un nivel de estudio quizá empírico, toda vez que el conocimiento cotidiano se limita a hacer constar, y eso sólo superficialmente, *cómo* se desarrolla tal o cual acontecimiento. El conocimiento científico, en cambio, no responde únicamente a la pregunta de *cómo*, sino también de *por qué* se realiza precisamente de ese modo.²⁹⁹ La negociación, para poder dar remedio a los conflictos legales, es menester que sea estudiada científicamente desde un paradigma jurídico y así pueda ayudar a la previsión de diferentes

²⁹⁹ Kedrov, M.B. y Spirkin, A., *La ciencia*, México, Juan Grijalbo Editor, 1968, p. 9.

fenómenos, objetos y acontecimientos³⁰⁰ de carácter jurídico. Por su parte, la previsión permite controlar y dirigir los procesos.³⁰¹

¿Cuál sería la base en la que radicaría la ciencia de la *negociología jurídica*? La fuerza de la ciencia radica en que se apoya en hechos³⁰², y son el hecho de que éste sistema de justicia basado en el Derecho procesal actual no produce el tipo de justicia que la sociedad moderna necesita y tampoco tiene un nivel alto de producción; otro hecho sería la ilógica de la cual se encuentra envuelto este Derecho procesal por el idealismo trascendental heredado de Kant y que se volvió un positivismo ideológico fuerte, por lo que no se encuentra ligado o acorde a las leyes de la realidad actual en el ambiente jurídico. Otro suceso sería el aumento de actos hostiles dentro y fuera de los tribunales y dependencias jurisdiccionales que hacen acrecentar la necesidad de optar por otras vías de resolución de conflictos y, por último, el acontecimiento de que los medios alternos están siendo implementados de forma desesperada, pero sin un estudio previo, éstos jamás alcanzarán la capacidad de productividad y/o efectividad que pueden llegar a tener. Y refiriéndonos a ello, lo siguiente refuerza la necesidad de que esta propuesta de ciencia jurídica llegue a serlo: la producción aparece como el consumidor más importante de los resultados del conocimiento científico.³⁰³

El sentido histórico de la aparición y desarrollo de la ciencia consiste en dar satisfacción a las necesidades que plantea la vida social.³⁰⁴ Ergo, la finalidad social de la ciencia consiste en facilitar la vida y el trabajo de las personas, elevar el poder de la sociedad sobre fuerzas de la naturaleza y facilitar el perfeccionamiento de las relaciones sociales.³⁰⁵ Tan importante y de gran trascendencia cultural es lo anterior que puede resultar adecuado hacer un análisis del adoctrinamiento del Derecho a los alumnos de las escuelas que imparten esta disciplina, dado que este nuestro universo jurídico se ha negado a evolucionar porque mantiene características de las

³⁰⁰ *Ídem*.

³⁰¹ *Ídem*.

³⁰² *Ibidem*, p. 20.

³⁰³ *Ibidem*, p. 22.

³⁰⁴ *Ídem*.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 31.

sociedades antiguas, refiriéndonos al idealismo de Kant, siendo su doctrina del Derecho una lógica trascendental³⁰⁶, con ello se han infraccionado las leyes de desarrollo de la ciencia, lo que da lugar a investigadores juristas aislados e incluso que escuelas enteras cometan serios errores y se alejen de la verdad.³⁰⁷

³⁰⁶ Cfr., Hernández López, José, "La fundamentación del derecho en Kant", *Anuario de filosofía del Derecho*, España, núm. 9, 1992, p. 406. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142217>.

³⁰⁷ Kedrov, M.B. y Spirkin, *óp. cit.*, p. 35.

Unidad IV. Negociación: Fundamentos para un nuevo modelo de justicia

Se ha malinterpretado que el derecho tiene que ver con la negociación por que aquella es la base de los medios alternos de solución de conflictos que conocemos, esto es absolutamente equivocado, el derecho, en amplio sentido, es un sistema integrado de leyes en donde existen leyes procesales, pero la negociación es de una naturaleza más humana. El derecho es formalidad, la negociación es practicidad ya que se olvida de las formalidades procesales y se dirige directamente a la búsqueda de una solución entre las partes de una manera rápida y satisfactoria.

¿Cuál ha sido o cuál fue el objetivo real e inicial del derecho?, probablemente existan diversas respuestas que se relacionan con la llamada “búsqueda de la justicia”, orden, mantener la paz social, etc., pero a través de la globalización y de la actividad de las universidades se ha llegado a comprender que la vida social evoluciona y por ello el derecho también debería hacerlo, en lugar de ello aunque se complica desde la perspectiva de los procedimientos dando por resultado un sistema confuso que aparenta buscar justicia.

De lo anterior, obtenemos una respuesta nueva a la pregunta que formulamos anteriormente, la cual es: *el derecho tiene como objetivo formalizar los convencionalismos humanos*. Parece simple la respuesta ofrecida, pero hagamos un pequeño análisis a través de la formulación de otra pregunta, ¿existe primero el hecho o el derecho? El derecho y la negociación coexisten desde el nacimiento del Estado, y podemos decir que a lo que negociación es a lo privado, la democracia y lo político es a lo público. Resulta innecesario citar a los grandes expositores convencionalistas, si bien han sido útiles para la exploración sociológica, se han quedado en una etapa de estudio en la cual ya no es útil prácticamente, ésta apuesta es por el pragmático logro de los objetivos del derecho. La democracia forma parte de un sistema político, el reconocimiento de las diferencias ideológicas y de las complejidades de los sujetos que intervienen en este sistema permite el reconocimiento de problemáticas que se deben atender, para lo cual existe la política. No obstante, la democracia y la política tienen también sus complicaciones

frente a lo que hemos decidido llamar *macronegociación*. Dichas complicaciones comienzan con la dificultad que implica para muchos politólogos encontrar la correcta aplicación material de la palabra política, tal como lo trataremos de explicar más adelante.

La macronegociación es una ideología de administración de los asuntos públicos y los asuntos políticos basada en la negociación en su ámbito de gestión y administración de conflictos, ella obliga a convertir al Estado en un medio de producción buscando aprovechar y potenciar el recurso humano. En las estructuras políticas de las sociedades modernas no se debe buscar únicamente la representación estatal, sino también la satisfacción de las necesidades primarias de mujeres y hombres, la naturaleza asociativa de los seres humanos debe dirigir a los individuos a encontrar nuevos mecanismos de producción de bienestar común, sin afectar la necesaria competencia en la política de representación. De esta manera, el Estado se configura como un medio de producción, en donde el capital social actúe de manera permanente, persistente y acorde al plan colectivo, siendo este último el producto de los estudios reales científicos aceptados por las asociaciones científicas que conformarán la estructura política del Estado moderno como medio de producción. Esto último es la esencia de la *macronegociación*, el aprovechamiento máximo de los recursos de un Estado que tenga como principal el funcionamiento de todos los componentes que lo conforman. La *macronegociación* también permitiría que, a través de la política y el ejercicio de la poliarquía, se logren acuerdos que no sean solamente opiniones o idealismos que ponen en peligro la estabilidad del Estado, sino que se tomen decisiones funcionales, que puedan ser útiles para preservar el desarrollo y crecimiento de los miembros del Estado, sean gobernados o poderes y/o entidades públicas de las cuales dependa el cumplimiento de los objetivos que se proponen.

Hemos expuesto el lado *macro* de la relación entre el derecho y la negociación, ahora veremos el lado *micro*, es decir, las relaciones privadas. Norberto Bobbio menciona en su obra *Estado, Gobierno y Sociedad* a Cicerón, quien dice que el derecho público consiste en la *lex*, en el *senatus consultus*, y en

el *foedus*; el derecho privado, en las *tabulae*, en la *pactum conventum* y la *stipulatio*³⁰⁸. Tan simple, pero al mismo tiempo tan complicado porque de acuerdo a lo citado, el derecho, tomándolo como el conjunto de documentos normativos, no debe intervenir en la resolución de conflictos entre privados, pero sí entre controversias entre súbditos y entes de poder público o entre éstos últimos. Se entiende que las relaciones privadas pueden ser reguladas por la actividad natural de los sujetos, es decir, no necesariamente a través de procedimientos habituales, no obstante, la negociación también encuentra la conexión con el derecho (en su aspecto procesal). Cuando analizamos los componentes del conflicto, existen dos o más partes interesadas, el conflicto o controversia que hay que resolver y por lo demás, no existe una reglamentación ni una autoridad, la negociación es libre, la normatividad se basa en normas morales y, en lugar de una autoridad que resuelva, en la negociación las partes son las que resuelven, pero es en la resolución del conflicto cuando el derecho y la disciplina de la negociación se fusionan para lograr de forma natural la seguridad jurídica que las partes están buscando, debido a que mientras la negociación es libre e informal, el derecho califica la solución a través de las normas contenidas en su sistema, de tal manera que la negociación se vuelve formal y por resultado, la negociación logra obtener su validez plena.

Primeramente, hay que establecer que la negociación no es parte del derecho por definición. La negociación no encuentra su naturaleza en un sistema normativo, *existe en forma natural a partir de los sujetos que pretenden llegar a un acuerdo inteligente.*³⁰⁹ *La negociación es una disposición de justicia natural, existe para pacificar los conflictos entre particulares y personas morales de manera útil, observamos entonces que la negociación es la opción donde la aplicación de principios generales de derecho es notoria. Estos principios son armónicos, Baldo ha llegado a decir que:*

La razón natural es el escudo mejor de la ley, ya el juez no debe decidirse menos por la máxima natural o dictamen de la razón que por

³⁰⁸ Bobbio, Norberto, *óp. cit.*, p. 18.

³⁰⁹ Font Barrot, Alfred, *óp. cit.*, p. 12.

*la ley escrita, porque preguntar por la ley cuando tenemos la razón natural es debilidad del intelecto, enfermedad de la inteligencia.*³¹⁰

Cuando hablamos de negociación, hemos de remitirnos a una característica natural del hombre como ser social y lingüístico, el intercambio de información. La negociación es la base de todo mecanismo alterno de solución de conflictos, el hecho de entablar conversación y tratar de concebir un arreglo es algo característico de los seres pensantes, pero la existencia de individuos que tengan el gusto de complicar los conflictos es una costumbre de la comunidad de abogados y usuarios que han seguido con el modelo procesal presente, y consecuentemente esto ha constituido una barrera para mejorar la administración e impartición de justicia, precisamente porque con ello se ha obligado a las autoridades a mantenerse en lo convencional. La mediación nos remite a una conversación ordenada, la conciliación a aceptación de una propuesta negociada entre las partes dada por un tercero, mientras que el arbitraje se vincula con un procedimiento con características litigiosas ya que al final de un procedimiento arbitral se dicta un laudo con el previo análisis y respeto de los principios consagrados en el dictado de una resolución definitiva.

Si bien el procedimiento arbitral es un mecanismo alterno de solución de conflictos, también es cierto que no debería clasificarse como tal, debido a que no hay comunicación entre las partes, aquellas aportan pruebas, mencionan alegatos y tratan de persuadir a la autoridad, siendo lejos de una negociación, un juego donde se puede llegar a un acuerdo o se puede perder todo. Esto último representa otro problema, ¿el modelo procesal actual tiene que dejar necesariamente un perdedor?, si es así, entonces estamos ante un choque de pensamientos, a veces las relaciones entre particulares son simples, pero cuando se ponen ante una autoridad jurisdiccional parecieran complicarse debido a las fallas lógicas y a la influencia filosófica del idealismo trascendental al que pertenece el derecho antiguo, además

³¹⁰ Castro y Bravo, Federico de., *Derecho Civil de España. Parte General*, t. I. Libro preliminar. Introducción al Derecho Civil, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, p. 449.

de la gran cantidad de normas que existen y las interpretaciones que no son más que eso... interpretaciones, que no ayudan a encontrar el *orden de estado de cosas* deseado por las partes debido a que no es visible la utilidad, sino que es más notorio las muchas problemáticas que el modelo procesal actual posee produciendo más desorden e insatisfacción.

La negociación es una oportunidad de establecer el orden o reestablecerlo, debido a que el lenguaje representa una programación intrínseca de los sujetos, la negociación es comunicación ya que tiende a ser una disciplina que sirve como intercambio de necesidades entre sujetos, dicha información permite el descubrimiento del problema y, a partir de ahí, se sugieren formas de solución, no solo de paz, sino de orden en sus relaciones. La negociación es la base de la mediación y la conciliación, pero falla nuestro sistema judicial al imponerla como la disciplina complementaria en la impartición de justicia, ya que si bien está sostenida a nivel constitucional³¹¹, lo cierto es que los litigantes y personas que se ven en conflictos judiciales la ven como una empresa en su mayoría inútil debido a que no hay formalidad alguna y se suma que es difícil que la hostilidad producida por el conflicto se suavice en la justicia alternativa ya que todo gira alrededor de simples pláticas que no dan ningún resultado, pero... ¿y si existieran dichas formalidades de juicio en los procesos de negociación?

La negociación es necesaria, se trata de toma de decisiones concatenadas con cierta resistencia impuesta a cambio de realizar u obtener el estado de cosas que deseamos, así es como la justicia (procesalmente hablando), se convierte en una negociación de intereses, por tal razón es que observamos arbitrario u ofensivo cualquier cambio que afecte nuestra esfera jurídica que no hemos negociado, es decir, casos en los que sólo imponen sin antes nosotros haber puesto resistencia contra aquello que desordenó nuestro estado de cosas de manera violenta. No queremos decir que el derecho de los particulares o el propio Estado tenga que ser negociado, hablamos de una perspectiva distinta donde la negociación sea una

³¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2021, México, artículo 17, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

guerra diplomática y no un conflicto directo como los que se observan en los procedimientos actuales donde es notoria la hostilidad con la que actúan las partes conjuntamente con sus abogados, cayendo en una posición generadora de *crisis de derecho*. Un problema grave de los procedimientos judiciales es precisamente esa falta de conocimiento de la disciplina de negociación, de acercamiento entre las partes por la llamada ley-dependencia que la costumbre del derecho de edad media dejó, en un juicio existe una presión sobre el resultado que dicho proceso tenga, la pérdida de algún derecho significa mucho, es por ello que abogados e interesados se preparan para una batalla fatal: no hay posibilidad de que ganen ambas partes, una perderá sin duda.

La disciplina de la negociación ofrece a las partes en conflicto la posibilidad de ofrecimiento y contra-ofrecimiento, se busca diplomáticamente la balanza de estado de cosas tratando de no afectar la esfera jurídica de la otra persona, y finalmente la justicia termina siendo lo deseado por las partes y no lo que el juez decida a través de un juicio enfermo de falsedad. Para esto, las partes deben saber qué desean obtener, la posición inicial que tomarán, estableciendo estrategias de negociación que hagan posible la obtención de estado de cosas deseado.

Todos quieren algo sin tener la menor idea de cómo conseguirlo, y el aspecto realmente curioso de esta situación es que nadie sabe cómo alcanzar lo que desea. Pero como yo sé qué quiero y de qué son capaces los demás, estoy totalmente preparado

-Príncipe Klemens von Metternich (1773-1859)³¹²

A nuestra perspectiva existen dos tipos de derecho, el *derecho hipotético* que se refiere al sistema integrado de normas jurídicas que regulan y preservan el orden de estado de cosas y el conjunto de normas técnico-formales que establecen los mecanismos que producen un orden de estado de cosas, al cual llamamos *derecho*

³¹² Green, Robert, *Las 33 estrategias de la guerra*, 3ª ed., México, Océano, 2017, p. 227.

sistémico por la influencia de la economía que pretendemos inyectar a una justicia que futuramente se basará en negociación.

Es cierto que cuando hablamos de lo procesal, el derecho ha quedado a deber, ¿cuál ha sido el problema?, la incapacidad de encontrar una fórmula para crear procedimientos que funcionen que tengan segura utilidad y que por tanto logre satisfacción. Parece muy simple el problema, pero lo complicado es que estamos hablando de un manejo de masas, y además de ello, cumplir con los objetivos de los organismos jurisdiccionales, ya que la justicia es el tópico de toda una comunidad mundial, justicia es lo que el mundo siempre ha buscado, la guerra fue la primera opción que encontraron los hombres modernos, luego fue el derecho que, curiosamente es también una guerra, pero de naturaleza quizá política. Los que hemos litigado lo hemos observado, suelen desear tener una buena relación con sus contrincantes para que en caso de que llegue a estar en desventaja notable alguno de ellos pueda a través de la negociación extrajudicial obtener algo de lo que se podría perder. La negociación también ha estado en tiempos antiguos, uno de los mejores expositores de ello fue Clemens Von Metternich, quien derrotó, sin entablar guerra, a Napoleón Bonaparte, ni más ni menos³¹³. Por ello los abogados deben aprender de estos ejemplos históricos en donde es más efectivo y saludable para todo aspecto de la vida buscar la negociación que comenzar una guerra política a través de los juicios llevados ante la autoridad.

Lo anterior es por el bien de la vida del individuo y de las corporaciones y organizaciones, ya que estas también son parte y tienen un alto impacto en los aspectos más importantes de la vida del hombre moderno, ya que de estas depende la economía, los ordenamientos jurídicos y el orden social. Actualmente, vemos procedimientos largos, y años pueden pasar antes de conocer una resolución, a eso se le llama poner en peligro el bien común. Por estos procedimientos, algunas corporaciones u organizaciones se ven obligadas a cerrar y posteriormente a desaparecer, resultando lo anterior una desventaja en la obtención de un *estado de cosas deseado* por los usuarios ya que posteriormente se crean más conflictos que

³¹³ *Ibidem*, p. 210.

en su generalidad son de índole económico. La economía y el orden social son las principales exigencias del hombre actual, los estados del mundo necesitan garantizar estas exigencias en un tiempo ideal sin quebrantar los derechos humanos de los individuos y personas jurídicas, es que, la perspectiva global determina tanto la elección de los medios como la de los fines³¹⁴.

A manera de Max Weber, consideramos que existen en la justicia dos tipos de abogados, los políticos y los científicos. El abogado político reduce su litigación en el manejo de sus recursos, es el que llamamos los litigantes como aquel que es conocido por tener “recursos humanos extras en los juzgados y tribunales”, a esto se le podría llamar, en términos weberianos como *legitimidad* del abogado a través de su lealtad personal y honor social³¹⁵. Por esta razón, la justicia se vuelve políticamente corrupta. El abogado político es aquel que vive de la justicia, otra vez haciendo referencia al clásico autor alemán, vive de ella porque para este la justicia es aquella que se deriva del dinero y del poder político, actúa con conocimientos jurídicos, pero no los usará de manera correcta sino engañosa, aparentando legalidad de su dicho ante las autoridades, las cuales están sujetas a la costumbre kantiana del derecho.

Por otro lado, está el abogado científico, aquel que insiste en que el derecho encierra muchos enigmas que generalmente están relacionados con problemas sociológicos, económicos y filosóficos, tratan de darle solución desde sus interpretaciones interesantes, intentan desarrollar teorías que traten de explicar un fenómeno de la justicia o de la ley. Estos individuos son los que viven para la justicia, son personas que debaten, que se preocupan por la obtención de la justicia y la preservación de la paz social, el abogado científico es el que se dedica al desarrollo de teorías nuevas del derecho, usualmente no litiga porque prefiere aportar al mundo jurídico en vez de nadar en la práctica en los tribunales. Lo negativo es que, a pesar de los grandes esfuerzos de los abogados científicos por mejorar la situación de la justicia, las prácticas de los abogados políticos terminan por hacer

³¹⁴ Weber, Max, *El político y el científico*, 17ª ed., México, Alianza Editorial, 2010, p. 18.

³¹⁵ *Ibidem*, p.90.

quedar a las aportaciones de investigación jurídica como pérdidas de tiempo, ignorándose y dejándolas como un estorbo cuando en la práctica los asuntos son políticamente discutidos o violentamente resueltos. Una cuestión importante sería: si existe una crisis de derecho por la productividad mínima del sistema procesal actual, el actuar engañoso de los abogados políticos y la ignorancia a los abogados científicos, ¿Por qué se sigue confiando la justicia a este modelo procesal?

Se actúa demasiado en los procedimientos jurídicos, el juez o la autoridad que estudian conflictos jurídicos aparecen como figuras de características religiosas, las personas se ponen de pie ante la presencia de estas figuras, se usa un lenguaje bastante elegante, la vestimenta es igualmente elegante, pero la realidad que encierran es que detrás de toda esa obra que pareciera escrita por Homero, hay una crisis de derecho procesal que no se está atacando porque se prefiere mantener la teatralidad del idealismo jurídico. El usuario, el abogado, el juez, las autoridades, las empresas, la comunidad jurídica mundial busca modernidad, es decir, la búsqueda de productividad de justicia satisfactoria.

La seguridad es un aspecto que muchas personas buscan y en parte esto es resultado de las costumbres de una justicia y un derecho educado y enseñado de una manera arcaica y ajena a toda realidad, el usuario ha mantenido la idea de que tiene la idea de que obtendrán lo que la ley les marca, no dudamos de la calidad moral y ética de las personas que demandan en la vía que les es conveniente, pero muchas veces las prestaciones que se persiguen en dichas demandas son *injustas*, sobrepasan los derechos reales de la persona. Con un sistema procesal como el actual, en donde cada reforma es lo mismo a poner otra variable “X” a la ya complicada ecuación para llegar a la justicia, se tienen que tomar en cuenta otras opciones, no deformar más lo deforme, “*la guerra es como el agua*” dijo Zun Tzu³¹⁶, no tiene forma y nunca existirá sólo una forma de ganar, debemos tener más opciones y desgraciadamente las leyes dan tan sólo una oportunidad, la cual es el cumplimiento de los requisitos que exige la ley, mientras que la disciplina de la

³¹⁶ Zun Tzu, *El arte de la guerra*, 7ª ed., México, Grupo Editorial Tomo, 2008, p. 27.

negociación significa gestionar un conflicto o negocio para la búsqueda de no solamente una opción. Nuestra opción tiene fundamento en la globalización.

La globalización puede ser la esperanza de una justicia más *distributiva*³¹⁷, ya que para los abogados políticos y los científicos, con ella, tanto la política como la ciencia del derecho pueden fusionarse para lograr una *justicia cooperativa* entre dos formas de observar el derecho, no hablamos de sólo a nivel local, sino de una *justicia mundial*, dado que la economía y el derecho deberán combinarse, en donde los principios teóricos de la economía predomine sobre el derecho en su estructura de trabajo, en su forma de activarse, es decir, un modelo de justicia que sobrepase las barreras de los territorios. *La justicia alternativa es mundializar la justicia, es globalizarla*, partamos desde la lógica de que los abogados no disponían de las complejidades tecnológicas de hoy en día, generalmente se practicaba a través del diálogo y la manifestación de la negociación y el entendimiento mutuo de hacer, dejar de hacer o tolerar conductas. El abogado era un tercero que trataba de solucionar el conflicto conciliando las premisas de los conflictuantes, pero, hablando de globalización, y siguiendo nuestra idea sobre la necesidad que el derecho tenga influencia de la economía, debemos entender como economía lo que Alfred Marshall quien, citado por Emma Mendoza Bremauntz y otros, señalaba que “la economía es el estudio del hombre y los problemas comunes de su vida en la búsqueda de su bienestar material. Se ocupa de causas y efectos, así como de las relaciones recíprocas entre la industria, el mundo de los negocios, los seres humanos, etcétera”.³¹⁸ Mientras que entendemos por comercio al conocido trueque o intercambio de bienes, lo que es igual para la resolución de conflictos al intercambio de soluciones posibles. Encontramos una interesante analogía con la cual podemos iniciar un estudio inherente a que la economía es al derecho y el comercio es a la justicia, dicha casualidad científica es a razón de que la justicia alternativa, la cual

³¹⁷ Norberto Bobbio expresa que *justicia distributiva* es aquella en la que tiene lugar entre el todo y las partes y su objetivo es que a cada uno le sea dado lo que le corresponde con base a criterios que pueden cambiar, de acuerdo con la diversidad de las situaciones objetivas o de los puntos de vista; los criterios más comunes son “a cada uno según su mérito”, “a cada uno según su necesidad”, “a cada uno según su trabajo”. Bobbio, Norberto, *óp. cit.*, p. 21.

³¹⁸ Mendoza Bremauntz, Emma (*coord.*), *Teoría económica*, México, Iure Editores, 2007, p. 103.

es la más eficiente y satisfactoria en todo sentido, es precisamente eso: el intercambio (aunque no de bienes), si de derechos y actos, sea de dar, hacer, no hacer o tolerar ciertas conductas entre los conflictuantes.

La anterior idea indica que el derecho se ha quedado en la época del legislador, estancándose en la época de la obra *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino³¹⁹, es decir en una época donde todavía se pondera más la actividad *sagrada* de juez o cualquier autoridad se le ve como una dadora de luz a la vida jurídica de las personas. El orden de estado de cosas en términos nuestros, no puede seguir con este modelo epistémico clásico, debe cambiar, buscando otros métodos. La globalización significó la caída de muchos paradigmas creados por la costumbre mundial, abrió las puertas a un mundo único, con base, sobre todo, en el intercambio de información. Se creó a su vez un mundo que trabaja y motiva dicho trabajo a través de la competencia, el orden de estado de cosas deseado no son las normas, el derecho no debería ser el estudio de las leyes, más que nada debería ser objeto de estudio las diferentes formas de solución de conflictos, siendo la materia precisa para ello la *justicia distributiva y conmutativa* en referencia a Norberto Bobbio³²⁰, una materia obligatoria.

La vulneración a los derechos humanos debilita el zócalo institucional que le permite operar³²¹, de esta premisa nos preguntamos ¿hasta qué punto llega a considerarse la corrupción y las prácticas antijurídicas, por demás antiéticos que se suscitan en los organismos jurisdiccionales una desobediencia civil? Con el modelo de justicia actual nuestros ciudadanos viven en la miseria, en un estado de cosas donde predomina la supresión de la justicia por sus prácticas clásicas de alabanza a la decisión de un servidor público falsamente reconocido por la palabra *juez*, además de los problemas que representa el idealismo al que está sujeto el Derecho, por ello no se respeta la ley ni la autoridad por el aspecto aparente, no existe la

³¹⁹ *Ibidem*, p. 248.

³²⁰ Cfr. Bobbio, Norberto, *óp. cit.*, p. 20.

³²¹ Ramírez García, Hugo S. y Pallares Yabur, Pedro de J., *óp. cit.*, p. 68.

dignidad del abogado quien no compite con valor y respeto. La democracia entonces se convierte en una palabra elegante para la práctica del populismo y la política.

Globalizar tampoco es sólo integrar, armonizar, ordenar; también es reducir los efectos negativos de perturbaciones, contradicciones y confrontaciones, moderar, limitar, estimular, controlar, y ¿por qué no?, con la creatividad humana generar nuevas condiciones y circunstancias que mejoren el bienestar individual, comunitario y colectivo.³²² La globalización puede ayudar a la justicia, la economía podría ser la influencia que el derecho necesita para lograr una revolución en su concepción (por lo menos procesalmente) y también una revolución en el concepto que tenemos los abogados y la sociedad en general de justicia. La revolución es el cambio radical y permanente; si no es radical sino gradual se llama evolución.³²³ Cuando en el Derecho se crean nuevas figuras, instituciones, modos, costumbres o normas y reglas, por lo general esto provoca cierta locura en el gremio, se formulan diversos tipos de opiniones, algunos atacan, otros aprovechan, pero está claro que el problema no son los cambios revolucionarios sino la capacidad de absorción, de adaptación, de transformación de las sociedades a ellos. Por lo tanto, a pesar de los esfuerzos del Estado para incluir a la mal llamada *justicia alternativa*, un término que ofende a la propia institución de la negociación y sus derivados, pareciera que no existe en el abogado un sentido de adaptación, o siquiera de aceptación por motivos de falta de congruencia de los procesos, utilidad de los mismos o por simple desconfianza a dicho modelo de justicia, a razón de que la costumbre del *abogado de antigua generación* es difícil de erradicar en los abogados de este tipo.

No hablemos que la justicia tiene que ser justa y/o ajustada a derecho, la justicia como orden de estado cosas, influenciada en la globalización y por tanto en la economía tiene que buscar *satisfacción* a los usuarios, y es que, la justicia en su modelo actual tiene muchas falsedades. La más notoria sería que es gratuita, muchas veces el sujeto que tiene más recursos económicos es el que obtiene mejores resultados, la justicia globalizada buscaría corregir las desigualdades entre

³²² Mendoza Bremauntz, Emma (coord.), *óp. cit.*, p. 249.

³²³ *Ibidem*, p. 251.

sujetos para que de esta manera la obtención de un estado de cosas deseado esté al alcance de todos, puesto que la intención de los promotores de la globalización es que esta sea una fuerza benéfica que potencie el enriquecimiento de todos³²⁴, favoreciendo la competencia leal e igualitaria en los procesos.

En líneas anteriores hemos tocado la premisa de que las ideas revolucionarias dependen de la capacidad de adaptación de los sujetos que sufren dichos cambios. La idea fundamental para llegar a esta adaptación social, es una ley fundamental conocida como la ley de la evolución.³²⁵ Lo anterior, no hace sino funcionar como una especie de esperanza para lograr que un nuevo modelo de justicia basado en negociación sea aceptado por la sociedad.

En la globalización, un nuevo modelo de justicia basado en negociación debe atender a factores que no se relacionen con conceptos de justicia clásicos, constitucionalmente también pueden modificarse ciertos aspectos, el desarrollo y la planeación de la economía de nuestro país, por ejemplo, está debidamente plasmado en la carta magna, se describen muy bien en los artículos 25 y 26, describen las medidas y procesos que de manera general se deberán de llevar a cabo, sin embargo, un derecho tan importante como el derecho humano al acceso de la justicia tan sólo se plasma diciendo que *nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos*, sino mediante juicio seguido ante los tribunales *previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho [...]*³²⁶ o que *toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su*

³²⁴ *Ibidem*, p. 256.

³²⁵ Soriano Ramón explica la teoría evolucionista de Spencer citando: *un progreso de los pequeños agregados sociales incoherentes a los grandes agregados coherentes, que mientras se integran pasan de la uniformidad a la multiformidad, y al mismo tiempo un progreso de lo indefinido a lo definido en la organización políticas. Cfr.*, Soriano Díaz, Ramón L., *Sociología del derecho*, México, Ariel, 1997, p. 86.

³²⁶ *Cfr.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Ibidem*, artículo 14.

*servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. [...].*³²⁷

De lo anterior se puede visualizar que nuestra justicia ha dejado de creer en la capacidad humana para resolver conflictos y al mismo tiempo determina como dispositivos básicos de la justicia a los tribunales y al imperio de ley, mientras que en cuanto a la justicia alternativa solo se plasma de la siguiente manera en el mismo artículo 17 constitucional:

Artículo 17. [...]

*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*³²⁸

Es decir, se describe de forma muy ambigua y vaga, a grado de no explicar más a detalle que características o principios esenciales deben seguirse, por lo cual no existe un modelo global, tal como los procesos penales, no hay una descripción amplia, no existe la descripción debida de los procesos que se deben llevar a cabo. La justicia en México, podría considerarse como un derecho vago e inacabado (por el tortuoso proceso que una persona tolera para que le dicten sentencia). Como la economía, el orden de estado de cosas también tiene un impacto importante en el crecimiento y desarrollo de nuestro capital humano. Estamos hablando de un derecho que permite un estilo de vida productivo, un estado de vida digno y que permite una administración de recursos del estado provechoso, sin embargo, hemos de hablar de política en otro momento, por ahora nos debemos centrar en cómo un nuevo concepto de justicia con influencia en la globalización y en la economía debe

³²⁷ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Ibidem*, artículo 17. En este artículo si bien se expresa la existencia de la justicia alternativa, no se describe como son los procesos, ante que autoridades o qué garantías se ofrecen, inclusive se omite expresar en qué materias pueden implementarse.

³²⁸ Cfr., *Ídem*.

conducir a una justicia impartida a manera de producción, es decir, como una empresa.

A pesar de la diversidad de costumbres y criterios que los sistemas de justicia y procedimientos que existen en América Latina, es claro que sigue vigente la negociación como una opción, siempre la justicia distributiva es más satisfactoria que la justicia clásica llevada a los tribunales, por lo tanto, la globalización para el Derecho es una mundialización de la justicia, misma que no se ha logrado por las vaguedades propuestas y que desgraciadamente no se ha logrado crear un sistema de producción efectivo. Se han creado normatividades y centros de mediación, conciliación o de arbitraje que simplemente no terminan por convencer del todo a la comunidad de la abogacía.

Pero es grato observar en nuestro país un porcentaje, aunque sea menor, que contempla opciones diferentes, esto es esperanzador toda vez que es un signo de real posibilidad de que, previo un buen trabajo legislativo y administrativo, se pueda aceptar en la comunidad del derecho mexicano a la justicia basada en la negociación como el principal sistema de justicia, es obvio que la negociación no aplicaría a todas las materias del derecho por su naturaleza e impacto que tienen en el país, hablamos de materias como por ejemplo, la administrativa y penal.

Globalizar la justicia sería para nuestros términos, el acto de expandir, a través de un sistema de justicia productivo y efectivo, un modelo de justicia que permita mejorar la calidad de vida de los usuarios, aumentar su productividad y satisfacción, mejorar la educación en la solución de conflictos, mantener la vida de los organismos, instituciones y empresas que tienen intervención en la economía y la vida social de los individuos.

La justicia es producto de la actividad administrativa del Estado, a su vez la actividad administrativa es resultado de una ideología política y esta última es producto de la actividad mental idealista, de una ingenua idea nacionalista de un partido político que cree marchar con la respuesta a los problemas nacionales de carácter administrativo y político. Es por esto que la administración estatal debe

evolucionar, *porque un progreso en el sentido y por la senda de la cultura antigua, no es siquiera concebible.*³²⁹

La responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos está centrada en la forma en la medida en que los servicios públicos sean adaptables y efectivos para la protección de aquellos derechos humanos. Luego, que toda actividad administrativa encaminada a proteger o garantizar el acceso a cualquier tipo de derecho humano no puede ser negociada, tampoco lo puede ser la preservación de la seguridad de los gobernados ni mucho menos puede serlo la supremacía constitucional. Lo que siempre será negociable es aquello jurídicamente posible, aquello que las partes están dispuestas a renunciar a cambio de lograr un estado de cosas deseado. Sin embargo, como hemos establecido, es necesario que la actividad administrativa en materia de justicia sea vista de una manera no idealista o solemne y más productiva, que logre satisfacer las necesidades de los individuos, no serviría de nada un modelo de justicia alternativa nuevo si sigue siendo una opción. La justicia debe ser concebida como un medio de producción de orden de estado de cosas porque producción alude a una administración correcta, productiva y satisfactoria. Existen en la estructura del Estado varias necesidades que deben ser de obligatoria garantía, por tanto, el funcionamiento administrativo debe atender a un estilo de empresa, la productividad debe ser el objetivo primordial de las instituciones para que el Estado pueda ser competitivo en una comunidad global. La evolución en la administración de justicia es un aspecto que desgraciadamente ha sido olvidado en cuanto al estudio de nuevas o diferentes oportunidades de enfrentar las controversias de orden legal, con ello indudablemente el Estado pierde por su falta de aptitud de resolver los conflictos de sus gobernados. Es verdad que el número de habitantes en un territorio tiene bastante impacto, pero la realidad es que no ha existido un plan acertado para hacerle frente a este problema a nivel nacional.

En cuanto a la administración pública, Omar Guerrero Orozco nos dice que la administración pública, como campo de conocimiento, estudia sistemáticamente

³²⁹ Nietzsche, *Humano demasiado...*, cit., p. 31.

los procesos y la actividad gubernamental oficial, conjugada con los trazos determinados por la sociedad en su desarrollo histórico, tendiente a proponer modelos y teorías para racionalizar, administrar, proteger y distribuir adecuadamente el bien y los asuntos públicos.³³⁰ El desarrollo histórico y sobre todo el desarrollo de una sociedad productiva es lo que preocupa en el marco actual de la impartición de justicia, ya que desgraciadamente no se ha podido lograr un sistema productivo de justicia que logre todos los objetivos que una buena administración, que en términos de Guerrero Orozco, se hayan establecido.

El concepto de administración pública, a pesar de haber sido estudiado por varios autores, no tiene aspectos demasiado cambiantes, porque finalmente las variables que a menudo aparecen son: *sistema, procesos, actividad gubernamental, sociedad y desarrollo*, con ello podemos entender que la administración pública descansa en una organización de actividades administradas por el gobierno que tienen como objetivo lograr los fines de interés público del Estado a través de un sistema de instituciones con facultades determinadas por las necesidades actuales de la competencia global.

Es importante recalcar que esta materia tiene una trascendencia originada por su conexión directa con el derecho constitucional debido a la actividad que el Estado realizará para obtener u alcanzar los ideales plasmados en ella. La falta de correspondencia entre la situación de Derecho constitucional y la realidad administrativa es evidente, y representa uno de los hechos más importantes que salen al paso de la ciencia del Derecho.³³¹ La administración pública está caracterizada por atributos propiamente estatales, se dice que es una cualidad del Estado y sólo se puede explicar a partir del Estado.

Es sabido que la materia de “AP” (Administración Pública), se centra en la actividad del Estado, lo cual la hace sumamente difícil y amplia en referencia a su contenido teórico y práctico. Lo anterior obliga a encontrar en la administración

³³⁰ Guerrero Orozco, Omar, *Principios de administración pública*, Colombia, Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), 1997, p. 11.

³³¹ Forthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, 1958, p. 5.

pública una cierta analogía con términos económicos ya que las funciones del Estado van completamente encaminadas con la utilidad, por ende, el Estado toma la forma de un medio de producción que sin duda encontrará sus factorías en los elementos constitutivos individuales y colectivos de la sociedad ya que estos estimulan a la prosperidad.

En sentido lato, AP es la actividad encaminada a acrecentar el poder del Estado y expandir sus fuerzas interiores al máximo; es decir, lo hace formidable. Constituye una capacidad que produce poder, mientras que, en sentido estricto, AP es la actividad que desarrolla la vida asociada a través del orden, la seguridad y la subsistencia, es decir, auspicia la convivencia civilizada. Consiste en una capacidad que produce civilidad.³³²

No estamos de acuerdo con Orozco Guerrero al decir que AP es “la actividad que desarrolla la vida asociada a través del orden” ni tampoco que la materia produce “civilidad”, más bien consideramos que la actividad del Estado resulta ser la productora de un desarrollo humano, mismo que será el indicador fundamental de la gestión pública gubernamental³³³, en este sentido estamos hablando una vez más del Estado como medio de producción, y es que lo plasmado en la constitución no debe ser visto como una serie de ideales por lograr, deberán de ser necesidades por satisfacer para los gobernados, por resultado tenemos que el grado de utilidad que producirá el Estado, podrá verse reflejado proporcionalmente por la satisfacción de su sociedad. En esta tesitura, estamos obligados a observar continuamente la actividad del Estado, el estudio en los aspectos jurídicos, políticos, sociológicos y económicos proporcionaría las bases de cómo determinar la actividad de los organismos y/o instituciones del mismo para alcanzar el grado de satisfacción ciudadana que se propone alcanzar, tal sería el caso de la administración de justicia. Deberemos definir Estado, pero este concepto puede ser susceptible de evoluciones epistémicas importantes, ya que el fenómeno económico en el mundo,

³³² Guerrero Orozco, *óp. cit.*, p. 27.

³³³ Hernández Terán, Miguel, *Anotaciones sobre justicia, democracia y desarrollo*, Ecuador, Offset Graba Guayaquil, 2005, p. 10.

los intercambios de cultura y los avances científicos y tecnológicos podría erradicar a la idea de Estado a como la conocen los abogados de antigua generación.

El concepto de Estado se suele utilizar en diferentes modalidades, estado soberano, estado nacional, estado de Derecho, etc. Consideramos que este último se caracteriza por una fusión entre los derechos individuales y la actividad administrativa estatal, debido a no sólo la responsabilidad que tienen ambas partes, refiriéndonos al gobernado y estado frente a los derechos humanos y preservación del Estado, sino también por las aportaciones que cada individuo puede contribuir para lograr el orden que se busca en sociedad.

Parece curioso, pero en administración pública todo está preñado de estatalidad, pero no todo lo estatal es administrativo.³³⁴ Administración deriva de la palabra latina *administratio* compuesta por ad(a) y *ministrare* (servir, cuidar), palabra referida entre los romanos para referir el acto o la función de prestar un servicio a otras personas, y es destacable que desde tiempos del derecho romano, existiera esa búsqueda de la satisfacción a través de la administración, ya que *administrare*, por su parte, era utilizada por los romanos para referirse a la satisfacción de las necesidades de la sociedad, con un esfuerzo extra por parte de los oficiales: *ad ministrare*.³³⁵

Por lo anterior sería válido cuestionarse si la administración de justicia es parte de la administración pública, ya que pública alude al campo de problemas y responsabilidades de la administración pública. Para efectos de este trabajo, es imposible separar el concepto de administración con el concepto de público, ya que los asuntos administrativos del Estado entrañan una índole inherentemente pública, por la naturaleza social de las funciones que realiza. Mientras que administración es la consecuencia natural del estado social debido, valga la redundancia, pacto

³³⁴ Guerrero Orozco, *óp. cit.*, p. 37.

³³⁵ *Ídem*.

social. Administración pública es una “potencia que arregla, corrige y mejora cuanto existe, y da una dirección más conveniente a los seres organizados y a las cosas”.³³⁶

La administración tiene un grado alto de relación con el derecho administrativo por la simple razón de que por sí sola, la administración se refiere a la ciencia que esta disciplina conlleva, mientras que el derecho administrativo se refiere más a la normatividad y los principios que la administración debe llevar a la práctica el Estado con los gobernados. Ahora bien, el fenómeno de la globalización y los factores económicos han hecho ver esta postura como ya superada, debido a que ya no es posible ver solamente a lo interno del Estado dado que la globalización hace necesaria la administración externa, es decir, con otros países.

En el Derecho Administrativo vemos que los principios institucionales intervienen necesariamente en la actividad de las instituciones (personas públicas), esto parece estar emparejado con un cierto control de constitucionalidad, percepción con la que estamos totalmente de acuerdo, la lógica nos dice que la actividad, en un deber ser, tiene la obligación de salvaguardar los principios constitucionales para incluso no violentar algún derecho humano de los gobernados y así salvar la idea de la supremacía constitucional. Juan Francisco Linares nos dice: “entendemos por derecho administrativo, como objeto de una ciencia, el comportamiento en interferencia intersubjetiva que constituye función administrativa, y función jurisdiccional administrativa, las normas jurídicas generales de derecho público que lo rigen, las individualidades creadas en ejercicio de tal función, así como los principios que conceptúan valoraciones y ciertos tipos de conducta utilizados en la interpretación de ese derecho.”³³⁷ En este concepto se omiten introducir las normas *jurídicas generales de derecho privado*, por lo que es claro que la justicia entre privados queda olvidada desde cierta perspectiva y por lo tanto, no existe un vínculo que le dé a la administración de justicia una perspectiva que le acerque a ser considerada como algo público, la administración de justicia

³³⁶ Bonnin, C.J.B., *Compendio de los Principios de administración*, Madrid, Imprenta de José Palacios, 1834, p. 14.

³³⁷ Linares, Juan F., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2000, p.3.

es un servicio público, pero se dificulta este servicio a razón de la solemnidad y la falta de actividad estatal en sus dos aspectos funcionales e institucionales.

La justicia actual, por lo anterior, no es administrada, de ser así, los órganos jurisdiccionales deberían ser transformados ideológicamente a un tipo de medio de producción de satisfacción a los usuarios, siendo el producto el estado de cosas deseado, empleando para tal finalidad un mecanismo que produzca utilidad en la administración de justicia. Por lo tanto, se dice que la justicia es impartida, porque los órganos jurisdiccionales olvidan la producción, ponderando el respeto a las solemnidades de la autoridad jurisdiccional resultando una justicia alejada a la satisfacción.

La ciencia de la Administración Pública es una disciplina pan-interdisciplinaria, la economía política fue una de sus ramas principales, comenzó a ser cultivada por Adam Smith en 1763 cuando profesaba cátedra sobre justicia, policía, ingresos y armas. En Europa continental la policía engendró a la Ciencia de la Administración Pública. Sin embargo, como se puede constatar en muchos textos, las materias económicas siguieron presentes en el interés de los estudiosos de la administración pública. Carlos Juan Bonnin comprendió los más diversos ramos de la economía dentro de su obra, en tanto que Lorenzo van Stein concibió en 1865 la categoría administración de la vida económica, para comprender los diferentes modos de actividad del Estado en la producción, la distribución y el consumo.³³⁸

La administración de la vida social constituye un magno universo en el cual incide la actividad del Estado, pues trata de la *policía* social, la política social, la política de la medicina, la asistencia pública, la administración del trabajo y el sistema de capitalización social. La constitución no debe considerarse como un mero ordenamiento político abstracto, sino como resultado de la *organización económica y social, que cuando se modela sobre la división de bienes materiales, hunde su historia en las posiciones recíprocas de las clases dominantes y las clases trabajadoras.*³³⁹ Con lo anterior, es imposible separar a la economía de la

³³⁸ Orozco Guerrero, *óp. cit.*, p. 56.

³³⁹ Lorenzo Stein, citado por Orozco Guerrero, *óp. cit.*, p. 58.

administración, ya que precisamente la economía hace preguntarnos ¿qué pasaría si la administración pública se pudieran observar como si fuera un medio de producción?, y más en particular, en cuanto a la administración de justicia y pensando que la justicia debería también ser parte de la administración pública ya que los efectos sean (positivos o negativos), tienen impacto en la vida del Estado, ¿podiera verse al estado como un medio de producción de justicia?

Observemos un poco si el servicio de administración de justicia tiene las características de ser un bien y, por supuesto, si lo es, que tipo de bien es. Primeramente, existe la necesidad de aclarar por qué hemos cambiado el concepto de impartición a administración de justicia. El primer verbo, es decir, impartir, nos parece inadecuado si pretendemos cambiar la perspectiva solemne de la justicia a una perspectiva funcional y productiva, impartir pareciera que proviene de una persona y la realidad es que tratamos de terminar con esa percepción del juez todo poderoso sabedor de lo que es justicia cumplida. Por otro lado, administración de justicia es más apegado a nuestros ideales, administrar va encaminado a encontrar un medio de trabajo que tenga figura de medio de producción, la administración va dirigido a, como hemos visto a lo largo de este trabajo, el desarrollo humano, fomentar la competencia global y lograr una satisfacción en los usuarios.

Es obvio, la tranquilidad de vivir en un estado de cosas que se desea es una necesidad del hombre para vivir en paz, de esto no se requiere citar a ningún autor, si lo hacemos nos meteríamos en terreno filosófico, lo cual no es necesario, ahora, para satisfacer esa necesidad, se requiere un bien, Andreas Paulsen sostiene que, en sentido económico, un bien es aquello que en forma indirecta o directa procura una utilidad en la satisfacción de necesidades, y que, por consiguiente, genera una demanda y es algo escaso, razón por la cual esas cosas tienen su precio.³⁴⁰ Seamos realistas, el abogado cuesta, los escritos cuestan, el conocimiento del abogado cuesta, existe por tanto, demanda de obtener el mejor servicio posible de

³⁴⁰ Paulsen, Andreas, *Teoría general de la economía*, t. I, México, UTEHA, 1978, p. 122.

representación legal. Pudiera ser en este sentido que la administración de justicia es un bien económico.

Nótese la relación entre el concepto de necesidad de Andreas Paulsen con nuestro concepto de *justicia* como un *orden de estado de cosas*, el cual se desentiende de aspectos físicos o psicológicos; dice que las necesidades son “anhelos de determinadas situaciones”³⁴¹, agrega que una vez satisfechas se renuevan; además, el nivel de necesidades es susceptible de una expansión ilimitada, tanto en aspecto cuantitativo como cualitativo.³⁴² Las sentencias sirven sólo para darle respuesta a una situación, pero éstas, no tienen la característica de mutar, para que una nueva sentencia se tiene que reiniciar un asunto jurídico que tiene los mismos aspectos negativos del que provino aquella última sentencia, todo conflicto legal tiene, por los aspectos naturales, de suerte o sociológicos, la capacidad de cambiar con el paso del tiempo y las sentencias al tener carácter de definitivas no tienen entonces capacidad de adaptación al cambio de realidad de las partes, cosa que un convenio que por supuesto adopte las medidas de seguridad jurídica y las formalidades de un procedimiento bien cimentado, puede lograr.

La administración de justicia actual no tiene la productividad que necesita el individuo mexicano, hablemos pues de utilidad, ésta tiene la propiedad que poseen ciertos objetos de satisfacer cualquiera de las necesidades humanas, de acuerdo con Gide, consideramos útil una cosa cuando se reúnen tres condiciones:

1. relación entre las propiedades físicas de una cosa y una de nuestras necesidades.
2. saber que puede sernos útil.
3. poder aplicar la cosa para satisfacer esas necesidades; que la cosa sea utilizada.³⁴³

³⁴¹ *Ibidem*, p. 120.

³⁴² *Ídem*.

³⁴³ Mendoza Bremauntz, *óp. cit.*, p.69.

Es claro, la justicia (la obtención del orden de estado de cosas) nos es útil, quizá no tenga propiedades físicas, pero tiene propiedades de realidad jurídica, igual de tangibles que las características físicas de una cosa. Pero la cuestión para poder cumplir con la administración de justicia consiste en lograr un medio de producción funcional, que tenga la capacidad de satisfacer de la mejor manera posible las necesidades jurídicas de los usuarios. Es por ello, que debemos dejar claros los tipos de necesidades que existen para establecer qué tipos de conflictos son susceptibles de negociación.

Analizaremos en primer lugar las necesidades de las personas físicas o individuales. El doctor Abraham H. Maslow, en su *Teoría de la Motivación Humana* tiene sus raíces en las ciencias sociales y fue ampliamente utilizada en el campo de la psicología clínica³⁴⁴, planteó una serie de proposiciones sobre las necesidades humanas³⁴⁵ a como a continuación sigue: en primer lugar, tenemos las necesidades fisiológicas que son las necesidades básicas. Éstas se consideran como imperiosas y por eso se satisfacen al inicio y, en algunos casos, son aspectos vitales, como la salud y el alimento; posteriormente existen las necesidades de seguridad³⁴⁶, son necesidades que pueden considerarse de protección encaminadas a evitar riesgos para la vida de las personas, por ello, la seguridad se requiere en el tránsito, el trabajo, en el ingreso y en evitar también algunos problemas que generen riesgos. En tercer puesto se colocan las necesidades sociales³⁴⁷, que se relacionan con el sentido de aceptación de las personas, se orientan a satisfacer sus deseos de afecto, reconocimiento y de sentir la pertenencia, de amar y de ser amado. El nivel cuatro de la pirámide se refiere a la estima³⁴⁸, las personas desean ser reconocidas

³⁴⁴ Quintero Angarita, José R., "Teoría de necesidades de Maslow", *Universidad Fermin Toro*, Venezuela, 2011, p. 1. Disponible en:

<http://paradigmaseducativosuft.blogspot.com/2011/05/figura-1.html>.

³⁴⁵ Vázquez Muñoz, María del Pilar y Valbuena de la Fuente, Felicísimo, "La Pirámide de Necesidades de Abraham Maslow", *Facultad de Ciencias de la Información-Universidad Complutense*, España, 2017, p. 2. Disponible en: <https://pdf4pro.com/view/la-pir-225-mide-de-necesidades-de-abraham-maslow-en-3fdd6b.html>.

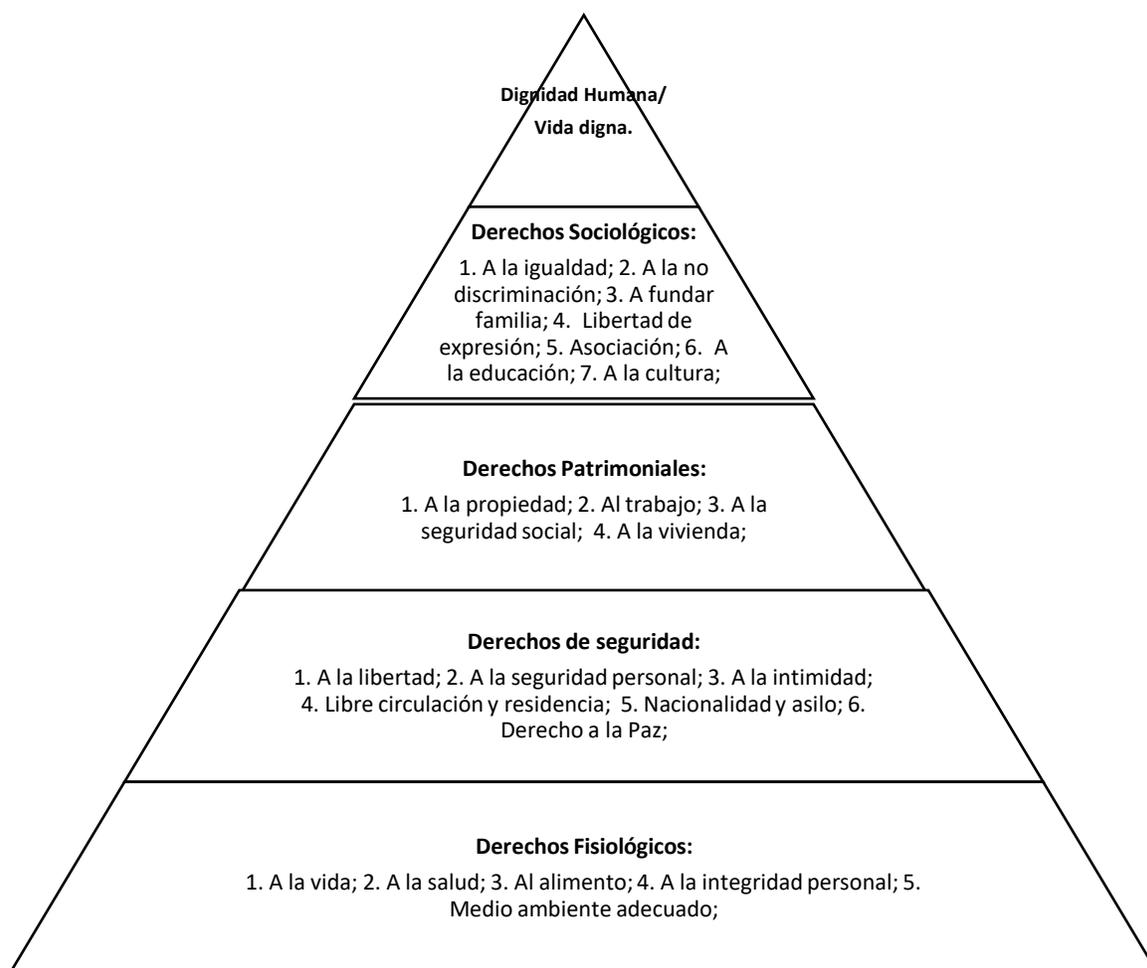
³⁴⁶ Cfr., *Ídem*.

³⁴⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 3.

³⁴⁸ Cfr., *Ídem*.

y no ignoradas; necesitan sentirse con la madurez, las competencias, la experiencia y la preparación necesarias, para enfrentar las condiciones de la vida. Podría pensarse que el tercer nivel es la aceptación de uno mismo, mientras que este nivel cuatro se refiere a la aceptación social. Por último, la necesidad de autorrealización, que es el deseo de cumplir la tendencia de cada individuo a utilizar todo su potencial, es decir, lograr su realización.

Pero en aspectos legales, estas necesidades pueden vincularse con derechos, mismos que están expresados en los documentos normativos del sistema integrado de normas, vamos pues a relacionar algunos de los derechos más importantes al tipo de necesidad que la teoría de Maslow sugiere:



La lógica de esta propuesta de clasificación de derechos humanos es que sin la existencia de los derechos fisiológicos no podría haber disfrute ni necesidad de

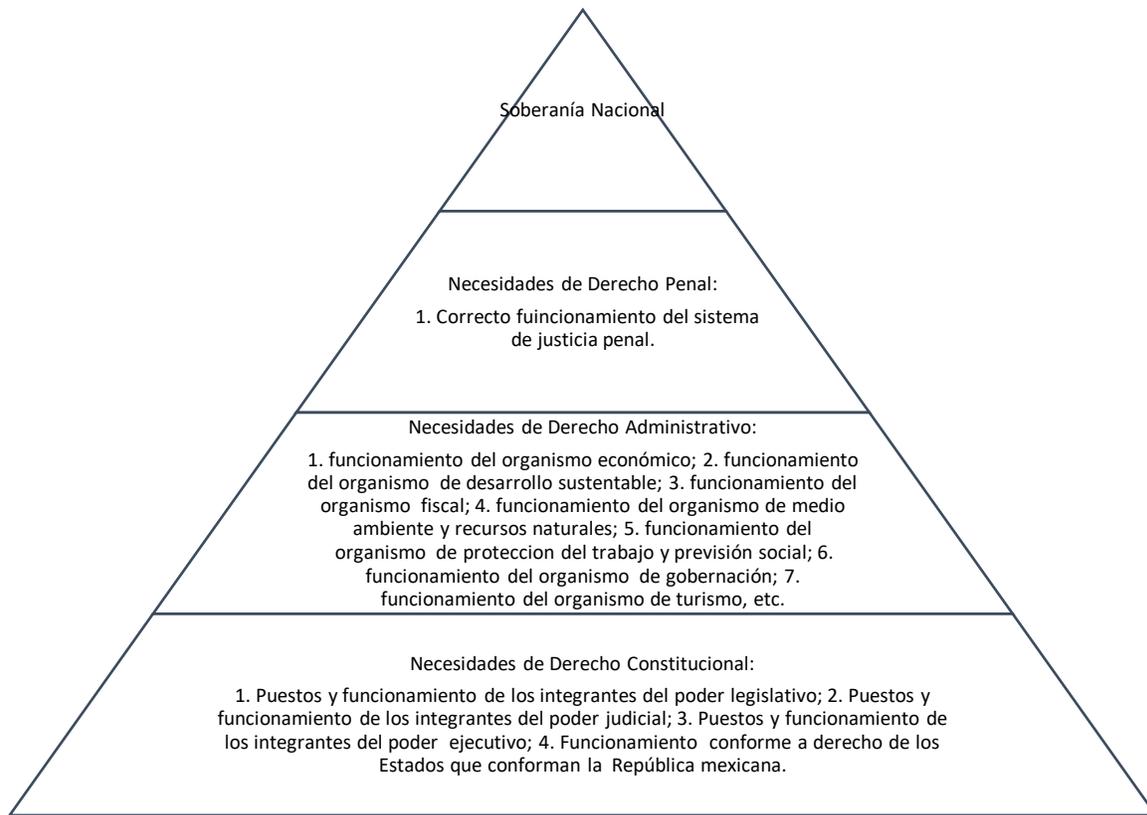
existencia de los derechos de seguridad, sin estos últimos no habría un acceso seguro a los derechos patrimoniales y sin el estatus que otorgan los anteriores no habría paso a los derechos sociológicos. En caso de que se disfruten todos los derechos se llega al disfrute de una vida digna.

En cuanto a las necesidades del Estado, se podrían considerar de principales las siguientes: necesidades de derecho constitucional, necesidades de derecho administrativo, necesidades de derecho penal y la soberanía nacional. Las primeras se vinculan con las necesidades del Estado de mantener bajo control el aspecto formal del Estado, es decir, su estructura fundamental y el aspecto material que se refiere a la organización política, competencia de los poderes y a los principios concernientes al estatus de las personas³⁴⁹. Las necesidades de derecho administrativo se refieren al logro de llegar a satisfacer los intereses colectivos³⁵⁰ del propio Estado a través de la gestión o el cuidado de determinados intereses y; por último, las necesidades de derecho penal que son por obviedad la necesidad del Estado de mantener el Estado de Derecho a través de la imposición de las medidas de seguridad y prevención de criminalidad³⁵¹ en las actividades derivadas del comportamiento del individuo en sociedad. Con el cumplimiento de las necesidades del Estado se puede lograr una soberanía real del Estado como el resultado del trabajo de toda una sociedad estructurada y fomentada a la funcionalidad de la política. A continuación se plasman los aspectos que comprenden estas necesidades del Estado en el orden piramidal siguiente:

³⁴⁹ García Máynez, Eduardo, *óp. cit.*, p. 137.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 139.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 141.



En esta pirámide de derecho público se puede apreciar al derecho público por debajo de la soberanía nacional, esto se justifica a razón de que el derecho penal regula el comportamiento antijurídico de las autoridades que conforman al derecho público, el derecho constitucional regula los componentes de la estructura y organización política del Estado, también lo hace sobre el comportamiento y actividades de las autoridades administrativas, y sin el logro de las necesidades de derecho constitucional, administrativo y penal no puede existir soberanía nacional por que esta sería inexistente. De las necesidades del Estado y derechos de individuo antes expuestas, ¿Cuáles serían las que podrían estar en posibilidad de negociación si existiera un conflicto sobre tales necesidades y derechos?

Consideramos que todo aquel conflicto en el que los intereses de un individuo en particular en contra de los pertenecientes a otros pueden ser propenso a ser resuelto bajo negociación por el simple hecho de que puede disponer de su libre albedrío para decidir si puede, se considera y/o quiere realizar, dejar de hacer,

tolerar alguna circunstancia, y lo mismo aplica con intereses de figuras de Estado y empresas o asociaciones, cada una con sus límites. La diferencia entre una empresa o asociación y un Estado radica en que la primera es un agente de acción, es decir, que persigue un objetivo a través de acciones y son responsables de lo que pueda suceder con ella misma, ya sea un crecimiento de la empresa y desarrollo de sus objetos sociales y empleados, por lo tanto, estamos hablando en sentido propio de la empresa, mientras que una estructura de Estado vela por un trasfondo compartido entre soberanías, es decir, un federalismo en el caso de nuestro México, para lograr los intereses de entes individuales y colectivos para que se genere un ecosistema de estado que permita el crecimiento y desarrollo, quizá una evolución de toda una nación. En retrospectiva, igualmente puede ser visto al Estado como empresa, ya que este es también responsable de sus acciones para cumplir con algunas condiciones de satisfacción determinadas, sin embargo, las empresas pretenden o buscan mantener su existencia en el entorno competitivo y ser dominante en alguna industria o actividad, mientras que el Estado actúa para mantener ese entorno y mejorarlo a través de un ecosistema económico sustentable para que nuevos inversionistas puedan ser parte de dicho ecosistema. Es por ello que la administración de un Estado no puede ser negociada, no obstante, la estructura *política de representación* de un Estado y los conflictos entre estos puede ser propensos a resolverse mediante negociación, debido a que la figura que representa un puesto político es un individuo con libre albedrío, mismo que puede emitir juicios de valor, pero en el deber ser, no debería imponer su ideología, puesto que una sociedad, incluso las empresas forman una ideología a través de la cultura, por lo cual es un error que la política de representación pueda tomar decisiones de naturaleza administrativa, ya que como se ha dicho, éstas son dirigidas a la obtención del mejoramiento de la nación. El individuo de política de representación debe limitarse a ser una autoridad encaminada a declarar el interés y las decisiones del pueblo.

Esto lo observamos en una empresa donde cada departamento tiene una función determinada, por dicha razón, emiten un estudio de la actividad de la empresa; por ejemplo, los estados financieros y de resultados, para que sean útiles

a la hora de toma de decisiones en asamblea, luego, estas decisiones son comunicadas a toda la empresa para el conocimiento de las necesidades y formas nuevas de trabajo de dicha empresa. En cuanto a los conflictos de competencia entre Estados y autoridades jurisdiccionales, es entendible que cada Estado quiera proteger su soberanía o su autoridad, pero el contractualismo que dio el nacimiento del federalismo mexicano deber ser considerado para la toma de decisiones mutuas, protegiendo las necesidades superiores del Estado mexicano, para ello son de suma utilidad las sociedades científicas a las que daría más peso para la toma de decisiones por las razones de estudio previo y que protegen la integridad, crecimiento y desarrollo del Estado en su totalidad. Para conflictos de autoridades jurisdiccionales, éstas deberán hacer el pertinente estudio para determinar si es un conflicto de naturaleza administrativa o política para determinar si el mismo puede ser resuelto a través de negociación.

Lo que sucede con el modelo de justicia actual es que resuelve conflictos, pero es inadaptable a las necesidades sociales modernas. Esto nos da referencia de que es necesario crear un medio más eficaz, los medios alternos de solución de conflictos han sido una alternativa, que igualmente, también ha producido, pero no ha sido eficaz, de serlo, habría una despresurización de asuntos en los tribunales y estaría en evolución la justicia, pero hemos de ver en cada reforma la misma historia, medios alternos que no se adecuan a las necesidades reales de los usuarios, centros de mediación y conciliación que simplemente no terminan de convencer, procesos informales, carencias teóricas, etc.

La globalización y el capitalismo, como aspecto económico, han afectado la impartición y administración de justicia como la conocemos, dando como resultado la alteración de su concepto, de tal modo que hemos de vivir en una subespecie de sociedad económica a razón de las modificaciones y alteraciones sociológicas y políticas. Hay una necesidad que satisfacer y existe una crisis de derecho que la justicia distributiva debe afrontar, no subestimando el sentido común de la justicia de los individuos, sino modificando su ideología sobre lo que conoce como derecho y qué como justicia.

Para este estudio, hemos tenido que analizar el “derecho de obligaciones” para poder conseguir entender cómo es que pueden funcionar los contratos y convenios como resoluciones de los conflictos entre las partes. Los contratos y los convenios son por lógica el elemento clave de nuestra justicia basada en negociación. Cuando tenemos un problema con algún sujeto, lo natural es el deseo de arreglar el asunto de una manera rápida, la negociación se hace presente, se va formando una especie de contrato o de convenio mientras avanza la negociación, sea cual fuere la solución a la que han de llegar las partes. Una vez concluida la actividad de negociación se formaliza a través de un documento donde queda plasmada para la observancia de las partes.

Una parte importante donde se manifiesta una *macronegociación* fue en la colonización humana, quizá el derecho haya existido desde que el hombre se vio socialmente vivo y ha fundamentado una especie de convencionalidad a través de normas morales y asociaciones. De hecho, Maquiavelo manifestó que: “las libertades públicas fueron patrimonio natural de los Estados en el que los trabajos serviles e industriales se les dejaban a los esclavos, donde el hombre era inútil si no era ciudadano”³⁵² esto es una expresión de la necesidad de un Estado de Derecho, donde el hombre debe siempre encontrar una actividad productiva en el contractualismo social, este principio de utilidad social pudo dar pie a la colonización humana.

La colonización humana en el mundo no fue un proyecto deliberado, sino una consecuencia del seguimiento de las migraciones de sus presas y de la búsqueda de nuevos animales de caza y nuevas plantas que recolectar. La adaptabilidad del *homo sapiens* como especie lo capacitó para explotar gran variedad de entornos nuevos.³⁵³ Pero el hecho más importante que dio paso a toda esta sociabilidad del hombre fue su característica de la comunicación, y para desarrollar esta última, nació el lenguaje, el cual es una característica de la negociación.

³⁵² Joly, Maurice, *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, 2ª ed., México, Grupo Editorial Tomo, 2014, p. 39.

³⁵³ Parker, Philip, *Historia Mundial*, México, Altea, 2011, p. 66.

Los seres humanos son seres lingüísticos, vivimos en un dominio consensual debido a que poseemos la propiedad lingüística, el lenguaje, dice Rafael Echeverría³⁵⁴, [...] *no es desarrollado por un ser humano aislado. El lenguaje nace de la interacción social entre los seres humanos. En consecuencia, el lenguaje es un fenómeno social, no biológico.*³⁵⁵ Si bien el lenguaje es una propiedad social del hombre y éste le ha permitido un desarrollo científico y tecnológico, el ser humano debe estar consciente de sus limitaciones que naturalmente también posee, esto aplicaría también en la resolución de conflictos.

El biólogo Humberto Maturana, citado por el mismo Echeverría nos recuerda que sólo podemos hacer lo que nuestra biología nos permite; no podemos traspasar los límites de nuestras capacidades biológicas.³⁵⁶ Quizá el derecho ha sido un resultado del lenguaje, pero también ha traído consigo los enigmas más importantes del hombre moderno y por tanto de la sociedad moderna: ¿de qué se trata el derecho?, ¿qué logra? y ¿cómo lo logra?

Las anteriores son tres cuestiones que se separan de la cuestión ¿qué es el derecho?, siendo este tema algo innecesario de estudio, lo contrario sería encontrar una manera de crear un mecanismo de producción de justicia que atienda a resolver las necesidades humanas relativas a la obtención de estado de cosas deseado por los individuos de manera pronta y satisfactoria para los usuarios. El doctor Enrique Cáceres Nieto, en su obra *¿Qué es el derecho?*, expone una falsedad de interpretación, como expusimos, de juicio que consiste en que el derecho no es algo tangible en el mundo, por tanto, la pregunta debería ser, ¿qué significa el derecho?³⁵⁷, así en el ámbito mental y conceptual del hombre, el derecho tiene un valor real, tiene significado. Sin embargo, no estamos de acuerdo del todo con el doctor Cáceres, para visión nuestra, el significado de la palabra Derecho no es tan relevante, porque simplemente encontrar significados sería lo mismo a cerrar

³⁵⁴ Echeverría, Rafael, *Ontología del lenguaje*, Buenos Aires, Granica, 2006, p. 50.

³⁵⁵ *Ídem.*

³⁵⁶ *Ídem.*

³⁵⁷ Cáceres Nieto, Enrique, *¿Qué es el derecho? Lenguaje y derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2016, p. 22.

intelectualmente al hombre, lo cual nos convertiría en auténticas máquinas, y *esto es desconfiar en la buena fe humana*, nos adentramos a cuestiones filosóficas y lingüísticas que tan sólo le suman complicaciones a la interpretación de las hipótesis planteadas en las normas jurídicas.

El Derecho es conocido en dos concepciones, el Derecho hipotético, el cual debería ser conocido como el análisis de los documentos normativos que conforman el sistema integrado de normas jurídicas dirigido a regular el comportamiento civilizado armonioso y, por otro lado, el Derecho procesal o sistémico que tiene el objetivo de, como hemos repasado, establecer los mecanismos que producen un orden de estado de cosas. Esta disciplina, al ser un sistema integrado de documentos normativos que están aplicados a una estructura social, puede entenderse como un dispositivo de autoridad que produce un *orden de estado de cosas*, teniendo la “cosa” la posibilidad de ser de orden privado y orden público. Se puede decir que regula un estado de cosas y también, a través de los procesos, lo produce, así la justicia existe no por la lógica de la legalidad, sino por la utilidad que persiguen los interesados. Lo último pretende esclarecer que la negociación no pertenece por el momento a ninguna de las concepciones actuales del Derecho, toda vez que, en la tradición jurisdiccional, no es parte del Derecho procesal por propia definición. La negociación no encuentra su naturaleza en un sistema normativo, *existe en forma natural a partir de los sujetos que pretenden llegar a un acuerdo inteligente*.³⁵⁸ La negociación es una disposición de justicia natural, existe para pacificar los conflictos entre particulares y personas morales de manera útil, observamos entonces que la negociación es la opción donde la aplicación de principios generales de derecho es notoria. Estos principios son armónicos, Baldo ha llegado a decir que:

La razón natural es el escudo mejor de la ley, ya el juez no debe decidirse menos por la máxima natural o dictamen de la razón que por

³⁵⁸ Font Barrot, Alfred, *óp. cit.*, p. 12.

*la ley escrita, porque preguntar por la ley cuando tenemos la razón natural es debilidad del intelecto, enfermedad de la inteligencia.*³⁵⁹

Lo anterior esclarece bastante la idea central de nuestro pensar, la ley ha sido un testimonio de la *razón* humana para llegar a una vida civilizada, pero se ha quedado relegado en el tiempo superándolo las necesidades de las sociedades modernas en el tema de impartición de justicia, el concepto propuesto de *justicia es una ecuación donde las variables más importantes son sin duda la moral y el interés*, variables que tenemos que calcular para obtener *orden de estado cosas*, es así como la *negociación encuentra razón y lógica matemática y también logra obtener justificación social*. La negociación no debe ser vista por el *abogado de nueva generación* como un medio alternativo más, debe ser visto como la evolución del derecho mismo, también debe ser observada *como la base estructural del derecho procesal moderno estableciéndose en el contexto actual que se rige por la competencia y por la economía*. La búsqueda de la utilidad y la satisfacción del usuario son parte de la negociación, y son quizá principios de una evolución del derecho procesal.

El derecho procesal actual tiene varias particularidades que evitan que la solución de conflictos llegue a ser una tarea rápida, real y posible. La solución de conflictos a través de los llamados medios alternos de solución de conflictos (por sus siglas MASC), es una opción poco estudiada y analizada de manera realista y seria, ya que a menudo esto se practica desde la perspectiva del derecho antiguo, es decir, la idealista trascendental, pero los grandes avances de las tecnologías han hecho que los juicios queden como un noble pero inútil intento de mejorar la justicia sin aceptar que la concepción de derecho procesal y de justicia han cambiado y necesitan actualizarse. Seguir con el modelo procesal idealista trascendental sería tan mortal como lo fue para Napoleón³⁶⁰, quien terminó siendo derrotado por Klemens Von Metternich. Por lo tanto, la guerra como el derecho procesal poseen

³⁵⁹ Castro y Bravo, Federico de., *óp. cit.*, p. 449.

³⁶⁰ Greene, Robert, *óp. cit.*, p. 209.

algunas similitudes, ambas necesitan de estrategias cada vez más actuales para poder lograr una estrategia o un avance notorio.

Actualmente, *justicia* no debería considerarse como *la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo*³⁶¹ u obrar conforme a la ley³⁶², *justicia* es un término que ha evolucionado aunque es bien sabido que es plenamente subjetiva, por lo que la propuesta sería interpretarla como un *orden de estado de cosas en su esfera jurídica*, tanto en las relaciones entre personas físicas como morales, toda vez que dicho estado de cosas las partes lo buscan individualmente para satisfacción propia, por lo tanto, si se logra el estado de cosas que deseen las partes, se logrará justicia.

La negociación significa por muchas razones, una oportunidad para mejorar la justicia actual, llamando a esta mutación *justicia legal moderna*. Esta justicia significa la superación de la etapa epistémica antigua del derecho para pasar a una nueva etapa donde la evolución en la vida moderna del hombre tiene un impacto directo en la impartición de justicia.

A diferencia de los procesos judiciales donde las partes buscan el cumplimiento de la ley y que esto lo beneficie, la negociación los exhortará a la búsqueda del equilibrio de intereses. Todo lo anterior nos hace hablar por obviedad de la búsqueda de un principio de negociación que llamamos *principio de equilibrio*. Como hemos establecido, el concepto de justicia ha evolucionado proporcionalmente con la sociedad actual, misma que busca productividad y satisfacción, por tanto, justicia debe ser vista como orden de estado de cosas deseado.

Con la negociación, el derecho se separa de su fundamento religioso e idealista, es decir, de su imperio de ley, creer que la justicia proviene de la norma y su solemnidad ya que deja de depender de la aplicación formal y de fondo y se lo delega a la actividad lingüística de los sujetos, al realismo y a la verdad y en caso

³⁶¹ Bialostosky, Sara, *óp. cit.*, p. 3.

³⁶² *Ídem*.

de que exista una moral, será la del individualismo de un hombre independiente que respeta el derecho de los demás como condición de convivencia social.³⁶³ El derecho natural ya no es una aspiración instintiva hacia la justicia ni un reflejo de la sabiduría divina, sino un *producto* totalmente intelectual y humano que busca la utilidad y la satisfacción. De esta manera el derecho no gobierna ni corrompe con sus falsedades a nuestro leal sentido común, el derecho nos pertenece y nos independizamos de la *divinidad* y la *actuación* que emana del derecho. Nuestra doctrina de *nueva justicia legal moderna basada en negociación* deberá consistir no en la obligatoriedad de imponer la negociación en los asuntos privados, sino en la imposición de un procedimiento bien definido que le permita observar a las partes una manera directa y sencilla de cómo lograr el estado de cosas que desean entre y para ellas.

Los procesos legales basados en negociación constituirían una separación de los problemas que los juzgados mantienen en el presente. La burla que los abogados han alcanzado con el deber y la responsabilidad de lograr la pacífica convivencia entre partes es decepcionante. Todo tiene que ver con los problemas de lenguaje que se utilizan en estos procedimientos, en el derecho visto como negocio, en la actuación de las partes resultado de la hostilidad que se genera entre las partes y obviamente en el poco avance pragmático de los juzgados y tribunales. Esta falta de practicidad provoca un mecanismo lleno de dudas que va en contra del utilitarismo y el funcionalismo que esperan los usuarios.

El gremio de abogados está criticando un acontecimiento que día con día avanza, la consideran una farsa teórica y otros piensan que simplemente es un ficticio hecho jurídico, hablamos del llamado neoconstitucionalismo. Esta noción constitucionalista representa un claro ejemplo de vaguedad.³⁶⁴ El prefijo *neo* representa la idea de un reciente o nuevo constitucionalismo, pero no es posible ubicar acontecimientos o hitos históricos que demarquen con claridad el surgimiento

³⁶³ Botero Bernal, Andrés, *coord.*, *Filosofía del derecho*, Colombia, Sello Editorial, 2012, p. 122.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 526.

de ese nuevo constitucionalismo³⁶⁵, lo que se pretende es una intervención mayor del valor y en consecuencia de la moral.

Para muchos *abogados de antigua generación*, aquellos llamados “positivistas”, el neoconstitucionalismo representa un retroceso por la pérdida de aplicación, quizá exegética, de una constitución general. Sin embargo, para *abogados de nueva generación*, el neoconstitucionalismo debe ser una falacia teórica debido a la inmoralidad que se vive, es decir, no es posible o útil con las guerras suscitadas por la competencia en la globalización y el capitalismo. El *abogado de nueva generación* debe observar que este movimiento es sólo otro intento por lograr un cambio de paradigma en la noción de justicia. La *justicia legal moderna* no ocurre con irrealidades, con ideologías alejadas de la funcionalidad y de la utilidad, sino que los abogados del futuro deberán actuar conforme al objetivo primordial que su “santificada” carrera les ha impuesto. Deberán alejarse de toda complejidad que pueda contener el derecho y buscar las amplias oportunidades que la negociación otorga para el logro de estado de cosas deseado y no siga siendo un ideal, sino una realidad.

No se pretende que la negociación sea lo que habitualmente se conoce, pensamos en negociación como el producto de un movimiento estratégico para enfrentar *la crisis del derecho*, y es que la justicia no es el problema, la justicia es el ideal intocable, la justicia es la finalidad primordial de toda actividad del hombre perteneciente a una sociedad que se adentra en esta disciplina para lograr el orden de estado de cosas que desea, por lo tanto, la justicia no está en crisis, lo que está en crisis es el *mecanismo* mediante el cual se pretende alcanzar, este *mecanismo* es el producto del derecho, hablamos pues de los sistemas de justicia procedimentales. Los juzgados y tribunales son lugares donde se limita la gente y al propio abogado la capacidad de resolver conflictos, el abogado se ve obligado a crear argumentos tocando temas demasiado profundos, una lucha entre ver quien alcanza la mejor argumentación desde aspectos conceptuales hasta temas normativos, sociológicos, filosóficos, etc., sin embargo toda esta actividad se reduce

³⁶⁵ *Ídem.*

al estudio de un juzgador desconocido, toda la actividad, el esfuerzo de las partes, y el dinero invertido se pierde o habrá valido la pena dependiendo del resultado expresado en una sentencia. Hablamos de un *mecanismo insensato*, controvertido, corrupto y desleal a los principios de la convivencia social, maleducado, criticado por la sociedad, aquella que prefiere los tecnicismos y solemnidades y donde la “justicia” vale por aspectos materialistas, políticos y económicos que por la búsqueda de la preservación de una sociedad unida en valores.

Cuando hablamos de justicia y derecho basándonos en nuestra doctrina entendemos a justicia como un orden de estado de cosas deseado para el particular o la persona jurídica que se presente como la usuaria de los servicios jurisdiccionales, al derecho lo veremos en dos concepciones: como el sistema integrado de normas jurídicas que regulan y preservan el orden de estado de cosas a través de supuestos, a este derecho lo llamaremos “derecho hipotético” y procesalmente como el conjunto de normas técnico-formales que establecen los mecanismos que producen un orden de estado de cosas, a este derecho lo llamaremos *derecho de producción*. Desde esta perspectiva la justicia legal moderna deberá tener ciertos aspectos que se relacionen directamente con la ciencia de la economía, como por ejemplo, la *satisfacción* de cumplir con *necesidades* que se debería lograr en el usuario, por lo tanto el servicio jurisdiccional basado en la negociación podría considerarse como un servicio que deberá producir justicia (orden de estado de cosas deseado) a través de un nuevo sistema de producción, por tanto llamaremos esta parte de nuestra doctrina como *economía del derecho*.

Comenzaremos por explicar nuestra percepción económica y su relación con el nuevo sistema de negociación que nuestra doctrina pretende lograr. Desde una perspectiva económica, justicia mexicana se encuentra en crisis de producción. Hablamos de un fenómeno jurídico con aspectos económicos ya que, cuando el número de consumidores (usuarios) con *necesidades* aumenta, la *demanda* se incrementa y, como consecuencia, se agotan los bienes, los cuales resultan insuficientes para satisfacer la alta demanda, esto quiere decir que actualmente hay

una alta demanda de los consumidores que buscan satisfacer su necesidad de lograr un orden de cosas. Por ende, el método de producción del modelo de impartición de justicia actual no es considerado adecuado.

Se requiere entonces la búsqueda de un método útil y que tenga producción, que tenga relación con la búsqueda de la satisfacción de las necesidades legales de los usuarios. No basta con que sepamos que una cosa posee la propiedad de satisfacer nuestros deseos, sino también es preciso que podamos aplicarla para satisfacer esas necesidades: además de ser reconocida una cosa como útil; se requiere que sea utilizada.³⁶⁶ Desgraciadamente, los medios alternativos no son utilizados como servicio primario, es una opción secundaria (alternativa), esto conlleva inevitablemente a la no satisfacción del estado de cosas deseado por el usuario ya que todo se reduce a pláticas, ¿no es curioso ir ante la autoridad y que esta proponga el diálogo?, ¿no es obvio que el diálogo ya se trató y que no se pudo lograr?

Otro punto importante de esta llamada *economía del derecho* es la forma en la que consideramos a un sistema/método de orden de estado de cosas, para lo cual trataremos de analizar a continuación los aspectos que un método de producción debe cumplir para considerarse un bien, nos quedaremos con la definición de Menger³⁶⁷, quien sostiene que aquellas cosas que tiene la virtud de entrar en relación causal con la satisfacción de las necesidades humanas las llamamos utilidades, por ello se estiman como cosas útiles. En la medida en que reconocemos esta conexión causal y al mismo tiempo tenemos el poder de emplear las cosas de que estamos hablando en la satisfacción de nuestras necesidades, las llamamos bienes.

Las condiciones que debe reunir una cosa para que se convierta en bien son las siguientes:

- a) La existencia de una necesidad humana a satisfacer.

³⁶⁶ Mendoza Bremauntz, Emma (coord.), *óp. cit.*, p. 68.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 63.

- b) Que la cosa tenga tales cualidades que la capaciten para mantener una relación o conexión causal con la satisfacción de dicha necesidad.
- c) Conocimiento, por parte del hombre, de esta relación causal.
- d) Poder de disposición sobre la cosa, de tal modo que sea utilizada de hecho para satisfacer la mencionada necesidad.³⁶⁸

En cuanto al anterior punto “d” es claro que la realidad de la negociación es que para el usuario ésta no es una realidad por su poca disposición, no porque las leyes procesales no las consideren, sino porque no existe un procedimiento seguro, real o útil, por lo tanto, podríamos decir que a pesar de la presencia de leyes, instituciones y otros mecanismos que tengan el propósito de utilizar algún medio alternativo de solución de controversias, de facto son productivas o productivos, el derecho incluso los tienen previstos como mecanismos ajenos a la impartición de justicia por sus características procedimentales, por ello se tiende a utilizar frases como “*convenios fuera de juicio*”, entre otros. Es por ello que no se obtiene utilidad de los actuales mecanismos alternos de solución de controversias, han olvidado la génesis de éstos, hablamos de la disciplina de la negociación, ya que, por lo general, se observa como una variante de los MASC.

El criterio en los juzgadores se nota afectada por la incalculable cifra de asuntos que las autoridades jurisdiccionales conocen, esta sobrecarga de la demanda jurisdiccional hace que el ejercicio de la llamada *sana crítica* sea mínimo, esta, a pesar de las deficiencias filosóficas y lógicas que presenta, ha servido como la representación intelectual en la difícil tarea de juzgar. Mucho tiene que ver lo anterior con la producción de cambios sobre criterios que adoptan estos órganos jurisdiccionales, la percepción, fin o uso del derecho que igualmente va envenenando el ojo de los abogados y finalmente el ambiente hostil producido por las partes ante el miedo de perder.

³⁶⁸ *Ídem.*

Es curioso cómo funcionan los conflictos frente a la legalidad, los procesos mantienen la comunicación entre las partes a través de lo que dicte el juzgador, pero fallan en intentar crear una comunicación asertiva entre los involucrados. Un conflicto legal no comienza con la presentación de un escrito inicial de demanda, sino que aquella es la continuación de todo un proceso en el que se busca un orden y es la demanda el arma política adecuada para no llegar a la hostilidad, ese es el pensamiento del sistema judicial actual. No hay que olvidar que, en palabras de Carl Von Clausewitz, *la guerra es la mera continuación de la política por otros medios*³⁶⁹. Se ha identificado que, al iniciar un conflicto legal mediante la presentación de la demanda constituye, en analogía con la guerra, iniciar un verdadero conflicto “armado” en contra de quien creemos tener un conflicto sin antes ejercer una política ganadora con el contrario, de ahí un problema de comunicación que evita el esclarecimiento de la conducta ejercida por las partes y los puntos en que se origina el conflicto. Todas estas actitudes hostiles y comportamientos conflictivos comienzan a hacer que la situación se intensifique y se desarrolle, haciendo que el problema sea más costoso entre las partes.

Los MASC son “recetados” por los jueces en un momento no idóneo. La presentación de la demanda representa entonces el momento conflictual más grave, existe desesperación y una necesidad de obligar coactivamente a la persona contraria (en cuanto a sus derechos). No es necesario explicar que, en un proceso judicial, las partes no tienen contacto asertivo, esto lo pretende hacer el abogado, quien en muchas ocasiones interviene negativamente en el ánimo de las partes debido a un *juicio falso* en el que le expone al cliente la manera de obtener una prestación mayor o mejor a la buscada. Por resultado, el actuar del abogado también es determinante en la búsqueda de un orden de estado de cosas, los intereses del Estado de preservar la armonía en la convivencia social y los intereses de las partes se ven afectados en los procesos judiciales.

Al ser propuestos dentro de juicio, cuando ya la agresión instrumental está tramitada, y por si esto fuera poco, la mortificación a través de la notificación al

³⁶⁹ Greene, Robert, *óp. cit.*, p. 157.

demandado ha sido diligenciada, estamos hablando de un error en los medios alternos de solución de conflictos que se relaciona con la simple lógica de tiempo y de entendimiento de conflictos, ya que estamos ante un momento inadecuado porque se ha producido entre las partes un resentimiento, una hostilidad entre sí y por tanto es obvio que muy probablemente decidan la modalidad ganar-perder de los juicios. Hemos establecido que el derecho posee tanto en la práctica como en la ley, ciertas características que permiten esclarecer que esta disciplina produce una especie de inhumanidad, debido a que pareciera ser en la mayoría de los casos muy hostil, lo cual produce un desánimo e incluso un malestar psicológico de los usuarios, quienes prefieren o preferirían no acudir a tribunales. El estrés que puede ocasionar un procedimiento judicial, no sólo para los usuarios, sino para litigantes y jueces, alteraciones graves en la administración de justicia, por lo que podría ser correcto entonces hacer un estudio de las altercaciones y males psicológicos que causan en los usuarios y autoridades. ¿Resultaría cierto decir que el derecho es productor de odio? Me permito entonces explicar mi visión del factor odio en el derecho. El odio proviene del latín *odium* y significa “antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea”³⁷⁰, es un “sentimiento de aversión y rechazo, muy intenso e incontrolable, hacia algo o alguien”.³⁷¹ Al final de un juicio se termina con un usuario molesto por el resultado y el otro, más que disfrutar de que protegió su derecho y lo disfruta, se enorgullece más de su victoria, pero al final del día, estamos seguros que, a menos que tenga que ser necesario otro juicio, esta persona nunca deseará regresar a los tribunales. Las partes en este sentido, se provocan odio, no solo entre sí, sino también odio a la situación tan problemática y preocupante que están viviendo, de ahí se produce una aberración hacia el sistema de justicia que les rodea y a los que son parte por ser una experiencia traumante. Durante el procedimiento, muchos colegas litigantes aceptarán que nunca sus clientes les han pedido que se dejen ganar, que les otorguen siquiera un espacio de ventaja a su contraparte, en resumen, no quieren que gane y que, en lo

³⁷⁰ Colina, Carlos, “Las paradojas del odio”, *Razón y palabra*, Ecuador, núm. 71, febrero-abril de 2010, p. 2. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1995/199514914023.pdf>.

³⁷¹ *Ídem*.

subsecuente, sea sentenciado con las más posibles ganancias a su favor, aunque esto represente hacer un daño importante para el otro.

Inclusive este odio que se provoca en tribunales termina en tragedias mucho mayores a los que se espera en una sentencia, muchos son los casos conocidos en los que el juzgador termina asesinado porque de él depende el futuro de un sujeto, familia o conjunto de bienes, el odio en materia familiar termina con crímenes pasionales o de venganza, o del abogado litigante agredido en su persona o su familia, bienes, etc. Ese es el resultado de vivir con el imperio de ley para juzgar, es un juego mortal que en muchas ocasiones produce más descontrol social que una medida real de obediencia y armoniosa forma de convivencia pacífica entre seres humanos.

Los odios políticos tienen un carácter imaginario pero sus consecuencias en la esfera pública causan perjuicios muy concretos en los modos de vida de las gentes.³⁷² Eso lo observamos cuando existe un cierto odio a la gente rica por su poder inequitativo frente a gente que no tiene las mismas oportunidades, esto produce que exista también ventaja en tribunales, ya sea por motivos de influencias o por tener la capacidad monetaria de pagar abogados de mayor calidad. De lo anterior se produce otro problema sociológico, algo conocido como distorsión cognitiva que no es más que una abstracción selectiva y una generalización.³⁷³

Sociológicamente, también existe un odio producido por algunas instituciones del derecho constitucional, hablamos de Weber y la noción del monopolio legítimo de la violencia por parte del Estado³⁷⁴, y es que la violencia produce odio, el derecho se ha visto como una disciplina que se basa en la violencia de la ley, un ejemplo claro es, nuevamente, Kant con sus imperativos categóricos, el derecho moderno, es decir, el que nace desde la Revolución Francesa con el imperio de ley pudo haber sido también una forma de dar respuesta a la incapacidad de las instituciones conformadas, toda vez que la violencia es la expresión de una frustración por la

³⁷² *Ídem.*

³⁷³ *Ibidem*, p. 3.

³⁷⁴ *Ídem.*

impotencia e inutilidad de las instituciones³⁷⁵. El derecho, por tanto, es directamente proporcional a un medio o herramienta violenta de control social ejercida contra los gobernados puesto que tiene la capacidad o la posibilidad de causar daños de diversos tipos a las personas físicas y jurídicas que pueden o no ser parte de un aparato de Estado. El derecho también produce un odio de tipo *prototípico*³⁷⁶ ya que se parecen a los odios personales, en el sentido de que simultáneamente atan y separan, en un vínculo sólido, al odiado y al odiador.³⁷⁷ Esto quiere decir que este tipo de odio es contra instituciones jurisdiccionales, también contra los propios litigantes que son el prototipo del abogado de antigua generación, aquel que sólo confía en la ley y no entiende el daño a la sociedad que causa su capacidad con la propia norma jurídica.

A parte de todo el daño causado que en líneas anteriores se describe, resulta que el derecho, al producir odio en la sociedad (incluso en la sociedad globalizada), no ayuda a la tan beneficiosa globalización; un ejemplo es el siguiente: hablando de derecho internacional, un extranjero se ubica, desafortunadamente, entre los conceptos de salvaje y enemigo.³⁷⁸ La idea implícita y explícita de frontera implica la óptica del conflicto.³⁷⁹ La negociación, como un medio de solución de conflictos puede ayudar a controlar ese disgusto social que ataca a, me atrevo a decir, todo el globo, tiene las características necesarias para adecuarse a una alta gama de conflictos, además posee por su dinamismo implícito, la ventaja de configurarse a un proceso bien formulado y justificado, que puede tener un cuerpo teórico y pragmático acorde a las necesidades del humano actual, y por tanto, de las sociedades de hoy en día.

El odio se ha internacionalizado, se ha tornado nómada para entorpecer las interacciones ciudadanas³⁸⁰. Tenemos que ser conscientes que el odio que provoca el derecho en nuestro modelo de justicia es tal, que efectivamente está manteniendo

³⁷⁵ *Ídem.*

³⁷⁶ *Ídem.*

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 4.

³⁷⁸ *Ídem.*

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 5.

³⁸⁰ *Ídem.*

una sociedad con poca credibilidad en la capacidad del Estado, de sus dirigentes y tristemente, si no existe un cambio, tendremos más corrupción y más desobediencia civil, mismos que serán cada vez más difíciles de atacar en cuanto a su justificación, la incapacidad en la administración de justicia es un problema sociológico grave. Desgraciadamente, el odio es un sentimiento que siempre nos acompañará³⁸¹, y más aún, si esta es una lección básica del psicoanálisis; ¿quién nos enseña cómo responder racionalmente al odio?³⁸²

El derecho ha fallado. Uno de sus objetivos, quizá el más trascendental, era regular la conducta y ayudar a mejorar y mantener la convivencia social de manera pacífica, hoy en tribunales se nota precisamente un disgusto general, el odio a la incapacidad de las instituciones para dictar orden a los gobernados, produciéndose así un hartazgo social. El litigante y los juzgadores deben aceptar que el derecho ha polarizado a la sociedad, las relaciones jurídicas se rompen, las relaciones entre particulares no vuelven a ser las mismas, ha obligado al hombre a burlarse de la ley, debido a que no se puede confiar en ella para obtener un “orden de estado de cosas deseado”.

También hay daños psicológicos causados por los procesos pertenecientes al actual modelo de justicia. Cuando se demanda a alguien es notificación éste reacciona con una alteración psicológica que se relaciona a menudo con emociones vinculadas con la angustia, el estrés o la ansiedad. En cuanto a la ansiedad, alude a la combinación de distintas manifestaciones físicas y mentales que no son atribuibles a peligros reales, sino que se manifiestan ya sea en forma de crisis o bien como un estado persistente y difuso, pudiendo llegar al pánico; no obstante, pueden estar presentes otras características neuróticas tales como síntomas obsesivos o histéricos que no dominan el cuadro clínico.³⁸³ Se podría decir que la ansiedad y el miedo son muy parecidos debido a lo que ocasiona a quien los sufre,

³⁸¹ *Ibidem*, p. 7.

³⁸² *Ídem*.

³⁸³ Sierra, Juan C., et al., “Ansiedad, angustia y estrés: tres conceptos a diferenciar”, *Revista Mal-estar E Subjetividade-Universidad de Fortaleza*, Brasil, vol. 3, núm. 1, marzo de 2003, p. 15. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/271/27130102.pdf>, consultada en fecha 15 de julio del 2020.

tienen manifestaciones parecidas, en ambos casos se aprecian pensamientos de peligro, sensaciones de aprensión, reacciones fisiológicas y respuestas motoras.³⁸⁴ La ansiedad también puede relacionarse con conductas violentas, por lo que se esclarece la deliberación interna del agente que realiza actos encuadrados a la materia penal, ya que cuando ésta es intensa origina un sentimiento desagradable de terror e irritabilidad, acompañado de fuertes deseos de correr, ocultarse y gritar, presentando sensaciones de debilidad, desfallecimiento y desesperación para el individuo; también, puede haber un sentimiento de irrealidad o de “estar separado” del suceso o la situación³⁸⁵, es decir, al sujeto no se siente con el control de su situación, quizá ni de su vida, una incertidumbre provocada por un futuro incierto, ya que el sujeto no tiene conocimiento y/o entendimiento de lo que sucede jurídicamente hablando, por lo que buscará la forma de solucionar a como dé lugar el peligro que le acecha.

Los procesos judiciales también producen angustia, para que dicha emoción sea sufrida por un sujeto es necesaria la interacción entre distintos factores de tipo biológico, psicológico y social.³⁸⁶ En el caso de los procesos judiciales se dan los tres factores, el biológico se da cuando a través de este mecanismo de justicia se pone en juego una necesidad biológica, tal es el caso de la maternidad o la paternidad, el factor psicológico se da en todos los casos debido a que el individuo tiene la necesidad de entender las posibles consecuencias del proceso judicial, por lo que comienza una etapa de constante pensamiento en la situación que tiene, buscando constantemente una posible solución. Finalmente, el factor sociológico es lógicamente la interacción del sujeto con su contraparte en juicio, con los jueces o la autoridad que conozca su caso y para terminar, con la vida social que rodea al individuo que le espera una vez iniciado el proceso.

El estrés por su parte es muy fácil de entender en este rubro, se produce debido a una gran presión, sentirse frustrado, aburrido, encontrarse en situaciones

³⁸⁴ *Ídem.*

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 16.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 30.

en las que no es fácil el control de las mismas, tener problemas conyugales, etc.³⁸⁷ Esta emoción se presenta cuando existe la presión de obtener la victoria en el proceso para no salir afectado de manera considerable, cuando el proceso no acaba de manera satisfactoria o se alarga demasiado hablamos de una frustración y por tanto no hay control de la situación.

Es preocupante la situación del “modelo de la agresión”, esto no es nada alejado de la realidad que se vive diariamente en los tribunales mexicanos, una agresión es un acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño³⁸⁸, es por ello que una agresión es una consecuencia de la violencia a la cual deviene una conducta agresiva. Es entender el daño social que se está produciendo a través del modelo actual, los procesos judiciales producen dos tipos de agresión entre las partes, la ira también es un aspecto importante que debemos tomar en cuenta, ambos desempeñan un papel central en la conducta agresiva como factores implicados en la aparición y mantenimiento de dicha conducta³⁸⁹, estas dos emociones humanas provocan en el individuo una conducta impulsiva o maliciosas, en primer lugar podríamos referirnos a una *agresión hostil* que viene precedida por la experiencia de ira, y cuya intención directa es hacer daño a personas u objetos, o reparar una injusticia percibida, estamos hablando de conductas como querer golpear a alguien, amenazarlo, alzar la voz, lanzar algún objeto, etc., en ocasiones hemos observado por lo menos a una de las situaciones antes escritas. En segundo término, hablamos de la *agresión instrumental o cognitiva* que se refiere a comportamientos agresivos que ocurren en ausencia de ira, que tienen un carácter racional y frío, y que responden al logro de un objetivo o meta, de forma que, aunque tales comportamientos pueden provocar daños a personas u objetos, éstos serían

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 37.

³⁸⁸ “Agresión”, da (Del lat. *aggressio*, -ōnis). 1. f. Acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño. U. t. en sent. fig. *Diccionario de la Lengua Española*, dirección de internet: <https://dle.rae.es/agresión?m=form>, fecha de consulta: 10 de junio de 2020.

³⁸⁹ Sanz, Jesús, *et. al.*, “Personalidad y el síndrome AHI (Agresión-Hostilidad-Ira): Relación de los cinco grandes con ira y hostilidad”, *Revista de Psicopatología Clínica Legal y Forense*, España, Vol. 6, 2006, p. 154. Disponible en: <https://masterforense.com/pdf/2006/2006art9.pdf>.

secundarios a la eliminación de los obstáculos que se interponen en la consecución de un objetivo determinado.³⁹⁰

En los tribunales se viven procesos judiciales en los que se ejercita este tipo de agresiones instrumentales, debido a que es un tipo de daño y perjuicio hacia otros que ocurre de forma deliberada o planeada, pero a diferencia de la agresión hostil, la intención última de este tipo de agresión no es causar el daño hacia otros individuos en sí, sino conseguir ciertos beneficios concretos que sólo pueden ser logrados llevando a cabo este perjuicio hacia los demás. No obstante es claro que no siempre los fines de la gente son en un todo malévolos, sino que pretenden defenderse de una agresión sufrida, ya sea en su patrimonio, familia, salud, es decir, contra todos los derechos fundamentales y/o humanos en que se vea lesionado, tampoco pretendemos acusar que en todos los procesos existen faltas de legalidad y raciocinio en la interpretación de la ley, pero el problema es que en el modelo de justicia actual, es muy probable que el usuario, el abogado y el juzgador, se vean obligados a cometer actos que produzcan hostilidad e ira entre las partes y como consecuencia se cometan agresiones de los tipos antes estudiados, lo cual provoca los problemas de impartición de justicia y sociológicos que se notan en los tribunales.

También hay hostilidad en el derecho procesal de carácter semántico que da como resultado que el usuario de la justicia entienda de manera equivocada los procesos judiciales, esta semántica hostil está en palabras muy comúnmente utilizadas en tribunales, aquí un breve análisis:

Los efectos de la comunicación han resultado una parte importante en el estudio de los procesos sociales, la teoría y la investigación de la comunicación han atraído, por tanto, el interés de psicólogos, sociólogos, sociólogos, antropólogos, políticos, científicos, economistas, matemáticos, historiadores y lingüistas³⁹¹ que están interesados en la comprensión de la conducta humana. En el derecho, se puede decir que una de las partes más importantes es la comunicación, por lo cual

³⁹⁰ *Ídem.*

³⁹¹ Schramm, Wilbur, *La ciencia de la comunicación humana*, México, Grijalbo, 1980 p. 4.

es importante conocer el tipo de comunicación humana que se utiliza, existe en el derecho la comunicación a través de lo escrito y también comunicación a través del lenguaje hablado, pero, en la práctica de la impartición de justicia, ¿podemos decir que se utilizan las palabras adecuadas en la comunicación entre los usuarios y los usuarios con la autoridad?, es decir, ¿es posible que el lenguaje utilizado en el modelo de justicia actual produzca efectos negativos entre los usuarios lo cual dé por resultado un impedimento para la resolución de conflictos?

Las palabras tienen un impacto en la mentalidad y provocan una reacción diversa en los individuos, una palabra hablada, el signo, el gesto, la imagen, la exhibición, impresión, radiodifusión, película: todos los signos y símbolos por medio de los cuales los humanos procuran transmitir significado y valor a otros seres humanos³⁹², todo lo que engloba a la comunicación tiene un significado para el ser humano que va de acuerdo a su experiencia. Las vivencias de una persona pueden también contener un significado, y por ello, percibirá de manera diversa a otras algún medio de comunicación, es decir, todos los antes descritos. A este conjunto de experiencia y significado lo llamamos “marco de referencia”³⁹³, entonces, ¿cuál es el marco de referencia habitual que tienen las personas respecto de la actividad judicial? Quizá la respuesta necesitaría de un trabajo de corte sociológico, utilizando., por ejemplo, la técnica de encuesta, pero esta pregunta también puede encontrarse en el lenguaje, en el estudio de la comunicación social proveniente de todos los medios de comunicación que se utilizan en el trabajo judicial.

Iniciemos por los dos tipos de significado que existen para los individuos, hablamos del denotativo, es decir, el significado común o de diccionario, mismo que será lo mismo para todas las personas que utilicen el mismo diccionario³⁹⁴, podemos decir que es como un significado impuesto por el lenguaje aceptado por la costumbre sociológica, por otro lado, el significado connotativo; o sea, el significado emocional o evaluativo.³⁹⁵ De lo anterior, es importante en primera instancia tratar

³⁹² *Ibidem*, p. 9.

³⁹³ *Ibidem*, p. 11.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 12.

³⁹⁵ *Ídem*.

de valorar los principales canales de interacción que tiene el usuario con el mecanismo de justicia actual, esto determinaría el marco de referencia que ha construido para interpretar el trabajo judicial. Principalmente tenemos como medio de comunicación al abogado, como persona encargada solemne y profesionalmente de la defensa de la justicia subjetiva de los clientes que le lleguen a su despacho, en segundo término, los jueces, quienes son los que juzgan, en el marco del deber ser, con sana crítica sobre el asunto que tramiten ante su juicio, luego, los tribunales, son vistos como recintos en los que los abogados y la autoridad jurisdiccional resuelven las controversias. Podemos también hablar como canal de interacción entre justicia y usuarios a los medios de comunicación electrónica (tales como noticieros en radio y canales televisivos, internet, etc.) e impresa (periódicos y revistas), mismos que otorgan alguna referencia de la realidad del mecanismo de justicia en el que son parte los gobernados, luego tenemos a la vida política del país, en la que muchos abogados y abogadas están inmersos y por último a los escritos conocidos como demandas (y su paralelo en otras materias), que como sabemos, son aquellos medios de comunicación inicial entre usuarios y autoridad jurisdiccional.

Sin embargo, la forma en que es interpretada la actividad judicial es muy lamentable, a los abogados son calificados como profesionistas que viven del derecho y no por el derecho, lo cual se traduciría en que sólo les importa cobrar sin que esto resulte el menoscabo o la lesión de algún derecho de una persona que, a decir verdad, no conocen. Se puede decir que el abogado utiliza al derecho como una agresión instrumental. A los jueces se les ven como entes de corrupción, acepta cohechos para adquirir un beneficio, inclusive los abogados tienen en su concepto de jueces aquellos que no tienen sana crítica, ignorantes que llegan por política más que por aptitudes, aquel ser humano que solo aplica, pero no interpreta la ley y si lo hace, lo hace de manera errada o fuera de lugar. Los usuarios no litigantes los ven como un sinónimo de autoridad que tiene el poder de causarles un daño u alterar algún derecho si es que pierden el juicio, de ahí que a veces se susciten actos de corrupción o tráfico de influencias y delitos de fraude procesal por parte de abogados. Los tribunales son observados como tediosos lugares en donde la gente

va a “pelear” por lograr obtener alguna ventaja y en lo sucesivo, ganar el juicio, en donde el personal se le ve incompetente y falta de educación por el trato dado al público en general.

La referencia derivada de las noticias, es negativa, existen los procesos en los que no se cumple el deber ser, en donde los políticos tienen una economía no justificada y aún en juicio se les da un trato especial, abogados defendiendo algo éticamente y moralmente indefendible, etc. Por último, las demandas son interpretadas como un documento indeseable, que todo ser humano quiere evitar debido a todas las posibles consecuencias legales y malestares psicológicos, pérdidas monetarias por gastos de abogados y otros trámites. Este es el marco de referencia que se tiene comúnmente de la justicia actual consecuentemente esto es derivado del pensamiento de un conjunto de personas que comparten esta interpretación del trabajo de justicia, a este grupo social se le llama “grupo de referencia”.³⁹⁶

Todo lo expuesto en relación a la forma en que es percibido el mecanismo actual de justicia actual trata de explicar que esta percepción proveniente de más de un canal de comunicación que simultáneamente vamos absorbiendo como sociedad, situación que predispone a los usuarios y abogados a calificar que el sistema no es benéfico, que es peligroso y en potencia, no es justo ni satisfactorio por todo lo requerido humana y económicamente hablando para obtener una sentencia siquiera aceptable, y es que en general, las personas actúan de forma consecuente con lo que saben.³⁹⁷ Ahora bien, ¿está preparado el abogado a aceptar esta problemática y aceptar la modificación a un sistema alejado a la costumbre?

Para que un mecanismo de justicia pueda ser socialmente aceptado y pueda trabajarse en armonía, se debe adecuar a los valores y creencias de la misma sociedad, de lo contrario comenzará una rebeldía social, proveniente del descontento y el desprecio a un sistema de justicia impuesto, pero no aceptado. Si esta nueva especie de administración de justicia está en desacuerdo con las normas

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 15.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 22.

del *grupo*, entonces resultará difícil que sea aceptado sin un cambio sustancial.³⁹⁸ El objetivo no es culpar al derecho, ya que, aunque este no sea perfecto, es perfectible, por lo tanto, es beneficioso canalizar el modelo de justicia actual y reorientarlo a un método de trabajo más productivo y satisfactorio, que no represente todo lo que hemos expuesto anteriormente.

Si un usuario nota que tiene derecho a una prestación que se observa en la ley, y este acude a tribunales para lograr tener el disfrute de dicho derecho y al final de un largo proceso no adquiere ese derecho, termina con una disonancia entre la información obtenida de la ley y la realidad de tribunales ocasionándose una percepción negativa del mecanismo de justicia dándose una falsedad, por tanto, la existencia de la disonancia no solamente tiene un efecto sobre la receptibilidad de una persona ante los intentos de influencia, sino que también, produce un efecto sobre el inicio de procesos de comunicación y sobre la propia influencia futura y esto es lo que da lugar también a los *juicios falsos* del entendimiento. Las opiniones de una persona no son fáciles de cambiar, de manera que, al tratar de reducir la disonancia, una persona puede procurarse el apoyo social de otros respecto de una nueva opinión que le gustaría adoptar.³⁹⁹

Retomando el tema de la hostilidad, el “mercado común del significado” parece estar sólidamente asentado en los medios biológicos del comportamiento emocional e intencional que tenemos en común todos los humanos.⁴⁰⁰ Hemos establecido que el marco de referencia que tenemos de los medios comunicativos que engloban al mecanismo de administración de justicia actual es mayormente negativo, por lo que los usuarios generalmente están predispuestos a actitudes negativas a abrirse a una solución alternativa viable o incluso actitudes antijurídicas ante la autoridad. Uno los medios de comunicación más importantes son los escritos presentados ante la autoridad de todo tipo, en los cuales muy a menudo, por esta predisposición ya mencionada, se exponen situaciones de manera hostil, a través de acusaciones que tienen la finalidad de exigir derechos de manera violenta por la

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 15.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 44.

forma en que se escriben. En estos escritos, en donde el abogado habitualmente pretende sorprender a un juzgador a través de posicionarse en el campo moral, aludiendo que tiene mayor derecho legal y sobre todo moral que su contrario, esta estrategia arcaica y demente de los abogados pareciera ser de “buena fe” como los señores abogados de la vieja escuela llaman, sin embargo, esta estrategia es en realidad muy hostil, ya que se pretende atacar el honor de la persona con la que se tiene un conflicto, esto en mi opinión es desagradable y más tratándose de abogados, el abogado debe saber manejar y gestionar conflictos, eso es a lo que se dedica el abogado, a resolver conflictos, luego a interpretar las leyes y la realidad es que esta estrategia parte de ser totalmente contraria a los principios del decálogo del abogado, hacen parecer los conflictos como una pelea cualquiera, los tribunales se crearon para el estudio y manejo de conflictos, la práctica de la imparcialidad, misma que fue un problema de justicia desde años inmemoriales.

Robert Green nos dice: *presentar tu causa como justa implica estrategia y teatralidad. Primero, es prudente que elijas una pugna con un enemigo al que puedas describir como un autoritario, hipócrita y sediento de poder. Usando todos los medios a tu disposición, lanza una ofensiva moral contra los puntos vulnerables de tu adversario.*⁴⁰¹ Por este motivo, la estrategia del bando moral es quizá una de las jugadas más inmorales y destructivas de las relaciones sociales que existen en el mundo jurídico del litigio y es una lástima que los abogados y usuarios tomen a la administración de justicia como una competencia profesional y no se centren en la búsqueda efectiva de una sentencia equilibrada entre las partes.

Todo lo anterior, son las “enfermedades” que lastiman nuestro sistema de justicia, evitando lograr una sociedad democrática y políticamente funcional, los usuarios no tienen acceso a un estado legal deseado por ellos haciendo que los mecanismos de impartición de justicia sean observados de manera negativa, calificándolos de hostiles, corruptos, temibles e insatisfactorios.

⁴⁰¹ Green Robert, *Las 33 estrategias de la ...*, cit., p. 381.

Unidad V. Negociación como ideología política

Nuestro paradigma sugiere que existe una correlación entre la política y el derecho resultando que este último depende de la primera puesto que la constitución obedece al interés de un partido en colocar sus conquistas dentro de la ley superior.⁴⁰² Con la anterior expresión de Peniche Bolio, podemos dilucidar que un partido político tiene la cualidad de transmitir sus ideales al sistema integrado de leyes. En la lógica de la política actual, sería aceptable considerar que dado que un sistema de leyes es influenciado por un partido político el cual fue elegido por la mayoría de votos de la sociedad, podemos concluir que el derecho puede ser el resultado de la soberanía, la cual es un elemento que ha sido muy controversial en la comunidad estudiosa del Estado.

La soberanía es conocida como aquello que reside en el pueblo, sin embargo, no la consideramos un componente especialmente pragmático para lograr los fines que el Estado se debe obligar a perseguir para la satisfacción de los intereses públicos. Nietzsche dijo:

*[...] venimos mirando el mundo desde hace miles de años con pretensiones morales, estéticas, religiosas, con una ciega inclinación, pasión o temor, y formando nuestro bagaje de las impertinencias del pensamiento ilógico, es por lo que el mundo ha llegado a ser tan maravillosamente pintarrajeado, terrible, profundo de sentido, lleno de alma: ha sido coloreado pero nosotros hemos sido los coloristas; la inteligencia humana, por causa de los apetitos humanos, de las afecciones humanas, ha hecho simular esta “apariencia”, y transportado a las cosas sus concepciones fundamentalmente erróneas.*⁴⁰³

⁴⁰² Peniche Bolio, Francisco J., *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 30.

⁴⁰³ Nietzsche, *Humano demasiado...*, cit., p. 26.

Por lo tanto, la soberanía es un concepto propio de una concepción antigua en el estudio del Estado, debido a que sirve para darle al Estado el distintivo color de la representación del pueblo, mismo que en apariencia se entiende como la fuerza y unión del pueblo, dándole entonces un aspecto, como lo hemos citado de Nietzsche, “religioso”, quizá pasional de lo que significa el poder del Estado. Pero sólo para eso sirve la soberanía, forma parte entonces del estudio de los sociólogos como impacta en la conformación del Estado a través de la psicología social. Mantener estos conceptos ha provocado conservar la ideología de Edad Media de una sociedad que no puede evolucionar ya que la costumbre se hereda, impidiendo la búsqueda de la productividad y la utilidad. De nuevo Nietzsche:

*A nosotros, los seres organizados, no nos interesa el origen de cada cosa sino su relación con lo que atañe al placer y al sufrimiento.*⁴⁰⁴

De igual manera, a una sociedad no le interesa si el Estado es soberano o no, al gobernado le interesa el impacto positivo o negativo que eso representa en su vida, si tiene utilidad o no. La política tiene el mismo destino en la psique social, o sirve o no sirve, ¿es útil la política? Comencemos insistiendo que un derecho idealista impide la utilidad, llenándolo de todos los problemas lógicos y epistémicos, incluso sociológicos que hemos descritos en líneas anteriores. Ahora bien, siendo que vivimos, tanto juristas como usuarios del Derecho, en el mundo del idealismo, un mundo *maravillosamente pintarrajeado*, podemos inferir en que la política también es parte de este mundo porque en la actualidad las democracias han aceptado el gobierno bajo la forma de la ley, es decir, la transformación de las decisiones políticas en leyes. Esto significa que es imposible gobernar sin que se

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 27.

aprueben leyes y por tanto el apoyo parlamentario es indispensable para gobernar⁴⁰⁵ y como ya lo hemos escrito, las normas jurídicas son objetos ideales.⁴⁰⁶

De ahí que podemos deducir que cuando llegue al poder una ideología política que esté encaminada a liberar al Derecho del idealismo, sólo así podrá darse paso al nacimiento de una administración, que busque principalmente la utilidad del derecho y como resultado, potenciar la administración pública. Debe analizarse entonces la figura de la negociación_también en el tema de la política, aprovechándonos de la capacidad de adaptación de dicha disciplina en su forma jurídica, ya que, al menos para el tema de gestión de conflictos y con el cierto paralelismo que guarda con la administración de justicia se puede llegar a influenciar una nueva ideología política a la cual llamamos *administración política*.

La negociación puede tener gran impacto en variados aspectos de la vida social moderna, sin embargo, su ignorancia por parte de los estudiosos de las ciencias sociales ha provocado su renacer de manera urgida por parte del Derecho. En consecuencia, la perspectiva desde la cual se observa y estudia ha sido cerrada, limitada y sin cierto deseo por descubrir las múltiples aplicaciones que puede llegar a tener esta disciplina antigua, pero que sigue vigente en el intelecto humano para resolver conflictos, no solo a manera individual, sino también colectiva. La negociación puede representar una nueva etapa en la historia del Derecho y traspasar las barreras de este último para convertirse en una ideología política modernizada que supere el presente orden del poder en una sociedad que busca satisfacer necesidades no únicamente biológicas, igualmente las colectivas. Pero para ello, debe provocarse una co-evolución entre el Derecho y la política, en donde una nueva ideología política cambie la ideología del sistema integrado de leyes y este, al modificar la actividad humana, es decir el *trabajo*, de la estructura social, pueda mejorar la producción por medio de *medios de producción* optimizados por

⁴⁰⁵ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, 3ª ed., trad. de Roberto Reyes Mazzone, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 176.

⁴⁰⁶ Rodríguez Cepeda, Bartolo P., *óp. cit.*, p. 127.

una sociología de gestión de conflictos encaminada al aprovechamiento del recurso humano de la estructura social, la utilidad y la satisfacción de necesidades.

Política engloba todo el mundo jurídico y sociológico de un territorio, por ello, la administración estatal también depende de la política. La solución de conflictos de corte político o administrativo puede ser crucial para reconocer que un territorio se encuentra en Estado de Derecho. Pero la palabra *conflicto* se enlaza a menudo con cosas negativas, porque son indicadores de un mal funcionamiento⁴⁰⁷, pero no siempre hay que asimilarlos de esta manera. En análisis de las diversas teorías de los conflictos encontramos interesantes perspectivas, la *teoría tradicional* que explica que todos los conflictos son malos. Se consideraban negativos y servían como sinónimos de *violencia, destrucción e irracionalidad* para reforzar su connotación negativa.⁴⁰⁸ Por otro lado, la *teoría de las relaciones humanas* nos da una concepción interesante que aboga por aceptar los conflictos⁴⁰⁹ y que hasta hay ocasiones en que un conflicto puede beneficiar al desempeño del grupo⁴¹⁰; y por último la *teoría interaccionista* que nos permite entender que los conflictos no sólo son una fuerza positiva en un grupo, sino que también son una necesidad absoluta para que éste se desempeñe con eficacia.⁴¹¹ Ahora bien, pensamos que al igual que en la ciencia, existe en la política la necesidad de una revolución⁴¹² que busca un progreso administrativo en su producción de servicios públicos. La sociedad está viviendo un nuevo paradigma en el que las necesidades del ser humano moderno deben obligar la búsqueda de nuevas formas de entender y articular conceptos que explican la realidad actual de la administración del Estado, es decir, vivimos en una crisis con el paradigma actual, el problema es que no ha producido alguna nueva teoría o corrientes de pensamiento que ayude a la solución de la presente crisis. Por ello, se han repasado las diferentes teorías del conflicto, porque éstos deben ser vistos como la *teoría interaccionista* marca, como una necesidad para mejorar

⁴⁰⁷ Robbins, Stephen P., *óp. cit.*, p. 396.

⁴⁰⁸ *Ídem.*

⁴⁰⁹ *Ídem.*

⁴¹⁰ *Ídem.*

⁴¹¹ *Ídem.*

⁴¹² T. S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions* (Chicago, University of Chicago Press, 1970).

el desempeño de la estructura social y de los entes de poder y no como la *teoría tradicional* manifiesta, porque esta teoría es la representación de cómo el Derecho actual interpreta los conflictos y justamente es donde el Derecho y la política se enlazan, el Derecho antiguo que se practica y el modelo político actual han sido superados por las sociedades modernas. El Derecho antiguo no permite una nueva forma ideológica política y a su vez, en el sistema político actual, sucede que se sustituye una ideología por otra, y se espera un cambio positivo en la realidad de los gobernados, pero sin un cambio en la percepción del Derecho no se darán nuevas formas de trabajo para lograr producción, manteniéndose como resultado la crisis.

Existe la *economía política o economía social*, la cual se refiere a la ciencia de las leyes sociales que rigen la producción y la distribución de los medios materiales que sirven para satisfacer las necesidades humanas.⁴¹³ Esta ciencia puede representar la nueva forma de la política y por su vínculo, con la administración por la utilización de diversos conceptos que son adaptables al mundo de la administración pública. El objetivo sería buscar la productividad necesaria a las exigencias sociales modernas, utilidad y satisfacción. Comencemos aceptando que instrumentos de trabajo más desarrollados, más perfeccionados, exigen otras relaciones de producción. Asimismo, el desarrollo de la gran industria basada en la técnica moderna no habría sido posible en el marco del feudalismo⁴¹⁴ y que las fuerzas de producción no pueden ser *arbitrarias*.⁴¹⁵ En un sistema de producción en donde el objetivo no sean mercancías sino *bienes y servicios jurídicos*, lo que se traduce en medios de garantías para acceso y el cumplimiento de derechos humanos, no es posible mantener la propiedad privada del poder, si bien el poder del Estado se encuentra dividido por los tres poderes que conocemos, el poder de los *medios de producción de derechos* sigue siendo propiedad de aquellos produciendo relaciones privadas de un círculo social. Convenimos con Oskar Lange cuando escribió:

⁴¹³ Ryszard Lange, Oskar, *óp. cit.*, p. 11.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 28.

⁴¹⁵ *Ídem*.

*La propiedad de los medios de producción es la relación social sobre la que se basa todo el complicado sistema de relaciones humanas que tienen lugar en el proceso social de producción. La propiedad de los medios de producción decide, en efecto, la forma en que tales medios son utilizados y, en consecuencia, determina las formas imperantes de cooperación y de división de trabajo.*⁴¹⁶

Pero esta propiedad del poder productivo del Estado no podrá cambiar hasta que el Derecho, a través de leyes, constituya un cambio del comportamiento social y de su superestructura, esto quiere decir que el Derecho regula las *relaciones de producción y el carácter de las fuerzas de producción*, los cuales son elementos que forman parte de la *primera ley fundamental de la economía política: la ley de la correspondencia necesaria entre las relaciones de producción y el carácter de las fuerzas productivas*.⁴¹⁷ Esta ley resulta fundamental, no sólo para la formación de todas las relaciones económicas, sino igualmente para la formación de las demás relaciones sociales.⁴¹⁸ Pero ello no representa la propuesta de desaparecer el poder del Estado, en cambio, nuestro pensamiento sugiere una *administración política*. Esta se distingue de la administración pública, la cual es resultado del derecho y política antiguos, por el hecho de que se centra en el estudio de las relaciones de gobierno públicos, las organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión de Estado, mientras que la *administración política* se concibe como el estudio de las relaciones entre los propietarios del poder de los medios *producción de bienes y servicios jurídicos* y la estructura social no propietaria del poder de dichos medios de producción. De ello obtenemos que es *administración política* porque si el problema fundamental de la sociedad es que las demandas son infinitas y los recursos limitados, la ciencia de las ciencias es la

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 30.

política y no la economía⁴¹⁹, aunque ciertamente, si se busca utilidad, producción y satisfacción, el modelo de producción de bienes y servicios jurídicos debe atender al tipo empresa buscando aprovechar los recursos humanos que un Estado posee.

Es cierta la inconsciente fuerza del Derecho que regula el comportamiento y paradójicamente, la consciencia social. Para explicar esto es necesario empezar por aceptar que los actos humanos deben ser regulados con el índice de coactividad que requiere el sentimiento y la razón social en un contexto histórico determinado.⁴²⁰ Podemos convenir en que el derecho en su estructura posee un aspecto psicológico derivado de una corriente del pensamiento que constituye una propiedad que rige el pensamiento social y que a su vez rige el comportamiento de los medios de producción de los bienes y servicios jurídicos que son objetivo del Estado de Derecho. Como hemos repasado en nuestro capítulo de “Crítica al modelo de justicia”, la corriente de pensamiento en el cual encuadra nuestro Derecho es el idealismo, más específicamente el trascendental de Kant que tiene muchos problemas epistémicos que producen duda relativa al logro de la llamada justicia en el concepto antiguo al que pertenece. Este idealismo también infecta, a través del Derecho a la política produciéndose así la falsedad del Estado. Así lo escribe Nietzsche:

*[...] el Estado miente, en todos los lenguajes del bien y del mal; todo lo que dice es mentira, y todo lo que posee, lo posee a título ilegal.*⁴²¹

Por lo anterior, el Derecho no sólo regula los actos humanos, también dirige inconscientemente la consciencia social porque obliga a la estructura social regida por la norma a aceptar una corriente de pensamiento que marcará la ideología de su superestructura. Por este motivo, resulta necesaria la evolución del Derecho y

⁴¹⁹ Crick, Bernard, *En defensa de la política*, México, Kriterion Tus Quest Editores en coedición con el INE, 2018, p. 195.

⁴²⁰ Soriano Díaz, Ramón L., *óp. cit.*, p. 41.

⁴²¹ Nietzsche, Friedrich, *Así hablaba Zaratustra*, México, Ediciones Leyenda S.A., 2016, p. 39.

la política toda vez que ambos forman parte de la superestructura social. Consideramos que la administración política tiene como objetivo que el poder derivado de la propiedad de los medios de producción de bienes y servicios jurídicos sea gestionado por medio de las relaciones equilibradas derivadas de la superestructura social, con apego a un sistema integrado de normas que posea una psicología, es decir, que tenga como base una corriente de pensamiento diferente que permita un funcionamiento que logre del cumplimiento útil y satisfactorio de las necesidades de los individuos, quienes intervendrán de acuerdo a su función dentro de la superestructura aprovechando el recurso humano de aquella, lo cual constituye necesariamente el cumplimiento de la *ley del desarrollo progresivo de las fuerzas productivas*.⁴²²

En la política actual en nuestro país hay un desperdicio del recurso humano, todo a raíz de este idealismo que sufre nuestro derecho. Es idealista una política que no acepta las limitaciones humanas y por lo tanto un sólo ser humano no tiene la capacidad de entender cuan compleja es el sostenimiento de una nación, para luego darnos cuenta que el voto de los participantes en esta democracia ha sido un síndrome de una sociedad sin una *política funcional*. Pero, ¿qué tiene que ver la negociación con la política?, administración pública es la gestión de los asuntos públicos, una curiosidad importante que se relaciona con la negociación es que aquella palabra tiene diversos significados que se refieren a un concepto bastante parecido al de gestionar; por ejemplo, la palabra negociar significa tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro⁴²³, gestionar por su parte, significa ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo⁴²⁴ o también manejar o conducir una situación

⁴²² Esta ley patentiza, pues, la necesidad de una modificación constante de las fuerzas productivas, que conduce a un "potencial productivo" de la sociedad cada vez más elevado, Ryszard Lange, Oskar, *óp. cit.*, p. 41.

⁴²³ "Negociar", (Del lat. *negotiāri*). 2. intr. Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro. U. t. c. tr. *Diccionario de la Lengua Española*, dirección de internet: <https://dle.rae.es/negociar?m=form.>, fecha de consulta: 28 de julio del 2020.

⁴²⁴ "Gestionar", Gral. Ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo. *Diccionario panhispánico del Español Jurídico de la*

problemática, mientras que gestión es acción y efecto de administrar.⁴²⁵ Pues bien, he aquí la relación tan estrecha que existe en estas palabras y conceptos: que todos van encaminados a tratar de administrar para el logro de un objetivo en pro de darle respuesta y solución a una problemática que tenemos.

Una de ellas que impide manejar con maestría una situación, incluso de esta naturaleza a través de la negociación es la terrible falta de entendimiento de dos palabras que actualmente están inmersas por desgracia en la administración de la cosa pública, hablamos de política y democracia. La segunda es mejor entendida como un régimen político destinado a asegurar el gobierno del pueblo, cuya voluntad debe expresarse siempre mediante mecanismos que garanticen al pueblo, configurado en los ciudadanos, el derecho a la participar en la gestión de los asuntos públicos, conforme a los principios de igualdad, libertad, pluralismo y tolerancia. En cuanto a la política, el concepto es complicado, la pregunta ¿por qué los gobiernos presidenciales que sustituyen a los anteriores en su gran mayoría fracasan?, tiene una respuesta que atiende al malentendido que existe entre percepciones de la política, es decir, existe una disociación de lo que se entiende por política. Sería absurdo que de entre todos los políticos actuales no exista un conocimiento siquiera básico de su significado y los alcances de la palabra política, por lo tanto, es correcto decir que hay disociación en el conocimiento de la palabra en cuestión a razón de que no se ha hecho una correcta interpretación y clasificación entre lo políticamente social y lo políticamente científico, incluso el estudio de la acepción de la palabra política.

Max Weber dice...

El concepto es extraordinariamente amplio y abarca cualquier género de actividad directiva autónoma. Se habla de política de divisas de los

Real Academia Española, dirección de internet: <https://dpej.rae.es/lema/gestionar>, fecha de consulta: 28 de julio 2020.

⁴²⁵ "Gestión", da (Del lat. gestĭo, -ōnis). 2. f. Acción y efecto de administrar. *Diccionario de la Lengua Española (2001)*, dirección de internet: <https://www.rae.es/drae2001/gesti%2525C3%2525B3n>, fecha de consulta: 28 de julio del 2020.

*bancos, de la política del descuento del Reichsbank, de la política de un sindicato en una huelga, y se puede hablar igualmente de la política escolar de una ciudad o de una aldea, de la política que la presidencia de una asociación lleva en la dirección de esta e incluso de la política de una esposa astuta que trata de gobernar a su marido.*⁴²⁶

Con lo anterior podemos tener una idea acerca de la política, al no existir una definición de política concreta, se necesitaría un concepto que englobe el cumplimiento de los objetivos primarios de la administración pública, por lo tanto, política se trata de un consenso sobre las cuestiones que sean de dominio social. La política debe de interesarse, no solo por la representación material del voto de los participantes, sino principalmente por la toma de decisiones que produzcan las mejores situaciones de crecimiento y desarrollo común en los gobernados, a lo anterior se le podría llamar como administración política, esto puede ser la piedra angular del estudio de la política en el futuro de países subdesarrollados que buscan competir en un marco internacional. Para lograr el fin antes descrito es necesaria la *renovación de la concepción de Estado como control o poder legítimo*, ya que, en la antigüedad, el poder del Estado era visto como una necesidad vinculada con la búsqueda de una figura representativa de la sociedad, tal es el caso egipcio donde el Estado era el faraón, afirmado no sólo por el propio faraón, sino por todos los pobladores del Estado⁴²⁷ y este es un paradigma que no se ha superado.

Hemos expuesto que la palabra política ha sido un concepto muy engañoso para los entes de poder, incluso para la misma sociedad que asimila que la democracia representa la vida política total del Estado, sin embargo, lo que queda claro es que en cuanto a la política para la designación de un cargo público, se tiende a arrastrar consigo un sinnúmero de asuntos públicos de corte diferente al

⁴²⁶ Weber, *óp. cit.*, p. 82.

⁴²⁷ Sánchez Andrade, *óp. cit.*, p. 44.

referenciado, es decir, cuando se decide un cargo público, por ejemplo, la presidencia, esta decisión arrastra también la decisión sobre aspectos de carácter jurídico y administrativo de un país. En esto falla la actividad política actual del Estado, no es política con objetivos definidos de decisión debido a la falta de orden basado en la clasificación de políticas que estructuren al sistema estatal, lo que se vive en los tiempos actuales es la disociación de aspectos políticos que no logran sino los fracasos del Estado en la obtención de los satisfactores primarios para los gobernados.

La negociación ha sido subestimada por muchas ciencias sociales, inclusive quedó fuera del derecho para sustituirla por ideas inconclusas como la ya conocida mediación o el procedimiento arbitral que, más que un procedimiento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tiene más parecido a un juicio común y corriente. Pero negociación tiene infinitas aplicaciones en la vida humana, nació como una necesidad social que facilitaría la vida pacífica, los economistas tienen también noción de este concepto aplicándolo a teorías tan importantes como la teoría de juegos o el equilibrio de Nash. Negociación es una disciplina complementaria a otras ciencias y disciplinas de carácter social que mejora de la vida humana en sociedad.

Quizá sería inadecuado interpretar al Estado como un inequitativo sistema de distribución de poder, así como también lo sería decir que la política es violencia social a través del ejercicio desmesurado de las competencias de los propietarios del poder. Sin embargo, las revoluciones sociológico-políticas del Estado han causado una configuración importante donde el poder se ha convertido en una fuente monetaria para los políticos. Por lo tanto, sistema y asociación representan dos formas diferentes de política, la razón del atrevimiento a señalar lo anterior es que en ambos casos existe una estructura, lo que se representaría como un cuerpo orgánico, pero con la característica de que existe no sólo funcionamiento sino una complejidad sociológica que afecta a todos los elementos que conforman un sistema y una asociación. Es necesario aclarar que, en todo aspecto social, existe una tendencia, nos referimos a la presencia del factor poder, no obstante, la política

moderna debe estar determinada no sólo por el poder sino también por la participación civil. Para que un sujeto pueda participar en los asuntos políticos es necesario que aquel tenga una sabiduría o corriente de pensamiento político que sea compartida con algunos otros, esto dará por resultado la conformación de un sistema social con dos tipos de estructuras sociales principales que podrían constituir una nueva política del Estado, *la sociedad política y la sociedad civil*. Al conjunto de individuos que defienden una corriente de pensamiento político los llamamos *asociaciones de pensamiento político*, ya que representan el nacimiento de los llamados partidos políticos, mientras que una sociedad conformada por diversas sabidurías que son conocimientos científicos divididos en *categorías* de estudio junto con las sociedades que son fuente de fuerza laboral y participación en la activación de la economía, conformaran a la *sociedad civil*. Esta división social dará como resultado el nacimiento de nuestra idea de la *administración política como la gestión del poder de los medios de producción de bienes y servicios jurídicos que tienen como objeto el cumplimiento y satisfacción de las necesidades colectivas*, donde cada sociedad está constituida por sujetos que tienen un *rol*, es decir una función dentro del sistema político y estructural del Estado, buscando que esta idea busque un progreso en la política, intentando ordenar las vaguedades epistémicas de los conceptos de política, democracia, derecho, justicia y sociedad a fin de encontrar un mecanismo funcional que permita potenciar el capital humano del Estado y lograr la satisfacción de las necesidades jurídicas, sociológicas y biológicas de la colectividad, el cual es el objetivo principal de la política.

Abordando el factor poder en la estructura política del Estado, debemos tener claro que aquel es una facultad legítima para ejercer violencia a la sociedad gobernada. Es especialmente íntima la relación del Estado con la violencia legítima, en este sentido, la violencia puede ser ejercida de diferentes formas, por ejemplo, la imposición de normas que sean de obligatoria observancia del gobernado, psicológica, a través de los medios de comunicación, al momento de imposición de un jefe político, el Estado ejerce violencia democrática, así mismo el obligatorio cumplimiento de los principios básicos de la civilidad es también violencia estatal a razón de que obliga al gobernado a comportarse conforme a los principios

establecidos y, en caso de no hacerlo, el sujeto estará en espera de un apercebimiento por parte del Estado. Por lo anterior, y basándonos en la conferencia que Max Weber pronunció en 1919 en Múnich donde llega a la conclusión de que el Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia, llamamos violencia estatal *aquella cualidad del Estado para dominar e influenciar el comportamiento, organización, administración, asociación y nacionalismo de la sociedad humana que reside en el territorio donde se constituya el Estado mismo.*

La evolución estructural de la política de un Estado, se da linealmente; no es raro detectar “saltos” progresivos o regresivos⁴²⁸, y esto es porque simplemente la política representa una pugna entre asociaciones de pensamiento político por el poder. A partir de aquí, tenemos que hacer una reflexión acerca del capital humano que, a través de las generaciones, los sociólogos han tratado de encontrar un orden cognitivo a dicho capital creando clasificaciones sobre la sociedad, pero por ahora nos es más adecuada la distinción entre *societas civilis sine imperio* (sociedad civil sin poder central), y *societas civilis cum imperio* (sociedad civil con poder central)⁴²⁹, en donde la primera tiene una independencia del Estado, mientras que la otra nos marca una imposición de poder del Estado, vale preguntarnos ¿pueden existir ambos tipos de sociedad en un Estado?, de inicio la respuesta a la cuestión pareciera bastante obvia porque todo lo que exista dentro de la demarcación territorial donde se haya constituido el Estado es perteneciente a éste y a su poder legítimo, no obstante, Zippelius en el prólogo a la primera edición alemana de su “Teoría general del Estado”, citado por Eduardo Andrade Sánchez, dice: *La ciencia del Estado no puede ofrecer un sistema simple y coherente, a partir del cual se logre dar respuesta correcta, de una vez y para siempre, a todas las cuestiones que conciernen a la comunidad política. No es posible reducir anticipadamente la complejidad de lo concreto a un principio o un hecho fundamental.*⁴³⁰ Lo cual implica que el Estado basado en el poder político, como actualmente en nuestro país se conoce no es la única forma de organización social existente, aquel Estado basado

⁴²⁸ Sánchez Andrade, *óp. cit.*, p. 28.

⁴²⁹ Bobbio, Norberto, *óp. cit.*, p. 39.

⁴³⁰ Sánchez Andrade, *óp. cit.*, p. 29.

en el poder sólo representa el monopolio legítimo de la violencia atribuida al Estado, aquel que tan sólo le da capacidad coercitiva, característica por la que se crea polémica sobre si es correcta la conceptualización de Estado actual. Esto significa que pueden coexistir sistemas de organización social en uno mismo, y de hecho, existen sociedades no reguladas por el Estado, tienen vida por la mera asociabilidad de los sujetos, teniendo en consideración de que esto aplica en grupos pequeños, pudiendo ser estos, los grupos de trabajo científico.

La actividad que tiene actualmente el capital social se encuentra limitado, dado que va encaminado a la participación de corte democrático, esto lo vemos con José Fernández Santillán en su “Sociedad civil y capital social” donde el autor expone: *La participación en las organizaciones civiles —como sostenía Alexis de Tocqueville, precursor del estudio de la sociedad civil y del asociacionismo— es la escuela elemental de la democracia. Allí se aprenden las primeras letras de lo que es el gobierno popular; en ellas se practica la tolerancia, la moderación, el compromiso social y el respeto por los puntos de vista ajenos; de manera semejante, allí se toma contacto inicial con la formación de los consensos y el respeto de los disensos.*⁴³¹

El estado debe olvidar que la democracia es esa característica que hace que un sistema que garantice el control efectivo del poder de los gobernantes, y a través de ellos, del Estado. Debe interpretar que la democracia, fusionada con un derecho libre de idealismos trascendentales y con una influencia de la negociación por sus características jurídicas y filosóficas como función de gestionar asuntos públicos pueda modificar la ideología que el derecho antiguo dejó en la política y avanzar a la constitución de una sociedad funcional, que pueda, a través del cumplimiento de sus roles como individuos, satisfacer y resolver eficazmente problemas de política administrativa.

⁴³¹ Fernández Santillán, José, “Sociedad civil y capital social”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales- Universidad Autónoma del Estado de México*, México, vol. 16, núm. 49, enero-abril, 2009, p. 111. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/105/10504905.pdf>, consultada en fecha 14 de agosto del 2020.

Esta idea de *administración política*, tiene ciertas características tomadas de las ideas del politólogo estadounidense Robert Dahl con su “Poliarquía”, en donde conocemos al estado de *muchos gobernantes* y, por lo tanto, se opone a oligarquía, misma que a través de este ensayo tratamos de crear la polémica para combatir al gobierno de los pocos, es decir los propietarios del poder que ha sido quizá uno de los problemas que mayormente han impactado a nuestra sociedad. Dahl expone, en su obra “*La poliarquía*”, que: *Cuando los regímenes hegemónicos y las oligarquías competitivas evolucionan hacia la poliarquía aumentan las oportunidades de participación y de debate auténticos, y, por consiguiente, el número de individuos, grupos e intereses cuyas preferencias hay que considerar al ejercer el poder político.*⁴³²

Con esto, tratamos de proponer que la participación del recurso humano debe ser aprovechada no sólo para efecto de emitir un voto, sino que, mediante asociaciones o instituciones, el intelecto humano sea dirigido a un rol que desempeñe el sujeto, lo cual representaría una función útil y represente un significativo proceso para evolucionar a la *administración política* y así mejorar al Estado. En las estructuras políticas de las sociedades modernas no se debe buscar únicamente la representación estatal, sino también la satisfacción de las necesidades primarias de hombres y mujeres esto a través de una gestión controlada y ordenada a través del aprovechamiento del capital humano, el cual es quizá su fuerza económica más productiva, ya que sin acción de los individuos no hay hechos que puedan ser objeto de estudio, esto es que no habría respuesta real a los asuntos públicos, su naturaleza asociativa debe dirigir a los individuos a encontrar nuevos mecanismos de producción, sin afectar la necesaria competencia en la política de representación, la cual es necesaria. De esta manera el Estado se configura como un *macro medio de producción a través de la negociación, es decir de la gestión social*, una *macronegociación* entre poder legítimo del Estado y las asociaciones civiles en donde el capital humano actúe de manera permanente,

⁴³² Dahl, Robert A., *La poliarquía. Participación y oposición*, 3ª ed., España, Editorial Tecnos, 2009, p. 23.

persistente y acorde al plan colectivo como producto de los estudios reales científicos aceptados por las *asociaciones científicas* que conforman la estructura política del Estado moderno como medio de producción. No hablamos de comunismo o un socialismo moderno, hablamos de una subespecie de globalismo a nivel estatal, ya que la política no debe consumir a la democracia y ésta no debe impedir el trabajo del recurso humano limitándolo a un trabajo salarial y al voto, sino que atañe a todos los recursos del Estado para mejorar su realidad y así competir en el marco internacional, cambiando de esta forma la mentalidad y la costumbre que se tiene acerca de cómo tenemos conceptualizado al Estado, la política y a la herramienta más importante conocido como Derecho.

Como hemos explicado en líneas anteriores, el problema que no ha sido observado a nuestro parecer por los politólogos es que no hay una distinción entre cosas públicas y cosas que son meramente de corte científico, mismos que pueden ayudar a una mejor toma de decisiones en las cosas administrativas del Estado, así que me he permitido crear una clasificación básica de la política para atender a la problemática planteada. En primer lugar, la política que tiene como objetivo lograr las decisiones inherentes a la ocupación de un cargo público a través de la competencia democrática debería de ser conocida como *política de representación*, sea esta para cargos de orden federal, estatal, municipal, puestos directivos de instituciones, organizaciones, etc.

En segundo lugar, la *política de administración estatal*, en donde las decisiones están a cargo de las *asociaciones científicas* dada la naturaleza de las decisiones que, a futuro, tendrán repercusiones que no podemos dejar al azar o a decisión meramente democrática porque el voto es equivalente a una opinión de un integrante de la sociedad civil y que no perteneciente a la sociedad científica, es decir, representa un juicio de valor sentimental y por ende, no es un juicio de valor basado en la científicidad de la opinión de las asociaciones científicas.

Las desigualdades económicas y de otras índoles han creado la clasificación de sociedades, que a menudo, nos hacen distinguir entre sociedades políticamente útiles y otras que son meramente de opinión, ya que, como hemos explicado en

líneas anteriores, sólo dan aportaciones vinculadas con los sentimientos, mismas que constituyen la *sociedad de opinión pública*. Esta última sociedad, es apolítica, ya que, debido a su perspectiva y su estatus social y económico, son un conjunto de personas dedicadas al trabajo privado o público, pero que no aportan otra cosa que opinión sobre las cosas políticas o administrativamente importantes. Con esto no estamos queriendo decir que están imposibilitados a participar, sino que la opinión representa juicios de valor, mismos que deben ser estudiados por la comunidad científica como testimonio del desarrollo humano logrado.

Lo anterior tiene como base la actuación de la sociedad, no como participantes en las decisiones, es decir, como participantes en la democracia representativa, sino como sociedad que conforma asociaciones diversas que pueden ser de carácter político o científico para diferentes fines que hagan necesario el desarrollo de mecanismos de participación basada en el voto sobre aspectos científicos en las decisiones administrativas Estatales y las decisiones sobre representación social del sistema político del Estado. El progreso científico constituye una parte, la más importante, de ese proceso de intelectualización en las funciones del Estado, al que, desde hace milenios, estamos sometidos y frente al cual se adopta una actitud extraordinariamente negativa⁴³³ dado que se sigue pensando en un nuevo régimen de representación política como una nueva esperanza de mejorar la vida social.

El trabajo de Talcott Parsons representa para mí, la base funcionalista de la estructura política que expongo en estas líneas. Tomo como modelo base sus obras para tratar de crear un modelo sociológico que proyecte una progresión sociológica de la sociedad civil y la sociedad política. Parsons es un representante del funcionalismo y probablemente el sociólogo contemporáneo más seguido y criticado a la vez. Fue un optimista epistemológico, pues creía firmemente que era posible llegar a una teoría de la realidad social y que la labor del científico-social era elaborar dicha teoría a través del análisis.⁴³⁴ Al principio de este apartado, establecimos que

⁴³³ Weber, *óp. cit.*, p. 200.

⁴³⁴ Soriano, Ramón, *óp. cit.*, p. 142.

sistema y asociación representan formas diferentes de política, esto fue expuesto debido a que el papel que toma la sociedad civil y la sociedad política en la estructura política de un Estado es establecido de acuerdo a la conducta emanada por el actor, quien de acuerdo a sus acciones se suma al tipo de sociedad al que pertenezca su acto.

Vayamos al estudio del actor, teniendo inicialmente que la unidad básica del sistema social es la conducta humana que puede ser descrita mediante categorías⁴³⁵, mismas que se vinculan con el tipo de política a que se relacione, por ejemplo, si el sujeto se enlista a un partido político lo dirige plenamente a la *sociedad política* y por tanto en un futuro, competirá en la *política de representación*. Por otro lado, si el sujeto dedica sus acciones dentro de una *asociación científica* dedicada al arte y a la ciencia en algún aspecto que interese a la administración del Estado, como, por ejemplo, la preservación del medio ambiente, en este caso, el sujeto no pertenecerá a la sociedad política, sino a la sociedad civil y por sus actividades, el rol que tomará será el de científico que ayudará con sus estudios científicos a la toma de decisiones sobre la categoría medioambiental del Estado.

Los roles son las unidades básicas del concepto de institución, pues una institución es un complejo de integraciones de rol institucionalizadas, una pluralidad de rol interdependientes, o modelos normativos que definen las categorías de acción esperadas.⁴³⁶ Ahora bien, el rol del actor depende de la categoría. Desde un punto de vista Parsoniano, en el análisis social, el actor es captado dentro del marco de referencia del estatus-rol, y que el actor mantiene una posición en el sistema y desde la misma actúa relacionándose con otros actores⁴³⁷ del mismo rol sea científico o político.

Las instituciones son precisamente las asociaciones, sean de corte político o científico, pero que al fin, tienen una función dentro del sistema social y de la estructura política del estado, las instituciones son para Parsons el elemento

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 144.

⁴³⁶ *Ídem*.

⁴³⁷ *Ídem*.

decisivo de la integración y conservación del sistema social, puesto que es el punto de relación con el sistema de la personalidad y el sistema de la cultura, ya que en la institución se aumentan los valores de la cultura internalizados por la personalidad de los actores sociales.

Una *categoría* puede ser vista como un campo de estudio de las instituciones necesario o función que desempeñará el actor para el crecimiento y desarrollo del Estado. Sería necesario crear un listado de categorías para vincularlas con la función que tiene a razón de la política a que pertenezca, pudiendo ser política de representación o política de administración estatal. Hemos de aclarar que en cuanto a la *política de representación* no existe una categoría extraordinaria más que precisamente el de representación, el cual deberá dirigir sus acciones a ejercer el rol de medio de comunicación con las asociaciones políticas como los partidos políticos que le haga competencia, con la *sociedad científica* y con la *sociedad de opinión pública*.

En una *administración política*, la democracia no es el concepto correcto para que la sociedad en general pueda participar y en lo sucesivo pueda tomar decisiones, creemos que lo aceptable sería la llamada *poliarquía* del estadounidense Robert Dahl en razón de que pueden participar todos los sujetos, pero en la correspondiente función de la sociedad o asociación al que se han establecido. Para ello hay que hacer un estudio minucioso de las asociaciones, que conforman el sistema general político del Estado. Observamos que sociedad es el conjunto de individuos/sujetos relacionados entre sí que comparten una misma cultura o civilización y regidos por mismos principios y normas de derecho. Sin embargo, esta sociedad sufre una división cuando sus individuos deciden tener ideales determinados diferentes, dando por resultado que esas divisiones de la sociedad compartan sabidurías y/o corrientes de pensamiento en común constituyendo por resultado a las asociaciones.

Entendiendo como sabiduría al conjunto de conocimientos que un sujeto posee y que dirigen sus actos, éstos lo vinculan con el tipo de sociedad y tipo de política al cual va dirigida su acción, mientras que establecemos como *corriente de*

pensamiento aquella ideología de corte político que rige su comportamiento comunicacional con las sociedades restantes (*civiles y de opinión pública*). Es importante relacionar los conceptos de *sabiduría* y *corriente de pensamiento* con el tipo de sociedad en que funcionan, en cuanto a las segundas, queda claro que las sociedades que practican más estas, ya sea en campaña o inicialmente como participante de un partido político, son las sociedades políticas, aquellos sujetos que dedican su vida y sus acciones a la *política de representación*, ya que son meramente movimientos ideológicos que pretenderán influir en los sujetos creando crítica en ellos y que constituirán la personalidad política del individuo. En cambio, las *sabidurías* tienden a ser de los sujetos que dedican su actividad a los aspectos científicos de su campo de estudio, estos sujetos pertenecen a la llamada sociedad civil, ya que trabajarán con independencia del poder del Estado. Por lo tanto, y debido a la diversidad de campos de estudio existentes, a diferencia de la política de representación, hay una pluralidad de categorías y de roles que harán necesario el nacimiento de diferentes asociaciones científicas encaminadas a crear decisiones basadas en estudios relacionados con las ciencias rígidas, esperando que esto aminore el rango de error de las decisiones.

Las *sabidurías* crean, por mero profesionalismo y campos de conocimiento, asociaciones de sujetos científicos que constituirán a las *asociaciones científicas*. Estas asociaciones científicas trabajarán en el ejercicio de sus funciones organizando grupos de trabajo, mismos que tendrán una intervención democrática dentro de su asociación, es decir, los grupos de trabajo que conformen a la asociación en cuestión tendrán votos que le permitan opinar dentro de la comunidad científica y en lo sucesivo influenciar en la decisión sobre algún tema administrativo que sea responsabilidad del Estado en específico con relevancia ya sea actual o futura.

La finalidad de un sistema de *voto mayoritario científico* es conocer cuál es la decisión de la comunidad científica respecto de problemáticas o campos de estudio vinculados a su ciencia. A las anteriores actividades de decisión se les debe vincular con la *política de administración estatal*, siendo que las problemáticas que

se ponen a su estudio son de incumbencia política estatal, dependerá de la comunidad científica el crecimiento y desarrollo de los individuos que viven en el Estado.

En la parte primaria de este apartado, hablamos del poder y su necesaria existencia para la prevalencia del Estado, es necesario aclarar que, aunque ha sido útil la teoría social de Parsons para gran parte del desarrollo de esta idea, es también cierto que su trabajo oculta las estructuras institucionales del poder: la economía, la política y la militar, y pretende situar sus categorías en una esfera de autonomía y sin implicaciones. Por ello resulta necesario mencionar a Mills, quien también es citado por Soriano Ramón, ya que a él le debemos una sociología del poder y de las elites del poder frente a una sociología tradicional de las clases sociales.⁴³⁸

Teniendo estas dos perspectivas, es obligatorio y no debatible que el Estado necesita del poder, sin embargo, nuestra teoría no describe un poder centralizado en el Estado, sino un poder dividido entre las asociaciones que desempeñan una función como ya lo hemos establecido. Las asociaciones políticas en su rol de ente de comunicación tienen el poder del control social, en donde las necesidades del país le sean hechas saber por las sociedades científicas. Por su parte, la sociedad de opinión pública tendrá el poder emitir juicios de valor que tenga sobre la ideología, personalidad o cualidades de quien pretenda llegar a la representación social. Será pues factible que se cumplan con las disposiciones que Robert Dahl nos expone en su trabajo de poliarquía, que cada miembro, en este caso de la sociedad de opinión pública, efectúe los actos de expresión de preferencia entre las alternativas previstas a través del voto, que los participantes sean de idénticas proporcionalidades de peso sobre la decisión y que la alternativa con mayor número de votos se proclame la elección ganadora.⁴³⁹

En cuanto a las sociedades científicas, que conforman las asociaciones científicas que dedican sus actividades dependiendo de la categoría asignada, su

⁴³⁸ Soriano Díaz, Ramón L., *óp. cit.*, p. 152.

⁴³⁹ Batlle, Albert (*coord.*), *Diez textos básicos de la ciencia política*, España, Ariel, 1992, p. 80.

poder de participación se basará en el debate científico. Las asociaciones científicas pueden trabajar en grupos de trabajo, estos constituyen a la institución científica destinada al estudio de la categoría que tenga como su especialidad. La finalidad de crear grupos de trabajo será la formulación de diferentes conclusiones sobre alguna decisión, lo que dará por resultado el ejercicio del debate científico, el dialogo y por último la creación de conclusiones que determinarán el *voto científico* de los integrantes de la institución en cuestión sobre los problemas que se hayan estudiado. Ahora bien, en cuanto a las circunstancias que harán efectiva la *política de administración estatal*, serán que cada grupo de trabajo expresen sus conclusiones después de haber terminado el trabajo científico necesario, en segundo lugar que las conclusiones científicas sean expresadas ante el pleno de la institución que estructure la asociación científica, en tercer lugar, que las conclusiones sean debatidas en su totalidad para crear conclusiones y por último, que la conclusión que tenga el mayor número de votos científicos pueda ser considerada como la alternativa administrativa más productiva.

De esta manera, la negociación, en su carácter de gestión, se convierte en una *macronegociación* de la estructura social, también puede ser una oportunidad de gestionar de manera eficaz los problemas públicos, configurando el concepto de democracia a una *democracia progresiva* y a la política destinada a los servicios públicos como una *administración política*, impulsando la participación y el aprovechamiento total del recurso humano en su máxima potencia. Es obvio que hace falta detallar muchos aspectos conceptuales y sociológico-políticos, además de un estudio de los factores psicológico-sociales y económicos que son necesarios para complementar esta idea, pero este inicio, puede significar la propuesta para dar respuesta al problema epistémico y conceptual del campo científico de la estructura política del Estado, dándole una concepción diferente, en donde la negociación sea una característica que se puede tomar en cuenta para mejorar los asuntos públicos.

El alma de una sociedad depende de cuan productivo sea su sistema político, para los gobernados quizá no exista algo más importante que la política y la

democracia ya que de estos dos conceptos depende el alcance de los servicios públicos, el sistema económico y la sustentabilidad de un país completo. Como ya se ha establecido, la política no tiene una definición clara, por lo tanto, es necesario descubrir la definición que más se acerque a lo que una sociedad necesita, ya se ha citado a Max Weber, para ilustrarnos que hay diferentes tipos de política, hemos propuesto una llamada *política de administración* que deberá relacionarse con todos y cada uno de los aspectos que integran el aparato de funcionamiento de los servicios públicos y uno de ellos es la impartición de justicia. Este servicio público ha evolucionado, de ser un servicio a un requisito para el correcto funcionamiento de la política en general, y es que, ¿cómo imaginarnos un sistema social en el que la justicia no sea garantizada?

Bernard Crick dice: “política es política, valorable por lo que es. ... La persona que desea que la dejen en paz y no tener que preocuparse de la política acaba siendo el aliado inconsciente de quienes consideran que la política es un espinoso obstáculo para sus sacrosantas intenciones de no dejar nada en paz.”⁴⁴⁰ He de estar de acuerdo parcialmente con este autor, ya que efectivamente, la política debe ser vista y valorada por sus funciones con su equilibrado punto social, pero falla al expresar que es un aliado para no dejar nada en paz, la cuestión es ¿no una actividad sana de la política es la de cuestionarla?

Bajo esta premisa, queremos dar a entender que la política no es sólo política, la política es un aparato de ideas que se relacionan entre sí para responder a factores que integran un sistema y una estructura social compuesta por el poder del Estado y el nacionalismo, hablamos de aparato a razón de que alude a un conjunto organizado de piezas que cumple una función determinada.⁴⁴¹ La característica de organización ha sido sin duda lo más incumplido en un modelo político mexicano cargado de corrupción, misma que desgraciadamente ha influenciado en el espacio judicial. No es desconocido que la política y el derecho

⁴⁴⁰ Crick, Bernard, *óp. cit.*, p. 26.

⁴⁴¹ “Aparato”, da (Del lat. *apparātus*). 1. m. Conjunto organizado de piezas que cumple una función determinada. *Diccionario de la Lengua Española*, dirección de internet: <https://dle.rae.es/aparato?m=form>, fecha de consulta: 01 de agosto del 2020.

se relacionan, es por ello que pensamos que la impartición de justicia se presta a la teatralidad. El sistema político de gobierno consiste en escuchar a esos otros grupos a fin de conciliarlos en la medida de lo posible y en ofrecerles categoría legal, protección y medios de expresión claros y razonablemente seguros⁴⁴², es por ello que la justicia tiene tanta importancia en el sistema político, pero lastimosamente tan solo se observan los resultados individuales, es decir, cuantos asuntos es posible resolver, pero no se toma en cuenta de las consecuencias políticas de lo que significa que un mecanismo de justicia sea observado por sus usuarios como inútil.

Pero, ¿la democracia que tiene que ver en este problema? La democracia conlleva a que una sociedad cumpla con ciertas responsabilidades civiles, pero no sólo los gobernados las tienen, sino que también los entes del poder tienen una obligación que es aún más importante, garantizar la vida civil de manera pacífica. El Derecho se vio como una herramienta para este fin, pero pasó de ser una herramienta a ser parte de la política debido a que sin la impartición de justicia los entes del poder y en general todos los gobernados vivirían en una inequidad de condiciones civiles que haría detonar una desobediencia civil a todas luces justificada. ¿Cómo se mantiene la vida civil pacífica?, dando las mismas oportunidades a todos los gobernados al acceso efectivo y satisfactorio de los derechos que emanan de los documentos que los rigen, aquí es donde comienza el problema, un sistema tan antiguo que tiene como base un idealismo puede ser ignorante del verdadero objetivo: resolver conflictos. Con usuarios tan malinterpretados y con litigantes que siguen las bases de un idealismo trascendental y que siguen ignorantes de la falsedad del derecho en su lógica, donde los juicios se van inclinando por hacer ganador al de mejores conocimientos e interpretaciones de todo el conjunto de derecho aplicable, convirtiendo al conflicto en un mero encuadramiento de conocimientos, en vez de la búsqueda “democrática” entre las partes para encontrar la solución al conflicto. Verdadero abogado, es el hombre que aprende a resolver conflictos, no el que aparenta saber más o el que pretende

⁴⁴² Crick, Bernard, *óp. cit.*, p. 29.

ilustrar a los demás, abogado es quien sabe a través de sus recursos, encontrar una solución pacífica y satisfactoria.

Lo que ha pasado con el Derecho mexicano y con su sistema de justicia ha sido bastante triste, ya se han expuesto todos los problemas que tiene el derecho y el mecanismo de justicia a lo largo de este trabajo, existe una hostilidad, una forma de hacer “justicia” que simplemente no es efectiva, no es funcional y por lo tanto no es satisfactoria, lo cual significa que este sistema de justicia actual no reúne los requisitos para constituirse siquiera como un *servicio*. Podría decirse que paradójicamente, el Derecho mexicano no ha sido democrático, tomaré una línea interesante: *democracia debe ser de las palabras más promiscuas en el mundo de los asuntos públicos [...]*⁴⁴³, sin embargo, la democracia en sentido amplio significa una forma de convivencia social en la que los miembros son libres e iguales y las relaciones sociales se establecen conforme a mecanismos contractuales. Esto quiere decir que hay en la democracia un contractualismo que vive y regula omnipotentemente las relaciones humanas y esto hace que todos sean libres e iguales, resultará polémico lo siguiente, pero ¿no el derecho está basado en un contractualismo social?, y con estas polarizaciones sociales y económicas derivadas del odio producido por el quehacer hostil jurisdiccional, ¿se puede lograr un verdadero avance como sociedad?, podría decirse que la impartición de justicia también es parte de la democracia en el sentido de evitar diferencias, el derecho es parte de la igualdad en todo género posible y esta es parte de la vida de la política de un Estado, ya que podría ser una particular combinación de instituciones. Pero Tocqueville escribió: “las naciones de nuestro tiempo no pueden impedir que los hombres alcancen una condición de igualdad, pero depende de ellas que del principio de igualdad se derive la servidumbre o libertad, sabiduría o barbarie, prosperidad o ruina”⁴⁴⁴, de esta reflexión se puede concluir que la democracia debe poner énfasis en su utilidad y la funcionalidad dándoles a los individuos no solo el derecho al voto, sino también la posibilidad de constituirse como un recurso

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁴⁴ Tocqueville, Alexys de, *La democracia en América Latina*, México, Editorial Alianza, 2018, p. 334.

habilitado para la coadyuvancia en las negociaciones de gestión entre el poder del Estado y la sociedad.

En este marco conceptual podría considerarse a la negociación como un derecho cultural y político, toda vez que representa una oportunidad del mejoramiento social en el marco de la impartición, además de que se constituye como una actividad humana que repercute en aspectos económicos, sociales y jurídicos, tiene un impacto educativo debido a que, según nuestra propia carta magna expresa que *será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.*⁴⁴⁵ De esta manera, la negociación como parte de nuestra cultura representa en el mundo del derecho, un nuevo modelo de producción de justicia como *orden de estado de cosas*, quizá a un estilo de empresa donde se busca la satisfacción de los usuarios y así, ayudar a la democracia para constituir un Estado políticamente funcional.

La democracia también es sinónimo de garantía de derechos humanos y por ello la democracia es parte del estado de derecho. El objetivo de todo estado de derecho no sólo es otorgar seguridad y certeza jurídicas, sino, además, garantizar los derechos humanos.⁴⁴⁶ Sin embargo, con el modelo jurisdiccional actualmente utilizado pareciera que estos derechos son pertenecientes a la sociedad con cierto poder económico o político debido a que su acceso es tan sólo de unos pocos que tienen dichos recursos para acceder a ellos. Por dicha razón, los mecanismos socioeconómicos se deben dirigir y planificar con vistas a lograr para todos los hombres la realización efectiva material de esos derechos.⁴⁴⁷ La democracia le da el poder al pueblo de aceptar en este sentido algún marco normativo que se le pretenda imponer, queda preguntarnos: ¿aceptaría nuestra sociedad mexicana una nueva etapa en la historia de la política y la impartición de justicia?, una etapa que nos gustaría llamar *el nuevo modelo de justicia basado en negociación*.

⁴⁴⁵ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Ibidem*, artículo 3.

⁴⁴⁶ García Ricci, Diego, *Estado de derecho y principio de legalidad*, 2ª ed., México, CNDH Colección de textos sobre derechos humanos, 2015, p. 38.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 39.

Conclusiones

El panorama actual de los medios alternos de solución de conflictos en el marco nacional e internacional demuestra un nivel de investigación bastante básico y sin profundidad, lo cual ha traído como consecuencia un rendimiento de estos mecanismos muy variado entre los países, esto sin olvidar el poco interés en la investigación del campo de estudio de la negociación. Es notoria la confusión entre conceptos de mediación, conciliación, transacción e incluso la propia negociación, siendo esta último el menos utilizada internacionalmente, esto demuestra que existen fallas teóricas. Por último, los procedimientos se resumen a dos actos: la voluntad y la reducción a pláticas.

Sin embargo, después de este estudio, resulta indudable que la negociación tiene aspectos epistémicos que la pueden convertir, sin temor a equivocarnos, en una de las disciplinas de gran trascendencia para el Derecho. Posee grandes posibilidades de adaptación, no sólo en la disciplina jurídica, sino también en la política y la actividad administrativa del Estado a razón de que, como lo hemos demostrado, la negociación no se reduce a una transacción entre dos o más personas, sino que puede actuar como gestión de asuntos de niveles más allá a los que se han pretendido. De esto último, hemos podido inferir en que un sistema de justicia comienza desde el momento en que los gobernados tienen una protección y acceso real, útil y satisfactorio a los derechos humanos consagrados en los máximos documentos normativos de un Estado de Derecho y la única manera de lograr esto es adaptando una ideología política y de Derecho que potencie las capacidades del Estado.

En cuanto al modelo de impartición y administración de justicia es claro que, para lograr una sentencia lo más adecuada y cercana a la *justicia*, se necesita un alto grado de investigación para adquirir conocimiento amplio de las controversia, actividad que se ve imposible de realizar por parte de los juzgadores por la demanda tan estratosférica de la sociedad moderna mexicana, reduciéndose el quehacer jurisdiccional en confiar en el encuadramiento más cercano de los hechos en la ley,

lo cual se observa demasiado irresponsable debido que esto significa que el conocimiento y estudio de los asuntos que se trabajan en las oficinas jurisdiccionales es cerrado y la verdad es ignorada, se conoce únicamente lo interpretado por las partes, induciendo a los juzgadores a la falsedad concluyéndose con sentencias insatisfactorias, además de percibidas como confusas e incoherentes.

Concluimos también, que el Derecho tiene en su estructura una psicología que se basa en la corriente de pensamiento que sigue, consecuentemente y atendiendo a los textos recurridos, al idealismo trascendental de Kant ya que se adecua más a la forma en que esta corriente atiende al conocimiento adquirido del hombre siendo preciso destacar la importancia del conocimiento para dictar una sentencia. Por otro lado, consideramos que un Derecho con la psicología del realismo científico o también conocido como crítico puede ser más correcto para llegar a un fallo, toda vez que se estudia la realidad analizándola y examinándola y no dejándose llevar por las apariencias que el Derecho otorga, con ello no se pretende ignorar la ley para llegar a un arreglo, sino que, debido a la imposibilidad de realizar una investigación de los conflictos y por ende llegar a la verdad, resulta más claro buscar el camino que lleve a la utilidad que buscan las personas. Dicho lo anterior, se sigue que el concepto de *justicia* que se conoce habitualmente no es admisible, no obstante, el concepto que se ofrece en esta tesis como *orden de estado de cosas* va más enfocado a averiguar lo que las partes quieren, resultando en el tipo de justicia subjetiva, la cual es más factible.

Otra conclusión que puede constituirse como importante en esta investigación es la búsqueda del cambio de mentalidad en la administración de justicia, hemos repasado en esta investigación que los procesos jurisdiccionales actuales se practican en un ambiente completamente degradante para los usuarios, puede serlo para el perdedor debido a que la derrota en un juicio puede representar un ataque a la autoestima, a la valía personal del que pierde. Otros matices tales como la hostilidad que se produce entre las partes por el deseo de salir vencedor en dichos procedimientos pueden afectar los servicios jurisdiccionales. El texto

“Administración de recursos humanos para el alto desempeño” de Fernando Arias y Víctor Heredia nos expuso que perder en un conflicto en donde el modelo de interacción es ganar-perder, tal como lo es la presente actividad jurisdiccional, produce resentimiento y a la larga motiva la generación de más conflictos entre las partes. Nadie gana realmente en este sistema de justicia. Además de que, durante las etapas de cada proceso, los usuarios pueden sufrir alteraciones psicológicas que pueden llegar a impactar a los sujetos produciéndose comportamientos negativos y quizá enfermedades psicológicas que van vinculadas con el estrés, la ansiedad, la depresión, el odio a niveles altos en contra de tu contrincante o inclusive contra el juzgador, la violencia, etc.

Son variados los problemas a los que se enfrentan los MASC para ser considerados una opción funcional, entre ellos está el problema de ponderación de derechos humanos que no hace sino demostrar que aquellos son parte del derecho idealista e ilógico del que hacemos uso para resolver conflictos en la actualidad, así como la ya mencionada falta de fundamentos teóricos y prácticos instaurados en las leyes. Pero el mayor problema al que se enfrenta el Derecho mexicano son y serán los problemas sociológico-culturales relacionados con el Derecho que se enseña y la ideología que se adoctrina en las aulas de, no sólo nuestra facultad de Derecho, sino en todas y cada una de las escuelas que ofrecen educación jurídica al público, apuntando a la necesidad de formar abogados de nueva generación que se alejen del Derecho antiguo y de su ideología, que vivan por el Derecho y la búsqueda de la satisfacción de sus clientes, ayudando al Estado en la actividad jurisdiccional.

Por estas razones, concluimos que la negociación efectivamente, por sus características y la amplitud de aspectos que la constituyen puede ser una potencial figura que se convierta en la base del sistema de justicia de nuestro país, sin embargo, debe atenderse primero todos los obstáculos antes descritos porque la única manera de que la negociación y todos los MASC sean observados de manera optimista por la comunidad jurídica es necesario que la psique y la ideología de la superestructura social se modifique con el objetivo de buscar productividad, utilidad,

satisfacción de los usuarios, así como el aprovechamiento de los recursos y las posibilidades que la negociación puede tener para optimizar la actividad administrativa del Estado.

Otra deducción analizable para el futuro sería el estudio de la posibilidad de instaurar en nuestra Facultad de Derecho nuestra propuesta de materia de negociación jurídica, previa formación del conocimiento que la integre, así como abrir un campo de investigación para la *negociología jurídica* y analizar la posibilidad de crear un Derecho procesal de negociación jurídica, todo en aras de motivar una nueva etapa de impartición de justicia en nuestro país.

Bibliografía

Legislación consultada.

- *Code de procédure civile*, 2021, Francia, disponible en:
<http://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20proc%C3%A9dure%20civile.pdf>
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de conformidad con el segundo párrafo del artículo 251 (2) del Tratado CE con respecto a la posición común del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, 2004/0251 (COD), Bruselas, 7 de marzo de 2008. Disponible en:
https://www.europarl.europa.eu/commonpositions/2008/pdf/c6-0132-08_es.pdf
- Constitución 1857, 1857, México, disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf
- Constitución de Apatzingán, 1814, México, disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf
- Constitución Mexicana, 1824, México, disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf
- Constitución Política de Colombia, 2021, Colombia,
<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%20202015.pdf>
- Constitución Política de la Monarquía Española, 1812, México, disponible en: <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/dp/cpme.pdf>
- Constitución Política de la República Dominicana, 2014, República Dominicana, disponible en: <http://dominicana.gob.do/index.php/pais/2014-12-16-20-52-13#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20vigente%20de%20la,t%C3%ADtulos%2C%20precedidos%20de%20un%20pre%C3%A1mbulo>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2021, México, disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf
- Las Siete Leyes, 1836, México, disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1836.pdf

- Ley 270 Estatutaria de Administración de Justicia, 1996, Colombia, disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/legislacion/normatividad.html>.
- Ley 446 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, 1998, Colombia, disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1660326>
- Ley 7727 sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, 1998, Costa Rica, disponible en: <https://rac.poder-judicial.go.cr/index.php/normativa/file/44-ley-7727-ley-sobre-resolucion-alterna-de-conflictos-y-promocion-de-la-paz-social>.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, 2014, México, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMACOMP_291214.pdf.
- Ley No. 1.879 De arbitraje y mediación, 2002, Paraguay, disponible en: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/4545/ley-n-1879-de-arbitraje-y-mediacion>.
- Ley No. 540 de Mediación y Arbitraje, 2005, Nicaragua, disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xpNorma.xsp?documentId=D0489E6135592D16062570A10058541B&action=openDocument>.
- Senado de la República, *Iniciativa con proyecto de decreto que contiene la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias*, LXIV Legislatura, México, 20 de julio de 2020, disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-07-20-1/assets/documentos/Ini_Morena_PES_Senadores_Expide_Ley_Mecanismos_Controversia.pdf.
- Senado de la República, *Minuta del Proyecto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y se derogan, reforman o adicionan diversas disposiciones al Código de Comercio, en materia de conciliación comercial*, LXIII Legislatura, México, 26 de abril de 2018, disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/80918.

Obras consultadas.

- ÁLVAREZ VÁSQUEZ, Carmen A. *et. al.*, *Los procesos, las técnicas de negociación y la tecnología*, España, 3Ciencias, 2018. Disponible en: https://www.3ciencias.com/wp-content/uploads/2018/06/Tecnicas_negociacion_breve.pdf.
- ARIAS GALICIA, Fernando y Heredia Espinosa, Víctor, *Administración de recursos humanos para el alto desempeño*, 6ª ed., México, Trillas, 2006.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, 4ª ed., México, Oxford, 2013.
- AZUA REYES, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, 7ª ed., México, Editorial Porrúa, 2014.
- BATLLE, Albert (coord.), *Diez textos básicos de la ciencia política*, España, Ariel, 1992.
- BIALOSTOSKY BARSHAVSKY, Sara, *Panorama del derecho romano*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- BONNIN, C.J.B., *Compendio de los Principios de administración*, Madrid, Imprenta de José Palacios, 1834.
- BOTERO BERNAL, Andrés, coord., *Filosofía del derecho*, Colombia, Sello Editorial, 2012.
- BRAVO PERALTA, Martín V., *Método del caso jurisprudencial. Interpretación, argumentación y jurisprudencia*, México, Porrúa, 2014.
- CÁCERES NIETO, Enrique, *¿Qué es el derecho? Lenguaje y derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2016.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de., *Derecho Civil de España. Parte General*, t. I. Libro preliminar. Introducción al Derecho Civil, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino, *Los jueces mexicanos y su justicia*, México, Porrúa, 2003.
- CHALMERS, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, 2ª ed., México, Siglo XXI Editores, 2009.

- CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*, España, Civitas, 2005.
- CRICK, Bernard, *En defensa de la política*, México, Kriterion Tus Quest Editores en coedición con el INE, 2018.
- DAHL, Robert A., *La poliarquía. Participación y oposición*, 3ª ed., España, Editorial Tecnos, 2009.
- DE CARLOS SERNA, Pablo, *El contrato, un negocio jurídico*, 2ª ed., México, Porrúa y Colegio de notarios del Distrito Federal, 2009.
- ECHEVERRÍA, Rafael, *Ontología del lenguaje*, Buenos Aires, Granica, 2006.
- FONT BARROT, Alfred, *Las 12 leyes de la negociación*, 2ª ed., México, Penguin Random House Grupo Editorial, 2020.
- FORTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, 1958.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 63ª. ed., México, Porrúa, 2011.
- GARCÍA RICCI, Diego, *Estado de derecho y principio de legalidad*, 2ª ed., México, CNDH Colección de textos sobre derechos humanos, 2015.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Los principios generales del Derecho*, 7ª ed., México, Porrúa, 2014.
- GREEN, Robert, *“El arte de la seducción”*, 3ª ed., México, Océano, 2019.
- GREEN, Robert, *Las 33 estrategias de la guerra*, 3ª ed., México, Océano, 2017.
- GUERRERO OROZCO, Omar, *Principios de administración pública*, Colombia, Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), 1997.
- HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel, *Anotaciones sobre justicia, democracia y desarrollo*, Ecuador, Offset Graba Guayaquil, 2005.
- JOLY, Maurice, *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, 2ª ed., México, Grupo Editorial Tomo, 2014.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4ª Edición, Madrid: Tecnos, 2005.
- KEDROV, M.B. y SPIRKIN, A., *La ciencia*, México, Juan Grijalbo Editor, 1968.
- LINARES, Juan F., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

- LÓPEZ MARTÍN, Ramón Y CÁNOVAS LEONHARDT, Paz (coords.), *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse*, España, Universitat de Valencia, 2007.
- MÁRQUEZ MURO, Daniel, *Lógica. Controversia sobre "los universales"*, 11ª. Edición, México, Editorial E.C.L.A.L.S.A, 1980.
- MENDOZA BREMAUNTZ, Emma (coord.), *Teoría económica*, México, Iure Editores, 2007.
- MERANI, Alberto L. y MERANI, Susana, *La génesis del pensamiento*, México, Juan Grijalbo Editor, 1971.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio, *El arbitraje: estudio histórico jurídico*, España, Universidad de Sevilla, 1981.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Así hablaba Zaratustra*, México, Ediciones Leyenda S.A., 2016.
- NIETZSCHE, Friedrich, *El anticristo*, 6ª ed., México, Grupo Editorial Tomo, 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Humano demasiado humano*, México, Editores Mexicanos Unidos S.A. de C.V., 2018.
- NORDHAUS, William D. y Samuelson, Paul A., *Economía*, 18ª ed., México, Mc Graw Hill, 2006.
- PARKER, Philip, *Historia Mundial*, México, Altea, 2011.
- PAULSEN, Andreas, *Teoría general de la economía*, t. I, México, UTEHA, 1978.
- PENICHE BOLIO, Francisco J., *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1970.
- PERELMAN, Chaim, *De la Justicia*, México, Dirección General de Publicaciones de la UNAM, 1964.
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo S. y PALLARES YABUR, Pedro de J., *Derechos Humanos*, México, Oxford, 2012.
- ROBBINS, Stephen P., *Comportamiento organizacional*, 10ª ed., Pearson Prentice Hall, México, 2004.
- RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo P., *Metodología Jurídica*, México, Oxford, 2011.
- RYSZARD LANGE, Oskar, *Economía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

- SÁNCHEZ ANDRADE, Eduardo, J., *Teoría general del Estado*, 2da. Edición, México, Oxford, 2011.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, 3ª ed., trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- SCHRAMM, Wilbur, *La ciencia de la comunicación humana*, México, Grijalbo, 1980.
- SOLETO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros (coords.), *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos, 2007. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/10215#preview>.
- SORIANO DÍAZ, Ramón L., *Sociología del derecho*, México, Ariel, 1997.
- STANTON, William J. y otros, *Fundamentos de Marketing*, 14ª ed., México, Mc Graw Hill, 2007.
- SUJOV, A. D., *Las raíces de la religión*, México, Juan Grijalbo Editor, 1968.
- TOCQUEVILLE, Alexys de, *La democracia en América Latina*, México, Editorial Alianza, 2018.
- WEBER, Max, *El político y el científico*, 17ª ed., México, Alianza Editorial, 2010.
- ZUN TZU, *El arte de la guerra*, 7ª ed., México, Grupo Editorial Tomo, 2008.

Otras fuentes.

- BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, “Teoría de la Sana Crítica”, *Opinión Jurídica-Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, Colombia, vol. 2, núm. 3, 2003, pp. 99-132. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/408230>.
- CALDERÓN RODRÍGUEZ, Patricia y GONZÁLEZ BALLAR, Rafael, “La conciliación en materia laboral: su efectividad y viabilidad para las casas de justicia”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, núm. 111, septiembre-diciembre, 2006, pp. 13-30. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9729>.
- CALVO, Elena, “La crítica de la Moral Kantiana desde Nietzsche”, *Revista Espiga UNED*, Costa Rica, núm. 22, julio-diciembre, 2011, pp. 1-9. Disponible en: <https://doi.org/10.22458/re.v10i22.1009>.

- CANEPA, Carolin y NÚÑEZ VÁSQUEZ, Felix O., *Análisis de los métodos alternos de resolución de conflictos en la Cámara Civil y Comercial del Distrito judicial de Puerto Plata en el último trimestre del año 2012*, Tesis (Licenciatura), República Dominicana, Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA), Área de Ciencias y Humanidades. Facultad de Derecho, 2013. Disponible en:
https://www.academia.edu/37914648/UNIVERSIDAD_TECNOL%C3%93GICA_DE_SANTIAGO_UTESA.
- CARVALHO VASCONCELOS, Monica, *La mediación como sistema complementario de administración de justicia en Brasil: la experiencia de Bahía*, Tesis (Doctorado), España, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 2012. Disponible en: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/89TesismediaciOnbahia.pdf>.
- Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay, *Arbitraje y Mediación. Sistemas eficientes de resolución de conflictos*, Paraguay, Cámara Nacional de Comercio y Servicios de Paraguay, 2002. Disponible en: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/75MANUALDELCENTRODEARBITRAJEYMEDIACloNDEPARAGUAY.pdf>.
- COLINA, Carlos, “Las paradojas del odio”, *Razón y palabra*, Ecuador, núm. 71, febrero-abril de 2010, pp. 1-13. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1995/199514914023.pdf>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Guía básica de derechos. Mediación, conciliación y arbitraje*, Buenos Aires, 2016, disponible en: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/RominaScaglia_elprocedimientopeque%C3%B1as causas_REV20.pdf.
- ESCAGLIA, Romina, “El procedimiento de las pequeñas causas y la mediación en la justicia comunitaria de Santa Fe, Argentina”, *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de Justicia*, Argentina, año 16, núm. 20, 2017, pp. 7-16. Disponible en: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/RominaScaglia_elprocedimientopeque%C3%B1as causas_REV20.pdf.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, “Sociedad civil y capital social”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales- Universidad Autónoma del Estado de México*, México, vol. 16, núm. 49, enero-abril, 2009, pp. 103-141. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/105/10504905.pdf>.

- GARMENDIA CEDILLO, Xóchitl, “Control difuso y control convencional de constitucionalidad”, *Práxis de la justicia fiscal y administrativa- TFJFA*, México, núm. 11, septiembre, 2012, pp. 1-67. Disponible en: <https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/abstractrev11controldifusoycontrolconvencionalde.html>.
- GUAMÁN CHACHA, K. A., Hernández Ramos, E. L., & Lloay Sánchez, S. I., “El positivismo y el positivismo jurídico”, *Universidad y Sociedad. Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, Ecuador, vol. 12, núm. 4, julio-agosto 2020, pp. 265-269. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n4/2218-3620-rus-12-04-265.pdf>.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, José, “La fundamentación del derecho en Kant”, *Anuario de filosofía del Derecho*, España, núm. 9, 1992, pp. 395-406. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142217>.
- International Institute for Conflict Prevention and Resolution, *Guía Europea de Mediación y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de CPR*, USA, 2015. Disponible en: <https://www.cpradr.org/resource-center/non-english-language-resources/spanish/Gu-a-Europea-de-Mediaci-n-y-M-todos-Alternativos-de-Resoluci-n-de-Conflictos-de-CPR>.
- ISRAEL SEQUEIRA, Byron y GUERRERO VEGA, Roberto, “Métodos de resolución alternos de conflictos”, *Cuaderno Jurídico y Político, Universidad Politécnica de Nicaragua*, México, Vol. 3, No. 9, julio-septiembre, 2017, pp. 33-54. Disponible en: <http://portalderevistas.upoli.edu.ni/index.php/4-CuadernoJuridicoyPolitico/article/download/126/122/>.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “La fundamentación del derecho en Kant”, *Anuario de filosofía del Derecho*, España, núm. 9, 1992, pp. 345-406. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142217>.
- MONROY RODRIGUEZ, Alexander, “Kant y Kelsen: la respuesta correcta en el Derecho”, *Sin Fundamento. Revista colombiana de filosofía-Universidad Libre Facultad de Filosofía*, Colombia, núm. 21, marzo de 2016, pp. 29-49. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/sin_fundamento/issue/view/280.
- MONTOYA SANCHEZ, Miguel A. y SALINAS ARANGO, Natalia A., “La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto”, *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, Colombia, vol. 15, año X, núm. 30, julio-diciembre, 2016, pp. 127-144. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/945/94550080006.pdf>.
- NARANJO VELASCO, Karolina, *La teoría de la argumentación jurídica de Chaïm Perelman. Un estudio de las decisiones revisadas por la corte constitucional sobre interrupción voluntaria del embarazo en los años 2008*

- 2009, Tesis (Licenciatura), Colombia, Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Humanas, 2010. Disponible en:
<http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2010/136247.pdf>.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Panorama de los medios alternativos de resolución de controversias, y su impacto en la modernización de la justicia”, *Revista Jurídica de Catalunya*, España, vol. 115, núm. 1, enero de 2016, pp. 33-43. Disponible en:
<https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2016/06/multidoor-pascual-ortuc3b1o-cat-2016.pdf>.
 - PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, “Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Perú, núm. 60, 2007, pp. 97-110. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085069>.
 - QUINTERO ANGARITA, José R., “Teoría de necesidades de Maslow”, *Universidad Fermin Toro*, Venezuela, 2011. Disponible en:
<http://paradigmaseducativosuft.blogspot.com/2011/05/figura-1.html>.
 - REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, dirección de internet: <https://dpej.rae.es>.
 - RIESCO EYZAGUIRRE, Ricardo, “El arbitraje y conciliación: Una mirada en los arbitrajes nacionales e internacionales con sede en Chile”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, núm. 2, 30 de septiembre de 2010, pp. 299-322. Disponible en: <https://iea.ec/publicaciones/revista-2/>.
 - ROJAS AMANDI, Víctor M., “La filosofía del Derecho de Immanuel Kant”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 54, núm. 242, 2004, pp. 165-181. Disponible en:
<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61365/54073>.
 - SANZ, Jesús, *et al.*, “Personalidad y el síndrome AHI (Agresión-Hostilidad-Ira): Relación de los cinco grandes con ira y hostilidad”, *Revista de Psicopatología Clínica Legal y Forense*, España, Vol. 6, 2006, pp. 153-176. Disponible en: <https://masterforense.com/pdf/2006/2006art9.pdf>.
 - SIERRA, Juan C., *et al.*, “Ansiedad, angustia y estrés: tres conceptos a diferenciar”, *Revista Mal-estar E Subjetividade-Universidad de Fortaleza*, Brasil, vol. 3, núm. 1, marzo de 2003, pp. 10-59. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/pdf/271/27130102.pdf>.
 - SOBERANES FERNÁNDEZ, José L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, Eduardo A. (coords), *La Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el Occidente Novohispano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015. Disponible en:
<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12844>.

- VÁZQUEZ MUÑOZ, María del Pilar y VALBUENA DE LA FUENTE, Felicísimo, “La Pirámide de Necesidades de Abraham Maslow”, *Facultad de Ciencias de la Información-Universidad Complutense*, España, 2017, Disponible en: <https://pdf4pro.com/view/la-pir-225-mide-de-necesidades-de-abraham-maslow-en-3fdd6b.html>.