

00721  
99'



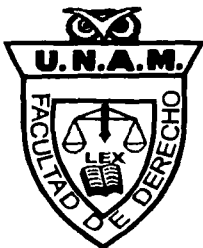
# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

LA CONCILIACION, MEDIACION Y ARBITRAJE  
Y LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL EN  
MATERIA FAMILIAR

T E S I S  
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA

ENRIQUETA BEJARANO ALFONSO



ASESOR: LIC. CARLOS RODRIGUEZ MARTINEZ

MEXICO, D. F.

2003

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

a



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

**TESIS CON  
FALLA DE  
ORIGEN**

1

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**"EL AMOR DEBE SER EL DICTADOR DEL MUNDO"  
PARAMAHANSA YOGANANDA**

## ÍNDICE

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

PÁGS.

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
La mediación, la conciliación y el arbitraje en el derecho comparado.....	8
I.- Estados Unidos de Norteamérica.....	8
II.- Argentina.....	15
III.- España.....	26
IV.- Perú.....	34
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	
La audiencia previa y de conciliación.....	44
I.- Naturaleza jurídica y concepto.....	46
II.- Origen Histórico.....	48
III.- Antecedentes en Derecho Comparado.....	53
IV.- Disposiciones Legales.....	62

<b>TESIS CON FALLA DE ORIGEN</b>
--------------------------------------

### **CAPÍTULO TERCERO**

Breve análisis de la voluntad en los juicios de materia familiar.....67

#### **I.- El Derecho Patrimonial**

en Relación al Acto Jurídico.....70

#### **II.- El Derecho Familiar**

en Relación al Acto Jurídico.....73

### **CAPÍTULO CUARTO**

El proceso conciliatorio formal como presupuesto de los juicios en materia familiar.....77

### **CAPÍTULO QUINTO**

La necesidad del establecimiento de un centro de mediación, conciliación y arbitraje.....98

**I.- Presupuesto para el ejercicio de la acción..... 100**

**II.- Como potestad del juzgador una vez iniciado el proceso, con suspensión de éste..... 105**

**a).- Terminación del proceso (no hay suspensión)..... 107**

**Carácter multidisciplinario..... 110**

**CONCLUSIONES..... 116**

**BIBLIOGRAFÍA..... 120**

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

## INTRODUCCION

La familia es la célula social que debe ser protegida para preservar la organización fundamental de la humanidad.

La descomposición familiar es causa de infinidad de consecuencias indeseables, desastrosas en el ámbito de la vida social, es motivo de desdicha colectiva.

Las malas costumbres, el ocio, la impreparación, el relajamiento moral, la pérdida de las formas (urbanidad) y valores (metas y propósitos de progreso), la ineducación y extravío de la solidaridad son sólo algunos de los efectos inherentes a la destrucción de la familia.

Los países en desarrollo paradójicamente, eran más resistentes al deterioro familiar, pero en los últimos lustros han retrocedido en este renglón y entre las razones fundamentales de ello se destaca la crisis económica que ha concentrado su producto del esfuerzo colectivo en pocas manos y dejado en la pobreza a la mayoría. La miseria, la impreparación y la inconsciencia de la realidad van de la mano.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

La miseria y el desdén a la suerte de los demás son coincidentes.

La miseria destruye la solidaridad social.

Si proteger a la familia es prioritario, es una exigencia fundamental, debe ponerse especial y meticulosa atención al manejo judicial de los problemas familiares.

El conflicto que surge entre parientes (esposos, padres e hijos, familiares en general) que tienen a menudo causas fútiles, cuestiones de personalidad o se genera por una mala comunicación, se descompone progresivamente por la ausencia de comprensión del problema y de las posiciones del prójimo, que útil sería una oportuna conversación de las partes involucradas y el conocimiento de los puntos de vista ajenos para ponderarlos y tomarlos como base de solución, lo mismo que los propios. Aún en los casos de diferencias familiares substanciales e insalvables, una comunicación oportuna y racional puede impedir su agravamiento o la polarización de actitudes, la radicalización de las opuestas posiciones que a la larga impide todo arreglo o neutralización de la beligerancia.

En los juicios familiares (debe ser imperativo) sería deseable buscar la solución del diferendo en la razón de ambas partes e impedir en su inicio la participación de terceros (que en ocasiones anteponen su



propio interés) en el tratamiento y la solución de las diferencias incipientes.

Un problema de pareja que pudiera ser disuelto y resuelto sin la intervención de terceros, por la comunicación de las partes a menudo sólo radicaliza las posiciones auténticas e impide una solución negociada (las exageraciones, mentiras contenidas en los escritos judiciales, que indignan y decepcionan al opositor y no sólo eso sino ofenden y lastiman irremediablemente a los terceros inmersos involuntariamente en el problema familiar "los hijos", desintegrando aún mas la familia al lacerar los nexos filiales correspondientes).

La instauración de la forzosa conciliación y la oportunidad de resolver el conflicto a través de la mediación o el arbitraje, también agiliza la solución del conflicto, no grava en la economía familiar y ofrece discreción absoluta sobre la existencia del conflicto.

Todo ello conduce a concluir la conveniencia de procurar una solución negociada, ya sea mediante una autocomposición del conflicto familiar, o bien con la intervención de un tercero, como mediador o árbitro, que impida la destrucción total de los lazos de afecto, que mantenga el respeto y la solidaridad del grupo.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Si la mejor solución es la que las partes diseñen, la conciliación debe intentarse forzosamente en el momento oportuno, esto es, cuando la participación de terceros no ha polarizado las posiciones.

La conciliación debe ser previa al proceso judicial, si trata de evitarlo eficazmente, debe ser un presupuesto necesario del juicio.

Debe integrarse un órgano especial de conciliación, mediación y arbitraje en el Tribunal que atienda y en su caso impida la contienda de la familia, de las partes. Que sustancie un trámite de arreglo formal de las diferencias y concluya con la solución, mediante la conciliación o mediación o bien con la designación de un árbitro, o en el extremo indeseable de tan sólo una certificación del intento conciliatorio frustrado; y mientras no concluya ese procedimiento no sea válido instaurar proceso judicial alguno.

Dicho trámite debe ser expedito, que no aplase con términos prolongados las audiencias, lo que únicamente provoca la desesperación y el temor fundado de las partes contendientes de que su situación, muchas veces desesperada, permanecerá sin solución.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN****CAPÍTULO 1  
LA MEDIACIÓN, LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE  
EN EL DERECHO COMPARADO****I.- Estados Unidos de Norteamérica**

La mediación y el arbitraje son en los Estados Unidos, métodos tradicionales de solución de controversias entre individuos, negocios y países.

Las partes deben acceder a su utilización, ya sea después de haber surgido el conflicto, o bien como prevención de futuras controversias, incluyendo una cláusula contractual forzosa de mediación y/o arbitraje en el contrato en que se inicie la relación legal entre ellas.

En la mediación, una tercera parte neutral del conflicto se reúne con los contendientes, ya sea en forma individual o en forma de grupo, con el fin de proponer posibles alternativas de solución al conflicto; Si las partes en desacuerdo no pueden resolver su disputa mediante mediación, deben someterse, si así lo desean al arbitraje.

El arbitraje puede llevarse a cabo por un árbitro neutral seleccionado por las partes directamente, o bien por una agencia de arbitraje.

Después de efectuada la audiencia, en la que las partes expondrán sus razones al árbitro, éste debe dictar una resolución con efectos definitivos para las partes, que pone fin al conflicto.

Como se mencionó anteriormente, la decisión de resolver las controversias por medio del arbitraje, ha sido generalmente decidido por las partes; Sin embargo, se han presentado varias ocasiones en que el gobierno estadounidense ha intervenido para requerir la mediación, el arbitraje o ambos, cuando se ha tratado de un conflicto comercial que a su juicio puede tener efectos nacionales.

Históricamente el arbitraje y la mediación han sido utilizados para resolver varios tipos de controversias. Dentro de estas categorías han estado los conflictos internacionales, comerciales y laborales.

“El Gobierno Federal de los Estados Unidos ha realizado un esfuerzo por promover el arbitraje comercial desde principios de 1887, cuando se aprobó la Ley de Comercio Interestatal.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

La mencionada ley estableció un mecanismo para la voluntaria sumisión al arbitraje, cuando se tratara de controversias laborales entre las ferrocarrileras y sus empleados.

En consecuencia, en 1925 el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de Arbitraje Federal, la cual reglamentó el arbitraje de los conflictos contractuales que involucraban al comercio”.<sup>1</sup>

Mencionado lo anterior, se deduce que la mediación no es una materia nueva en el sistema judicial de los Estados Unidos; La experimentación con el llamado ADR (Alternative Dispute Resolution) o Resoluciones Alternativas a la Disputa, comenzó en las cortes de distrito hace mas de veinte años.

“Los primeros programas de mediación y arbitraje entre particulares datan de la década de los setentas. Las innovaciones de los ochentas incluyen ya los juicios sumarios (summary jury trial) y la llamada “Temprana evaluación neutral” (early neutral evaluation).

Una expansión adicional al ADR tuvo su momento en 1988, cuando el Congreso de los Estados Unidos autorizó a diez cortes de distrito para implementar programas de arbitraje imperativo, y facultó

---

<sup>1</sup><http://www.gama.com> Global Arbitration Association. Inc. History of ADR (alternative dispute resolution).

a otras diez adicionales para establecer programas de arbitraje voluntario.

En 1990 el Acto de Reforma de la Justicia Civil impulsó de manera relevante al sistema de ADR, ya que la mencionada ley requirió a todas las cortes de distrito que formaran un plan específicamente desarrollado para su jurisdicción, elaborado con ayuda de los abogados de su localidad, estudiantes y demás ciudadanos, que tuviera como fin la reducción de costos y la agilización de los litigios civiles.

Al paso del tiempo, la justicia federal ha encontrado controversias de empleo, violaciones de derechos civiles y fraudes de seguridad entre otros, como materias susceptibles de resolución por la vía del arbitraje.”<sup>2</sup>

El uso de las técnicas de ADR, concepto que engloba al arbitraje, la mediación, la evaluación temprana neutral, los acuerdos semanales, la valuación del caso y los juicios sumarios, ha ido creciendo en importancia y popularidad, disolviendo conflictos de todas jerarquías, entre los que se pueden mencionar tanto controversias internacionales, como pleitos vecinales.

---

<sup>2</sup> <http://www.gama.com>. Global Arbitration Association. Inc. History of ADR.

“Una guía, publicada en EE.UU. ya en 1985, para directivos de empresa que se enfrentan a conflictos legales, definió la mediación como el “gigante dormido” de la resolución de conflictos y el medio más poderoso, en potencia para que las partes alcancen el acuerdo. De hecho, actualmente 4.000 empresas líderes en ese país tienen suscritos convenios en virtud de los cuales se comprometen a recurrir, como instancia previa, a esta vía.

Debido a la frecuencia creciente de estas formas de resolución, la mayoría de los ciudadanos estadounidenses han ido adoptando este sistema para la solución de controversias; ya que día a día se someten al ADR conflictos relacionados con escuelas, iglesias y lugares de trabajo.

En este orden de ideas, las cortes de distrito de los Estados Unidos han tenido que implementar un compendio detallando los procedimientos de resolución de ADR de cada uno de los distritos.

Este compendio contiene información clave para los jueces, quienes hacen referencia a casos previos en los programas de resolución de conflictos. También es información útil para litigantes y creadores de estatutos así como para investigadores a nivel local e internacional que evalúan los programas actuales y hacen recomendaciones para los futuros.

Actualmente, el sistema de ADR es una de las seis principales formas de manejar los casos civiles recomendada por los estatutos; y la mayoría de las cortes de distrito han autorizado o establecido alguna de las formas de este sistema".<sup>3</sup>

La mediación y el arbitraje, como métodos alternativos de solución de conflictos ha tenido tal aceptación y reconocimiento a nivel particular en los Estados Unidos de Norteamérica que ha dado lugar a la creación de empresas en las que abogados expertos en litigio y jueces retirados de elevada fama pública se dediquen a ofrecer sus servicios en tal gestión.

Entre las ventajas que proponen en oferta de sus servicios, estas empresas plantean la creación de un "paquete comprensivo" específicamente diseñado para resolver las necesidades particulares de las partes.

Exponen que el mayor beneficio que ofrece sus servicios es el ahorro de tiempo y dinero, en relación a la tramitación de un proceso judicial, contando además con discreción, honradez y una amplia experiencia en toda una gama de materias, de las que se comprenden entre otras más las comerciales, industriales y familiares.

---

<sup>3</sup><http://www.fjc.gov/altdisres/adrsource/adrone.html>. Federal Judicial Center of The United States. History.



El arbitraje ofrece a sus partidarios una forma rápida, económica y segura de solución de conflictos, pues son las partes, apoyadas por el arbitro designado, quienes fijan las reglas en que se sustentará el procedimiento, cuya conclusión es definitiva.<sup>4</sup>

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

---

<sup>4</sup> [http://www.law.freedadvice.com/images/content\\_image/pixel\\_white.gif](http://www.law.freedadvice.com/images/content_image/pixel_white.gif).At,nick.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN****II.- Argentina**

La mediación en Argentina es concebida como una instancia prejudicial obligatoria que surge como un intento por descomprimir la labor de los tribunales de justicia, pero recientemente se le ha percibido como una función con una finalidad mas amplia y abarcativa.

Dentro del ámbito de la Capital Federal y Buenos Aires, la mediación es conocida ampliamente, tanto por profesionales abogados, como por psicólogos y asistentes sociales.

La Ley 24.573 de mediación, rige solamente para las causas de competencia de los tribunales ordinarios de la Capital Federal. Las provincias, en su gran mayoría, han declarado a la mediación, como un instituto de "interés provincial", pero ninguna tiene leyes específicas.

Consagrada por la ley 24.573, y decretos reglamentarios 1021/95 y 477/96, la mediación desde el 23 de abril de 1996 forma parte del procedimiento judicial argentino, y es obligatoria sólo la concurrencia a la primera audiencia que el mediador designe.

La Doctora Graciela Noemí Roseti, Abogada Mediadora Argentina en su publicación "Todo en Jurisprudencia Sobre Mediación", dada a conocer en el Foro Mundial de Mediación transcribe jurisprudencias que han sido emitidas para sostener la obligatoriedad de la mediación en el procedimiento civil argentino, entre las que destaca la número 190-DJ,1998-2-709: " Para una mejor administración de justicia y con el objeto de procurar un acercamiento previo entre las partes del proceso corresponde agotar, como previo a la instancia judicial en caso de haber sido omitida, la etapa de mediación prevista en la ley 24.573 / adla, LV-E,5894, con carácter obligatorio. (En el caso el tribunal resolvió que no correspondía rechazar 'in limine' la demanda de daños y perjuicios, sino sólo suspenderla hasta en tanto se lleva a cabo la mediación, para lo cual se requirió a los letrados demandados conjuntamente con la sociedad que asesoraban, la convocatoria a la audiencia preliminar prevista en la ley citada). Datos (CVCiv., sala J, octubre 14, 1997.- Grappi c. Diners Club Argentina, S. A. y otros), La Ley 1198-E,190-DJ,1198-2-709."<sup>5</sup>

La prosecución del trámite es voluntario, la labor del mediador será exitosa si en las partes aparece el "*animus*" de continuar en el procedimiento.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

<sup>5</sup> [Http://www.geocities.com/~suarez-forum/publicaciones/roseti\\_jurisprudencia](http://www.geocities.com/~suarez-forum/publicaciones/roseti_jurisprudencia).

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

La ley exime de la mediación obligatoria, a las partes que hubieren sometido en forma previa sus diferencias, ante un mediador registrado ante el Registro de Mediadores de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia de la Nación.

También excluye las causas penales, las acciones derivadas del parentesco y de las relaciones de familia que no sean patrimoniales, los procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación, el amparo, "hábeas corpus" e interdictos, las medidas cautelares, las diligencias preliminares y prueba anticipada, los juicios sucesorios y voluntarios, los concursos preventivos y quiebras, y las causas laborales. La instancia prejudicial de mediación será optativa para los reclamantes respecto de los procesos de ejecución y los desalojos.

El procedimiento de mediación en Argentina, regulado por los primeros catorce preceptos de la citada ley, es el siguiente:

1.- La solicitud de mediación se efectúa mediante la presentación de un formulario ante la mesa general de recepción de expedientes, donde se procederá al sorteo de mediador, juzgado y ministerios públicos que eventualmente intervendrán.

2.- Las partes deberán concurrir personalmente a las audiencias de mediación y con asistencia letrada obligatoria. Si cualquiera de las

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

partes no acudiera a la audiencia señalada o lo hiciese sin abogado, deberá soportar una multa equivalente al doble de la remuneración que le corresponda percibir al mediador para el caso en tratamiento. De la comparecencia personal se encuentran eximidas las personas jurídicas y las personas físicas que se domicilien a más de 100 kilómetros de la Capital Federal.

3.- Se arribe o no a un acuerdo, el mediador deberá labrar un acta donde conste el resultado de la mediación, que deberá ser suscrita por todos los intervinientes. En ambos casos, con fines estadísticos, deberá comunicarse dicho resultado al Ministerio de Justicia de la Nación.

4.- El acuerdo celebrado tendrá fuerza ejecutiva, y el incumplimiento de sus términos habilita la vía de la ejecución de sentencia, para la que es competente el juez oportunamente sorteado.

5.- Si las partes no celebraron acuerdo, o si la mediación se frustró (cuando los involucrados comparecen pero no aceptan proseguir con el trámite), o si el requerido no compareció, el reclamante queda habilitado para iniciar la vía judicial correspondiente, acompañando al juzgado, las constancias pertinentes.

La ley fija como plazo máximo de duración del procedimiento el de sesenta días (salvo para los supuestos de mediación optativa, que fija uno de treinta días). Dicho plazo es prorrogable por acuerdo de partes.

El organismo de aplicación de todo el sistema de la mediación es el Registro de Mediadores, creado en la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación. Éste precisa de forma clara los requisitos para ser mediador, los cuales son:

Ser abogado con dos años de antigüedad en la matrícula.

Haber aprobado los cursos de capacitación promovidos por el Ministerio de Justicia de la Nación (entre 52 y 58 horas de capacitación y 20 horas de pasantías).

Disponer de oficinas que posibiliten un adecuado desarrollo del trámite de mediación.

Abonar la matrícula anual.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

No registrar inhabilitaciones (civiles, comerciales o penales).

No haber sido condenado con pena de reclusión o prisión por delito doloso.

No integrar la Comisión de Selección y Contralor y no estar comprendido por las incompatibilidades o impedimentos legales.

Así como también se señalan las causales de suspensión y separación del Registro de Mediadores:

El incumplimiento, mal desempeño o negligencia grave en el ejercicio de las funciones.

Violación a los principios de confidencialidad e imparcialidad.

Asesorar o patrocinar a alguna de las partes.

Haberse negado a intervenir sin causa justificada en más de tres mediaciones en el término de un año.

Las funciones y obligaciones que al mediador le impone la ley, son:

Fijar audiencias.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

La forma de las notificaciones (cualquier medio es idóneo, con la aclaración que en las extraoficiales no es viable notificar por cédula).

La interpretación de la justificación de la ausencia de las partes a la audiencia.

La verificación de la documentación que se le presenta para justificar la personería.

El otorgamiento del acta final.

Convocar a terceros cuando estimare necesaria su intervención, entre otras.

En cuanto a las causales de excusación y recusación dentro del procedimiento de la mediación, en ambos supuestos la ley nos remite a las causales previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Si el mediador omite excusarse frente a una causal específica podrá ser inhabilitado en su función; si no acepta la recusación deducida por alguna de las partes intervinientes, la misma será resuelta



por el juez designado en el sorteo practicado al presentarse el formulario de mediación.

Las actuaciones serán confidenciales, compromiso del que pueden eximirse mutuamente las partes pero no el mediador, y el convenio que se suscriba mantendrá su vigencia durante todo el transcurso del proceso de mediación.<sup>6</sup>

En el área familiar, la República Argentina ha experimentado e innovado de cierta forma con la mediación.

A continuación se transcribe una investigación al efecto:

“Después de una experiencia piloto realizada en los Tribunales de la Capital Federal por diez mediadores, que recibían casos derivados al comienzo por diez juzgados, número que posteriormente se amplió a veinte, en octubre de 1995 se sancionó la ley 24573, que comenzó a aplicarse a partir del 23 de abril de 1996.

Esta ley de aplicación en la Capital Federal, reglamenta las mediaciones, que se realizan como paso previo obligatorio en los

---

<sup>6</sup> <http://www.mediadores.inred.org.or/ley24573> Ley de Mediación y Conciliación Buenos Aires 4 de octubre 1995.

juicios patrimoniales. Los mediadores son sorteados en el momento inicial junto con el juez que entenderá en la causa.

Con respecto al tema que nos ocupa, disputas en familias, estamos en este momento a la espera de la ley que regirá la forma de realizar este tipo especial de mediaciones, dentro del marco del sistema judicial. En el ámbito privado hace varios años que se vienen realizando, aunque su número es aún escaso.

En los centros comunitarios de mediación de la Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires, especialmente en la sede de Castelar, la proporción de disputas familiares dentro de la totalidad de casos que solicitan el servicio, es alta.

En la provincia de Buenos Aires se han establecido los Tribunales de Familia, que han incorporado la figura del Consejero, quien dentro de sus atribuciones incluye la tarea de mediar. Cabe aclarar que las mediaciones que realiza este Consejero se diferencian de las del mediador tradicional en el tema específico de la confidencialidad, dado que al transitar, en este caso, la mediación dentro de los tribunales, si la disputa no pudiera solucionarse en esta primera etapa, al pasar al campo del litigio, lo ventilado durante el proceso de mediación va a estar presente.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

La Doctora Laura P. Little, Consejera de Familia del Tribunal de Instancia Único, del Fuero de Familia Número 1, del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires sostiene que: "Podemos definir a la Etapa Previa como un instrumento que brinda el procedimiento al grupo familiar, para que pueda autocomponer el conflicto con la ayuda de miembros del tribunal y de los letrados que los asisten.

Es un ámbito sin formas ni plazos, sin ninguna atadura burocrática donde realmente se persigue que cada miembro de la familia pueda modificar las posturas que ocasionaron el conflicto no teniendo que adaptarse a los límites impuestos desde afuera. Debe ser un ámbito donde la estructura judicial acompañe la evolución del conflicto familiar tratando de que ellos mismos puedan construir sus soluciones y puedan instalar la ley interna familiar."<sup>7</sup>

El Ministerio de Justicia, dado lo inminente de la sanción de la ley que reglamentará el ejercicio de las mediaciones, en disputas en familias como paso previo al litigio, ha establecido un programa de capacitación específico, considerando que se necesita una preparación especial, además del entrenamiento básico necesario para otro tipo de

---

<sup>7</sup><http://www.abogonet.com>. Argentina Ley de mediación 24.573.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

mediaciones<sup>28</sup> ya que son tipos distintos de mediación dada su complejidad, y por lo tanto es necesario que los mediadores se instrumenten con otros conocimientos teóricos y otras técnicas.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

---

<sup>28</sup><http://www.camarabra.com.br/richard.html>. Câmara de Comercio Argentino Brasileira de Sao Paulo. El arbitraje o mediación creativa como sistema de solución de controversias por Efraim Hugo Richard.

### **III.- España**

“La mediación en España es un método alternativo para resolver controversias, en el que interviene un tercero, experto y neutral, que asiste a dos o más personas a buscar soluciones negociadas a su conflicto.”<sup>9</sup>

Los asuntos familiares se pueden resolver a través de la mediación sin necesidad de litigar, y son, entre otros, los siguientes:

Separaciones y/o divorcios.

Ruptura de la convivencia de las parejas de hecho.

Acuerdos prematrimoniales.

División de bienes.

Asuntos derivados de los negocios familiares.



---

<sup>9</sup> <http://www.camaradealava.com/mediacion/faq.html>. Cámara de Comercio e Industria de Alava España. Centro Vasco de Mediación.

Problemas derivados del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia y visita de los menores.

Incumplimientos de los términos acordados en convenios reguladores aprobados por resolución judicial.

Asuntos hereditarios.

Relaciones familiares.<sup>10</sup>

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

La mediación es un procedimiento voluntario en el que las partes convienen en someter una controversia a ésta, no estando obligadas a continuar con el procedimiento después de la primera reunión.<sup>11</sup>

En el proceso de mediación, las partes autorizan al mediador a llevar a cabo reuniones, ya sea de manera conjunta o por separado con cada parte durante el transcurso de cada sesión, lo anterior se realiza con el objeto de llegar a un mejor entendimiento de las diferencias entre las partes para poder ayudarles a resolverlas.

<sup>10</sup> <http://www.aryme.com>. Arbitraje y Mediación. Asuntos tratados en mediación familiar.

<sup>11</sup> <http://www.camaradealava.p.cit>.

En caso de que el mediador se reúna con una de las partes, aquél se compromete a no divulgar la información recibida a la otra sin la autorización expresa de la parte con la que mantenga dicha reunión.

El mediador no tiene autoridad bajo ninguna circunstancia, para imponer una solución a las partes, limitando su actividad a ayudarles a alcanzar un acuerdo sobre sus diferencias; ya que la mediación debe terminar en un acuerdo negociado por los partes según su propio criterio y con la ayuda del mediador.

Las reuniones efectuadas entre las partes y el mediador pueden ser una o varias, dependiendo del número de asuntos que las partes desean resolver, de la complejidad de dichos asuntos, o bien de la disponibilidad que tengan las partes para llegar a un acuerdo.

En caso de que las partes acuerden sobre la totalidad o sobre alguna de sus diferencias, el mediador propondrá que los interesados, si lo consideran conveniente, acudan a profesionales expertos a fin de que se informen sobre las consecuencias de sus acuerdos.

En conclusión, la mediación finalizará cuando se produzca alguna de las tres circunstancias siguientes:

Las partes deciden resolver total o parcialmente sus diferencias.

Mediante escrito, cualquiera de las partes o ambas, den por finalizado el proceso de la mediación por la razón que fuere.

Cuando el mediador considere improbable que sesiones adicionales ayuden a las partes a resolver sus diferencias.

La diferencia entre mediación y arbitraje reside en el hecho de que en una mediación las partes conservan la responsabilidad y el control respecto de la controversia y no transfieren el poder de la toma de decisiones al mediador. En cambio, en el arbitraje, el resultado se determina por el árbitro, de acuerdo con la ley aplicable.<sup>12</sup>

El arbitraje es un método privado para la solución de disputas en el que las partes interesadas se someten voluntariamente a la tutela de un tercero de su confianza —el árbitro— para que les escuche y resuelva definitivamente sus diferencias de criterio.<sup>13</sup>

En el arbitraje, las partes pueden pactarlo libremente; además pueden elegir el número de árbitros, las fechas de audiencia, y el lugar donde se llevarán a cabo las mismas, pero tienen el compromiso de acatar la decisión del árbitro.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> <http://www.camaradealava.p.cit>.

<sup>13</sup> <http://www.aryme.com.p.cit>.

<sup>14</sup> Idem.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



El arbitraje en España, se utiliza tanto para empresas como para particulares, y la ley respectiva confiere al laudo el rango de sentencia judicial firme; así lo manifiesta el Tribunal Constitucional:

“...la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados por la Ley 36/1988, dado que el artículo 37 establece que el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes”.<sup>15</sup>

Y el Tribunal Supremo:

“...pero lo que en ningún caso puede ser procesalmente admisible es que trate de plantearse, a través de un procedimiento declarativo ordinario, la cuestión verdaderamente insólita atinente a la interpretación del repetido laudo, pues ello equivale, real y prácticamente, a que por esta vía indirecta, a plantear de nuevo ante el órgano jurisdiccional, con evidente infracción del principio de santidad de la cosa juzgada, la misma cuestión litigiosa que ya había sido

---

<sup>15</sup> Idem.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

resuelta por el expresado laudo arbitral firme, al que libre y voluntariamente se habían sometido las partes.”<sup>16</sup>

En Zaragoza España existe una empresa denominada MEDIFAM, que se dedica a la mediación familiar ofreciendo un método de resolución de conflictos familiares mediante el acuerdo.

Sostienen que su objetivo es triple, pues previenen mediante la realización de charlas, conferencias y cursillos destinados respecto a las formas mas saludables de establecer las relaciones familiares, así como evitar los errores más comunes que están en la raíz de los conflictos; orientan mediante consultas individuales, destinadas a ayudar a las familias que se encuentran ante situaciones que las desbordan; y por último ante el problema presente intervienen a través de la mediación, con programas específicos que ayuden a encontrar una salida de mutuo acuerdo a los conflictos graves como separaciones, divorcios y similares.

Ofrecen como ventajas notables una menor duración, bajo el argumento de que los procesos judiciales son lentos. La sucesión de pruebas, testimonios, recursos que pueden hacer que los conflictos tarden años en terminar.

---

<sup>16</sup> Idem.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Menores costos psico-emocionales, ya que el proceso contencioso entre personas con lazos emocionales los conflictos suelen encontrarse y crear sufrimientos difícilmente cuantificables en términos económicos, pero muy nocivos para la felicidad personal.

Menores costos económicos, puesto que al ser los procesos contenciosos de mayor duración su costo es más elevado, así como que en la mayoría de los casos una de las partes procura poner mayores obstáculos a la resolución del conflicto. En consecuencia la tramitación de un procedimiento de mediación produce un ahorro que oscila entre el 60% al 80% respecto al proceso contencioso.

Menores repercusiones para terceros (hijos, padres, otros familiares y demás personas próximas a las partes en conflicto), quienes resultan arrastrados al conflicto sufriendo consecuencias dañinas, tanto por la gravedad del conflicto como por la duración de su resolución.

Menor tiempo de adaptación, puesto que todo conflicto familiar importante implica la terminación de una forma de vida por el comienzo de una nueva y entre menor sea el tiempo que se emplea para zanjar el asunto, menor será el encono con que éste se desarrolla y más fácil y rápido se estará en situación de emprender la nueva vida.

El servicio que ofrece es el de una Asociación formada por profesionales expertos en Mediación Familiar, integrada con un equipo multidisciplinario compuesto por sociólogos, psicólogos, abogados y trabajadores sociales que estudian cada caso para adoptar los medios mas adecuados para lograr la solución del conflicto.<sup>17</sup>

Los expertos en mediación no se erigen como jueces o árbitros, son siempre las partes interesadas los protagonistas.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

---

<sup>17</sup><http://www.medifam.com>. Mediación Familiar

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

#### **IV.- Perú**

En la exposición de motivos de la ley peruana se señala que el objetivo primordial del proyecto de ley de conciliación es "...crear en el país una cultura de paz que trastoque los efectos de la violencia y el espíritu litigioso enraizado en la sociedad Peruana, y que, si bien la conciliación esta contemplada dentro de nuestro ordenamiento legal, lo esta como una etapa del proceso judicial y no como mecanismo alternativo al poder judicial para la solución de conflictos; que, es necesario que el país cuente con sistemas alternativos para la solución de conflictos, como la conciliación extraprocesal, en virtud de la cual las partes acudan a un centro de conciliación a solucionar sus diferencias mediante formulas consensuales".<sup>18</sup>

El Proyecto propone la instauración de la conciliación extraprocesal previa y obligatoria y que la misma se lleve a cabo por conciliadores que representen a algún Centro de Conciliación.

Dichos centros de conciliación deberán crearse a instancia de las Cámaras de Comercio, Universidades, Colegios Profesionales, Asociaciones, Instituciones Religiosas y Gremios, y aprobados y supervisados por el Ministerio de Justicia.

<sup>18</sup> <http://www.congreso.gob.pe/ccd/proyectos/pr9703/00256595>.

Asimismo sostiene el proyecto que la conciliación se realiza siguiendo los principios éticos, de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, legalidad, celeridad y economía procesal y busca la avenencia de los que están opuestos entre sí, con la intervención de una persona facultada legalmente para ese efecto; intermediación que no altera la naturaleza consensual del acuerdo al que las partes puedan llegar, puesto que el conciliador se limita a inducirlo y facilitarlo. La filosofía que inspira a la conciliación es que las mismas partes resuelvan el conflicto en forma pacífica, con la ayuda de un tercero, siendo en consecuencia del personal de un centro de conciliación de acuerdo a este proyecto, pues en ella prima la voluntad de las partes, ya que las propuestas o fórmulas de acuerdo que propone el conciliador no les son obligatorias.

El proyecto en cita, señala como razones para la creación de la ley de conciliación las siguientes:

1.- Existe en el país un espíritu litigioso bien enraizado, situación que llevaría al fracaso de la institución, si no se les obliga a intentar conciliar. Debe quedar claro que la obligación es de acudir a un Centro a intentar conciliar, la obligación no es de conciliar.

2.- Es necesario que las partes y los abogados se familiaricen con el sistema y conozcan las bondades del mismo.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

3.- Los profesionales del derecho, por desconocimiento del sistema debido a que en nuestras facultades de derecho no se enseñan mecanismos alternativos de solución de conflictos, consideran que de existir mayor número de conciliaciones perderán gran parte del mercado.

En todo caso, teniendo en cuenta que como ya lo dijimos, lo óptimo es la voluntariedad, si durante el periodo de doce meses existe suficiente aceptación de parte de los litigantes y sus abogados, eventualmente podría no llegar a ser obligatoria la institución.<sup>19</sup>

Asimismo, la razón de creación de los centros de conciliación porque constituirían una eficaz ayuda para lograr que la justicia se administre pronta y cumplidamente con lo cual se refuerza la democracia, la paz y la convivencia social. El uso de los medios alternos de solución de conflictos es la mejor fórmula para luchar contra la cultura de violencia y sus secuelas, el espíritu litigioso, el formalismo excesivo, la lentitud de los procesos judiciales, los gastos que demanda el litigio, el abuso del derecho de litigar y la falta de acceso a la justicia.

La ley dicta que la conciliación se puede presentar de las siguientes formas:

---

<sup>19</sup> Idem.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

### 1.- Por la iniciativa de las partes:

**Obligatoria:** Para los casos de derecho disponibles; esto quiere decir que sean derechos de contenido patrimonial o que sean objeto de libre disposición.

**Facultativa:** Cuando la parte emplazada radica en el extranjero, y en los procesos cautelares, de ejecución y de garantías constitucionales.

Quando las partes han convenido expresamente que cualquier discrepancia entre ellas se solucionará por medio de un árbitro. En este caso, las partes quedan habilitadas para iniciar inmediatamente la vía arbitral.

### 2.- Por el resultado del trámite:

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**Total:** En caso de que las partes hayan llegado a un acuerdo respecto de todos los puntos relativos a su conflicto de intereses.

**Parcial:** Cuando las partes se han puesto de acuerdo respecto de alguno o algunos de los puntos controvertidos, dejando otros sin resolver; o cuando, existiendo una pluralidad de sujetos, existe acuerdo conciliatorio sólo entre algunos de ellos.



En materia familiar se someten al procedimiento de conciliación las pretensiones que versen sobre:

alimentos,

régimen de visitas y

violencia familiar.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

En Perú las partes pueden solicitar la conciliación extrajudicial de manera conjunta o individualmente, de conformidad a las reglas generales de competencia establecidas en el artículo 14° del Código Procesal Civil del país en mención, y pueden optar por los centros de conciliación o recurrir ante los jueces de paz letrados.

La conciliación extrajudicial no puede someterse a controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas, exceptuando las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

La conciliación se da por concluida por:

Acuerdo total de las partes.

Acuerdo parcial de las partes.

Falta de acuerdo entre las partes.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Inasistencia de una parte a dos sesiones.

Inasistencia de ambas partes a una sesión.

El proyecto de la Ley de Conciliación referido en párrafos precedentes sostiene las siguientes conclusiones:

“1.- Al proceso judicial sólo se debe llegar cuando han fracasado los medios alternos de solución de conflictos, lo que no sólo descarga la actividad judicial, sino logra la seguridad jurídica indispensable para la inversión y el desarrollo sostenible de cualquier país.

2.- Es necesario crear la conciencia de que, antes de acudir a los procedimientos judiciales, las partes tienen el deber de negociar y buscar una solución que concilie sus diferencias. Esta conciencia de negociar debe ser enseñada también a los abogados para que intenten una solución negociada antes de acudir a la justicia. Es indiscutible que una solución alternativa de conflictos de carácter consensual necesariamente va a ser más eficiente que la administración de justicia, ya que la primera emana de un acuerdo de voluntades y la segunda es

impuesta. Debe quedar claro que el mecanismo alternativo de la conciliación extraprocesal no tiene por finalidad reemplazar a la administración de justicia formal, ya que el rol de ésta en la adjudicación de conflictos socialmente relevantes es irremplazable.

3.- Requerimos un sistema judicial más selectivo, que delegue en instancias que administren vías alternativas al interior del sistema o en instancias previas a este, la solución de aquellas controversias que por ser potencialmente conciliables, no requieren de un pronunciamiento final del Organismo Jurisdiccional.

4. Consideramos que la creación de los Centros de Conciliación propuestos tendrán la acogida esperada, por disponer de procedimientos ágiles, flexibles y económicos para garantizar la solución de conflictos en forma pronta y oportuna, constituyendo una alternativa al grave problema de congestión de los despachos judiciales; y coadyuvando a crear conciencia entre los litigantes y sus abogados respecto de la necesidad de utilizar mecanismos alternativos para la solución de conflictos.

5.- La desjurisdiccionalización de la solución de conflictos ya ha empezado, vía el traslado de competencias de la justicia ordinaria a los

notarios comprendida en la Ley de Procesos No Contenciosos de Competencia Notarial.<sup>20</sup>

En cuanto a la materia del arbitraje en este país, los árbitros están facultados para promover conciliación en todo momento. Si antes de expedirse el laudo, las partes concilian o transigen sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada.

En caso de que las partes lo prefieran, y así lo manifiesten al árbitro, la conciliación o transacción se registrará en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará de la misma manera que un laudo arbitral. Este laudo no requiere ser motivado. Si la conciliación o transacción fueran parciales, continuará el proceso respecto de los demás puntos controvertidos.

El arbitraje se puede dar de dos maneras:

De derecho. Los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable.

---

<sup>20</sup>Idem.

De conciencia. Los árbitros resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia.

En Perú existen instituciones arbitrales y la organización y desarrollo del arbitraje pueden ser encomendadas a éstas, las que necesariamente deberán estar constituidas como personas jurídicas.

En el caso de que las partes acudan a una institución arbitral ésta nombrará a los árbitros y establecerá el procedimiento y las demás reglas a las que se someterá el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral.

Las controversias que no son viables de resolverse por vía arbitral son:

“Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas.

Las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.

Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes en el proceso.

Las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, incluyendo las que se refieren a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa.”<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> <http://www.leyesmasc.fr.st/> Ley General de Arbitraje. Ley número 26572 art. 3. Ley de Conciliación 26872 artículos del 5 al 15.

## **CAPÍTULO 2**

### **LA AUDIENCIA PREVIA DE CONCILIACIÓN Y DE EXCEPCIONES PROCESALES**

La audiencia previa de conciliación y de excepciones procesales, constituye una parte fundamental del proceso civil que, recibe su nombre de la disposición prevista por el artículo 36 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal que reza:

“Artículo 36. Salvo la incompetencia del órgano jurisdiccional, las demás excepciones procesales, y las objeciones aducidas respecto de los presupuestos procesales se resolverán en la audiencia previa de conciliación y de excepciones procesales, a menos que en disposición expresa se señale trámite diferente.”<sup>22</sup>

La ratio juris de la norma radica en la necesidad de analizar la procedencia de la acción que se intenta, más no forzosamente de la pretensión, a fin de evitar que a la conclusión del proceso se constate

---

<sup>22</sup> Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, Editorial Sista, S. A. de C. V., México, 2001. p.9.

**su improcedencia de origen y la esterilidad de todo lo actuado en la etapa procedimental, para lo cual es trascendente el estudio previo de los presupuestos procesales, los cuáles hacen viable un proceso o lo dan por concluido o improcedente según el caso.**



## **I.- Naturaleza Jurídica y Concepto**

El propósito fundamental de la audiencia previa es sanear el proceso, esto es, constatar que carece de vicios que afecten la prosecución del proceso de tal manera que a su resolución definitiva, una vez que se hubiesen agotado todas las etapas procedimentales se llegue a la conclusión de la esterilidad del mismo.

La audiencia previa es la primera audiencia que tiene verificativo dentro del proceso, en la que deben comparecer ambas partes ante la presencia del juzgador.

Sostiene el maestro Cipriano Gómez Lara que con independencia del nombre con el que se le designe, en Austria primera audiencia; en Alemania comparecencia personal de las partes, es la primera audiencia dentro del proceso que es presidida por el juez con la comparecencia de las partes, que tiene como intención primordial evitar el pleito, o bien, reducir o precisar su objeto y depurar el procedimiento, verificando la ausencia de vicios que lo volvieran estéril.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Gomez Lara Cipriano. Derecho Procesal Civil, Oxford University Press Harla, Sexta Edición, México, 1990, p. 82.

“El nombre de audiencia preliminar da lugar a alguna perplejidad, pues lo preliminar da idea de previa, lo que podrá entenderse como anterior al proceso, esto es preprocesal.”<sup>24</sup>

Sostiene el maestro José Ovalle Favela que una aportación importante que se ha obtenido de la doctrina procesal moderna, radica en el deslinde conceptual entre el derecho subjetivo material y el derecho subjetivo procesal, el primero como el fundamento de la pretensión del actor y el segundo como la acción.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Vescovi Enrique, Bases Uniformes para la Reforma de la Legislación Procesal Civil de los Países Latinoamericanos. en Revista Justicia Uruguay, Montevideo, 1974, Tomo LXIII. p. 289.

<sup>25</sup> Ovalle Favela José. Derecho Procesal Civil, Oxford University Press. 7ª edición. México, 2001. p.113.

## **II.- Origen Histórico**

Los orígenes históricos de la audiencia previa y de conciliación resultan difíciles de precisar en cuanto a los mediatos; ya que hay mucha controversia entre la doctrina en este aspecto. Sin embargo, existen mas referencias uniformes respecto a los orígenes inmediatos.

Los estudiosos han coincidido en considerar que la figura jurídica procesal más antigua que se conoce, con similitud a la audiencia previa fue la establecida en el Regolamento Legislativo e Giudiziano per gli Affari Civili, (Reglamento Legislativo y Judicial para los Asuntos Civiles) expedido por el Papa Gregorio XVI el 10 de noviembre de 1834, en cuyo artículo 55 se establecía lo siguiente:

Todas las controversias relativas a la índole y cualidad del juicio promovido, a las cualidades que vengan atribuidas a las partes en el acto de la citación, a la legitimación de las personas, serán propuestas y decididas en la primera audiencia.<sup>26</sup>

Sin embargo, ya como audiencia preliminar propiamente dicha, aparece por primera vez en el Código Civil Austriaco elaborado por Franz Klein, en la que se concede al juez la facultad de :

---

<sup>26</sup> Idem.

**Poner término a los procesos en que no haya controversia;**

**Resolver sobre los presupuestos procesales y sobre las excepciones de inadmisibilidad del proceso, de incompetencia, de litispendencia y de cosa juzgada;**

**Intentar la conciliación de las partes, y**

**Determinar el objeto del proceso, con base en la pretensión o pretensiones del actor y las excepciones del demandado.**

Klein se mostraba decidido partidario del principio de la oralidad de inmediación del procedimiento. Y ello era, haciéndose eco de las peticiones que surgían en todas partes del Imperio Austrohúngaro por parte de Colegios de Abogados, Cámaras Comerciales, Corporaciones Industriales, etc., de que se introdujese un procedimiento civil basado en los principios de la oralidad, publicidad y libre apreciación de las pruebas, y de la dura crítica que se hacía al ordenamiento vigente, pero Klein añadió que sería un error considerar que estos principios fueran la clave del nuevo procedimiento (creencia que después se ha extendido mucho); un procedimiento informado, oír tales principios puede ser malo y la corruptela puede, por otra parte, acabar con ellos.

Klein no se muestra partidario de la oralidad sin fundamento alguno sino únicamente en cuanto puede obtener la intermediación, pues deberá desaparecer cuando las ventajas se vean superadas por los inconvenientes que pudieran representar con respecto a una buena resolución del litigio. Consideraba Klein aventurado y desventajoso el acudir al debate de apelación de haber presentado previamente escritos fundados.

En mérito de la sencillez deben ser eliminadas del proceso las formalidades superfluas y conservarse solamente las precisas, que deben ser a su vez sencillas y comprensibles para las partes; ello favorece por su parte el bajo costo del procedimiento. Elimina Klein como superfluos, por ejemplo, los escritos de las partes para acompañar en su presentación a los tribunales, autos y documentos; basta con una sencilla exhibición y testimonio de los mismos por el secretario. No precisa un debate oral cuando un interrogatorio puede dar buen resultado. Si es escrito; se debe dar posibilidad a las partes para renunciar a determinados debates orales; si ello no les causa perjuicio; se introduce el principio de impulso oficial del procedimiento, suprimiendo con ello la muy pesada carga para las partes de instar su curso y las notificaciones; aquí Klein aún hábilmente lo que presenta como principios introducidos en el procedimiento en mejora de la condición de las partes con el principio

oficial, necesario para que el proceso cumpla sus fines de obtener una justicia material y no simplemente formal.

Es evidentemente acertado el pensamiento de Klein, de que la sencillez y rapidez del procedimiento van unidas; lo sencillo es rápido. Y nuevamente presenta como favorable para las partes (y realmente lo es) una restricción del principio dispositivo; en su proyecto estatuye un sistema para evitar las prórrogas de plazos y las suspensiones por acuerdo de las partes; para conseguir tal objeto debe demostrar fundadamente que existe para una de ellas la imposibilidad de llevar a cabo temporáneamente la actividad procesal de que se trate, además los acuerdos de las partes en tal materia no vinculan al tribunal. Como medio técnico para actuar los principios de sencillez y rapidez, (adecuación) del procedimiento, Klein estatuyó en su proyecto (y es, además consecuencia directa de la oralidad) la necesidad de aportar el material instructorio y en especial los medios de prueba, lo mas rápidamente posible.<sup>27</sup>

El origen de la audiencia preliminar también ha sido adjudicado, por algunos doctrinarios, a la institución procesal del despacho saneador, que tiene su origen en los derechos portugués y brasileño.

---

<sup>27</sup> Morello Augusto Mario en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo 1982, p. 166.

Es en el decreto portugués de 1907 en el que se localiza el antecedente más remoto en la figura del despacho regulador del proceso, institución en la cual se analizan los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, sus efectos procesales son provocar el contacto inicial del juez con la causa, produciendo la extinción de la relación mediante una decisión que da por concluido el proceso, o bien la continuación del mismo suprimiendo los vicios que pudieren existir, con antelación a la fase de instrucción.<sup>28</sup>

Sostiene el maestro Gomez Lara que el despacho saneador tiene dos proyecciones, la que tiende a la solución y la que esclarece la decisión del litigio, con la concentración de la causa y la habilidad del juez para dirigirla correctamente.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Gomez Lara Cipriano. Op. cit. p. 82.

<sup>29</sup> Idem. p. 83.

### III.- Antecedentes en Derecho Comparado

"La obra de Franz Klein tuvo gran aceptación en otros regímenes jurídicos, bajo el nombre de *despacho saneador*.

La enorme influencia que la ZPO austríaca ha tenido fuera de los límites de su patria, nos habla de la bondad de sus principios técnicos; primero fue el Código Procesal Civil Húngaro de 1911; la desmembración del imperio austríaco en 1918 no dejó de hacer que esta influencia creciera; así las Leyes Procesales Civiles de Polonia (ZPO de 1930, en su redacción del 1 de diciembre de 1932), de Yugoslavia (Código de 1929), de Checoslovaquia- rigiendo hasta hace poco el derecho austríaco y húngaro, de Dinamarca ( Ley de 1916), de Noruega (ZPO de 1915) y de Suecia ( Ley Procesal de 1942), son hijas directas de la ZPO austríaca".<sup>30</sup>

Como quedó expuesto en párrafos precedentes, bajo la denominación de *despacho saneador* surgió en el derecho portugués moderno, con el decreto número 12,353 del 22 de septiembre de 1926, en cuyo artículo 24 se apreciaban tres propósitos definidos: conocer las nulidades; apreciar la legitimidad de las partes y su representación en juicio y juzgar las cuestiones previas y prejudiciales. Señala el maestro

---

<sup>30</sup> Morello Augusto Mario. Op. cit. p. 167.



Gomez Lara que fue a partir de dicha regulación en que se dio la separación entre el juzgamiento de mérito y el juzgamiento previo, para ya no resolverlo en su conjunto en la sentencia que ponía fin al proceso, reservando para tal momento única y exclusivamente el juzgamiento de mérito, o simplemente dándolo por concluido anticipadamente con el juzgamiento previo.<sup>31</sup>

Resultó tan benéfica la medida de saneamiento del proceso que se amplió su función facultando al juez que la aplicase para conocer de cualesquiera otra cuestión para cuya decisión, el proceso le ofreciese los elementos necesarios, y en tal tenor se promulgó el artículo 10 del Decreto número 18,552, del 3 de julio de 1930.

En 1961 la figura del despacho saneador fue incluida en el Código de Proceso Civil Portugués, bajo el artículo 510, atribuyéndole la finalidad de conocer las excepciones que puedan causar la absolución de la instancia y las nulidades procesales; revisar la procedencia de excepciones perentorias; el conocimiento de la naturaleza de la pretensión, si la cuestión de fondo es únicamente de derecho y se cuentan con los elementos para decidirla, o bien la cuestión de fondo es de hecho y en el proceso se tienen los elementos probatorios para emitir la decisión fundada.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Idem. p.83

<sup>32</sup> Ovalle Favela José. Op. cit. p. 117.

Por la influencia del derecho portugués, el *despacho saneador* fue regulado también por el Código de Proceso Civil Brasileño de 1939, expone el maestro Gomez Lara que surgió como una decisión que sigue a la postulación e implica el examen de la legitimidad de la relación procesal, dispone la corrección de los vicios subsanables y de forma resumida contempla un juicio positivo de admisibilidad declarando la procedencia del ejercicio de la acción y un juicio positivo de validez del proceso por haberse constituido y desarrollado sin la existencia de vicios o el saneamiento oportuno de los mismos.<sup>33</sup>

El Código de Proceso Civil Brasileño de 1973 también prevé el *despacho saneador* para resolver sobre las siguientes cuestiones: 1).- Condiciones de admisibilidad de la acción y de validez del proceso; 2).- Práctica de la prueba pericial, y 3).- Señalamiento de la audiencia de instrucción y juzgamiento, así como determinación de las pruebas que deben practicar en ella.<sup>34</sup>

Un antecedente más cercano es la reciente reforma a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, llevada a cabo el 6 de agosto de 1984, sustentándose en la audiencia preliminar austriaca regula la comparecencia en el juicio de menor cuantía, en la cual se deben tratar, entre otras, las siguientes cuestiones:

---

<sup>33</sup> Gomez Lara Cipriano. Op. cit. p.83

<sup>34</sup> Ovalle Favela José. Op. cit. p. 119.

- A). Intentar la conciliación de las partes;
- B). Resolver sobre la procedencia del juicio de menor cuantía;
- C). Invitar a las partes para que aclaren y delimiten los términos del debate;
- D). Subsanan, cuando fuere posible, los defectos de los escritos iniciales y los presupuestos procesales; en caso contrario, resolver el sobreseimiento del proceso;
- E). Que las partes soliciten, cuando proceda, el recibimiento a prueba del pleito.<sup>35</sup>

El Maestro Ovalle Favela expone en su obra, que otros antecedentes de gran importancia de la audiencia previa surgieron en el sistema procesal angloamericano, son la *Summons for Directions*, creada en Escocia desde 1868 e introducida en Inglaterra en 1883; y el *Pre-trial*, puesto en práctica por el Tribunal Supremo de Boston en 1934 y difundido posteriormente en los demás Estados de Norteamérica.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Gomez Lara Cipriano. Op. cit. p. 83.

<sup>36</sup> Ovalle Favela José. Op. cit. p. 115.

“El proyecto de Código de Procedimiento Civil para Uruguay, elaborado por Eduardo J. Couture, se encuentra también influenciado por las figuras procesales del régimen norteamericano pre trial y preliminary hearing, artículo 84 de la Federal Rule of Civile Procedure Regla 16 y artículo 37 de la Conferencia Preliminar del Juicio del Código de Puerto Rico, respectivamente. La Ley Argentina también adopta esta figura pero en forma aislada.<sup>37</sup>

“Francia también acoge la figura de la audiencia previa, y al efecto dice Goldschmidt que la característica principal del proceso francés es el influjo que en él ejercen los abogados. En los procesos ante los tribunales de primera instancia, hoy de Gran Instancia, la preparación de la audiencia final se realiza primordialmente, a través de escritos que se intercambian los abogados, directamente o por medio de un oficial de justicia (huissier).

Luego del ajournament o sea del requerimiento hecho por el abogado del actor al demandado para que designe su abogado, se inscribe el asunto en el role (Registro) de la Secretaria del Tribunal que va a entender en el asunto, dejando al greffier una copia de la demanda (placet). Siguen nuevos escritos entre los abogados, en que la cuestión litigiosa se va perfilando (se espera) hasta que el del actor cita a su adversario a comparecer ante el tribunal a fin de presentar sus

---

<sup>37</sup> Vescovi E. Op. cit. p. 289

conclusions motivées; presentadas éstas, el asunto queda a lié et l'affaire en état (art.78 Code de Procédure Civile). De acuerdo con el turno de la inscripción en el role, se fija la audiencia de vista de la causa, la que no es óbice para que las partes sigan intercambiándose escritos sobre la prueba a producir en la audiencia o la que se diligencie por separado: otro ejemplar de cada escrito con las conclusiones son presentadas al greffier para ser agregadas al dossier.

En principio, el Tribunal sólo puede tener en cuenta las conclusiones notificadas a la otra parte diez días antes de la audiencia (art.82).

Se debe destacar, sin embargo, la importancia que ha adquirido en los últimos tiempos, sobre todo a partir del decreto del 22 de diciembre de 1958, número 58-1289, la figura del juez instructor, que designa el Presidente del Tribunal (art.77) en el momento de la inscripción de la causa en el role. Además de tener la función de controlar la regularidad del procedimiento, puede, a fin de apurarlo, convocar a audiencia a los abogados y a las mismas partes, intentando, en este ultimo caso, también conciliarlas; a pedido de una de las partes y aun de oficio, puede ordenar cualquier medida de información entre las cuáles se encuentra la enquête (interrogatorio de testigos) artículo 81, previa a la cual enunciará los hechos admisibles y pertinentes a probar (art.246). De tal modo, la prueba queda, en gran medida,

producida antes de la audiencia.”<sup>38</sup>

“El fin que se persigue en todo conflicto de intereses es la solución del mismo, de manera justa, equitativa y expedita y que mejor forma puede existir para llegar al anhelado fin que con un acuerdo entre la partes, por ser ellas las que se encuentran afectadas por la situación y quienes conocen mas a fondo las causas, consecuencias y posibilidades de resolverla.

Ahora bien, también es cierto que por encontrarse involucradas en el conflicto que les aqueja, carecen de objetividad para darle la solución más viable y resulta consecuentemente lógico considerar que se han visto imposibilitadas para hacerlo desde el momento en que acuden ante un tercero, el órgano jurisdiccional, para solicitar su intervención en el conflicto y en las bases de solución. Es por todas estas razones que se ha considerado de gran ayuda, en muchos de los casos, la audiencia de conciliación, ya que por medio de ella se han resuelto las diferencias sin necesidad de iniciar un procedimiento judicial.

El fin del proceso es, en último término, la decisión del conflicto de pretensiones: composición del litigio, que diría Carnelutti; de ello

---

<sup>38</sup> Viera Luis Alberto, La Audiencia Preliminar, Revista del Colegio de Abogados de la Plata, La Plata Argentina, 1987, año XIX. no 40. p. 317.

deriva que, si se atiende al aspecto sustancial de la actividad jurisdiccional, lo deseable sería eliminar la necesidad de su presencia.

La mejor justicia –se ha dicho con razón- es la justicia de las partes; por eso mismo, debe ser, no sólo facultad sino obligación ineludible del juez, el procurar la solución autocompositiva del litigio”.<sup>39</sup>

“La autocomposición surge indudablemente de la evolución humana porque hay en ella un alejamiento del primitivismo y de la animalidad.

En la autocomposición, al encontrar las propias partes en conflicto la solución de éste, ya sea a través del pacto, de la renuncia o del reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria, resulta que aquéllas están ya ante una forma altruista, más humanizada de solución de esos conflictos.”<sup>40</sup>

“El hecho de que la actividad mediadora del oficio le aparte de su función propiamente jurisdiccional en la medida en que se suprima la posibilidad de la dirección del debate –el cuál al menos durante la

---

<sup>39</sup> Zepeda Jorge Antonio, El Saneamiento del Proceso y la Audiencia Preliminar. Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXXVI, números 148, 149 y 150. Julio a diciembre 1986. pp. 15 y 16

<sup>40</sup> Gomez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso. Harla. México. 9ª Edición, 1995. p. 429.

mediación, se suspende- y en que desaparezca la necesidad de la decisión del conflicto, precisamente porque éste haya sido resuelto por las partes, implica, de un lado, alcanzar el máximo logro de la economía procesal, y del otro, excluir el proceso mismo y sustituir la sentencia judicial por un mero acto de homologación de la voluntad de las partes. Y todo ello es encomiable. En este sentido se pronuncian Gelsi Bidart y Vescovi cuando clasifican a esta posibilidad de conciliar a las partes como una función de indiscutible relevancia social y jurídica reconocida en todas las épocas históricas.”<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Zepeda Jorge Antonio, Op. cit. pp. 15 y 16.



#### **IV.- Disposiciones Legales**

La audiencia previa, la audiencia “sancadora” del proceso, está diseñada en nuestro código, como la audiencia conciliatoria, las partes deben acudir (no se infiere su personalísima presencia, lo que se considera indebido) a la audiencia en que se conozca cuales son las excepciones que fueron opuestas y se resuelvan de inmediato en lo posible, y cualesquiera otras vicisitudes que pudieran entorpecer o frustrar su trámite (como una litispendencia necesaria) y además se intente conciliar las pretensiones de las partes y abordar a la solución del diferendo mediante su acuerdo, esto es la autocomposición que consiste en la creación de las reglas a las que ambas partes deben someterse para resolver su conflicto.

En el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se prevé la audiencia preliminar para todos los juicios ordinarios en el artículo 272-A, que establece lo siguiente:

“Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días.

(...) Si una de las partes no concurre sin causa justificada, el juez la sancionará con una multa hasta por los montos establecidos en la fracción II del artículo 62 de este código.

Si dejaren de concurrir ambas partes sin justificación, el juzgador las sancionará de igual manera. En ambos casos el juez procederá a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio.

Si asistieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada.

En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y el juez, que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará, en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento."<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Op. cit. p. 53.

Además, la conciliación puede intentarse fuera de la audiencia previa, en cualquier fase del proceso pues el Código de que se trata en su artículo 55, dispone que en caso de que no se hubiera logrado avenimiento entre las partes, salvo en los casos en que la ley no lo permita, los conciliadores estarán facultados para intentarlo en todo tiempo, antes de que se dicte la sentencia definitiva.

De acuerdo con el artículo 59 del Código citado, la audiencia, en todos los procedimientos, deberá observar las siguientes reglas:

I.- Serán públicas, pero el tribunal podrá determinar que aquéllas que se refieran a divorcio, nulidad de matrimonio, o las demás en que a su juicio convenga, sean privadas. En todos los supuestos en que no se verifiquen públicamente, se deben de hacer constar los motivos para hacerlo en privado, así como la conformidad o inconformidad de los interesados. El acuerdo será reservado;

II.- El secretario, bajo la vigilancia del juez, hará constar el día, lugar y hora en que principie la audiencia, así como la hora en que termine;

III.- No se permitirá interrupción de la audiencia por persona alguna, sea de los que intervengan en ella o de terceros ajenos a la misma. El juez queda facultado para reprimir los hechos de

interrupción con medios de apremio o correcciones disciplinarias además de ordenar la expulsión con uso de la fuerza pública de aquél o aquéllos que intenten interrumpirla, y

IV.- En los términos expresados en la fracción IV del artículo 62, serán corregidos los testigos, peritos o cualesquiera otros que, como partes, o representándolas, faltaren en las vistas y actos solemnes judiciales, de palabra o de obra o por escrito, a la consideración, respeto y obediencia debido a los tribunales.<sup>43</sup>

Se desprende de este capítulo, en conclusión, la gran importancia de la audiencia previa y de conciliación en cualquier proceso judicial, primeramente porque depura el proceso, esto es define su viabilidad, que no existan causas que lo hagan imposible al final del camino del procedimiento y que de haberse advertido con oportunidad hubieran ahorrado tiempo y esfuerzo, ya bien para no intentarlo nuevamente o para prepararlo en forma legal que asegure, dentro de lo posible su feliz término. Y en segundo lugar, pero no de menor importancia, porque procura la conciliación de las partes, proponiendo soluciones y advirtiendo a las partes sobre las vicisitudes del proceso, y ya en caso de no lograrla de aquí parte el procedimiento; y en caso de que las partes lleguen a convenir sobre sus diferencias, se alcanza con esto uno de los principales fines de la justicia, consistente

---

<sup>43</sup> Idem. p. 14.

**en su satisfacción con la solución pactada, ya que ésta ha sido la que ellos de común acuerdo formulan.**

### **CAPÍTULO 3**

## **BREVE ANÁLISIS DE LA VOLUNTAD**

## **EN LOS JUICIOS DE MATERIA FAMILIAR**

La intervención de la voluntad en los juicios de materia familiar se analizará en este capítulo con el fin de hacer notar la inexplicable distinción entre la voluntad de las partes en el Derecho Patrimonial y en el Derecho Familiar.

Para comprender la relevancia de la voluntad, es preciso recordar que ésta es uno de los elementos que hacen existente el acto jurídico.

“El acto jurídico es la manifestación exterior de la voluntad tendiente a la producción de efectos de Derechos sancionados por la ley.”<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*. Oxford University Press Harla, Cuarta Edición. México, 2000, p. 57.

Se entiende por acto jurídico aquél suceso que contenga una declaración o manifestación de voluntad realizada con el propósito de producir consecuencias jurídicas.

Como todo ser real o conceptual, el acto jurídico tiene que cumplir con requisitos esenciales o de existencia, y de validez para que produzca plenamente sus efectos.

Los elementos de validez son cuatro:

La licitud en el objeto, motivo o fin del acto.

La ausencia de vicios en la voluntad.

La capacidad en el autor o autores del acto.

La forma, en caso de así requerirlo la Ley.<sup>45</sup>

Los requisitos esenciales o de existencia son tres:

El objeto de la manifestación o de las consecuencias que con ella se pretenden, siempre que sean posibles tanto física como jurídicamente.

---

<sup>45</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, S. A. de C. V., México 1989, p. 146.

La manifestación de voluntad con la finalidad de producir consecuencias de derecho.

La solemnidad, en caso de que la ley así lo solicite<sup>46</sup>.

Como se puede notar, en los elementos de validez existe, al igual que en los esenciales pero de manera tenue, una relación directa con la voluntad, ya que la ley señala que la declaración de voluntad sólo será válida si se exterioriza de manera libre y exenta de error, violencia, dolo o mala fe.

La diferenciación de los elementos de existencia de los de validez es un progreso de la técnica jurídica que permite explicar y sistematizar las diversas consecuencias producidas por la ausencia de alguno de ellos.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Idem. p. 146.

<sup>47</sup> Bejarano Sánchez Manuel. Op. cit. p. 49.



## **I.- El Derecho Patrimonial en Relación al Acto Jurídico**

Los filósofos del siglo XVIII que postulaban el individualismo liberal manifestaban que el hombre nace libre y sólo pierde esa libertad por las restricciones que él voluntariamente se impone. Idea desprendida de Jacobo Rousseau en su obra "Teoría del Contrato Social."

"La teoría de la autonomía de la libertad afirma el culto al individuo y a su voluntad, reconociéndole el poder de crear a su arbitrio los contratos y obligaciones que él libremente decida.

Este principio otorga a los particulares la libertad de crear la norma contractual aun cuando ésta se ve neutralizada por la ley, en aras de asegurar la convivencia social.

La teoría de la autonomía de la voluntad prevaleciente en el Derecho Civil de contenido económico, se fincó en un consensualismo, el cuál se fue acentuando históricamente por los principios desarrollados por los canonistas, esto es el Derecho Canónico, y se fortaleció por la escuela del Derecho Natural en el siglo XVII y por el voluntarismo emergente por las tesis del individualismo liberal en el siglo XVIII.

Esta teoría concedió un amplio margen de acción a los contratantes y por tanto a la voluntad de las partes, para constituir los actos jurídicos que éstas consideraran necesarios para regular sus relaciones económicas y de negocios.

Bajo la influencia de esta ideología se consagró el principio de la libertad contractual, también llamado teoría de la autonomía de la voluntad.

La doctrina del liberalismo, por su parte, afirma que el permitir la libre actividad del individuo es la mejor fórmula para obtener el beneficio común, y que dejar en libertad el juego de las voluntades individuales es el medio de lograr la justicia y el equilibrio del contrato, ya que nadie habría de consentir voluntariamente en su perjuicio.

El acto jurídico en el Derecho Patrimonial se rige de acuerdo con la teoría de la autonomía de la voluntad, siempre que no contravenga el orden público.

Mario de la Cueva pone de manifiesto los riesgos de la libertad contractual y sostiene que entre el fuerte y el débil la libertad es fuente de injusticias.

“En el mismo sentido, Gustavo Radbruck afirma que la libertad de contratación es libertad ciertamente, para aquél que posee este poder, pero es en cambio, impotencia para aquél contra quien se dirige; la parte débil se cohibe, se coacciona de hecho a aceptar las condiciones que se le dictan.”<sup>48</sup>

“Sea lo que fuere a este respecto, se puede afirmar que la voluntad en el Derecho Patrimonial es la libertad de obligarse mediante la celebración de actos jurídicos cuyo contenido no sea contradictorio a las normas de interés público, las buenas costumbres y los derechos de tercero, situación que puede resumirse en la frase “lo que no está prohibido, está permitido.”<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Idem. p. 53.

<sup>49</sup> Idem. p. 54.

## **II.- El Derecho Familiar en Relación al Acto Jurídico**

“El Derecho de Familia está teñido por un matiz acentuado de orden público y los cánones legales que lo regulan han sido calificados, invariablemente como disposiciones jurídicas de interés público.”<sup>50</sup>

La naturaleza jurídica del Derecho de Familia ha estado en discusión por la doctrina durante mucho tiempo.

El carácter distintivo que marca al Derecho Familiar ha suscitado enconados alegatos sobre la diversa naturaleza jurídica del mismo y su diferencia con el Derecho Civil en general, al punto que hay juristas, quienes, tras profundas discusiones, postulan la independencia del Derecho de Familia, y cuestionan su carácter de Derecho Privado, llevándolo al campo del Derecho Público o manteniendo una posición intermedia al caracterizarlo como un Derecho Social.

“Julián Güitrón Fuentevilla opina al respecto, que el Derecho Familiar tiene su propia naturaleza jurídica ya que es una nueva rama de la ciencia del Derecho con características singulares; su objeto de

---

<sup>50</sup> Idem. p. 55.

estudio es la familia; sus relaciones jurídicas son sometidas al orden público, pero sin ser un organismo del Estado; sus sujetos están regidos por normas del orden público donde se impone el *jus imperium* a través del Derecho.”<sup>51</sup>

“La imposición que de estas normas hace el Derecho, no los deja, como ocurre en el Derecho Privado o en el Civil, al arbitrio o a la libre expresión de quienes intervienen en ella. El Estado las impone, obliga a los sujetos a cumplirlas.”<sup>52</sup>

En el Derecho de Familia la voluntad de los particulares sólo es operante en la medida estrecha que la ley la autoriza.

Las relaciones jurídicas entre los cónyuges no se sujetan a la voluntad de éstos. Aun cuando el acto mas privado que tiene el hombre es casarse, al manifestar su voluntad aceptando este vínculo, la ley le impone, sin concesiones, términos ni condiciones, el contenido de las mismas; de esta forma, los cónyuges se someten al imperio de la Ley; ésta ordena, no discute.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Idem. p.55

<sup>52</sup> Barrera Zamorategui, Et. Al., Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio Ibarrola Aznar Presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de México, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1996, pág. 147.

<sup>53</sup> Cfr. Ibid.

“Si en un contrato común es factible que las partes contrayentes establezcan diversas modalidades sobre su duración, efectos jurídicos, extinción y similares, por ejemplo en una compraventa los contratantes pueden sujetarla a plazo, condición o causas de resolución, en un acto de naturaleza familiar las partes intervinientes están imposibilitadas para determinar una regulación caprichosa a su respecto, y por tanto sería absolutamente estéril e inadmisibles desde el punto de vista legal que pretendieran celebrar un matrimonio a plazo, sometido a cierta condición, o que intentaran establecer de antemano las causales que impusieran su resolución. Baste la anterior reflexión para demostrar la particular naturaleza jurídica de la regulación del orden familiar.

En este orden de ideas, y mostrando un ejemplo de lo anterior, la disolución del matrimonio por divorcio sólo obedece a las causales que la ley consagra (divorcio necesario); o proviene de una voluntad común externada con la forma y ante la autoridad exigida por la ley (divorcio voluntario).

La voluntad es generadora de efectos de derecho, porque la norma jurídica general y obligatoria, la ley, le atribuye tales consecuencias. Sin embargo, no se podría incurrir en el error de suponer que la legislación concede a la voluntad efectos tan amplios en

la materia familiar, como los que le asigna en el Derecho de los negocios, en el Derecho Civil Patrimonial.”<sup>54</sup>

En el Derecho Privado Patrimonial los márgenes de acción de la voluntad individual son amplios y se permite a los particulares establecer diversas relaciones jurídicas a su arbitrio, mediante la celebración de contratos o declaraciones unilaterales de voluntad, que sólo son limitadas por las normas de orden público, las buenas costumbres y los derechos de tercero; en el ámbito del Derecho de Familia la voluntad sólo puede obrar y producir consecuencias jurídicas dentro de los márgenes estrechos expresamente regulados por las leyes, y previo el acatamiento de los requisitos en ellas contenidos.

---

<sup>54</sup> Barrera Zamorategui. Op. cit. p. 148

## **CAPÍTULO 4**

### **EL PROCESO CONCILIATORIO FORMAL COMO PRESUPUESTO DE LOS JUICIOS EN MATERIA FAMILIAR**

La legislación civil familiar ha avanzado notablemente en el tratamiento de los problemas familiares, dando énfasis a la protección y cuidado de los miembros de la familia, en especial de aquellos que en razón de sus circunstancias especiales suelen ser los eslabones más débiles de la cadena, los hijos menores de edad, los mayores de edad incapaces y los ancianos.

Con tal finalidad el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal regula el procedimiento que debe seguirse para solucionar ante los tribunales los problemas familiares, consagrado en el Título Decimosexto, bajo la denominación "De las controversias del orden familiar" con un Capítulo Único que en su primer artículo establece:



"Artículo 940: Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad."

Asimismo es de apreciarse que ante la gran diversidad de matices que los conflictos familiares pueden presentar, los jueces familiares no se encuentran limitados a la aplicación de un procedimiento rígido e intolerante, sino que en términos del artículo 941 del citado ordenamiento procesal han sido investidos de facultades especiales para el tratamiento de tales situaciones, interviniendo de oficio y dictando las medidas que a su juicio protejan sobre todo a los hijos menores de edad, y en especial su derecho a recibir alimentos a cargo de sus progenitores.

El maestro Manuel Bejarano y Sánchez, Magistrado de la Segunda Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en su obra "La Controversia del Orden Familiar, (Tesis Discrepantes), sostiene que el cúmulo de atribuciones con que se encuentran investidos los jueces y magistrados familiares deben ser ejercidas con rectitud, sensibilidad y conocimientos del derecho, para ser dignos recipendarios de la responsabilidad que la función que desempeñan conlleva, siendo urgente consolidar el progreso con la aplicación de las normas, que no se observan hasta la fecha, así como

mejorar la selección y preparación de los jueces familiares para alcanzar los superiores fines que las animan.<sup>55</sup>

Una de las formas de conclusión permitidas en juicio, de acuerdo con la Teoría del Proceso es la composición voluntaria. Así lo distinguimos en el Código de Procedimientos Civiles, en los artículos 272 A, al regular la audiencia preliminar dentro del proceso ordinario civil, y 55 segundo párrafo del mismo ordenamiento.

La experiencia recogida por los jueces y tribunales familiares es reveladora de que los conflictos de padres, hijos y parientes se recrudecen durante el trámite judicial de sus diferencias. A ello coadyuvan inconsciente o deliberadamente las acciones de los abogados.

Los escritos judiciales, las juntas efectuadas con posiciones polarizadas e irreconciliables, mentiras intencionadas para desatar los rencores reprimidos y externar los agravios y las querellas contenidas, harán campo fértil para la venganza, y todo ello en perjuicio de la familia.

---

<sup>55</sup> Bejarano y Sánchez Manuel, *La Controversia del Orden Familiar*. (Tesis Discrepantes) Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1994, p. 222.

La conveniencia de concluir los litigios por acuerdos de los contendientes, es en materia civil ampliamente reconocida, por ello los problemas familiares con mucho mayor razón deben ser resueltos por esa vía, limando sus diferencias y buscando puntos de comunión; las diferencias que surgen entre familiares reclaman un medio de solución mas eficaz en cuanto a tiempo y formalidades, a fin de evitar el desgaste de la relación y el encono que en la mayoría de los casos son las consecuencias de una controversia judicial rebuscada, incomprensible e interminable.

Aunado a lo anterior, en los escritos que presentan las partes, elaborados por sus defensores quienes sólo buscan el resultado exitoso de su gestión, se expone ante el juzgador en forma parcial, incompleta e interesada la versión de los hechos, plagada de exageraciones o lo que es peor de mentiras, que producen en la contraparte disgusto e indignación, que traen en consecuencia la destrucción del respeto y de los lazos de amor que antaño los unieron entre sí y con su familia. Al grado tal que el resto de los miembros de la familia llegan al extremo de tomar partido por uno u otro contendiente, fracturando aún más, si esto es posible, la que restaba de la unión familiar en sentido lato.

El devastador panorama que se presenta en el párrafo precedente puede y debe evitarse por el juez que le corresponda conocer,

procurando en todo momento y como fin primordial la conciliación en lo posible de los intereses de las partes, en beneficio del grupo.

El abogado familiar, diferenciado de todos los demás especialistas en otras ramas del derecho, debería ser consciente de su papel y partir del supuesto de que su defensor es la familia, y no sólo la parte que lo contrató

En las organizaciones de abogados, barras y colegios, debería subrayarse que, como principio de ética exigible en el ejercicio de la noble profesión del abogado, se debe velar por el interés de la familia como grupo indivisible por encima del interés particular del que pretende su defensa a costa del interés general de su familia.

El artículo 941 de nuestro Código de Procedimientos, claramente establece:

“El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”<sup>56</sup>

El precepto legal transcrito se sustenta en la exposición de motivos de la ley y son los siguientes:

"Se establece la posibilidad de convenios para terminar los litigios, por exhortación que para ello hagan a las partes los jueces o funcionarios judiciales autorizados para esos casos (artículo 55). Consideramos que la labor del juzgador, no solo debe culminar con sentencia, que por regla general no conforma a las partes en litigio, sino que es preferente que las facultades (que colocan a los jueces o funcionarios judiciales muy por encima de las pasiones o intereses en juego) se ejerciten con la irrefutable voluntad de avenir mas que

---

<sup>56</sup> Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Op. cit. p. 152.

dirimir; tal es lo que da la excelencia al Juez o funcionario, la bondad a la justicia, y la justicia al derecho."<sup>57</sup>

Mencionado lo anterior, parece injustificado el rechazo judicial a la composición voluntaria de las partes expresada en un convenio judicial que define de común acuerdo las reglas de solución a su problema y que cumple sobradamente los requisitos legales del caso, y sin embargo en la especie así acontece, pues cuando se inicia un proceso contencioso de juicio ordinario civil, divorcio necesario, si durante la secuela del procedimiento las partes llegaren a un acuerdo, ello no llevaría a la celebración del convenio y la conclusión del litigio, como ocurre en la vía civil, pues de existir acuerdo entre las partes para dar por terminada su relación conyugal las partes deben tramitar un juicio de divorcio voluntario, tomando en consideración que la separación de las partes nace de su voluntad, proceso que en consecuencia se deberá desarrollar de acuerdo al procedimiento establecido por el Título Décimo Primero Capítulo Único Divorcio por Mutuo Consentimiento en el Código de Procedimientos Civiles, bajo los artículos del 674 al 682, y el primero de ellos dispone:

"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán

---

<sup>57</sup> Cfr. Bejarano y Sánchez Manuel, La Controversia., Op. cit. p. 143.

ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores".<sup>58</sup>

En la regulación del juicio ordinario civil, una de las fases forzosas de agotar el proceso es la audiencia previa y de conciliación, y es en ésta en la que el Juez tiene el deber de buscar el avenimiento de las partes para alcanzar un acuerdo que ponga fin al litigio: el artículo 272 A del Código de Procedimientos Civiles, dice en la parte conducente que:

“Una vez contestada la demanda, y en su caso, la reconvenición el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra por el término de tres días (...)

(...) Si asistieran las dos partes, el Juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el Juez lo aprobará

---

<sup>58</sup> Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Op. cit. p. 68.

de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá la fuerza de cosa juzgada.”<sup>59</sup>

Sostiene el maestro Bejarano que se deben flexibilizar conceptos en aras de dar mayor utilidad a las resoluciones judiciales y a postular un cambio de óptica en los problemas que afecten a la justicia, es posición común en todas las actividades humanas y la interpretación y aplicación del Derecho no tenía porque ser la excepción.<sup>60</sup>

El divorcio necesario presupone forzosamente una causal. Su existencia confiere sustantividad a la demanda.

En el trámite de la conciliación no se admite que la parte actora prescinda de la causal alegada, y que acoja la conformidad de la contraria en la disolución del vínculo.

Lo anterior no es justificado porque la materia del proceso es el divorcio, el contenido esencial de la demanda también.

Si la demandada acoge la pretensión de divorcio en un acuerdo, termina el proceso ordinario por la conciliación de las partes al margen de que se admita la causal alegada o no.

---

<sup>59</sup> Idem. p. 53.

<sup>60</sup> Ibid. p. 139.



De lo anterior el maestro Bejarano señala, que es incongruente que se permita el arreglo de un asunto de cobranza de dinero si las partes convienen en conciliar sus diferencias mediante un convenio que el juez aprueba, y que en cambio un litigio familiar de divorcio necesario en que se alegan motivos graves de situaciones que lesionan la solidez y estabilidad de la familia, deban ser llevadas hasta el periodo probatorio con el consecuente e indeseable efecto de profundizar las diferencias y los rencores de las partes lastimando de paso a los hijos. Mientras ocurre un cambio en los móviles de la defensa y en la actitud de los defensores, la ley debiera instituir racionalmente el remedio ideal de la conciliación, para preservar en lo posible los valores y la armonía de la familia.<sup>61</sup>

El Código Procesal de Quintana Roo previene expresamente la solución y aprovecha la sustanciación del divorcio contencioso para arribar a una composición diseñada por las partes en un convenio que cubra y dé plena solución a las cuestiones fundamentales que reclama la familia para mantener, en lo posible, la estabilidad, desarrollo y sustento de los hijos.

Dice así la ley en su artículo 652:

---

<sup>61</sup> Ibid., p. 139

“Cuando exista planteado el juicio de divorcio contencioso y antes de la citación a las partes para oír la sentencia definitiva en el negocio, mediante la intervención del buen criterio del juez, podrán las partes convertirlo en voluntario, debiéndose cumplir con todos los requisitos que dicho procedimiento exige, excepto las juntas de avenimiento, pues el juez una vez oídas las partes, que le presentarán el convenio de ley y la forma de garantizar alimentos en su caso y previa vista que se le de al C. Agente del Ministerio Público, citará para oír resolución, misma que tendrá la forma y efectos de sentencia de divorcio voluntario.”<sup>62</sup>

En un juicio ordinario de divorcio contencioso, las partes litigan generalmente, además de la disolución del vínculo marital, las cuestiones atinentes a la situación de los hijos relacionados con patria potestad, custodia y alimentos. Si las partes contendientes resuelven en un convenio conciliatorio tales cuestiones, ya el juez no tendrá que proveerlas heterónomamente.

La conciliación es conveniente en cualquier proceso, ya que no puede haber mejor solución para conservar la paz en la sociedad que aquella que las partes diseñen en ejercicio de su libertad de decisión, con mayor razón es importante el avenimiento como medio de

---

<sup>62</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, Art. 652. Anaya, México, 1998, p. 170

**solución de un litigio familiar, de suyo enconado y de efectos trascendentes hacia el grupo social.**

**No obstante lo anterior, la deseada conciliación tropieza con el obstáculo frecuente del ahondamiento y recrudecimiento de los agravios recíprocos, sembrado y abonado por la actuación de los abogados, que no han reparado en que la función que protagonizan, tiene como destinatario de su afán defensivo no al cliente contratante, sino a su familia, y que al servir a ésta se sirve mejor a aquél.**

**En la actualidad es afortunadamente común constatar en la práctica, que existen jueces familiares conscientes de su función de impartir justicia pronta y expedita, que sin violentar las normas procedimentales resuelven la disyuntiva mediante el allanamiento judicial de uno de los contendientes a las menos gravosas pretensiones de su contrario, buscando su menor afectación posible y por otra parte desistiéndose éste del resto de ellas, lo que lleva al juzgador a citar a las partes para oír sentencia, ante la no existencia del conflicto por el allanamiento y desistimiento referidos. Ello no implica que sea el mejor procedimiento, pero ante el imperativo de las circunstancias funciona y logra el cometido buscado.**

**La ventaja de admitir la conciliación como solución está a la vista, en la medida de que el trámite del proceso judicial culminará con**

la solución del problema humano y legal sometido a la potestad del juez y no desembocará, como sucede a menudo de una tramitación estéril que deje en pie el conflicto cuya solución reclamaban con urgencia las partes.

Es necesario repetir que el Juez, por ningún motivo puede prescindir de intentar la composición voluntaria de las partes contendientes, en razón de la especial conveniencia de concluir de tal modo el litigio familiar.

A pesar de lo expresado, que tiende a demostrar las bondades de la conciliación, existen también sus adversarios, quienes opinan en contrario respecto al beneficio que de la conciliación se obtiene. En tal tenor expone Osvaldo Alfredo Gozáini:

“El interrogante que plantea la conciliación se cifra en la utilidad que presta a la función jurisdiccional respecto a la eficacia que de ella se espera.

En efecto, si conciliar es pacificación rápida, podría colegirse que en ese acto estaría ausente la justicia del caso. La decisión concertada obraría sobre la base de regateos y conveniencias particulares ajenas absolutamente a la protección del derecho que la jurisdicción tiene en espíritu principista.

La renuncia bilateral -voluntaria-, decía Bentham, debe ser desalentada porque al Estado le interesa que la justicia se cumpla en toda su extensión, y la conciliación esconde, en realidad, un mercado en donde gana el que más regatea.”<sup>63</sup>

Al respecto es importante destacar que el autor en cita, si bien parte de una premisa verdadera, no por ello sigue la misma suerte su conclusión, pues el hecho de que un proceso se lleve a cabo con celeridad y rapidez en la obtención de su solución, ello no implica necesariamente el abandono de la justicia, ya que la prontitud se sostiene en la eliminación de trámites más no así en la dedicación a la búsqueda del resultado.

Asimismo, es de considerarse que la mayor parte de las decisiones que toman los grupos familiares en su constante interactuar, no se encuentran sostenidas en la intervención de un juzgador a fin de que éstas sean justas, sino al criterio, necesidades y forma de funcionar de sus integrantes, de ahí que generalmente sería más sano para todo el grupo familiar que las soluciones a los conflictos que los aquejan nazcan precisamente de la voluntad de sus integrantes, y mejor aún si es con el apoyo de un profesional especializado en tal labor.

---

<sup>63</sup> Gozaini Osvaldo Alfredo, Notas y Estudios Sobre el Proceso Civil. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, núm 155, México, 1994. p. 45.

En la toma de decisiones es importante que sean los autores del conflicto quienes tengan la mayor injerencia, ya que serán ellos quienes tendrán que vivir con ese acuerdo y no los abogados o los jueces que intervinieron en la decisión, así se expresa el autor Lenard Marlow en su libro *Mediación Familiar* y además sostiene que: "(...) tiene mucho mas sentido para ellos concluir ese acuerdo, no sobre la base de las normas legales que son importantes para los abogados, sino sobre la base de las consideraciones personales que son importantes para ambos.

Para un mediador, esto es, que quiere serles de ayuda: primero tiende a apoyarlos para restablecer su habilidad de pareja para tratar los temas prácticos a los que se enfrentan como resultado de su divorcio; segundo, hacer posible que concluyan un acuerdo que esté en consonancia con el propio sentido subjetivo (de ellos) de lo que es o no adecuado, en lugar de uno que satisfaga un criterio objetivo aunque impersonal. En resumen devolver a una pareja la habilidad para resolver esos temas que siempre habían considerado más adecuado corregir por sus propios medios. Esta es la razón por la que a menudo se dice que la mediación familiar es un proceso que revaloriza a las partes.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Marlow Lenard. *Mediación Familiar*, Ediciones Garnica, S. A., México, 1999. p. 61.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México prevé en su capítulo IV De la Conciliación y Mediación, del título sexto Procedimientos Especiales, las figuras de la conciliación y de la mediación, estableciendo lo siguiente:

"Artículo 2307.- Las controversias jurídicas entre los particulares, podrán resolverse a través de la conciliación o de la mediación, como medios alternativos a la vía jurisdiccional.

Los Tribunales podrán remitir a los particulares al Centro de Mediación y Conciliación, previo su consentimiento, que deberá constar en forma fehaciente."

Artículo 2308.- Los plazos y procedimientos que regirán estos medios alternativos a la vía jurisdiccional, se regularán de acuerdo al reglamento respectivo."<sup>65</sup>

De la lectura de los preceptos transcritos, se observa claramente que la conciliación y la mediación como métodos alternativos de solución de los conflictos, no se circunscriben únicamente a los de naturaleza familiar, sino en general a los problemas que surgen entre particulares, dejando la decisión a las partes, el intentar la conciliación

---

<sup>65</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, Editorial Sista, S. A. de C. V., México, 2002. p.120.

o solicitar la mediación, pues se prevé como requisito previo el consentimiento de las partes.

Al respecto es de destacarse que las figuras jurídicas de la conciliación y mediación, aún cuando en muchas ocasiones se emplean en forma indistinta como si se tratase de sinónimos, son diferentes, en cuanto a la función que desempeña el tercero ajeno a las partes que interviene, pues mientras en la conciliación, el modulador a quien se denomina conciliador, tiene una función activa realizando propuestas a las partes e invitándolos a proponer otras que tiendan a obtener la solución del conflicto. En la mediación su intervención es pasiva, pues el mediador únicamente controla las posturas de las partes, manteniéndolos en el contexto del problema a dilucidar, evitando las dispersiones y procurando que impere el respeto, el equilibrio y la buena disposición de las partes en la búsqueda de la resolución del conflicto.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas, en su Título Décimo Octavo, denominado " De los Juicios ante los Juzgados de Paz y Conciliación y Juzgados Municipales", Capitulo I "De los Juzgados de Paz y Conciliación", sostiene en sus artículos más importantes lo siguiente:



**"Artículo 937.- El procedimiento ante los Juzgados de Paz y Conciliación se regirá por este Título, dentro de los principios de oralidad, conciliación, inmediatez, sencillez y pronta resolución.**

**Artículo 942.- Los Juzgados de Paz y Conciliación conocerán:**

**I. De los juicios cuyo monto sea hasta el equivalente a quinientos días de salario mínimo general vigente en el Estado.**

**II. De la conciliación de conflictos en materia civil, familiar y mercantil.**

**III. De las diligencias para suplir la autorización de quienes ejercen la patria potestad de los menores para contraer matrimonio y, en su caso, otorgar dispensa de edad;**

**IV. De la separación de personas como acto prejudicial;**

**V. De las diligencias de jurisdicción voluntaria para acreditar el concubinato y dependencia económica;**

**VI. De requerimiento al cónyuge para su reincorporación al domicilio conyugal; y**

VII. De las preliminares de consignación, atendiendo al monto señalado en la fracción I de este precepto y a las obligaciones periódicas.

Artículo 857.- Concurriendo los interesados, se abrirá la audiencia y en ella se observarán las siguientes prevenciones:

Se dará inicio a la etapa conciliatoria; en ella los interesados no podrán hacerse representar por apoderado. El juez expondrá las pretensiones escuchando a los comparecientes; enseguida deberá exhortarlos para que resuelvan la controversia, proponiéndoles alternativas de solución que considere justas, las que podrán no ser aceptadas por las partes, en caso de llegar a un arreglo conciliatorio, se hará constar en el acta, la que aprobada por el juez tendrá fuerza ejecutiva y se dará por terminada la controversia.

De no lograrse la conciliación, se continuará con el desarrollo de la audiencia; el demandado formulará su contestación en los mismos términos prevenidos para la demanda, si hasta ese momento no lo hubiere hecho. Si plantea reconvención, lo hará precisamente al contestar la demanda y nunca después, de la que se correrá traslado al actor en el mismo acto para que la conteste de inmediato, o bien, a solicitud del mismo, el juez acordará la suspensión por una sola vez, señalando para su continuación una fecha que no excederá de tres días,

sólo se admitirá la reconvencción hasta por el máximo de su competencia, en caso de que la reconvencción rebase su competencia por cuantía, procederá en términos del artículo 944 de este Código."<sup>66</sup>

De lo expuesto es concluyente la gran e imperiosa necesidad de que en el Distrito Federal se legisle sobre este tema en especial, máxime que si en Entidades Federativas con menor población que no satura en forma permanente sus tribunales de justicia, se prevé la creación de métodos alternativos, con mayor razón es necesario contar con centros de conciliación, mediación y arbitraje, adscritos a nuestro Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

En esta Gran Ciudad de México, sus habitantes debemos cambiar el enfoque de lo que significan los métodos de demandar justicia y equidad, partiendo de la idea que los primeros, normales y naturales serán la conciliación, la mediación y el arbitraje, y como alternativos a éstos, y sólo ante la imposibilidad de obtener el resultado, la vía judicial, pues es realmente ésta la que debería ser considerada como alternativa y no como primera opción.

A diferencia de la legislación del Estado de México referida, en nuestro sistema jurídico, dicha función debe ser obligatoria y previa al

---

<sup>66</sup> Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas. Periódico Oficial N°. 025 del Lunes 11 de Mayo de 1998.

proceso, para que realmente pueda tener oportunidad de ser efectiva, esto es con antelación a la influencia de abogados, se conmine a las partes a resolver sus conflictos por la vía de la autocomposición, y no así esperar su turno en los largos, onerosos y comúnmente difamatorios procesos, entre los cónyuges o de uno para con el otro, en grave perjuicio al resto del grupo familiar.

## **CAPÍTULO 5**

### **LA NECESIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE UN CENTRO DE MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE**

El conflicto es un aspecto general de la actividad humana. Éste surge de manera abundante en las diferentes formas del comportamiento social, y se encuentra en la familia, en las empresas, en todos los ámbitos de nuestra vida.

El proceso jurisdiccional sigue siendo el medio habitual al que se acude para resolver los enfrentamientos, pero la intervención de los juzgados y tribunales suele, en la mayoría de los casos, colocar a las personas en una posición de vencedores o vencidos y no en una posición de igualdad.

Es de creciente necesidad que nuestro país cuente con sistemas alternativos para la solución de controversias, como la conciliación extraprocésal, en virtud de la cual las partes acuden a un centro de conciliación a solucionar sus diferencias mediante fórmulas consensuales; ya que, si bien la conciliación está contemplada dentro

de los ordenamientos legales mexicanos, lo está como una etapa del proceso judicial y no como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

Se considera que la creación de un Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje constituiría una eficaz ayuda para lograr que la justicia se administre prontamente, colaborando así por una parte, a aligerar la carga jurisdiccional, y por otra, a reducir la demora de resoluciones para las partes, generalmente urgidas de poner fin a la controversia.

## **I.- Presupuesto para el Ejercicio de la Acción**

Por presupuesto se entiende, "...el conjunto de condiciones cuya presencia o ausencia es necesaria para la válida integración y desarrollo de la relación procesal."<sup>67</sup>

En este orden de ideas, el Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje, deberá integrarse por Conciliadores, Mediadores y Árbitros experimentados y capacitados para efectuar la amigable composición por Jueces Familiares, y auxiliados en su labor por Psicólogos y Trabajadores Sociales.

El reglamento del Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje deberá establecer:

Un Código de Ética para los Conciliadores, Mediadores y Árbitros en funciones en dicho Centro.

Las tarifas de honorarios para los funcionarios anteriormente mencionados, así como la forma de pago de éstos y los gastos administrativos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio.

---

<sup>67</sup> Ovalle Favela José, op. cit. pág. 84

La manera de formular las listas de mediadores, conciliadores y árbitros.

Los requisitos que deberán reunir los funcionarios que laboren en el Centro.

Las causas de exclusión de los mismos.

Los trámites de inscripción.



La forma de designación de Mediadores, Conciliadores y Arbitros.

La forma de designar al Director, sus funciones y facultades.

Descripción del manejo administrativo de la mediación.

No se considera necesario fijar procedimientos rígidos a este centro, ya que el espíritu del mismo es la negociación y la rápida solución de conflictos; por lo cual debe de ejercer bajo toda la flexibilidad posible sin formalismos exagerados que dificulten o limiten el posible acuerdo entre las partes.



Es previsible que si la accesibilidad a una institución nueva se deja a la voluntad de las partes, difícilmente recurrirán a ésta, ya que antepondrán el litigio a la nueva alternativa, por ser el primero la vía legal acostumbrada.

En consecuencia, ante la presencia de un conflicto familiar de cualquier índole, con antelación a la instauración de un proceso legal, una de las partes o ambas estarán obligadas a acudir al Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje, que se encontrará dentro del Tribunal Superior de Justicia.

Se debe aclarar que la obligatoriedad anteriormente mencionada radica en la intención de conciliar las diferencias, no en el acto mismo de conciliar.

La parte o las partes deberán acudir al módulo de ingreso del Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje, de manera personal, portando una identificación vigente. Acto seguido, plantearán al receptor del módulo su problemática, señalando el nombre y domicilio de la parte contraria a fin de que se le requiera su presencia para la audiencia en el centro, el día y la hora que a tal efecto se señale.

El día de la audiencia, las partes, que deberán acudir personalmente y sin asesor legal alguno, serán recibidas y atendidas

por un conciliador, quién, tras haber escuchado a ambas partes, les dará oportunidad a las mismas para proponer soluciones al conflicto.

En caso de que las partes no resuelvan por sí mismas su conflicto en la primera citación, se les señalarán citas tanto con un psicólogo como con un trabajador social, quiénes entrevistarán a las partes de manera conjunta y en forma separada, por un máximo de tres entrevistas que deberán tener verificativo en un periodo comprendido de treinta días hábiles, al término del cuál, se señalará una nueva fecha para la continuación de la audiencia de conciliación.

Durante la segunda audiencia de conciliación, el conciliador, contando con los dictámenes emitidos por los profesionales referidos en el párrafo anterior, propondrá a las partes alternativas de solución al conflicto.

De existir acuerdo entre las partes, se elaborará un convenio, mismo que deberá ser canalizado al juez familiar que corresponda en turno, para que ante su presencia, las partes lo ratifiquen y el juzgador lo eleve a la categoría de cosa juzgada, en términos de lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles.

En caso de no lograr la conciliación las partes pueden someterse al procedimiento arbitral, para lo cual se les señalará fecha y hora, la

cuál deberá tener verificativo en un término máximo de tres días hábiles, para que acudan ante la presencia del árbitro y convengan sobre el tipo de proceso a instaurarse, ya bien de amigable composición o de estricto derecho, de acuerdo a lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## **II.- Como Potestad del Juzgador Una Vez Iniciado el Proceso**

Como se mencionó en el tema anterior, los mediadores, conciliadores y árbitros deberán de estar plenamente capacitados para lograr la amigable composición.

Los mediadores deberán tomar en cuenta los siguientes principios para optimar su labor:

**Equidad.** Esto quiere decir, llevar a cabo el sentido de justicia aplicada al caso en particular.

**Veracidad.** El mediador deberá interpretar a las partes de manera que el acuerdo que dirima la disputa refleje lo deseado por las mismas y sea la mejor solución para ambas.

**Buena Fe.** El mediador procurará en todo momento que las partes procedan de manera honesta y leal.

**Confidencialidad.** Tanto el mediador como las partes, deberán guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto en el Centro.

**Imparcialidad y Neutralidad.** La intervención del mediador durante el procedimiento, se llevará a cabo sin predilección alguna con los intereses de las partes, asegurando así, las garantías de seguridad y justicia.

**Legalidad.** El acuerdo al que arriben las partes, no deberá contravenir al orden jurídico establecido.

**Celeridad.** El objeto de la mediación es permitir la solución pronta y expedita del conflicto.

Cuando se lleven a cabo audiencias entre las partes y el tercero neutral (árbitro, mediador o conciliador), éste último tendrá el deber de mediar la disputa y procurar en todo momento que se guarde el respeto y consideración debidos, impidiendo la alegación de cuestiones diversas a las propuestas personales de solución, como reclamos, reproches o amenazas.

La Ley deberá de otorgar a los mediadores amplia libertad para utilizar las técnicas de negociación y acercamiento de las partes que de acuerdo a cada situación estime conveniente.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**a).- Terminación del Proceso (no hay suspensión).**

La terminación del proceso puede surgir de varias formas:

En el caso de la conciliación y mediación, el procedimiento podrá terminar:

Si a juicio del mediador, el asunto no es viable de mediación debido a la conducta violenta o de mala fe de alguna de las partes, o bien ésta ofrece información falsa u oculta aquella indispensable para conciliar.

Si una parte o ambas son irrespetuosos para con el mediador.

Si se logra una solución al conflicto, ya sea de manera total o parcial.

Por mas de dos inasistencias de una o ambas partes a la audiencia de conciliación.

Por decisión de una o ambas partes, en cualquier momento del procedimiento; aún si éste no hubiera finalizado.

En el caso de que las partes no acepten ninguna de las soluciones propuestas por el conciliador, serán exhortados por éste a efecto de que acepten someterse a un proceso arbitral.

En el proceso arbitral el procedimiento culmina con el laudo arbitral, el cuál deberá ser exhibido ante el Juez Familiar que en turno corresponda, a efecto de que lo eleve a la categoría de cosa juzgada.

El laudo arbitral será recurrible en apelación, con fundamento en el Código de Procedimientos Civiles.

De no existir sometimiento de las partes al proceso arbitral, habiendo culminado la etapa de conciliación, se extenderá constancia, a fin de que como corresponda a sus intereses, se encuentren facultados a acudir a los jueces familiares para dirimir su conflicto, en la forma y términos que corresponda. Si alguna de las partes o ambas, prosiguen el arbitraje, mediación o conciliación, sabiendo que no se ha cumplido alguna regla aplicable al procedimiento o alguna orden del Tribunal Arbitral o algún requisito del acuerdo de arbitraje, conciliación o mediación, y al momento de notarlo no objetó oportunamente, se entenderá que ha convalidado el procedimiento perdiendo cualquier derecho a impugnar.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Las partes quedarán obligadas a no iniciar ningún otro procedimiento judicial durante el término del proceso, ya sea arbitral, de conciliación o de mediación, salvo que exista necesidad imperante que signifique la pérdida de algún derecho.<sup>68</sup>

Las actuaciones celebradas en el Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje serán total y absolutamente confidenciales, por lo que no podrán ser utilizadas como pruebas en los juicios que se sigan ante los tribunales.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

---

<sup>68</sup><http://www.mediación.com.mx>. regulación



**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

### **III.- Carácter Multidisciplinario**

En el caso del arbitraje, el sistema arbitral permite a las partes someter a éste conflictos de cualquier índole, para ser resueltos por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias. Esto, siempre y cuando la controversia sea susceptible de transacción, no importando si ésta es existente o futura.

Mediante la conciliación se pueden resolver además de conflictos comerciales y civiles, entre otros, los conflictos laborales; en los cuales se debe utilizar entre partes vinculadas por un contrato de trabajo y tiene como característica la negociación de cuestiones protegidas por el orden público laboral. Los acuerdos a que arriben las partes auxiliadas por el conciliador laboral, deberán ser sometidas a homologación de la autoridad competente en la Junta de Conciliación y Arbitraje que corresponda.

En cuanto a la mediación, se puede mediar toda materia transigible, esto quiere decir que casi cualquier conflicto se puede concertar; sin embargo, no siempre el tratamiento en cada caso es igual y por ello existe la tendencia a la especialización en cada materia.

Se podría decir que en principio no existen límites, salvo el orden público. Inclusive, en algunos países, además de cuestiones civiles o de derecho privado, pueden mediarse casos penales menores, además de disputas públicas como cuestiones de medio ambiente y enfrentamientos raciales o religiosos.

En general, todos los casos son susceptibles de ser mediados, pero en especial, la mediación es recomendable para:

Las cuestiones de daños y perjuicios;

Las cuestiones de familia;

Los conflictos empresariales;

Las controversias educativas;

Las disputas comunitarias;

Las disputas laborales;

Los conflictos entre deudores y acreedores (préstamos bancarios, tarjetas de crédito); entre otras.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

En la mediación empresarial anteriormente mencionada, ésta se dirige a todas las empresas que se encuentren inmersas en una situación de conflicto respecto a los derechos y deberes que emanan de una relación contractual.

Entre los asuntos empresariales que pueden resolverse mediante la mediación se pueden encontrar las controversias entre socios, conflictos con o entre el equipo profesional de la empresa y las disputas con clientes y proveedores entre otros.

La mediación empresarial optimiza el logro de los objetivos de la empresa, ya que al evitar juicios tardados y costosos, produce ahorro de tiempo y de dinero y mejora las relaciones interempresariales.

En la mediación comunitaria se persigue el fin de proporcionar a una determinada comunidad una posibilidad distinta y ágil de solución a sus conflictos que, aún cuando no gocen plenamente de naturaleza jurídica, afectan la concordia social.

En cuanto a la mediación familiar, se trata de conseguir soluciones adaptadas a cada situación concreta, atendiendo a las necesidades de cada miembro de la familia ayudando a preservar las relaciones entre los interesados y haciendo que se alcancen acuerdos

que sean duraderos en el tiempo. La mediación familiar disminuye el costo emocional que sufren las personas implicadas en el conflicto.

Las personas unidas por el vínculo matrimonial o que forman una unión estable de pareja, pueden instar una mediación o una conciliación cuando exista una crisis de convivencia que surja antes de la iniciación de la vía judicial, a fin de llegar a acuerdos necesarios que ayuden a resolver el conflicto en su totalidad, o bien a simplificarlo acordando la vía judicial voluntaria de disolución del vínculo.

También se podrá instar en las cuestiones que hagan referencia a los hijos, tanto con motivo de la ruptura o después de ésta, en el establecimiento de las medidas de ejecución relativas al pago de compensaciones económicas o de pensiones periódicas, etc.

Los asuntos familiares susceptibles de resolución mediante la vía de la mediación son, entre otros:

Relaciones familiares.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Incumplimiento de los términos acordados en los convenios reguladores aprobados por resolución judicial.

Asuntos derivados de negocios familiares.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Acuerdos prematrimoniales.

Separaciones y/o divorcios.

Ruptura de la convivencia de las parejas de hecho.

División de bienes.

Problemas derivados del ejercicio de la patria potestad, guarda, custodia y régimen de visita de menores.

Asuntos hereditarios.

En conclusión, como se ha podido ver, las partes pueden optar por acudir a resolver su conflicto mediante la vía de la mediación:

Cuando quieren conservar el control sobre el resultado de su conflicto.

Si existe una variada gama de posibilidades de solución del conflicto y de prevención de litigios futuros.

Cuando la disputa no conviene a nadie y ninguno realmente desea entablar juicio.

Cuando no existe gran desequilibrio de poder entre una y otra parte.

Cuando se quieren minimizar los costos.

Cuando se quiere resolver el conflicto rápidamente.

Cuando estén en juego cuestiones técnicas muy complejas.

Cuando la causa del conflicto radica en una mala comunicación previa.

Cuando la ley no provee la solución que desean las partes.

Cuando las partes comparten algún grado de responsabilidad por el estado de conflicto.

Cuando hay dos o más partes que tienen una relación que se perpetúa en el tiempo, por lo que quieren terminar con el problema pero no con la relación.”<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> <http://ecuador.derecho.org>. La mediación familiar

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.** Para el desarrollo de la humanidad ha sido indispensable la unión de un hombre y una mujer.

**SEGUNDA.** La unión perfecta del hombre y la mujer se consolida a través del matrimonio, como consecuencia de la evolución de la sociedad.

**TERCERA.** En la actualidad, la sociedad contemporánea atraviesa por una severa crisis de valores, lo que ha motivado el acelerado incremento de los problemas que destruyen a la familia, como la violencia familiar.

**CUARTA.** El Estado está obligado a solucionar los problemas que afecten a la familia, consciente de que el nexo conyugal entre los padres es imprescindible para la integración familiar, y sólo en casos excepcionales, se autoriza la disolución del matrimonio.

**QUINTA.** En los conflictos conyugales los principales afectados son los hijos, pues además de ser testigos involuntarios, son obligados a tomar partido a favor de uno de sus progenitores, lo que les impide desarrollarse en un ambiente sano, en el que se les inculquen valores y principios.

**SEXTA.** Las formas ideales para resolver las controversias familiares son: la conciliación y la mediación, siempre y cuando se dejen a cargo de personas capacitadas para encontrar el marco de solución y las medidas idóneas para resolver los problemas del grupo con la menor fractura posible.

**SÉPTIMA.** Un trabajo de campo ante las autoridades judiciales familiares, revela que los conflictos de padres, hijos, esposos y demás parientes, se agudizan durante el trámite judicial. A lo que coadyuvan indebidamente las acciones de los abogados.

**OCTAVA.** El proceso jurisdiccional, creado para resolver los problemas familiares, actualmente ha demostrado su ineficacia para ese fin, por su lentitud, sus desesperantes formalidades y su costo, entre otras deficiencias destacables.



**NOVENA.** En los tribunales latinoamericanos se están buscando alternativas de solución de estos litigios a través de la mediación, la conciliación y el arbitraje.

**DÉCIMA.** Las disposiciones del Código Civil relacionadas con la normatividad de la familia y el matrimonio es letra muerta, cuando ante su violación no se cuenta con la ayuda del proceso jurisdiccional o de alguna alternativa de solución del litigio.

**DÉCIMA PRIMERA.** Durante el procedimiento prejudicial de conciliación, mediación o arbitraje, en su caso, se debe evitar la intervención de abogados pues en la mayoría de los casos son ellos los que impiden que las partes resuelvan sus diferencias, (por intereses económicos) alentándolos al litigio en aras de exigencia de justicia.

**DÉCIMA SEGUNDA.** El Tribunal Superior de Justicia debe crear un Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje, especializado en asuntos familiares, con un número razonable de conciliadores que cuenten con amplia experiencia del Derecho Familiar y en las diversas vías de negociación, apoyados con profesionales en psicología, trabajo social y áreas adyacentes, que puedan proponer soluciones alternas a las partes prestas a entrar en combate, para disolver desde luego sus diferencias y abordar pronto la solución pactada.

**DÉCIMA TERCERA.** El Estado, a través de campañas publicitarias, debe fomentar la cultura de la conciliación y la mediación como primera alternativa en la solución de las controversias familiares.

**TESIS CON  
FENLA DE ORIGEN**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

## **BIBLIOGRAFÍA**

- 1.- BARRERA ZAMORATEGUI Fernando, Et. Al, Estudios Jurídicos que en Homenaje a Don Antonio de Ibarrola Aznar Presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de México, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1996.
- 2.- BEJARANO SÁNCHEZ Manuel, La Controversia del Orden Familiar (Tesis Discrepantes), Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1994.
- 3.- BEJARANO SÁNCHEZ Manuel, Obligaciones Civiles, Oxford University Press, México, 2000. 7ªedic
- 4.- GÓMEZ LARA Cipriano, Teoría General del Proceso, Harla, México, 1990, 8ªedic.

- 5.- GÓMEZ LARA Cipriano, Derecho Procesal Civil, Oxford University Press Harla México, 1997, 6º edic.
- 6.- GOZAÍNI Osvaldo Alfredo, Notas y Estudios Sobre el Proceso Civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G Estudios Doctrinales, Núm. 155, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- 7.- MARLOW Lenard. Mediación Familiar. Ediciones Garnica, S.A., 1999.
- 8.- OVALLE FAVELA José, Derecho Procesal Civil, Oxford University Press, México, 2001. 7ºedic.

## **REVISTAS**

- 1.- VIERA Luis Alberto, Revista de la Facultad de Derecho de México, número 148 julio a diciembre 1986, Tomo XXXVI.

- 2.- VIERA Luis Alberto, Revista del Colegio de Abogados de la Plata, Año XIX, número 40, La Plata, Argentina, 1987.
- 3.- VESCOVI Enrique, Revista Justicia Uruguay, Bases Uniformes para la Reforma de la Legislación Procesal Civil de los Países Latinoamericanos, Montevideo, 1974, Tomo LXIII.
- 3.- ZEPEDA Jorge Antonio, El Sancamiento del Proceso y la Audiencia Preliminar, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXXVI, números 148, 149 y 150. julio a diciembre, 1986.

### **LEGISLACIÓN CONSULTADA**

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, S. A. de C. V. México, 2001.
- 2.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista, S. A., de C. V. México, 2001.

- 3.- Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, Anaya, México, 1998.
- 4.- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, Editorial Sista S. A. de C. V., México, 2002.
- 5.- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas, Periódico Oficial número 025 de 11 de mayo de 1998.

#### CONSULTA EN INTERNET

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

- 1.- <http://www.gama.com>
- 2.- <http://www.fjc.gov/altdisres/adrsorce/adrone.html>
- 3.- <http://www.puntodifuga.it/cerium/wmf2000.html>
- 4.- <http://www.camarbra.com.br/richard.html>
- 5.- <http://www.camaradealaba.com/mediacion/faq.html>
- 6.- <http://www.aryme.com>
- 7.- <http://www.leyesmasc.fr.st>
- 8.- <http://www.mediacion.com.mx>
- 9.- <http://ecuador.derecho.org>
- 10.- <http://www.congreso.gob.pe/ccd/proyectos>