

El conflicto y la negociación: elementos para su reflexión normativa en el marco de la justicia alternativa en México

*Luis Figueroa Díaz**

*Diana Margarita Magaña Hernández***

En este trabajo se aborda la relación entre conflicto, derecho y justicia, describiendo el proceso histórico por el cual la negociación se incorporó en los sistemas jurídicos mediante diversas instituciones, que hoy día, en su conjunto integran a la justicia alternativa. Retomando estos elementos se analizan las características que son relevantes para establecer un cambio en la solución de controversias mediante los MASC, y para ello se utilizan en el trabajo determinadas leyes mexicanas que ejemplifican ese cambio. Finalmente con base en los elementos intrínsecos a la negociación, se propone una posible transformación de la estructura orgánica de los centros de mediación en el país.

This work deals with the relationship between conflict, law and justice, by describing the historical process by which negotiation was incorporated into the legal systems through various institutions, which today as a whole, integrate alternative justice. Considering these elements, characteristics that are relevant to establish a change in the settlement of disputes through ADR are analyzed, and for that, certain Mexican laws that exemplify this change are used on this work. Finally, based on these intrinsic elements of negotiation, a possible transformation of organic structure of mediation centers in the country, is proposed.

SUMARIO: I. Conflicto, derecho y justicia / II. La negociación: su origen y la adaptación institucional en la justicia / III. La negociación y sus elementos en México / IV. La necesaria ruptura de la justicia alternativa-negociación con el paradigma adversarial / V. Hacia la siguiente etapa de la justicia alternativa: su autonomía orgánica y el cambio legal paradigmático / VI. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Profesores Investigadores del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco y miembros del cuerpo académico en formación Derechos Humanos, Seguridad y Desarrollo.

I. Conflicto, derecho y justicia

En rigor, la creación del derecho puede atribuirse al resultado del proceso histórico de las sociedades e incluso, desde la perspectiva materialista, de los procesos de producción.¹ No obstante, es también un producto del idealismo y espíritu humano que intenta conciliar la autodeterminación con la organización social.²

Por esto último, en la respuesta de cuáles son los intereses y necesidades que lo han hecho un instrumento imprescindible para el Estado,³ destaca, para efectos de nuestro trabajo, la teoría de que los sistemas legales han surgido de las crisis y situaciones de conflicto.⁴

Porque, como señala Stuart Hampshire, en cualquier nación y en el origen de los procedimientos legales aceptados por una sociedad siempre está presente el conflicto, especialmente el de los intereses económicos, pero también en su forma de visiones morales o de creencias arraigadas.⁵

Así, cuanto más investiguemos en el origen y las motivaciones de las leyes e incluso de las sentencias que han pasado a ser parte de un derecho más o menos permanente, localizaremos, muy probablemente, una gran cantidad de legislación coyun-

¹ De sobra conocida es la tesis desarrollada en el “Prólogo” de la *Contribución a la crítica de la economía política*, de Carlos Marx, que establece la relación entre derecho y economía, donde aquel **está determinado** por las fuerzas productivas materiales de la sociedad. Pero en esas fuerzas productivas materiales de la sociedad predomina la lucha de clases y, por tanto, el conflicto permanente e inevitable como resultado de la explotación, y de la detentación de los medios de producción. Stuart Hampshire, en *La justicia es conflicto*, sostiene que el programa socialista del siglo XIX contenía al conflicto político como herramienta fundamental, puesto que “el fin y el propósito del conflicto, que era la emancipación de los trabajadores, emergía del conflicto mismo”; p. 82.

² De aquí surgen las escuelas jusnaturalistas y positivistas del derecho, en razón del “deber ser” positivo del derecho y el “ser” consustancial a la naturaleza humana, tal como sostiene Carlos Enrique Pettoruti en *La validez del derecho*.

³ Entre otras razones, porque la actividad legislativa de los órganos competentes no permite garantizar que las fuentes legales sean totalizadoras de la realidad, cuestión por la cual es necesaria la interpretación, siendo que dicha actividad no puede ser realizada únicamente por el ciudadano al manifestar un negocio jurídico, sino que además requiere de una interpretación institucionalizada, es decir, jurisprudencial, que sea emitida por el órgano competente del Estado. La justicia es, así, impartida por el Estado al aplicar la ley y su interpretación regulada mediante las cortes y los tribunales. Para ésta y otras funcionalidades del derecho V. Giuseppe Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*.

⁴ Sobre el tema V. Stuart Hampshire, *op. cit.* Sin embargo, este análisis suele soslayarse en las explicaciones que se construyen para determinar las funciones y sentido actual de la justicia, enfocando las teorías desde sus efectos. Desde esa perspectiva, el derecho se presenta como un producto para la paz y la seguridad aun cuando sus contradicciones con sus orígenes de emergencia y urgencia son evidentes. La inercia del acontecer humano nos muestra que el derecho es un instrumento de cambio, de renovación de los modelos y de las formas de producción; sin embargo, es también un recurso en situaciones de confrontación y crisis. El derecho y el conflicto participan de una extraña relación, porque el derecho es producto en muchas de las crisis, las cuales determinan cambios significativos en las relaciones sociales, culturales y económicas. Así, por ejemplo, Antonio Polo, en “El nuevo derecho de la economía”, sostiene que la rama del derecho económico surge, en principio, con las características de toda legislación bélica, como un derecho excepcional, derecho de necesidad y urgencia, cuyas normas, por tanto, se ven afectadas por el contexto del conflicto y por ello son, a menudo, incompletas y fragmentarias.

⁵ Stuart Hampshire, *op. cit.*, p. 73.

tural, cuyo objetivo fundamental es dar respuesta inmediata a las situaciones que se han propiciado en las poblaciones y en los países con respecto a los intereses en juego.⁶

Igualmente, nos adherimos a las tesis que sostienen la definición de conflicto donde existen elementos comunes, ya sea que se trate de un conflicto político o uno interpersonal.⁷

Si bien los juristas y estudiosos han enfocado esta teoría, principalmente, hacia el derecho internacional para constituir una rama de protección del ser humano ante los eventuales efectos de la guerra internacional,⁸ también es necesario insistir, por otra parte, en el sentido que tiene el conflicto en la producción y creación del derecho interno de los países.

Antes de profundizar en esto último, precisemos que la diferencia entre ambos sistemas normativos, el externo y el interno, radica en la forma en que son utilizados, puesto que en tanto el conflicto bélico ha propiciado sistemas jurídicos de integración comunitarios en los que los países han asumido una perspectiva de conciliación y coexistencia,⁹ en lo interno se asume una funcionalidad del interés general mediante estructuras administrativas viables y fundadas en el estado de derecho.

Sin embargo, trasciende así que el conflicto es el origen, tanto de un derecho entre naciones como de un derecho interno.

En el propósito de nuestro trabajo es esta segunda vertiente la que nos interesa analizar.

Llevada al plano de las controversias entre ciudadanos esta teoría del origen de la justicia como resultado del conflicto, encuentra también aplicación si consideramos que esta última tiene múltiples expresiones.

⁶ México no ha sido la excepción. Basta repasar algunas de las legislaciones expedidas como resultado de la Segunda Guerra Mundial, cuyos contenidos son un conjunto de normas de emergencia, que regulan algunos de los conflictos originados por los intereses de los ciudadanos de los países enemigos, tales como la Ley Sobre el Destino de los Bienes del Enemigo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1951, en la que se deja sin efecto el cumplimiento para sus tenedores de las obligaciones consignadas en dichos títulos valores; así como el decreto del 28 de septiembre de 1945, que levanta la suspensión de garantías decretada el 1 de junio de 1942, que mantiene vigentes las restricciones a las garantías individuales por lo que se refiere a las disposiciones de emergencia en materia hacendaria y las relacionadas con la intervención del Estado en la vida económica, así como las disposiciones derivadas de la Ley Relativa a Propiedades y Negocios del Enemigo. Fue el caso también de la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de 1951, que se declaró como transitoria en tanto prevalecieran las condiciones de guerra en Corea y la amenaza de conflagración nuclear.

⁷ Para esta definición *V.* Beatriz Martínez de Murguía, *Mediación y resolución de conflictos*, obra en la que determina que esos elementos comunes están radicados generalmente en la existencia de un antagonismo entre las partes; un desfase entre las causas manifiestas y las que subyacen, y la importancia que de la percepción del conflicto tienen las partes.

⁸ Generalmente, calificando el derecho de guerra como el derecho internacional humanitario.

⁹ Luis Felipe Martí Borbolla es de la opinión que la guerra a gran escala entre naciones es cada vez más improbable, porque el mundo de la Guerra Fría ha terminado y porque en la era tecnológica informativa la lucha de territorios ha pasado a segundo término. Sin embargo, de vez en cuando ocurren conflictos internacionales que nos retrotraen a los años previos a la globalización, como puede ser el reciente conflicto entre Rusia y Estados Unidos/Comunidad Europea por el caso de Ucrania, o la permanente tensión entre Corea del Norte y Corea del Sur. *La reinención de la soberanía en la globalización*, p. 83.

Abundemos en esto último: bajo esa perspectiva de la justicia aplicada en el conflicto, al derecho podemos caracterizarlo como una creación-reacción, aun cuando no sea, desde luego, esa su única fuente de construcción, puesto que la legislación también es el resultado de ideas, escuelas, teorías, práctica y ejercicio parlamentario.

Sin embargo, lo que destacamos es que, en buena medida resultado de esos conflictos, se elaboran y desarrollan procedimientos institucionalizados dando así una salida a la confrontación presente o futura.

En esos procedimientos, es interesante observar cómo se recrea un sentido de la justicia y cómo esta es aún factible de ser materia de transformación, diversificando sus expresiones.¹⁰ Estas expresiones se materializan en procedimientos concretos con validez formal y jurídica, pero hay que apuntar también, como señala Tom Campbell, que, en un sentido general, el derecho atribuye contenidos específicos a la justicia, dependiendo del enfoque que la determina.

Para Campbell, en un sistema jurídico pueden combinarse tendencias dominantes según se propicien las características de una “justicia formal” o la mera aplicación adecuada de las reglas jurídicas del derecho; la “justicia material” o el esfuerzo por los derechos humanos básicos; la “justicia eficiente-utilitarista” o justicia de Posner, basada en la rentabilidad del derecho; la “justicia Habermasiana”, en la que se articulan ciertos valores, como la democracia y la justicia como “empoderamiento” o derechos de género, entre otras.¹¹

Siguiendo esta perspectiva, en este trabajo reflexionamos así en torno de la llamada “justicia alternativa” porque consideramos que en ella pueden sintetizarse los procesos históricos que han hecho surgir determinados principios, pero también algunas de las concepciones¹² que instrumentan modelos legales que realmente permiten al ser humano reconvertir el conflicto a través de la negociación.

Nos centramos para ello en el grupo de procedimientos jurídicos que son llamados “medios alternos de solución de controversias” (MASC), atendiendo a algunas de sus particularidades que, objetivamente, constatan que la justicia alternativa tiene todavía un amplio camino y proyección que permita profundizar en un paradigmático cambio legal en México¹³ sobre el conflicto y su resolución.¹⁴

¹⁰ Desde esta perspectiva, la validez del derecho se sustenta en la “validez sociológica” o aquella en la que la norma es acatada no sólo por su pertenencia a un sistema jurídico, sino además porque responde a las convicciones de una sociedad. En estas convicciones se encuentra la perspectiva social de la solución del conflicto, de la negociación como forma compositiva. En este sentido, Carlos Enrique Pettoruti sostiene que la validez como fenómeno social constituye la “validez sociológica”, *op. cit.*, p. 34.

¹¹ Tom Campbell, *La justicia. Los principales debates contemporáneos, passim*.

¹² De igual manera, Tom Campbell considera que “el concepto de justicia puede ser analizado como un conjunto de principios para valorar las instituciones sociales y políticas, mientras que las concepciones de justicia representan diferentes visiones sobre el adecuado contenido de esos principios”. *Ibid.*, p. 22.

¹³ Con respecto del empleo en este trabajo de la expresión “cambio legal paradigmático”, puede consultarse el trabajo de los autores: “El enfoque de la justicia y los medios alternativos de solución de conflictos: un cambio de paradigma en el sistema de justicia mexicano”, pp. 27-39; en el cual, partiendo del esquema de Thomas Khun, se observan en los MASC elementos relativos a: creación de compromisos de una comunidad de investigadores para la generación de un conocimiento propio; un núcleo central de con-

Este cambio legal que implica seguir innovando las regulaciones de los MASC, consideramos, tiene su complemento en lo metajurídico, a través de la formación de una percepción social distinta de la resolución de las controversias.

Bajo estos planteamientos, aspiramos aportar al conocimiento sobre cómo los MASC son claves para que el ejercicio futuro de la justicia en el país pueda contribuir a transitar, cada vez más, por el camino de la legitimidad y la validez jurídica.¹⁵

Asimismo, el considerar a la justicia alternativa desde esa perspectiva de legitimidad y por tanto, como un esquema inacabado y perfectible, nos conduce así, en el apartado final de este trabajo a la reflexión normativa respecto del cambio en la composición orgánica de los centros de mediación en México.

II. La negociación: su origen y la adaptación institucional en la justicia

La negociación es una expresión cultural, puesto que el ser humano la ha practicado desde los primeros estadios de su desarrollo: esta surge cuando “se rompe el ciclo experiencia-expectativa-experiencia” que es un modelo que permite “explicar cómo se aprehende del universo donde se existe”.¹⁶ Y las fuentes clásicas nos ofrecen un buen ejemplo de ello.

Si atendemos a lo que Platón nos cuenta sobre la formación de sociedades y gobiernos, artes y leyes, podemos darnos cuenta que, efectivamente, el mismo modelo de conformación y supervivencia social, desde los albores de la humanidad, está revestido de una



historiageneral.com

La negociación es una expresión cultural, puesto que el ser humano la ha practicado desde los primeros estadios de su desarrollo.

cimientos básicos; un enfrentamiento de la sociedad con la eficiencia del sistema de justicia; así como nuevas hipótesis de trabajo, métodos y técnicas de investigación en torno de los MASC.

¹⁴ Esto se debe a que nuestro país aún está experimentando en los resultados que ofrezcan los MASC a la ciudadanía, y porque debemos tomar en cuenta que nuestra realidad es distinta a la de los países donde estos medios han tenido ya una larga práctica. Como señala Beatriz Martínez Murguía, hay realidades sociales cuya rápida expansión es producto de una tradición ciudadana de participación espontánea, de iniciativa civil no propiciada por el Estado y de fundamentos sólidos de confianza interpersonal. *Op. cit.*, p. 12.

¹⁵ Tal como Carlos Enrique Pettoruti sostiene respecto a Habermas: la validez social de las normas se establece por el grado de aceptación o imposición por la comunidad o su aspecto fáctico y por la legitimidad, es decir, atendiendo a la consideración de que si las mismas han sido creadas de acuerdo con un procedimiento considerado racional o aspecto lógico normativo. *Op. cit.*, p. 64.

¹⁶ Luis Miguel Díaz, *Moralejas para mediar y negociar*, p. 30.

tradicción configurada por el entendimiento necesario y regulado de sus miembros, que es tutelado por una figura patriarcal. El ateniense atribuye a un motivo de necesidad —la reunión de las familias en comunidades más amplias— la decisión de avanzar en el modelo de resolución de controversias que tales núcleos familiares y comunidades pequeñas practicaban. Según Platón, en los tiempos posteriores al gran diluvio, los seres no necesitaban legisladores y que es solo con ellos cuando las leyes aparecen, “porque la escritura era desconocida en aquella época; el uso y lo que se llama tradición oral eran las únicas reglas de conducta”.¹⁷ El sistema patriarcal imperante y natural por herencia de cada uno de estos grupos familiares cae en desuso al reunirse tales núcleos en comunidades más amplias y numerosas:

En efecto, como resultado de esta variedad de usos, fue indispensable que las numerosas familias se reuniesen en común, y que encargasen a algunos de sus miembros el examen de los diversos usos particulares. Éstos, después de tomar lo mejor de cada uno de estos usos, debieron proponerlo a los jefes y directores de las familias, como a otros tantos reyes, y de esta manera conquistaron el título de legisladores.¹⁸

El lógico sometimiento a las leyes comunales restó capacidad a los jefes de los clanes para aplicar las ancestrales leyes tribales y, al mismo tiempo, para dirimir los conflictos: los ciudadanos debían ahora apegarse a las leyes que establecían marcos legales de obligado cumplimiento para todos sus miembros y “se recomienda ordinariamente a los legisladores que las leyes que hagan sean tales, que el pueblo y la nación se sometan a ellas voluntariamente”.¹⁹ Del mismo modo, explicaba con anterioridad, en su magna obra, las ventajas de la elección personal de las acciones justas frente a las injustas —“La justicia está entre los bienes supremos, que son los que merecen poseerse por sus consecuencias, pero mucho más por sí mismos”—²⁰ como cimiento de una conveniente legislación y no únicamente basada en la bondad y sabiduría de los legisladores; esto sería lo que contribuiría a la organización de la *polis*, de la “ciudad de placer”, “la ciudad sana”, junto a otros elementos como la provisión de alimentos, la vivienda o la división del trabajo.

En definitiva, desde el punto de vista de su convencionalidad, son las leyes una urgencia para la supervivencia de los primeros núcleos urbanos, y la utilidad que tal apremio impone primará sobre ese carácter primigenio de justicia en el que las mismas leyes fueron instauradas. Sin embargo, para nuestro autor, esta es solo una de las tareas de las leyes; la segunda es la misma unificación del alma de sus habitantes,

¹⁷ Platón, *Las leyes*, p. 55.

¹⁸ *Ibid.*, p. 56. Aristóteles da cuenta de la organización política antes y después del proceso de reunión social: “Antiguamente el pueblo de los atenienses, antes de que Clístenes organizase lo referente a las tribus, se dividía en agricultores y artesanos. Y las tribus de éstos eran cuatro [...] Las *tribus* eran cuatro, lo mismo que antes [de Clístenes], y también había cuatro reyes de tribu [...] Creó un consejo [Solón] de cuatrocientos, cien de cada tribu, y al consejo de los Aeropagitas lo puso como guardián de las leyes, igual que antes era inspector de la constitución.” *Constitución de los atenienses*, pp. 50 y 69-71.

¹⁹ *Ibid.*, p. 58.

²⁰ Platón, *La república*, p. 53.

lo que requerirá una negociación entre ellos; una elección entre justicia/injusticia o, dicho en otros términos, entre el bien y el mal, lo que da idea de la importancia de la relación que los individuos mantendrán.

No obstante, no ha sido únicamente Platón el que ha resaltado la importancia de la elección de los que serán gobernados por las leyes, ni Grecia el exclusivo centro de estudio del fenómeno legislativo.

Cicerón retoma dos puntos que ya habían sido adelantados y comentados por el ateniense y con el que concuerda. El primero es precisamente quién determina con su voluntad la ley, y ese no es otro que el pueblo:

La ley es la suma razón, ingerida en la naturaleza, que ordena aquellas cosas que han de ser hechas, y las opuestas prohíbe.

Aquella misma razón, al ser confirmada y confeccionada y confirmada en la mente del hombre, es la ley. Y estiman de tal modo que la prudencia es una ley, de la cual aquella es la fuerza para que mande obrar rectamente e impida delinquir; y ellos [varones doctísimos] reputan que esa cosa ha sido llamada, con su nombre griego, de atribuir a cada cual lo suyo; yo que, con el nuestro, de escoger.

En efecto, como ellos consideraron la de equidad, nosotros ponemos en la ley la fuerza de la elección; y, en resumen, una y otra cosa son propias de la ley.²¹

El segundo es la importancia de la lengua escrita para la fijación de la ley —algo muy extendido en su tiempo—, término que Cicerón acerca etimológicamente al verbo latino *legere*, leer; es decir, la ley es eso que queda determinado en un espacio y puede ser leído, quizá, como confirmación de lo elegido y pactado por los individuos.

La negociación, por tanto, no es ajena al derecho, ni al nacimiento de las primeras civilizaciones occidentales y de sus ciudades. Por el contrario, ha sido parte desde la creación de los acuerdos en los que las partes asumen puntos de coincidencia para dirimir conflictos o renunciar a expectativas en pos de alcanzar sus intereses.

Igualmente, este modelo reúne las características propias de lo que los juristas denominan negocio jurídico, si tomamos en cuenta que este se compone de una manifestación de voluntad, de que esta produzca un efecto dado y que este último sea jurídico.²² Susana San Cristóbal Reales la considera como parte de los mecanismos de solución de conflictos autocompositivos cuyos elementos son la comunicación y la disposición a ceder parte de las pretensiones.²³

²¹ Cicerón, *De las leyes*, Libro I, pp. 20 y 21.

²² Giuseppe Stolfi, *op. cit.*, pp. 25 y 51. Susana San Cristóbal Reales la considera como parte de los mecanismos de solución de conflictos autocompositivos, cuyos elementos son la comunicación y la disposición a ceder parte de las pretensiones. Sobre esto, v. su interesante estudio *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*.

²³ V. El interesante estudio de Susana San Cristóbal Reales, *op. cit.* Para la autora puede relacionarse con el sentido jurídico que presenta la transacción, en tanto en esta se presentan concesiones recíprocas que

En definitiva, por tanto, la negociación se presenta como un elemento resultante de procesos históricos específicos de las sociedades y por tanto, a manera de conclusión de este apartado, es un producto incorporado en el derecho que tiene su origen en la capacidad misma del ser humano para resolver controversias o conflictos.²⁴

III. La negociación y sus elementos en México

La negociación es libertad porque de otra forma sólo sería sujeción a la fuerza, a la violencia o al poder de otro, condición por la cual una persona ha de escoger negociar sus pretensiones, en función de que en su consideración intersubjetiva la mejor manera de enfrentar una problemática lo es tratando de entender la posición contraria y allegándose a una cultura de no confrontación.

Cuando la negociación se incorpora en el derecho produce el efecto de acotar las atribuciones del Estado en la justicia, puesto que permite establecer una división entre la esfera de actuación de los tribunales y la de los ciudadanos para determinar una ruta alterna de justicia. La ruta alterna tiene que ver con la diferencia entre intereses y derechos de las partes en el conflicto, y la negociación atendería a los intereses fundamentalmente.²⁵

Verbigracia, la Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el estado de Morelos²⁶ define la negociación como un método restaurativo donde las partes buscan la solución a su controversia, recayendo sólo en los aspectos de carácter económico, mediante un acuerdo reparatorio del daño, lo que nos refleja que dicha libertad negociadora opera en las difíciles circunstancias originadas por un acto delictivo aunque tiene ciertos límites impuestos por el interés de estado o el interés público.

Al respecto de esto último, creemos oportuno aclarar que los medios alternos de justicia son figuras jurídicas que no siempre encuentran una plena incorporación en las ramas del derecho, como puede ocurrir con el caso del derecho penal.

Sobre ello, Erika Bardales Lazcano establece que los tipos de delitos en los que procede la justicia alternativa en el país, son los culposos o imprudenciales, donde

pueden consistir en el reconocimiento o la renuncia de derechos reales o personales comprendidos en la relación jurídica materia de controversia judicial o incluso no comprendidos en esa controversia original, tal como señalan Rodolfo Cruz Miramontes y Óscar Cruz Barney en *El arbitraje: los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, pp. 24 y 25.

²⁴ En la Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo se reconoce en su artículo 3 la existencia del “mediador indígena” bajo la definición de “[...] tercero imparcial ajeno a la controversia integrante de una comunidad indígena, con conocimiento de los usos y costumbres, cultura, tradiciones, lengua, y valores culturales con ese sector de la población.” V. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com>> [con acceso el 9 de noviembre del 2014].

²⁵ Retomamos aquí la tesis de Rodolfo Cruz Miramontes y Óscar Cruz Barney acerca de que en los medios alternos de solución de controversias los intereses se definen en función de la interacción de las partes, es decir en forma intersubjetiva. *Op. cit.*, p. 11.

²⁶ Del 18 de agosto del 2008.

se derive el perdón de la víctima o del ofendido; los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia; así como aquellos cuya pena máxima aritmética no exceda de cinco años de prisión.²⁷

En otro ejemplo, la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, por su parte, la conceptualiza como el ejercicio metódico de comunicación desarrollado por las partes, por sí o a través de un legítimo representante, para obtener de la otra su consentimiento para el arreglo del conflicto, según se lee en el artículo 3 fracción XVI, vigente a partir del 1 de enero de 2009.

No obstante, dicho ejercicio metódico negociador está sujeto entre otras instancias, al instituto de justicia alternativa de Jalisco que es un órgano rector en materia de medios alternos de justicia tal como indica el artículo 22 de dicha ley, lo que ejemplifica que la negociación aun cuando se despliega por las partes involucradas, atiende también a cierta subordinación en relación con ciertos órganos de estado, en este caso, una instancia técnica-administrativa, pero en la mayoría de los casos, hacia instancias jurisdiccionales o tribunales locales.

El término negociación, por otra parte, no es utilizado en la ley de justicia alternativa para el estado de Baja California, Nayarit, Tlaxcala, Tamaulipas, Guanajuato, Chiapas, Tabasco, Veracruz, e Hidalgo, por citar algunos casos.

Los casos de las leyes de Morelos y Jalisco antes citadas, permiten, en esta primera aproximación, señalar que aún no existe uniformidad en el empleo del vocablo “negociación” y que en nuestro contexto legal se establecen criterios divergentes al determinar la relación de la negociación con los MASC,²⁸ siendo cuidadoso el legislador de no emplear el término “negociación” como sinónimo de mediación, conciliación o cualquier otra técnica.

Por esto, desde la perspectiva teórica puede sustentarse que entre negociación y los medios alternos de solución de controversias hay ciertas variantes, porque, verbi-

²⁷ Erika Bardales Lazcano, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, pp. 80-83. Sobre este tema, y sin el afán de ser concluyentes en estos mecanismos legales penales, puesto que nuestras reflexiones no se centran en el caso del derecho penal, ejemplificamos que La Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua, establece en su artículo 1 que su finalidad es el procedimiento preprocesal que se sigue en los Centros de Justicia Alternativa, donde se aplican los medios alternos de resolución de conflictos. [Documento en línea]. Por otra parte, en la Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Morelos en su artículo 2 se lee que su finalidad es el poder regular los medios alternos de solución de conflictos en materia penal, tales como la mediación, conciliación y negociación, entre otras, cuando estos conflictos hayan lesionado bienes jurídicos sobre los cuales puedan las personas disponer libremente, sin afectar el orden público. [Documento en línea]. En el sentido que señala Erika Bardales Lazcano, la Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Sinaloa, establece en su artículo 7, que son susceptibles de solución a través de los medios alternativos de solución de controversias en materia penal aquellos hechos que la ley señale como delitos de querrela necesaria, así como en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido, en los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas, en los que tengan señalada pena no privativa de libertad, pena alternativa o aquellos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión y carezcan de interés social. [Documento en línea].

²⁸ Lo cual es aún resultado de que, como suele suceder, el consenso sobre los términos que componen una nueva teoría pueden no ser absolutos.

gracia, para Luis Miguel Díaz mediar significa “facilitar la negociación de otros”.²⁹

La justicia alternativa, podemos señalar así, implica un esfuerzo sistematizado en instituciones y procedimientos³⁰ para evitar la construcción y aplicación del derecho sólo como efecto del poder,³¹ de los intereses económicos, de la política de las élites o del mero orden social materialista; y además, es un medio para reconvertir el conflicto en provecho de una nueva percepción social de la justicia.³²

En este sentido, es notable constatar en la opinión pública una percepción negativa de la justicia³³ que se refleja en considerar que el acceso a los tribunales mexicanos es complejo, costoso, burocrático y de lenta ejecución;³⁴ razones que desprestigiaron la labor de jueces y generalizaron el sentir popular sobre la corrupción institucionalizada.

Este comportamiento propició en México la existencia de una crisis de justicia publicitada por los medios de difusión, lo cual no dejaba de tener su sustento en la verdadera crisis judicial ejemplificada por:

1. lentitud y rezago de las causas judiciales;³⁵
2. inexistencia de la promoción por méritos profesionales de los jueces;
3. crisis de la falta de profesionalidad del trabajo judicial y burocratización, y
4. corporativismo de la administración de justicia y corrupción.³⁶

²⁹ Luis Miguel Díaz, *Manejo de conflictos desde la sabiduría del cine y las canciones*, p. 3. Este autor sostiene que los seres humanos tenemos habilidades innatas para negociar y mediar, puesto que son indispensables para convivir, desarrollarnos y solucionar los problemas.

³⁰ Hablamos de procedimientos porque para las escuelas judicialistas el término “proceso” se ubica en la triangulación jurisdiccional que se presenta entre el juez y las partes en un tribunal.

³¹ Tom Campell al reflexionar sobre la justicia sostiene que en el derecho penal es muy importante que una persona no sea castigada si no se prueba que ha cometido la conducta tipificada, puesto que ello sería un “ejemplo paradigmático de injusticia legal”, *op. cit.*, p. 249.

³² Stuart Hampshire señala que la justicia define un principio de contrargumentación o prescripción *audi alteram partem* (“oír a la otra parte”), *op. cit.*, p. 14.

³³ Estudios sobre situaciones particulares, verbigracia, la realizada por Alfredo Limas Hernández en “Mediación y género. Una alternativa de frente al feminicidio serial en Juárez”, arrojan opiniones con base en su investigación estadística, tales como “que las autoridades a lo largo de una década han sido parte de una trayectoria política que ha perpetuado la impunidad”, p. 450.

³⁴ Cuestión que atañe no solo a los tribunales mexicanos, sino a los procedimientos ante instancias administrativas, dependencias, comisiones, organismos autónomos, etcétera, donde se sustancian quejas, recursos, iniciativas, denuncias y peticiones.

³⁵ Erika Bardales Lazcano señala que los MASC se basan en el principio de economía procesal, respecto del cual en México se busca que la mayoría de asuntos de bagatela no saturen las instituciones de procuración y administración de justicia, porque ello es una de las causas por las que estas no han dado una respuesta positiva a las expectativas de la sociedad sobre la sobrecarga de trabajo. *Op. cit.*, p. 28.

³⁶ La crisis real y la publicitada son tratadas por Andrés de la Oliva Santos en *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Los elementos de la crisis real que puntualizamos es una metodología que propone y desarrolla este autor, la cual nos parece precisa y acertada para comprender las causas de las crisis de los sistemas judiciales.

En conexión con esa crisis, durante un largo periodo, la negociación como fuente de derecho quedó aislada de la jurisdicción y los esquemas de justicia de los tribunales en México.³⁷

A propósito de este origen marginal de la negociación y de los MASC, Briseño Sierra sostenía la convicción de que la jurisdicción era un concepto jurídico de cuyo análisis aún se podían derivar nuevas implicaciones, pues “estamos convencidos de la materialidad del acto jurisdiccional, pero creemos también que es ardua la tarea de determinar los elementos que lo integran [...]”.³⁸

Debido a esa tendencia académica y al ejercicio en la práctica por expandir el principio de jurisdicción en la función de órganos de la administración pública, la negociación fue reconocida en el derecho mexicano sólo como producto extrapolante, atribuyendo su recuperación en procedimientos específicos, debido a la fuerza de las costumbres de los comerciantes,³⁹ a la extensión de la libertad contractual⁴⁰ y al diseño de estrategias relacionadas con la justicia social.⁴¹

La historia de la negociación en México es ilustrativa de esa visión marginal de los medios alternos de solución de conflictos, a pesar de que en su origen en el derecho romano había surgido como elemento principal para ejercer la acción judicial.⁴² Incluso el arbitraje que había tomado cartas de naturalización en el país, llamándose “negociación arbitral”,⁴³ fue, sin embargo, tratado como un remanente del sistema judicial y propio de un estadio inferior al de la jurisdicción de los tribunales.⁴⁴

³⁷ Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza en *Métodos alternativos de solución de conflictos*, establecen que el uso de los MASC en México era técnicamente nulo, p. 34.

³⁸ Humberto Briseño Sierra, “Consideraciones acerca de la jurisdicción”, p. 13, [Documento en línea]. Para el maestro, el elemento con el que un tercero decide sobre una situación controvertida queda como el dato que determina y distingue a la jurisdicción. Sin embargo, observa que en algunos casos esa intervención puede no corresponder al órgano judicial: “Si ni en forma altruista ni egoísta se logra la resolución parcial (de partes), la decisión autoritaria de un tercero será indiscutiblemente un acto jurisdiccional, pero si acaso, dada la particularidades de los regímenes estatales otorguen al órgano administrativo o legislativo tales funciones, sin duda se tratará de un acto jurisdiccional aún cuando el órgano no corresponda al clásico o típicamente denominado acto jurisdiccional.” *Ibid.*, p. 41.

³⁹ Arbitraje.

⁴⁰ Transacción.

⁴¹ Conciliación laboral.

⁴² En el desarrollo del derecho romano, puede encontrarse que la forma más antigua del proceso civil, también llamado *legis actio*, permitía una mayor participación de los ciudadanos en la construcción de la justicia, puesto que la causa comenzaba con “la invitación del querellante a su adversario, para que se presentara en juicio ante el pretor” y solo si se negaba entonces se ejercía la fuerza para su presentación. S.I. Kovaliov, *Historia de Roma*, p. 197.

⁴³ En el caso del arbitraje suele expresarse que difiere de la autocomposición puesto que un tercero impone a la partes en controversia una solución y ellos deben apegarse a ella. El resultado habitual es la incorporación de una cláusula en los pactos.

⁴⁴ Históricamente, el arbitraje en el derecho español se debatió entre la tendencia privatista y la jurisdiccionalista, tendencia esta última que se acentúa en el México independiente y que no comienza a cambiar sino hasta la expedición del Código de Comercio de 1854. Rodolfo Cruz Miramontes y Óscar Cruz Barney, *op. cit.*, pp. 61 y 98.

Por esta razón en México, expertos como Rafael de Piña, a propósito del arbitraje, señalan que es una variante del juicio tradicional puesto que las partes se sujetan a procedimientos rigurosos, incluso normados por el derecho, y que los árbitros generalmente emiten sus laudos inundados de tecnicismos propios de los jueces y del orden jurídico en su conjunto, siendo por ello llamados jueces-árbitros.⁴⁵

Por nuestra parte, consideramos, en cambio, que el arbitraje, como cualquier otra forma de la composición entre los propios ciudadanos, es un elemento discordante del control social y potencialmente revolucionario con respecto de la verdad de estado.⁴⁶

Lo que ha ocurrido en su ejercicio en México es que, por extensión del principio jurisdiccional, se ha reconvertido esta figura, puesto que en los últimos años su tendencia consiste en asociarlo con las atribuciones de organismos públicos en materias especializadas del comercio,⁴⁷ tal como se desprende de las diversas leyes y reglamentos que regulan la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y el Instituto Nacional de Derechos de Autor, y la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal.⁴⁸

Esta institucionalización se ubica, así, como resultado del rol del Estado equilibrador de las desigualdades económicas, considerando que ciertos agentes económicos, como los bancos o las grandes corporaciones, tienen un poder al que un ciudadano individual difícilmente puede oponerse, por lo que sólo en ciertos casos⁴⁹ se le ha incluido como parte de las leyes de justicia alternativa en México.

Por lo que respecta al resto de los MASC, su utilización y conocimiento en México fue escaso, ya fuera porque algunos eran de uso esporádico, como la transac-

⁴⁵ Rafael de Pina Vara, *Diccionario de derecho*, pp. 94 y 95. La Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco considera el arbitraje como un procedimiento adversarial, mediante el cual las partes someten a la decisión de uno o más árbitros la solución de una controversia presente o futura, según se lee en su artículo 3 fracción III, lo cual nos ejemplifica que es, a menudo, caracterizado como una variante del juicio, pero que no obstante, no pierde su sentido adversarial.

⁴⁶ Verdad de Estado porque, como señala Carlos Cossio, el papel de los conceptos jurídicos es dar fuerza de convicción, esto es, por ejemplo en la sentencia de un tribunal, la verdad toma forma jurídica mediante la convicción de tal sentencia; sin embargo, el juez lo es por determinación del Estado, por tanto, en su actuación no puede estar ajena la axiología que el Estado ha desarrollado para garantizar el orden social que ha determinado. Citado en Enrique Pettoruti, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁷ Hay algunas excepciones en la manera de incorporar el arbitraje en México. Por ejemplo, la Ley de Justicia Alternativa del estado de Hidalgo del 21 de abril del 2008 lo contempla, en su artículo 3, como un procedimiento extrajudicial al que los interesados someten ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellos, respecto de una determinada relación jurídica; pero en lo general no se incluye en las leyes de justicia alternativa en México, sino que se le da un tratamiento por separado.

⁴⁸ *V.* al respecto el detallado estudio de tales atribuciones de Rodolfo Cruz Miramontes y Óscar Cruz Barney, *op. cit.* Esta tendencia no hace sino cambiar el sentido de la marginalidad con la que ha sido empleado el arbitraje en México, y supone que el arbitraje privado deja de tener sentido en áreas específicas del comercio y los servicios.

⁴⁹ Como el caso del estado de Hidalgo.

ción y la avenencia,⁵⁰ o porque no hubiese una adaptación al medio nacional, como la mediación, o porque se destinaran como de uso previo para procedimientos de autoridad administrativa y organismos de justicia laboral, como es el caso de la conciliación.

Es ilustrativo de esta tendencia que la Ley de Justicia Alternativa de Campeche fue aprobada bajo la denominación de Ley de Mediación y Conciliación de Campeche.

En conclusión de este apartado, los MASC en México surgieron como procedimientos vinculados a la jurisdicción de los tribunales, lo que repercute en que hoy en día aún su institucionalización tiene diversos planteamientos conceptuales en las leyes de las entidades federativas y que, por otra parte, su práctica se vincule preferentemente en función de la actividad de los propios tribunales.⁵¹

IV. La necesaria ruptura de la justicia alternativa-negociación con el paradigma adversarial

Por eso, cuando se lee el contenido de la reciente reforma constitucional mexicana al Artículo 17, es claro advertir que los legisladores fueron cuidadosos al asumir una postura conservadora con respecto del empleo de los medios de solución alterna de conflictos y al retomar las influencias críticas acerca de hipótesis extranjeras sobre el uso de estos instrumentos y nociones sobre la justicia alternativa que seguramente fueron calificadas de absurdas.

En este sentido, el modelo transformativo, desarrollado por Bush y Folger, aplicable a los procesos de mediación y cuyo objetivo final de la técnica de negociación no es arribar a un acuerdo sino permitir el cambio cultural gradual de los ciudadanos al enfrentar el conflicto y que los mismos comiencen a desarrollar habilidades para solucionar sus propios conflictos, es aún inaplicable en México.⁵² La mayor dificultad radica en la inercia de la rigidez y formalidad de los procesos judiciales porque tanto litigantes como abogados y jueces conservan el esquema tradicional de justicia para explicar y determinar el sentido de un procedimiento alterno de solución de conflictos.⁵³

⁵⁰ Francisco José Contreras Vaca en *Derecho procesal mercantil, teoría y clínica* señala que hay avenencia cuando un tercero intenta poner de acuerdo a las partes en conflicto con el objetivo final de alcanzar un nuevo entendimiento, dejando superadas las enemistades que propiciaron el conflicto, p. 356.

⁵¹ Esta característica es de destacarse a propósito de la institucionalización de la mediación y arbitraje en México, cuestión que no es tan notoria tratándose, por ejemplo, de la conciliación.

⁵² Las características del modelo transformador son de esta manera caracterizadas y expuestas detalladamente por Francisco Díez y Gachi Tapia en *Herramientas para trabajar la mediación*; pp. 23-29.

⁵³ De aquí la necesidad de desarrollar códigos de conducta ética de los abogados en los procedimientos de mediación, porque, como señala Bennett G. Picker en *Guía práctica para la mediación*, un cambio conceptual en la manera de razonar de los abogados en juicio con respecto de un procedimiento alterno de solución de conflictos, consiste en informar constantemente a sus asesorados sobre la posibilidad de

Esta influencia provoca contradicciones evidentes que resultan al integrar los acuerdos surgidos de las sesiones, puesto que de entrada es necesario reconvertir el lenguaje de las partes a uno acorde con la ortodoxia legal y jurídica, para que dichos acuerdos no sean rechazados por los jueces y, por tanto, considerarlos cosa juzgada.

No obstante este rezago, la apertura del sistema judicial hacia la revitalización de los MASC permitió construir una institucionalización, recuperando para la jurisdicción el seguimiento y calificación de la justicia alternativa y de sus procedimientos.

Desde nuestra opinión, no es esta institucionalización elegida la forma que reconoce a los MASC en su verdadera naturaleza y alcance, porque el potencial de estos procedimientos es enorme si lo analizamos a la luz de una “visión transformadora” y de un renacimiento de la participación ciudadana que arroje una nueva percepción social del tratamiento del conflicto.

Sin embargo, en México vivimos la etapa pragmática, realista, que advierte sobre el “entusiasmo exagerado” y en la que el “cambio social tienen un ritmo propio, muy lento y gradual”.⁵⁴

Es de suponer que el hecho de que dos partes de un conflicto atiendan a sus propios razonamientos para determinar la resolución de un conflicto implica una influencia cultural en otros ciudadanos, de modo que el reto de solucionar una controversia fuera del esquema de los tribunales supone establecer un nivel superior de entendimiento y potencial negociador.⁵⁵

¿Es posible, entonces, explicarse la justicia sin la intervención de los tribunales? ¿Estamos ante la presencia de un método superior a la intervención del Estado en la solución del conflicto humano?⁵⁶

Es aún difícil contestar a estas y otras preguntas, pero la evolución experimentada en el campo de la llamada justicia alternativa es, en suma, interesante, puesto que cuando se planteó la instrumentación de la mediación en México, se expresaron muchas dudas acerca de las áreas donde sería posible practicarla; sin embargo, hoy en día las legislaciones locales han retomado la institución organizándola no sólo en

la negociación, donde pueden existir, según indica Picker, “mejor alternativa a un acuerdo negociado” (BATNA) y “peor alternativa a un acuerdo negociado” (WATNA); pp. 57-74.

⁵⁴ Beatriz Martínez Murguía, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁵ Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza sostienen que la equidad y justicia están más emparentadas cuando se trata de estos medios de solución de conflictos, donde no se presenta el litigio. *Op. cit.*, pp. 2-4. Al respecto sostienen que “[...] la impetración es la búsqueda de soluciones alternas a los diferentes conflictos que surgen con motivo de la impartición de la justicia”. *Ibid.*, p. 6.

⁵⁶ Desde la publicación, en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de diciembre de 1993, del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de Norteamérica, la República Mexicana y Canadá (TLCAN) se han conformado e instrumentado los paneles arbitrales previstos para la solución alterna de conflictos y han demostrado, en lo general, que su acercamiento a la justicia mercantil es factible desde la visión, la ideología y el derecho de tres naciones distintas en su desarrollo económico, cultural y jurídico, pues en la práctica el arbitraje internacional se presenta como un método superior de la negociación entre estados. Para una revisión sobre sus efectos puede consultarse el detallado y profundo texto de Óscar Cruz Barney, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*.

las tradicionales áreas civil y mercantil, sino, además, en otras más controvertidas como la penal y la justicia para adolescentes infractores.⁵⁷

Nos encontramos, así, en el inicio en nuestra realidad de un trascendental cambio de paradigma de justicia, aun cuando el empeño en México consista todavía en sujetar los términos, características y cualidades de las figuras como la mediación a la jurisdiccional tradicional, y establecer su carácter meramente “alternativo” y voluntario.⁵⁸

En contra de su expansión, figura, desde luego, el aparato de justicia tradicional, que a menudo suele ignorar los avances en la ciencia, la tecnología y el cambio humanístico de nuestras sociedades del siglo XXI.

Efectivamente, uno de los retos de nuestra sociedad civil será en las próximas décadas el de ser capaz de generar un cambio cultural en el concepto y ejercicio de la justicia, pero a la vez aprender a controlar de forma responsable el ejercicio autónomo de los medios alternos de solución de controversias.

Por ejemplo, en el caso del Distrito Federal puede haber negociación-mediación en los siguientes ámbitos: civil, mercantil, familiar, penal, y justicia para adolescentes, según se determina por el legislador en su artículo 5. Sin embargo, leyes específicas la regulan en otras materias, como es el caso de la Ley Orgánica de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal, para los asuntos de su competencia.

Esta negociación adquiere, de este modo, un procedimiento específico de mediación, el cual tiene una diferencia importante con el esquema común en que entendemos negociar, puesto que las pláticas entre partes sujetas a este procedimiento son confidenciales, esto es, la facilitación de la negociación no es pública.⁵⁹

Esta particularidad ha sido instrumentada en este y otros medios alternos de solución de conflictos atendiendo a que la negociación no altera el balance de poder

⁵⁷ La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, en su artículo 5 establece estas dos materias como procedentes para atender controversias a través de la mediación, tal como se lee: “Artículo 5.- La mediación procederá en los siguientes supuestos: “[...] IV.- En materia penal, las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño; V.- En materia de justicia para adolescentes, las controversias originadas por las conductas tipificadas como delitos en las leyes penales del Distrito Federal ejecutadas por las personas mayores de doce años y menores de dieciocho años de edad; en los términos y bajo las condiciones que señala la ley de la materia”. Finalmente, sin embargo, el criterio para su práctica se ubica en la negociación de las condiciones económicas de la reparación del daño tal como lo legisla la Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Morelos.

⁵⁸ La judicialización de los medios alternos de solución de controversias lo analizan Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza, *op. cit.*; quienes puntualizan varios aspectos fundamentales, entre otros, la distinción entre *litis* en un proceso judicial y controversia y/o conflicto que sería propio de los medios alternos de solución; entre proceso judicial y procedimiento; cuestiones que afirman suelen confundirse en México por la tendencia a la judicialización de los medios alternos de solución de controversias.

⁵⁹ El artículo 8 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal incluye entre sus principios rectores la confidencialidad en los siguientes términos: “[...] son principios rectores de la mediación, los siguientes: II. Confidencialidad: La información generada por las partes durante la mediación no podrá ser divulgada”.

jurídico entre las partes y propicia la elección de una vía de composición de esta naturaleza. En otro sentido, por cierto, en el terreno internacional y en los procedimientos arbitrales en materia de comercio también se aplica la confidencialidad, pero atañe a la información estratégica empresarial.⁶⁰

La razón que se encuentra detrás de esta peculiar forma de negociación radica en construir un procedimiento legal que permita a las partes expresar opiniones, convicciones, intereses y motivaciones que normalmente no serían manifestados en un juicio. La *litis* se sujeta a la ley del cálculo y al costo de dichas manifestaciones en la valoración y perspectiva que el juzgador realiza sobre el fondo del asunto, por lo que su lógica se conduce por una ruta muy diferente a la negociación-mediación.

Por tanto, la reforma constitucional al Artículo 17 párrafo cuarto asume un sentido de síntesis, porque pretende conciliar dos grandes teorías sobre la forma de ver la justicia: una, que proviene de la función controladora del Estado; y otra que deja entrever la capacidad de negociación inherente a todo ser humano y por tanto latente en la capacidad de resolución del conflicto por el propio ciudadano. Esta fórmula de síntesis se lee de la siguiente manera en el citado artículo: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Como conclusión de este apartado, asumimos así, sin embargo, que esta fórmula de síntesis no conlleva una recuperación del sentido histórico que la negociación ha tenido en las sociedades y que, por otra parte, tampoco atribuye una institucionalización “autónoma” de los MASC.

V. Hacia la siguiente etapa de la justicia alternativa: su autonomía orgánica y el cambio legal paradigmático

En la fórmula legal se engloban todas las formas posibles derivadas de mecanismos alternativos de solución de controversias, de tal suerte que incluye lo que la doctrina mexicana determina como la autocomposición, destacándose los casos del arbitraje, la conciliación, la transacción y el avenimiento.⁶¹

La fórmula constitucional se complementa a nivel local con las legislaciones que determinan el sentido concreto de estos medios de solución de controversias. Por ejemplo, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* con fecha 8 de enero de 2008, en su artículo 2, fracción X, comprende:

⁶⁰ El capítulo XIX del TLCAN determina que es deseable que en la administración de las regulaciones jurídicas relativas a *dumping* y cuotas compensatorias se observe la protección de la información confidencial que reciba la autoridad competente para garantizar su no divulgación. V. Óscar Cruz Barney, *op. cit.*, pp. 148-150.

⁶¹ José Becerra Bautista, *El proceso civil en México*, p. 130.

Artículo 2.- Para efectos de esta Ley, se entenderá por: [...] Frac. X, Mediación: procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador.

La voluntariedad es, pues, su elemento central. Sin embargo, cuando hablamos de voluntariedad, hay que precisar su alcance, porque la conducta en el derecho se manifiesta también cuando se asume que ha habido libertad de una persona para manifestarla. Esa libertad puede adquirir diversos cauces formales, tales como una declaración unilateral de voluntad o un acuerdo de voluntades.

La voluntad de un individuo para sujetarse a un procedimiento incluido en la justicia alternativa radica en la no obligatoriedad de la instancia, pero a la vez en la convicción de que es factible y posible tratar la negociación en México de manera pública y regulada.

Esa doble característica permite abordar un aspecto por el cual los MASC se convierten en formas transformadoras de cómo hacer surgir el negocio jurídico. Y entendemos por este aquel resultado formal por el cual una persona, asumiendo su manifestación de voluntad, crea un contrato, un acuerdo, un pacto que finalmente tiene consecuencias jurídicas, pues en él puede crear, transformar o modificar ciertas obligaciones y deberes.

Por tanto, cuando una persona por su propia voluntad decide, por ejemplo, insertar su voluntad de negociación en, digamos, un procedimiento de mediación, lo que hace es escoger una vía que le permite arribar a una forma contractual, que a la vez es autocompositiva de un conflicto.

La consecuencia es que mediante su propia manifestación de voluntad, pero asistida por el mediador, podrá ver plasmados en un acuerdo sus argumentos y podrá ceder en sus pretensiones cuanto más le pueda ofrecer su sentido común y la asesoría del conocimiento de la ley.

Hay, pues, un contenido de percepción social en su toma de decisión y en su posterior aportación al procedimiento de mediación, lo cual atañe a la capacidad de verse reflejado en el procedimiento y en los escenarios diversos que pueden acarrear su toma de decisión. En consecuencia, la actitud difiere porque obliga al participante en la mediación a deliberar en su propia autodeterminación y libertad, así como en el sentido intersubjetivo de la relación mediada.

Estos aspectos ahondan en la capacidad del ciudadano para recrear su manifestación de voluntad y otorgar al negocio jurídico que nazca de ella un componente proactivo.

Desde esta perspectiva aparece incluso como tentador que los procedimientos de mediación, que es el caso que ejemplificamos, se convirtieran en nuestro sistema legal como una instancia orgánicamente independiente.

Como hemos descrito en este trabajo, las leyes de justicia alternativa en México, visualizan a esta como un espacio que es ejercido en función de su relación estructural con los tribunales de justicia de los estados, e incluso con institutos de rectoría en materia de medios alternos de justicia, instancias que además tienen la función de acreditar a los actores en el ejercicio de las MASC, tal como lo hemos ejemplificado con algunas leyes vigentes.

Al respecto, en reformas realizadas a la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato,⁶² publicadas el 21 de junio de 2011, se contempla que la mediación y la conciliación puede realizarse por instancias privadas, los que deberán realizarlos en sedes judiciales o ministeriales; sin embargo, su artículo 2 contempla que dichos MASC se instrumenten en sedes fijas o itinerantes, situación de sumo interés si consideramos que la justicia alternativa se acerque al ciudadano, a su entorno, a su barrio, a su espacio comunitario.

Por su parte, en Michoacán se prevé que la mediación se realice en los centros o en los ayuntamientos.⁶³ Lo orgánico estructural adquiere así un sentido distinto y constituye esta reforma, al menos, en un paso interesante en la dirección que apuntamos en este trabajo.

El asumir a los centros de mediación como estructuras independientes de lo judicial, implica igualmente radicar la justicia. Esa radicación extiende el principio de división de poderes, y conlleva la visión del poder ciudadano tal como ha experimentado México dicho camino mediante el nacimiento y proliferación de los órganos autónomos de Estado.

Sobre esta perspectiva, leyes como la de Justicia Alternativa del Estado de Veracruz han legislado estructuras experimentales, como es el caso del Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Veracruz, que es un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrito al poder judicial con autonomía de gestión, técnica y administrativa.⁶⁴

En el caso de la Ley de Mediación para el Estado de Tamaulipas se creó un organismo público descentralizado denominado Instituto de Mediación del Estado de Tamaulipas con sede en Ciudad Victoria y cuya coordinación administrativa está a cargo de la Secretaría General de Gobierno de esa entidad.

No obstante, aún prevalecen en las entidades federativas mexicanas los centros de mediación como órganos adscritos a la judicatura del poder judicial local, al propio poder judicial local, al ministerio público local o como organismos desconcentrados dependientes del poder judicial local.⁶⁵

⁶² Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato. [Documento en línea].

⁶³ *V.* Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán. [Documento en línea].

⁶⁴ *V.* Ley de Justicia Alternativa del Estado de Veracruz. [Documento en línea].

⁶⁵ No es propósito de este trabajo abordar un estudio exhaustivo de todas las leyes de justicia alternativa en el país, cuestión que dejamos para un trabajo futuro. Sin embargo, cabe destacar que al menos en los estados de Baja California, Chiapas, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, Tabasco, Tlaxcala, Zacatecas, los centros de justicia alternativa dependen del poder judicial local.

Así, la propuesta de la autonomía orgánica resulta, para los expertos, desvirtuadora de la autocomposición, pero cuando se enfoca desde la visión transformadora de los MASC resulta atrayente en función de lo que significaría como avance para determinar el nacimiento y expansión del verdadero negocio jurídico como respuesta y restauración del tejido social.

La sociedad mexicana requiere de esta recomposición y esta sólo será posible cuando las instituciones permitan al propio ciudadano tener un empoderamiento del ejercicio de la negociación como elemento básico de su formación cívica.

Así, resultaría adecuado desde las bases que hemos enunciado brevemente en este trabajo, que las personas involucradas en un conflicto asumieran el reto de la negociación previa al juicio como un espacio de ejercicio comunitario en el seno de estructuras dotadas de mayor independencia respecto de los tribunales o instancias jurisdiccionales, lo que equivale a una proyección futura de instancias verdaderamente alternas a la justicia adversarial.

Este cambio paradigmático legal podemos calificarlo como el inicio de una verdadera justicia alternativa proactiva ciudadana.

VI. Conclusiones

Podemos destacar en este trabajo, que existe una ruta de institucionalización del derecho que parte de vincular el conflicto con la respuesta y expresión de la justicia; misma que tiene diversas connotaciones, entre ellas, la justicia con sentido adversarial o confrontativa y la justicia “alternativa” o negociadora.

Que ambas coexisten en nuestra realidad actual nacional, pero que al examinar el origen de la propia relación negociación-justicia es posible advertir que la justicia alternativa contiene un principio de legitimidad y validez, que de ser debidamente encauzado conduce en su evolución hacia una justicia verdadera alterna.

De aquí que consideramos indispensable que la justicia alternativa no degenera en el sometimiento de los MASC hacia la necesaria vinculación con la jurisdicción tradicional.

Por ello, su regulación futura debe superar la ruta de síntesis que contiene el Artículo 17 constitucional, donde como hemos señalado en este trabajo, adquieren un sentido interactuante tanto la teoría tradicional de la justicia jurisdiccional como la teoría de la autocomposición negociadora.

Esta reforma entra en el terreno del debate sobre el alcance que en las leyes de justicia alternativa en México debe tener el elemento estructural y orgánico para determinar la operatividad de los procedimientos e instituciones que integran los MASC, advirtiendo que las fórmulas negociadoras que se han incorporado a nuestra normatividad son aún perfectibles, puesto que el riesgo de supeditar a la justicia alternativa hacia el filtro del poder judicial siempre se encontrara en una línea endeble entre auténtica negociación y radicación del interés superior público jurisdiccional.

Por tanto, esta propuesta se sustenta en la acción libre y voluntaria del ciudadano, entendiendo por ello, una extensión del origen de la relación conflicto-negociación, donde la capacidad del ser humano para encontrar soluciones a sus problemas conlleva una construcción cuidadosa de la iniciativa de negociación y del acuerdo de negociación, cualquiera que sea la especie de MASC empleado.

En este sentido, y puesto que nuestras actuales leyes de justicia alternativa, han insistido en la introducción en México de centros operativos, parece ser idóneo se consideren estructuras orgánicas autónomas, situación que obliga a una adaptación ingeniosa del principio de voluntariedad y del acuerdo negociador.

Son, pues, estas las tareas que la doctrina y pensamiento jurídico tienen, a nuestro juicio, pendientes en función de la justicia alternativa para seguir avanzando en una forma de solucionar conflictos y controversias que nos permitan en México recuperar el prestigio, la confianza y la libertad de los ciudadanos en el ejercicio y práctica de sus derechos.

En suma, esta *praxis* implica un cambio paradigmático cuyo impulso no debe perderse en el influjo de la inercia rígida y formalista.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Aristóteles. *Constitución de los atenienses*. Madrid [España], Gredos, 2008.
- Bardales Lazcano, Erika. *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*. México, Flores Editores, 2011.
- Becerra Bautista, José. *El proceso civil en México*. México, Porrúa, 2002.
- Bennet G. Picker. *Guía práctica para la mediación*. Buenos Aires [Argentina], Paidós, 2001.
- Campbell, Tom. *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Barcelona [España], Gedisa, 2008.
- Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho procesal mercantil, teoría y clínica*. México, Oxford, 2013.
- Cruz Barney, Óscar. *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México, Porrúa, 2007.
- Cruz Miramontes, Rodolfo y Óscar Cruz Barney. *Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*. México, Porrúa/UNAM, 2004.
- Díaz, Luis Miguel. *Moralejas para mediar y negociar*. México, Themis, 1999.
- . *Manejo de conflictos desde la sabiduría del cine y las canciones*. México, Pax-México, 2005.
- Díez, Francisco y Gachi Tapia. *Herramientas para trabajar la mediación*. Buenos Aires, Paidós, 2006.

- Dorantes Tamayo, Luis. *Teoría del proceso*. México, Porrúa, 2004.
- Fierro Ferráez, Ana Elena. *Manejo de conflictos y mediación*. México, Oxford, 2010.
- Gómez Lara, Cipriano. *Teoría general del proceso*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- Gorjón Gómez, Francisco J. y José G. Steele Garza. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. 2ª. ed., México, Oxford, 2012.
- Hampshire, Stuart. *La justicia es conflicto*. Madrid, Siglo XXI de España, 2002.
- Hernán Gil Echeverry, José. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Bogotá [Colombia], Temis, 2003.
- Junco Vargas, José Roberto. *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales y en el sistema acusatorio*. Bogotá, Temis, 2007.
- Kovaliov, S.I. *Historia de Roma*. Madrid, Akal Editor, 1979.
- Limas Hernández, Alfredo. "Mediación y género. Una alternativa de frente al feminicidio serial en Juárez". En *Memoria 2002-2003. II Congreso Nacional de Mediación*. México, TSJDF/UNAM.
- Martí Borbolla, Luis Felipe. *La reinención de la soberanía en la globalización*. México, Porrúa/Universidad Panamericana, 2007.
- Martínez de Murguía, Beatriz. *Mediación y resolución de conflictos*. Buenos Aires, Paidós, 1999.
- Memorias 2002-2003. II Congreso Nacional de Mediación*. TSJDF/UNAM.
- Nieto, Alejandro. *El árbitro judicial*. Barcelona, Ariel, 2007.
- Oliva Santos, Andrés de la. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. México, UNAM, 2006.
- Peña González, Óscar. *Mediación y conciliación extrajudicial*. México, Flores Editor, 2010.
- Pettoruti, Carlos Enrique. *La validez del derecho*. Buenos Aires, La Ley, 2004.
- Picker, Bennett G. *Guía práctica para la mediación*. Buenos Aires, Paidós, 2001.
- Pina Vara, Rafael de. *Diccionario de derecho*. México, Porrúa, 1980.
- Platón. *La república*. México, UNAM, 1971.
- _____. *Las leyes, Epinomis, El político*. México, Porrúa, 1979.
- Polo, Antonio. "El nuevo derecho de la economía". En *Lecturas de derecho económico*. México, UNAM, 1979.
- Stolfi, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Bogotá, Leyer, 2007.
- Vinyamata Camp, Eduardo. *Aprender mediación*. Barcelona, Paidós, 2003.

Electrónicas

- Briseño Sierra, Humberto. Consideraciones acerca de la jurisdicción. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/5/.../dtr1.pdf> [con acceso el 3 de mayo del 2014].
- Cicerón, Marco Tulio. De las leyes. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1561>> [con acceso el 17 de junio del 2014].

Sección Artículos de Investigación

- Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://portal.pgjguanajuato.gob.mx/WebPGJEG/pdf/ley-justicia-alterniva.pdf>> [con acceso el 18 de junio de 2014].
- Ley de Justicia Alternativa del Estado de Veracruz. Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://web.segobver.gob.mx/juridico/libros/68.pdf>> [con acceso el 16 de julio de 2014].
- Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Morelos. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Provictim/1LEGISLACI%C3%93N/2Estatal/Morelos/alternativa.pdf>> [con acceso el 22 de noviembre de 2014].
- Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Sinaloa. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.laipsinaloa.gob.mx/images/stories/ARCHIVOS%20PUBLICOS/Leyes%20Estatales%20Actuales/2013/Ley_JusticiaAlternativa.pdf> [con acceso el 22 de noviembre de 2014].
- Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <http://transparencia.congresomich.gob.mx/media/documentos/trabajo_legislativo/ley_de_justicia_alternativa_y_restaurativa_del_estado_de_michoac%C3%A1n.pdf> [con acceso el 15 de julio de 2014].
- Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Chihuahua/wo22547.pdf>> con acceso el 23 de noviembre de 2014].
- San Cristóbal Reales, Susana. 2013. Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* (XLVI): pp. 39-62. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf> [con acceso el 6 de mayo de 2014].

Hemerográficas

- Díaz, Luis Miguel. “Negociar o mediar en vez de litigar para la solución de conflictos”. *Este país*. Revista editada en la Ciudad de México. México, enero 2001.
- Figueroa Díaz, Luis, Diana Margarita Magaña Hernández y Alejandro Caamaño Tomás. “El enfoque de la justicia y los medios alternativos de solución de conflictos: un cambio de paradigma en el sistema de justicia mexicano”. *Fuentes Humanísticas*. Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco. Núm. 44. México, 2012.

Legislativas

- Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*. 8 de enero de 2008.