

Una perspectiva de la investigación de la justicia alternativa en el Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco

Luis Figueroa Díaz*

Resumen:

El artículo ofrece una perspectiva general y particular de la investigación, y un acercamiento doctrinal en el Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco de la justicia alternativa, destacando algunos de los aspectos que permiten considerarla como un paradigma de cambio con sentido interdisciplinario, crítico y con postulados teóricos propios.

Abstract:

The article offers a general and particular perspective of the investigation and a doctrinal approach in the Department of Law of the UAM Azcapotzalco of alternative justice, highlighting some of the aspects that allow to consider it as a paradigm of change with an interdisciplinary and critical sense and with their own theoretical postulates.

Sumario: Preámbulo / I. Hipótesis de estudio en esta perspectiva de la justicia alternativa / II. Breves consideraciones de algunos de los principios generales de la justicia alternativa desde esta perspectiva de investigación en el Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco / III, Somera perspectiva del uso de la justicia alternativa en México / IV Conclusiones / Fuentes de consulta

* Mtro. en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco.

Preámbulo

En los últimos años el estudio de la justicia alternativa¹ ha desarrollado diversas rutas de investigación nutridas por el enfoque conceptual y analítico propio del método interdisciplinario que se ofrece en la investigación de la Universidad Autónoma Metropolitana-Departamento de Derecho.

Al respecto, existe un importante debate doctrinal sobre lo que significa la justicia alternativa, donde para la conceptualización que reflejan los principios filosóficos de la justicia restaurativa, la que considera todos aquellos procedimientos distintos al proceso jurisdiccional cuyo objetivo es llegar a un acuerdo entre las partes, y cuyo documento final tiene la característica de cosa juzgada.²

Sin embargo, para otras posturas se le considera como un conjunto de mecanismos de solución de conflictos individuales que tienen en común que no se sometan a la justicia formal o llamada también tradicional y cuya vocación consiste incluso en evitarlo y por tanto esos medios alternativos de solución de conflictos son no tradicionales, distintos al Poder Judicial, dando solución al conflicto entre las partes ya sea por una negociación u acuerdo donde intervenga un tercero, ya sea mediante la intervención de este en el arbitraje o la conciliación.³

En nuestro país adquiere este debate, así, un impulso renovador ante el grave deterioro del estado de derecho y de la función de los tribunales, pero también debemos considerar que ya desde hace muchas décadas, particularmente en los Estados Unidos de Norteamérica, viene practicándose una reducción de la operatividad de la justicia pública a través del *Alternative Dispute Resolution (ADR)* que agrupa formas de solución o arreglo de litigios que se ubican fuera de la jurisdicción estatal y llamándola justicia privada.⁴ Así, por ejem-

¹ En la noción de justicia alternativa tomemos en consideración, como señala Jhon Rawls que la teoría particular sobre las condiciones formales de lo justo radican en cómo las condiciones formales se derivan de la misión que tiene la justicia de resolver las demandas que las personas se hacen una a otras y sus instituciones. Y que dicha teoría ha de tener principios generales puesto que “incluso si una persona puede conseguir el acuerdo de otras, no sabrá cómo elaborar principios que le sean ventajosos” (Ver Jhon Rawls, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2015, pp. 130-131).

² Erika Bardales Lazcano, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, México, Flores editor y distribuidor, 2011, p. 95.

³ Oscar Peña González, *Mediación y conciliación extrajudicial, medios alternos de solución de conflictos, teoría y práctica*, México, Flores editor y distribuidor, 2010, pp. 39-40.

⁴ Julio Cabrera Dircio, *Estado y justicia alternativa, reforma al artículo 17 constitucional*, México, ediciones Coyocacán, p. 8.

plo, en el derecho positivo mexicano se le refleja como “procedimientos distintos a los jurisdiccionales para la solución de conflictos entre particulares”.⁵

Por ello, ante este significativo contexto académico y formal, es objetivo de este trabajo el sumar algunos elementos que permitan mostrar una perspectiva de la investigación de la justicia alternativa en el Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.

Asimismo, aprovechamos la ocasión de que la revista *Alegatos* del Departamento de Derecho de la antes señalada institución, cumple su número 100 para reiterar características, elementos, y explicaciones que ya hemos sistematizado en otras tantos trabajos que sobre el tema han sido ofrecidos al lector en la propia revista pero que nos parece es oportuno volver a ellos en función de que este número 100 nos permite recrear una de las perspectivas de investigación propia de la UAM en función de su proyecto de educación superior.

Los productos de estos análisis han sido publicados en lo particular en números⁶ que integran parte de la ya amplia colección *Alegatos*.

Abundando, en cada uno de ellos, la lectura de las reformas al artículo 17 constitucional, párrafos tercero y quinto mexicano que establece en el máximo nivel de la pirámide jurídica la incorporación de los medios alternos de solución de controversias (MASC) en las leyes secundarias del país nos ha permitido constatar que la fórmula general no es restrictiva, ni debe asumirse desde una supuesta síntesis acabada de la relación tradicional entre la teoría de la justicia jurisdiccional de los tribunales y la teoría de la autocomposición negociadora, dado que a la letra en ella se lee:

Artículo 17... “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. [...]

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 [...].

⁵ Ver *Ley de justicia alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal*, Artículo 2 fracción VIII.

⁶ Ver revista *Alegatos* en sus números 47/48, 50, 62, 68/69, 76 y 88.

A partir de esta consideración, asumimos que la expansión legislativa que se ha producido en México a partir de la Ley de Justicia Alternativa para el estado de Quintana Roo de finales del año 1997 y que abarca hoy día prácticamente a todos los estados de la federación, amén de las sendas legislaciones que sobre los MASC en particular son aplicables a la materia penal; constituyen una primera etapa de la construcción de un régimen sobre la justicia alternativa en México.

Esta primera etapa de construcción no debe ser así vista como una dicotomía donde la justicia alternativa y justicia ordinaria se contraponen y tienen por finalidad imponerse una a la otra.

Por ello, en lo general debemos considerarle como una visión y opción real para alcanzar la justicia desde otra perspectiva, donde el principio general fundamental radica en la voluntad de las partes.⁷

Abundando sobre ello, en el presente siglo, en concreto los MASC han arraigado en México como un núcleo de conocimiento que ya no es factible desmembrar en función de las viejas concepciones de las figuras jurídicas de la conciliación, la transacción, el arbitraje o la mediación, y que por tanto, asumen un desarrollo doctrinal de lo “alternativo” hacia lo paralelo, hacia la creación de formulados jurídicos que permitan la conexión de un modelo de justicia adversarial y un modelo de justicia no adversarial, siendo este último distintivo e identificado en la cultura de paz.

Esto es lo que consideramos será el siguiente paso necesario en la instrumentación de ese régimen de la justicia alternativa, para lo cual, como indicamos, es menester ahondar en su interpretación académica y funcional. A nosotros, pensamos, nos corresponde la labor académica y conceptual y para ello, estamos ciertos, que contamos con el generoso espacio que proporciona la revista *alegatos* del Departamento de Derecho.

Finalmente, para cerrar este preámbulo, aspiramos a que esta perspectiva de línea de investigación que explicamos y donde modestamente deseamos contribuir a celebrar el número 100 de la revista *Alegatos*, motive a que otros investigadores y estudiosos de la UAM aborden esta temática sobre la justicia alternativa y contribuyan a ese régimen desde una perspectiva de investiga-

⁷ Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, México, editorial Oxford, 2012, p. 4.

ción más cercana a lo autocrítico, a lo humano, a lo social y alejado del rigor positivista que en ocasiones prevalece en los análisis doctrinales del derecho.

I. Hipótesis de estudio en esta perspectiva de la justicia alternativa

Así, expuesto el objetivo de este trabajo desde la perspectiva de estudio de la justicia alternativa, esta nos ofrece una primera línea de investigación particular que se concibe a partir de que su génesis ha sido producto de una gradual crisis de los sistemas de impartición de justicia tradicionales, es decir, por tal, en este trabajo entendemos a los que se integran mediante el *desiderátum* de la jurisdicción con la presencia adversarial de las partes y el juez.

Esta problemática gradual de la crisis de la justicia de los tribunales, desde nuestra opinión, es resultado de multifactores que, en lo general, bien pueden ser considerados todos ellos en un contexto de desgaste y de la inaplicabilidad del estado de derecho, así como por la escalada de violencia que se ha generado en el país; aspectos que han tenido una influencia negativa en la manera de percibir por el ciudadano el acceso y la impartición de la justicia tradicional.

Algunos de estos factores se ubican en grandes rubros relacionados con la igualdad ante la comparecencia de los ciudadanos en los tribunales, la falta de asignación del personal de justicia a partir de concursos de oposición, la separación funcionalmente óptima de las responsabilidades administrativas y jurisdiccionales, la autonomía de la función judicial y de los recursos asignados, el agotamiento del monopolio estatal judicial como función exclusiva del Estado, entre otros muchos.⁸

De esta manera, derivado de estos análisis, una segunda línea de investigación propone que estamos en presencia de una rama del derecho aparentemente ligada al derecho procesal pero que tiende a separarse de él en vista de un elemento emergente relacionado con su tendencia a ser un paradigma

⁸ Estos aspectos han sido analizados en el trabajo; “El enfoque de la justicia y los medios alternativos de solución de conflictos: un cambio de paradigma en el sistema de justicia mexicano”, revista *Fuentes Humanísticas*, UAM-Azcapotzalco, número 44, 2012, en colaboración con la Maestra Diana Margarita Magaña Hernández.

de cambio, es decir, la utilización de los viejos y nuevos medios alternos de solución de conflictos a partir de una caracterización innovadora.⁹

El hecho de ubicar a la justicia alternativa y los MASC en ella como paradigmas emergentes nos conduce necesariamente a avanzar sobre otra línea de conocimiento revolucionaria, en el sentido de que es un modelo que comienza a ser aceptado cada vez más por los estudiosos y juristas y que se le mira ya a través del consenso académico con cualidades y principios generales propios.

Sobre este particular en el trabajo “la enseñanza del derecho y los medios alternos de solución de controversias”¹⁰ expusimos que desde la perspectiva científica del modelo UAM, la justicia alternativa plantea un ajuste en la forma de comprender la funcionalidad del derecho y de las normas jurídicas, atendiendo a la crítica de los modelos positivistas en los que está ausente el problema de la eticidad del derecho; por lo que aparece como elemento común sobresaliente, un sentido de ejercicio de la intersubjetividad.

Al respecto de ese elemento de la intersubjetividad, aún en el medio de los estudios ortodoxos se cuestiona si el modelo es para solucionar controversias, es decir, asuntos ya planteados en la *litis* o es más amplio, como un esquema que se aborde no sólo dentro sino fuera de lo controversial y donde la solución tenga un efecto cuyo alcance jurídico sea tan definitivo como si se tratara de una sentencia, y tomando en cuenta que ocurre en ellos una transferencia de aprendizaje donde se desarrollan habilidades comunicativas y elementos distintos al planteamiento de posturas y alegatos en un juicio.

Tal como señala Pascual Hernández Mergoldd:

El litigio no parece ser la solución para una buena parte de los problemas legales. Los procesos globalizadores nos demuestran que el tráfico jurídico ha adquirido tal velocidad y complejidad, que las herramientas clásicas del Estado Moderno, como lo es el proceso judicial, ya no responden de manera tan efectiva como lo hicieron en el

⁹ Para otros pensadores, la justicia alternativa y los MASC son una forma de fortalecer el sistema judicial, dado que tienen como fin reducir la carga judicial y hacer más eficaz los servicios judiciales y por tanto no tienden a privatizar la justicia. (Ver el interesante estudio de Oscar Peña González, *Mediación y conciliación judicial*, México, editorial Flores editor y distribuidor, 2010, p. 62.

¹⁰ Ver el trabajo del autor “La enseñanza del derecho y los medios alternos de solución de controversias” en revista *Alegatos*, núm. 76, septiembre-diciembre 2010, pp. 787-801.

siglo XIX y XX, para alejar los conflictos jurídicos entra las personas.¹¹

Así, la validez de un modelo paradigmático es sostenible desde la perspectiva teórica y académica porque supone el revisionismo del modelo de los tribunales y contribuye a su modificación ante un esquema de realismo jurídico.

Además, tiene un sentido de paradigma porque plantea un cambio en la enseñanza y aprendizaje de ese modelo de justicia, al producir en las nuevas generaciones de juristas y abogados en México la necesidad de desarrollar habilidades específicas en el terreno de la justicia alternativa y de los MASC.¹²

Por esto último una ruta de investigación más, que hemos explicado y analizado a lo largo de las contribuciones a la revista *Alegatos* sobre el tema, nos llevan a otra hipótesis, que adquiere sentido mediante la construcción doctrinal y epistemológica autónoma y propia de la justicia alternativa, esto es, que a partir de ciertos principios generales a de surgir en algún momento una nueva rama del derecho mexicano.

La Constitución mexicana, en un sentido amplio, deriva esta hipótesis si consideramos que el contenido del artículo 17 párrafo quinto se refiere a llevar a cabo una incorporación de los MASC en todas y cada una de las leyes sin distinguirla en apartados o ramas del derecho, aun cuando tiene una importante excepción cuando se refiere y califica al derecho penal mexicano.¹³

En síntesis, por todas estas líneas de investigación e hipótesis principales y secundarias es que sostenemos que la calificación y desarrollo en México de una “justicia alternativa” nos parece aún materia de revisión pues no refleja cabalmente el sentido y alcance que emergen de ciertos principios generales de esa justicia.

¹¹ Ver *Once años de mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, TSJDF, 2014, p. 8.

¹² Este reto, por otra parte, ha sido asumido por el Departamento de Derecho en el plan de estudios de su maestría al incluir una asignatura sobre los MASC en su tronco general y a la cual hemos contribuido con contenidos y reflexión académica bajo la dirección de su coordinador Dr. Carlos H. Durand Alcántara.

¹³ Al respecto, en el número 62 de la revista *Alegatos*, enero-abril del 2006, pp. 73-86, se presentó el trabajo “*Reflexiones en torno de algunos aspectos de la regulación jurídica de la mediación en México*”, donde expusimos que la autocomposición alcanza un sentido de etapa superior cuando el mediador sólo tiene una función de conducir un procedimiento adecuado, más no inducir, ni provocar un resultado particular, por lo que si esa forma de solucionar los conflictos se aleja de la instancia judicial alcanza una verdadera autonomía.

Para ello nos auxiliamos del marco metodológico que nos proporciona John Rawls, y donde podemos leer a propósito del estudio de algunos de los principios de la justicia que:

Por supuesto, no es necesario suponer que en la vida cotidiana las personas no hacen sacrificios importantes unas por otras, ya que, por el contrario, los hacen a menudo movidas por el afecto y por vínculos sentimentales. No obstante, tales acciones no son exigidas por motivos de justicia por la estructura básica de la sociedad.

Además, el reconocimiento público de los dos principios de justicia da un mayor apoyo al respeto que los hombres se tienen a sí mismos, lo que a su vez repercute aumentando la eficacia de la cooperación social. Es claramente racional para los hombres asegurarse el respeto a sí mismos. Es necesario tener un sentido de su propio valor si es que se ha de perseguir una concepción del bien con satisfacción y sintiendo placer en su realización.¹⁴

Por consiguiente, relacionar a la justicia alternativa con los planteamientos de Rawls, es porque sostenemos que en el fondo de estos argumentos radica una concepción de la justicia como equidad, donde los principios de libertad e igualdad tienen una nueva expresión en la necesidad de crear medios redistributivos que coadyuben al mejoramiento y bienestar de las personas.

La justicia alternativa se basa en la eticidad, en la cultura de paz y la intersubjetividad puesto que advierten sobre la urgente necesidad de que en México no sólo se dé el acceso de los ciudadanos a procesos imparciales, sino con un renovado sentido del bien común, y por ello el sentido de justicia de Rawls sostiene epistemológicamente esta cuestión al advertir que las instituciones justas son aquellas que desempeñan también un rol unificador de la sociedad.

Advertimos, no obstante, que alrededor de los planteamientos de Rawls existen divergencias, y tan sólo verbigracia citamos a Robert Nozick que señala sobre la justicia privada y el principio de la imparcialidad que:

A un independiente podría prohibírsele hacer uso de la justicia privada en virtud de que se sabe que su procedimiento entrafña mucho

¹⁴ Jhon Rawls, *op cit.*, pp. 171-172.

riesgo y peligro —esto es, tiene un riesgo más alto, (en comparación con algún otro procedimiento) de castigar a una persona inocente o de excederse en el castigo a una persona culpable—, o bien en virtud de que no se sabe que su procedimiento no sea riesgoso.¹⁵

Dado el alcance y sentido que nuestro trabajo tiene en esta ocasión, sobre este interesante debate habremos de reflexionar y profundizar en una futura colaboración, dejando sólo apuntado brevemente en este trabajo.

II. Breves consideraciones de algunos de los principios generales de la justicia alternativa desde esta perspectiva de investigación en el Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco

Un sentido propositivo de algunos de los principios generales de la justicia alternativa desde la óptica investigativa del Departamento de Derecho en la UAM-Azcapotzalco nos conduce a que la creación de la justicia alternativa en el país puede insertarse en un principio general que recalca la preeminencia crítica, científica e interdisciplinaria.

En este sentido, uno de los tantos medios de solución de conflictos que podemos agrupar en la justicia alternativa es la mediación que, en nuestra opinión, siendo una especie del género justicia alternativa, refleja con mayor certidumbre aquellos elementos. Recordemos aquí, tan sólo que la mediación ha sido definida por el modelo de *Harvard* como una negociación colaborativa asistida por un tercero; por el modelo transformativo como un procedimiento para promover la revalorización y el reconocimiento de cada persona; y que para el modelo narrativo de Sara Cobb como un procedimiento que tiene como objetivo llegar a un acuerdo, pero con el énfasis puesto en la comunicación y en la interacción de las partes.¹⁶

¹⁵ Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, Nueva York, Basic Books Inc, 1974, p. 94, texto disponible en la página electrónica <https://austrianlibrary.files.wordpress.com>, consultada el 10 de octubre de 2018.

¹⁶ Francisco Díez y Gachi Tapia, *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, editorial Paidós, 2006, p. 26.

Si hablamos así del sentido crítico de la justicia alternativa es porque la reciente implementación en el país, verbigracia, de la mediación,¹⁷ como una de los MASC más recientes e innovadores, supone que una controversia o un conflicto no es necesariamente encauzado sólo por el rol de un juez, de un ministerio público, de un fiscal o de cualquier otra autoridad administrativa o jurisdiccional que depende del poder del Estado.

Ongay Flores sostiene, entre muchas agudas razones, que en la naturaleza privada del mediador destaca un carácter autónomo porque no se subordina a un interés o poder ni público ni privado y porque un convenio de mediación con intervención de mediador privado adquiere la calidad de documento público y al ser registrado asume la calidad de cosa juzgada, siendo ejecutable en vía de apremio.¹⁸

Paralelamente a esta funcionalidad institucional, se presenta desde siempre y en forma ancestral el poder de los propios miembros de una comunidad, de los ciudadanos o de los gremios y estamentos de la sociedad para encontrar formas de solucionar sus conflictos y sus controversias. Consiste en la recreación de una actividad cívica por convencimiento y conveniencia social que no radica en el sentido punitivo y de control social del Estado.

Esta asunción de empoderamiento para solucionar conflictos choca, no obstante, con el moderno propósito de la gobernabilidad y de la arrogancia del sistema de justicia de los tribunales, porque la razón de Estado se presenta en ellos como la razón racional última para evitar la confrontación entre los miembros de una sociedad.

Por ello, ante la tradición histórica positiva es posible imponer al Estado el reconocimiento de un principio general de la justicia alternativa, donde se exprese lo que ya en otras publicaciones hemos explicado acerca del carácter informal de algunos de los MASC, especialmente de la mediación, donde el elemento central radica en que no se imponga un procedimiento de autoridad para su conducción, y que éste obre más bien como un acto comunicacional y conversacional.¹⁹

¹⁷ De acuerdo con Pascual Hernández Mergoldd, *op cit.*, p. 5, la mediación hasta hace pocos años era prácticamente desconocida jurídicamente como medio de solución de conflictos, pues nuestro derecho positivo sólo la contemplaba como forma de intermediación comercial.

¹⁸ Ver el muy interesante estudio recientemente publicado de Carlos Alfredo Ongay Flores, “*Mediación privada en la Ciudad de México*”, México, editorial IUS Literatus, primera edición, 2018, pp. 57-64.

¹⁹ Ver al respecto el estudio del autor “Solución alterna de conflictos: mediación y derecho económico”, en revista *Alegatos*, números 47-48, enero-agosto de 2001, pp. 103-110.

Porque ese reconocimiento implica sostener que la justicia alternativa no es sólo utilizada para resolver conflictos en el gremio mercantil y en el orden pecuniario, puesto que su principio crítico radica como propuesta privada o ciudadana o comunitaria donde afloran elementos donde el Estado no tiene ya el monopolio de la decisión.

La expresión, sin embargo, ha de recaer, en la propuesta de un principio general científico, donde el derecho construya esos elementos nuevos, asumiendo que “cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos”.²⁰

El carácter científico se sustenta así en lo interdisciplinario porque hay que comprender que la justicia alternativa se desenvuelve en la realidad cívica que es compleja y no unidimensional. Luis Miguel Díaz, decía respecto de la manera de mediar y negociar que ésta debe prepararse bajo la estimación de las condiciones imperantes, de la capacidad jurídica de los negociadores, de su grado de influencia, de los posibles enfoques, de las actividades preliminares, porque “todos los días, familiares, vecinos, parejas, trabajadores, jefes, clientes, vendedores, abogados y naciones, enfrentan el mismo dilema de cómo dar el sí sin ceder”.²¹

La justicia alternativa tiene así principios generales jurídicos que se basan en lo crítico, en lo científico y en lo interdisciplinario apoyándose en elementos doctrinales necesarios para darle sentido y consistencia.

Auxiliados y apoyados en la teoría de Thomas Khun²² consideramos así que reúne como paradigma emergente los elementos para agrupar un núcleo de conocimiento básico que establecen un todo que podemos calificar como un modelo de medios alternos de solución de conflictos, como fue llamado en los países anglosajones, asignándoles características comunes a esas instituciones jurídicas y un sentido funcional unívoco.

Para nuestra visión este nuevo núcleo de conocimientos no es igual al conocimiento anterior del arbitraje, de la conciliación, la transacción, sino, por el contrario, es una teoría espejo donde es posible advertir mediante su estudio, las carencias y crisis por las que pasa la justicia ordinaria de los tribunales

²⁰ Jhon Rawls, *op. cit.*, p. 235.

²¹ Luis Miguel Díaz, *Moralejas para mediar y negociar*, México, editorial Themis, 1999, pp. 19-20.

²² Thomas Khun, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1996.

y por ello, si observamos las distintas leyes de justicia alternativa de las entidades federativas nacionales, encontramos que en ellas se comparten principios jurídicos rectores sobre voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y economía.²³

Sobre ese mismo núcleo de conocimientos, la justicia alternativa en México está en una fase inicial de expansión puesto que algunos otros medios de solución de conflictos como son el de pequeño juicio, juicio multipuertas o uso de jueces retirados con funciones de mediación, son prácticamente desconocidos en el país y no son utilizados, ni siquiera como exploración de las ventajas o desventajas que pudieran acarrear para la realidad mexicana. El sustento constitucional incluso en la justicia adversarial, no obstante, está dado por una aún tibia y prudente reforma al artículo 17 párrafo tercero en el que se puede leer:

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.²⁴

Pero volviendo a la justicia alternativa o no adversarial, en el conjunto de los medios alternos de solución de conflictos, dos de ellos se destacan como los más utilizados en el país y sobre ellos hemos ya desarrollado diversos estudios que remarcan sus elementos comunes y disímbolos.

Uno que tiene un arraigo de muchos años en el país, que es el arbitraje y otro que es la punta de lanza del modelo implementado en los centros de justicia alternativa antes y a raíz de la reforma al artículo 17 constitucional y que consiste en la mediación.²⁵

Pero más allá de sus peculiaridades como instituciones jurídicas, lo que es de subrayarse es el origen del arbitraje como un medio de solución de con-

²³ Sobre el estudio de las distintas leyes de justicia alternativa del país y sus comparaciones hemos ya publicado con la maestra Diana Margarita Magaña Hernández, un adelanto en el artículo “El conflicto y la negociación: elementos para su reflexión normativa en el marco de la justicia alternativa en México”, revista *Alegatos*, núm. 88, septiembre-diciembre de 2014, pp. 639-660.

²⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en www.diputados.gob.mx>pdf, consultada el 18 de mayo del 2018.

²⁵ Sobre las diferencias particulares entre mediación y arbitraje puede consultarse el texto del autor “Mediación y arbitraje”, publicado en la revista *Alegatos* 50, enero-abril 2002, pp. 167-172.

flictos surgido del sentido de la *ius mercatoría*, en tanto los estatutos de los comerciantes lo hicieron arribar como una especie de peritaje y a la vez procedimiento de composición planteado desde las perspectivas mismas del oficio de comerciante y para el consumo de los propios comerciantes.

Esta peculiaridad se ha mantenido en algunos casos en que se utiliza dicho arbitraje en México, como es el supuesto de su práctica por las cámaras de comercio o el empleo de este en los conflictos entre médicos y pacientes.

Por su parte, la mediación, puede ejercerse en el país por profesionistas que tengan una certificación del Estado o por aquellos que se ofrecen como tales y son aceptados por las partes en el conflicto, tengan o no tengan esa certificación.

En este sentido el esfuerzo de la institucionalización de la mediación en los centros de justicia alternativa fundados en el país ha sido enorme, dotándoseles de recursos, instalaciones y personal para hacer crecer a la mediación como alternativa a la justicia adversarial.

Algunos centros se han declarado así, instancias fundamentalmente erigidas para practicar la mediación en tanto otros entienden que su acotación a este medio exclusivamente es una limitante de la base constitucional y del espíritu abierto hacia otros medios que en ella se plasma.

La capacitación en el personal de los centros, sin embargo, ha sido principalmente en el papel de mediadores asumiendo y caracterizando a esta como una herramienta más del Estado para intervenir en los conflictos, pero sin abordar el paso subsiguiente donde la propia ciudadanía sea capaz de instrumentarla y practicarla independientemente de esos centros.

El siguiente paso en la dirección de concebir a la mediación no sólo como un auxiliar de la justicia ordinaria o de los tribunales consiste en su expansión como figura comunitaria. Sobre esta consideración hay mucho camino jurídico aún por construir en México.²⁶

²⁶ La cuestión de la mediación fuera del centro de mediación no es del todo obviada porque existen esfuerzos importantes, por ejemplo, del centro de justicia alternativa de la ciudad de México, donde se instrumentan proyectos de sinergia para la capacitación de las personas que desean implementar la mediación escolar o la mediación comunitaria, tal como puede ser consultado en el texto “Once años de mediación en México”, *op. cit.*, pp. 9-11.

III. Somera perspectiva del uso de la justicia alternativa en México

En este sentido hemos desarrollado en diversas publicaciones de la revista *Alegatos* el camino que se ha seguido tanto constitucionalmente como legislativamente para instaurar en el país un sistema de centros encargados de la aplicación de la justicia alternativa, cuestionando de manera crítica, el papel que el Estado juega en ellos.

Abundemos sobre éste particular: porque la vía ordinaria o de la justicia de los tribunales tuvo un origen ciertamente en la necesidad de dirimir los conflictos en la sociedad, pero en muchos análisis también se la arropa la función del control social, que de sí, establece una diferencia notable con la justicia alternativa porque esta última no tienen como elemento fundante la perspectiva del Estado de participar y fungir como elemento disuasivo y punitivo, sino que su origen se establece desde la perspectiva de exclusión de la autoridad en la propuesta de solución de los conflictos y/o de controversias.

En otras palabras, la realidad mexicana de oprobio que se vive actualmente donde el crimen, la delincuencia y la muerte violenta se han convertido en lo ordinario, y donde el paradigma normal de los tribunales no es capaz en principio de frenar la impunidad, encuentran entonces una mirada que no es sólo desde su interior, sino que es externa y desde una perspectiva distinta, como puede ser el uso de la justicia alternativa.

Por esto, a la par de la fundación de los centros de justicia alternativa en prácticamente todas las entidades federativas del país, existen centros privados de mediación tales como la Cámara de Comercio y servicios de Turismo de la Ciudad de México, el Instituto de Mediación México, el Instituto Mexicano de Mediación, el Centro Mexicano de Mediación, el Centro de Mediación Notarial, el Centro Interdisciplinario para el Manejo de Conflictos, la Asociación para la Resolución de Conflictos,²⁷ entre otros.

Desde luego, el uso de la justicia alternativa en los centros privados implica diversas y profundas obligaciones para los mediadores privados, así como nuevos enfoques de las viejas instituciones autocompositivas.²⁸

²⁷ Todos ellos referidos en el estudio del maestro Luis Miguel Díaz, *¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico?*, Anuario Mexicano de derecho Internacional, vol. IX, UNAM, 2009, p. 730.

²⁸ Para una aproximación a estos aspectos y otras más como son la estructura de un convenio emanado de la mediación privada, su registro ante los centros de mediación, el contrato de transacción y el

Ahora bien, en lo que respecta al uso del régimen jurídico de la justicia alternativa, en otros espacios hemos señalado que en la construcción positiva y hermenéutica mexicana aún se considera a éstos como instituciones que realizan una función de auxilio de la justicia en tribunales y que por tanto no son parte de un derecho procesal jurisdiccional como tal.

Es frecuente encontrar en los estudios el análisis académico sobre la judicialización de los MASC entendidos como justicia alternativa, y de establecer la dicotomía entre proceso y procedimiento, por lo que como señalan Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza:

Podemos considerar que el efecto de la judicialización de los MASC es un problema actual de la impartición de la justicia en nuestro país, ya que en muchas ocasiones reproducimos la forma de trabajar y actuar de ambos sistemas. Sabemos que el conflicto de la impetración de la justicia ha alcanzado parámetros preocupantes en nuestra sociedad, debemos entender por impetración la búsqueda de soluciones abiertas a los diferentes conflictos que surgen con motivo de la impartición de justicia.²⁹

La explicación de su naturaleza radicaría en que su elemento esencial es la declaración de la voluntad encontrando su asidero ya sea en la postura de la teoría contractualista o privatista, en la teoría jurisdiccional o publicista o en la teoría ecléctica.³⁰

Calificados doctrinalmente antes de las reformas al artículo 18 constitucional como medios autocompositivos y por tanto de excitación voluntaria, solían ser usados como instrumentos de una etapa donde las sociedades resolvían conflictos con ellos porque aún la presencia del Estado era escasa o débil o había cedido espacios de control y organización hacia los particulares o se encontraba sin medios para instrumentar los debidos procesos mediante tribunales.

Este uso primigenio aún impacta en el sentido moderno y basta con señalar que en México su discusión es ardua cuando se trata del ámbito penal, puesto

convenio de mediación privada o la ejecución de los convenios, puede consultarse el reciente y profundo estudio de Carlos Alfredo Ongay Flores, *op. cit.*

²⁹ Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza, *op. cit.*, p. 7.

³⁰ Ver Erika Bardales Lazcano, *op. cit.*, 2011, pp. 1-5.

que como acertadamente señala Erika Bardales Lazcano, los MASC pueden presentarse en cuatro momentos: de manera *pre-procesal*, *intra-procesal*, *extra-procesal* o *post-procesal*.³¹

Por otra parte, la sobreproducción legislativa ha conllevado que en México existan múltiples enfoques y definiciones de la conciliación con respecto de la mediación u otros MASC y que además otras leyes sean modificadas para incluir MASC como parte de la justicia alternativa, algunas en forma casuística y otras en forma más sistematizada para dar efectos concretos a los convenios de mediación u otros resultados de la justicia alternativa en función de sus consecuencias y alcances con respecto de procesos jurisdiccionales abiertos o para que sean tomados en cuenta con plenos resultados debido a posibles juicios.

Su uso está así ya previsto de manera ejemplificativa y sin ser exhaustivos, en lo mercantil en la ley general de sociedades mercantiles, la ley de instituciones de crédito, la ley de sociedades cooperativas, ley general de instituciones y sociedades mutualistas de seguros, le de instituciones de fianzas, ley del mercado de valores, ley de protección y defensa al usuario de servicios financieros, ley de concursos mercantiles, ley federal de protección al consumidor, ley federal de derecho de autor; en materia familiar en el código de procedimientos civiles para el distrito federal, ley de asistencia y prevención de la violencia familiar, en materia ciudadana en la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación, ley del notariado para el distrito federal, ley de la procuraduría social del distrito federal, ley para el diálogo, la conciliación y la paz digna en Chiapas, en materia ambiental en la ley general del equilibrio y protección al ambiente y en la ley orgánica de la procuraduría ambiental y del ordenamiento territorial del distrito federal, en materia pública en la ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, ley federal de turismo, además de muchas otras como la ley agraria, ley para el tratamiento de menores infractores para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal, ley federal del trabajo, Ley Nacional de mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal.

Además, hay que considerar que su uso está en abundantes leyes locales en las entidades federativas del país.

³¹ *Ibid*, p. 78.

Lo que parece así claro, sin detrimento de esta gran abundancia legislativa, es que la justicia alternativa en México aún no avanza hacia su uso como derecho autónomo del derecho procesal clásico y se requiere de un gran trabajo teórico para consolidarla en esa dirección.

IV. Conclusiones

Como señala Jhon Rawls, la teoría particular sobre las condiciones formales de lo justo radica en cómo las condiciones formales se derivan de la misión que tiene la justicia de resolver las demandas que las personas se hacen unas a otras, y sus instituciones. Y que dicha teoría ha de tener principios generales.

Así, si bien el término justicia alternativa tiene distintas conceptualizaciones,³² se advierte que su composición está dada por el desarrollo efectivamente de tales principios generales, en los cuales puntualizamos, desde una perspectiva de estudio de la investigación en el Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco, los que se refieren al carácter crítico, social, humanista, científico e interdisciplinario.

Por ello, la justicia alternativa es ya una destacada e importante línea general de investigación en la UAM-Azcapotzalco, Departamento de Derecho y sus argumentos académicos son ofrecidos con regularidad en la revista *Alegatos*, donde se pueden advertir diversas hipótesis de estudio y líneas particulares de investigación.

Destacamos así en estas líneas particulares de investigación la problemática gradual de la crisis de la justicia de los tribunales, que han derivado en un desgaste creciente de la confianza del ciudadano en el acceso y la imparición de la justicia tradicional en el país y donde es necesario profundizar en los análisis particulares sobre la comparecencia de los ciudadanos en los tribunales, la falta de asignación del personal de justicia a partir de concursos de oposición, la separación funcionalmente óptima de las responsabilidades

³² Oscar González Peña se refiere a la justicia alternativa o medios alternativos de solución de controversias como aquellos mecanismos de solución del conflicto individual que escape a la regla común de someter el mismo a la justicia formal. Erika Bardales Lazcano, en cambio porque considera que en ella debe incluirse términos y mecanismos más amplios. (ver texto de Erika Bardales Lazcano, *op. cit.*, pp. 1-5.

administrativas y jurisdiccionales, la autonomía de la función judicial y de los recursos asignados, el agotamiento del monopolio estatal judicial como función exclusiva del Estado.

Asimismo, aquella línea concreta que refleja a la justicia alternativa como un paradigma emergente con cualidades y principios generales propios y que en un futuro cercano nos conduce a un debate sobre un emergente régimen de derecho.

Como consecuencia de lo anterior la investigación de la justicia alternativa en la UAM Azcapotzalco, concibe una línea más de investigación particular que se identifica con la expansión y su recreación por los estudiosos y juristas del Departamento de Derecho, al considerar que contiene principios generales jurídicos que se basan en lo crítico, en lo científico y en lo interdisciplinario.

Finalmente estos estudios y esfuerzos pueden definir un núcleo de conocimientos que articule desde una perspectiva particular de la propia UAM Azcapotzalco, Departamento de Derecho, una base teórica, científica y propositiva de la justicia alternativa como paradigma de cambio.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Bardales Lazcano, Erika. *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*. México, Flores editor y distribuidor, 2011.
- Díaz, Luis Miguel. *Moralejas para mediar y negociar*. México, editorial Themis, 1999.
- . ¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico? Anuario mexicano de derecho Internacional, vol. IX, UNAM, 2009. Oscar Peña González. *Mediación y conciliación judicial*, México, editorial Flores editor y distribuidor, 2010.
- Diez, Franco y Tapia, Gachi. *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires, editorial Paidós, 2006.
- Gorgón Gómez, Francisco J. y Steele Garza, José G. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México, editorial Oxford, 2012.
- Once años de Mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*. México, TSJDF, 2014.
- Ongay Flores, Carlos Alfredo. *Mediación privada en la Ciudad de México*. 1a edición, México, editorial *Ius literatus*, 2018.

Khun, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México, FCE, 1996.

Rawls, Jhon. *Teoría de la justicia*. México, FCE, 2015.

Electrónicas

Nozick, Roberto. *Anarquía, Estado y utopía*, Nueva York, Basic Books Inc, 1974. En <https://austrianlibrary.files.wordpress.com>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En www.diputados.gob.mx>pdf.

Hemerográficas

UAM-Azcapotzalco. Departamento de Derecho. Revista *Alegatos* en sus números 47/48, 50, 62, 68/69, 76 y 88.

