

## JURISDIÇÃO ORDINARIA Y JUSTICIA ALTERNATIVA EN (RELACIONES DE COMPATIBILIDAD, CONTROL EXCLUSION)

### ORDINARY JURISDICTION AND ALTERNATIVE JUSTICE (COMPATIBILITY RELATIONS, EXCLUSION CONTROL)

**IRINA CERVANTES BRAVO**

Doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Docente-Investigadora de la Universidad Autónoma de Nayarit. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1, Reconocimiento al perfil deseable PROMEP, Miembro de la sección Mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Coordinadora del Doctorado Interinstitucional en Derecho en la Universidad Autónoma de Nayarit, Secretaria de Estudio y cuenta en la Sala-Constitucional-Electoral del Poder Judicial del Estado del Nayarit.

#### RESUMEN

Los órganos jurisdiccionales juegan un papel esencial en el desarrollo de la justicia alternativa, sin que ello implique subordinación ni dependencia al Poder Judicial. Lo importante son las relaciones entre estos dos sistemas el heterocompositivo (proceso) y el autocompositivo (mediación y conciliación) para cumplir mejor su tarea de resolución de conflictos derivados de la interacción social. En opinión nuestra la justicia alternativa por sus propias características no debe mantenerse alejada de la jurisdicción, empero, tampoco incrustada en ella. Por ello, nuestro interés estriba en aportar una visión diferente de la justicia alternativa, no sólo en la doctrina sino a fin de impactar en una mejor regulación de la justicia alternativa en la ley local que la contiene, propiciando su eficacia práctica, finalidad última de la presente investigación.

**Palabras-clave:** Jurisdicción alternativa; jurisdicción ordinaria; México.

#### ABSTRACT

The courts play an essential role in the development of alternative justice, without involving subordination and dependence on the judiciary. What is important is the relationship between these two systems the heterocompositive (due processo f law) and autocompositive (mediation and conciliation) to better fulfill its task of settling disputes arising from social interaction. In our opinion the alternative justice by its very nature must not stay away from the jurisdiction, however, not embedded in it. Therefore, our interest lies in providing a different view of the alternative justice, not only in doctrine but in order to impact better regulation of alternative justice in local law that contains it, promoting their practical effectiveness, ultimate purpose of the present investigation.

**Keywords:** Alternative jurisdiction; ordinary courts; Mexico.

#### SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN; 1 EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA EM MÉXICO; 2 DISTINCIÓN ENTRE JURISDICCIÓN ORDINARIA, JURISDICCIÓN Y JUSTICIA ALTERNATIVA; 3 DISPONIBILIDAD DEL OBJETO DEL PROCESO PARA SOMETER EL CONFLICTO A JUSTICIA ALTERNATIVA; 4 RELACIONES ENTRE JURISDICCIÓN ORDINARIA Y JURISDICCIÓN ALTERNATIVA: 4.1 Colaboración; 4.2 Control; 4.3 Exclusión; CONCLUSIÓN; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Los órganos jurisdiccionales juegan un papel esencial en el desarrollo de la justicia alternativa, sin que ello implique subordinación ni dependencia al Poder Judicial. Son cauces distinto que se interrelacionan a fin de paliar los conflictos en la sociedad, pues buscan la paz y la armonía social. No se trata de encasillar a los árbitros, mediadores o conciliadores en el estereotipo del Juez, ni someterlos a su mismo régimen, tampoco, colocarlos como enemigos o adversario. Lo importante son las relaciones entre estos dos sistemas el heterocompositivo (proceso) y el autocompositivo (mediación y conciliación) para cumplir mejor su tarea de resolución de conflictos derivados de la interacción social. Relaciones que se producen por la falta de *imperium* de los conciliadores o mediadores para ejecutar sus resoluciones, sólo poseen *auctoritas* cualidad que obtienen del consentimiento de las partes acudiendo ante mediador o conciliador en el Centro de Justicia Alternativa<sup>1</sup>.

Ciertamente, el monopolio en la administración e impartición de justicia se deposita en los tribunales judiciales tanto locales como federales (arts.17, 94, 103,104, 105, 106 y 116 fracción tercera de la Constitución Federal y artículos 81, y 82 de la Constitución local). La organización judicial mexicana es un diseño complejo que asume la forma de federalismo judicial con diferentes niveles de gobierno, al dividirse el Poder Judicial en Federal y Local. En teoría son independientes uno del otro, pero, la realidad demuestra que la justicia local es un ente subordinado y dependiente del ámbito federal porque si bien no dependen orgánicamente uno de otro, sin embargo la justicia federal posee la facultad de revisar las resoluciones finales de los tribunales locales mediante el juicio de amparo directo por tanto las decisiones de los jueces federales es punto de cierre del sistema judicial mexicano<sup>2</sup>.

La exclusividad sobre la jurisdicción que ostentan los tribunales judiciales, no es óbice para que las controversias penales, civiles y mercantiles se resuelvan a través de mecanismos alternativos, dado que la exclusividad de la jurisdicción es un freno para los demás poderes del

<sup>1</sup> A mayor abundamiento podríamos decir que los mediadores o conciliadores tienen una jurisdicción limitada, toda vez que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium* pero carecen de *imperium*, mientras que los jueces además de todas las anteriores poseen la *coertio* y la *executio*.

<sup>2</sup> CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro; CABALLERO JUÁREZ, José Antonio. **Diagnóstico sobre la Administración de justicia en las entidades federativas: Un estudio Institucional sobre la justicia local en México**, serie doctrina jurídica, núm. Ed. IIJ-UNAM, México, 2001. p.6.

Estado, pero no en relación a la solución de los conflictos por mecanismos alternativos, pues se considera un derecho propio de la libertad del ciudadano. Aunado a ello, nuestra Carta Magna federal en su artículo 17 reconoce expresamente el uso de mecanismos alternativos para armonizar los conflictos al ordenar; *“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”*. Una vez reconocida la existencia de ambas vías de solución de conflictos en el Estado Mexicano, consideramos ineludible plantear una reflexión sobre la simbiosis entre los mecanismos de justicia alternativa y la jurisdicción ordinaria en el Estado de Nayarit, a sabiendas del abanico de relaciones existentes entre estos dos sistemas de resolución de conflictos intersubjetivos. En opinión nuestra la justicia alternativa por sus propias características no debe mantenerse alejada de la jurisdicción, empero, tampoco incrustada en ella. Lo pertinente es que cada sistema de solucionar un conflicto tenga su propio espacio, funcionando en paralelo, es como si los asuntos sometidos a justicia alternativa no entraran en contacto con la jurisdicción ordinaria, pero le tranquiliza saber que la jurisdicción está ahí<sup>3</sup>. En la doctrina mexicana es nulo el estudio de esta interacción de la justicia alternativa con la jurisdicción, ese descuido tal vez adolece a la concepción errónea que se tiene de estos métodos autocompositivos de solución de conflictos, al judicializarlo e identificarlo como una institución incorporada al sistema judicial y no como vía para evitarlo. Por ello, nuestro interés estriba en aportar una visión diferente de la justicia alternativa, no sólo en la doctrina sino a fin de impactar en una mejor regulación de la justicia alternativa en la ley local que la contiene, propiciando su eficacia práctica, finalidad última de la presente investigación.

## 1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA-JURÍDICA DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO

Los antecedentes generales en las civilizaciones de la antigüedad indican que los mecanismos alternativos aparecen antes de existir forma alguna de organización judicial, un importante sector de la doctrina considera que el proceso judicial romano procede de una especie de mecanismo primitivo de justicia. Así encontramos que el sabio griego Solón al instituir un tribunal de apelación (*Heilea*) al cual podían apelar todos los ciudadanos griegos

<sup>3</sup> BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción: compatibilidad y vía de exclusión*, Ed. Comares, Granada, 2002, p.02.

cuando no estaban conformes con el resultado de sus juicios, dejó exentas de apelación las sentencias emitidas por los árbitros. Así, las “Leyes de Solón” expresamente prohibieron apelar la resolución arbitral.

Algunos filósofos griegos, concretamente Aristóteles distinguieron entre la jurisdicción propiamente dicha y justicia alternativa”, reconociendo las ventajas de esta última al indicar que los árbitros a diferencia de los jueces llegaban a la conclusión del litigio en base a una opinión emitida en su conjunto. Asimismo, señaló que al ser los árbitros amigos de ambas partes se encontraban menos propensos a ser parciales. Por su parte, en la cultura romana en el procedimiento de las legis acciones las partes podían elegir un juez o un árbitro para dirimir la controversia.

De igual forma, la justicia alternativa estuvo presente en la evolución misma del derecho español las Leyes de Partidas colocan a los árbitros dentro del sector judicial, estableciendo los mismo impedimentos a los árbitros que los enunciado por los jueces: “hay otros jueces llamados en latín: árbitros, que muestra tanto como Juez de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas partes. E de cada uno de estos jueces mostráremos que cosas han de hacer e de guardar por razón de sus oficios”. Por su parte la **Constitución de Cádiz 1812** eleva a rango constitucional el derecho de los ciudadanos para resolver sus conflictos a través de la justicia alternativa, pues expresamente consagro el arbitraje y la conciliación como una instancia obligatoria al que debían acudir obligatoriamente los ciudadanos para resolver sus conflictos de naturaleza civil<sup>4</sup>.

Por lo que respecta al México independiente tanto la constitución de 1824, así como las Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, y el Estatuto Orgánico Provisional de 1856, establecieron la justicia alternativa como un derecho subjetivo de rango constitucional, incorporado al capítulo que regulaba al Poder judicial, por consiguiente desde sus orígenes en México la justicia alternativa a seguido una línea judicialista. Finalmente la constitución de 1857 se olvido de los mecanismos alternativos concentrado la solución de los conflictos en la jurisdicción ordinaria. Finalmente en la vigente Constitución de 1917, en junio de 2008, volvió a constitucionalizar el uso de mecanismos alternativos en la solución de conflictos.

Por lo que atiende a los antecedentes de la justicia alternativa en el Estado de Nayarit, podemos concluir que aparte de escasos dichos antecedentes, la evolución que ha tenido la

<sup>4</sup> Para mayor conocimiento véase los artículos del 280 al 285 de la Constitución Gaditana de 1812.

justicia alternativa en Nayarit es incipiente, pues desde su nacimiento como Estado Libre y Soberano, el 5 de febrero de 1917<sup>5</sup>; promulgándose su primer Constitución un año más tarde, el 5 de febrero de 1918, hasta la actualidad, no podemos hablar de una evolución constitucional de la justicia alternativa, dado que nuestra Carta magna local no ha constitucionalizado la justicia alternativa, si bien algunos medios alternativos como la conciliación se han regulado de forma incipientes en algunos ordenamientos procesales tales como en el artículos 141, 272 y 273 del Código de Procedimientos Civiles de 22 de Agosto de 1981, artículo 2 fracción X, y último párrafo del artículo tercero del Código de Procedimientos Penal de 1969, ordenamiento que se ha venido reformando, justamente el 25 de diciembre de 2004 se adicionó el citado artículo tercero a fin de ordenar a los jueces y magistrados que promovieran la conciliación entre las partes en una causa penal, textualmente establece; “ *Dentro del procedimiento judicial de primera y segunda instancia, hasta antes de que cause ejecutoria la sentencia, los jueces o magistrados deberán propiciar la conciliación entre las partes, en aquellos delitos que se persigan por querrela de parte y que no se trate de delitos graves*”. A pesar de estos escuetos antecedentes lo cierto es que hasta la promulgación de la Ley de Justicia Alternativa de 23 de abril de 2011, es cuando podemos hablar de un entramado normativo que sistematiza los mecanismos alternativos de solución de conflictos a fin de propiciar su uso en nuestra sociedad.

En la actualidad podemos decir que en Nayarit nos encontramos en un momento auge de la justicia alternativa concretamente de la mediación, como lo demuestran la antes citada Ley y la práctica cotidiana del Centro de Justicia Alternativa, a ellos me referiré a lo largo de este trabajo que analiza las relaciones de la justicia alternativa con la jurisdicción ordinaria, esperando contribuir afianzar este mecanismo extrajudicial en nuestra entidad.

## 2 DISTINCIÓN ENTRE JURISDICCIÓN ORDINARIA Y JUSTICIA ALTERNATIVA

<sup>5</sup> Fue hasta el primero de mayo de 1917, que se hizo el anuncio formal de la creación del Estado de Nayarit y el 25 de abril de ese mismo año, se nombró como gobernador interino al general de brigadier Jesús M. Ferreira, a fin de que convocara a elecciones para elegir al primer gobernador constitucional del reciente estado de Nayarit. Así fue estatal de 1918, a través del artículo tercero constitucional, Nayarit nació como Estado Libre, inicialmente, con 17 municipios. En septiembre de 1939, mediante el decreto número 1940 se crea el municipio de El Nayar; en marzo de 1940, con el decreto 2,014, tiene lugar la creación del municipio de Ruiz, al cual corresponde el número 19; el 13 de diciembre de 1989, la estructura estatal de los municipios del Estado de Nayarit se transformó nuevamente pues fue creado el municipio número 20, de Bahía de Banderas a través del decreto número 7,262.

La justicia alternativa es un cauce diferente de solución de conflictos complementarios al proceso judicial, Ello descubre, un carácter de accesoriedad funcional respecto del proceso judicial o litigio. Así los (métodos alternativos de resolución de conflictos (MARC) deben entenderse como medios "complementarios" y no puramente alternativos de la jurisdicción. En la complementariedad y en el dinamismo de los mismos está su verdadera utilidad y grandeza. Debe quedar claro que los mecanismos alternativo no viene a desplazar a las instancias judiciales, por el contrario son complementarios dado que ambos sistemas contribuyen a la paz social y componer intereses contrapuestos, la diferencia está en algunos de sus elementos entre uno u otro sistema, así por ejemplo en la solución del conflicto ante la instancia judicial el juez se encuentra frente a las partes en un plano de superioridad -suprapartes- una vez que las partes depositan su conflicto ante el órgano judicial y se echa andar la maquinaria judicial, sale el conflicto de la voluntad de las partes y entra en el terreno del juez quien en base al expediente y un procedimiento en extremo formal con los elementos y pruebas que obran en el expediente resuelve el conflicto que tiene enfrentada a la partes. En tanto en la mediación y conciliación las partes tienen el papel principal y el mediador o conciliador un papel secundario, no se encuentra en un grado de superioridad frente a las mismas, sino en un plano horizontal de igualdad sirviendo como canal de comunicación entre ellas, la decisión del conflicto la toman las partes, el mediador o conciliador las va llevando para que encuentren dicha solución, pero sin imponer su decisión pues esta carece de fuerza coercitiva, por ello debe firmarse un convenio entre las partes de la solución consensuada entre ellas a fin de garantizarse de algún modo su cumplimiento.

Así pues, la justicia alternativa, la podemos entender como un sistema o método de resolución positiva de conflictos y tensiones, es un proceso estructurado en el que la intervención de ese tercero neutral consiste en asistir a las partes para que alcancen una solución a su conflicto que sea satisfactoria para ambas, mediante acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, y sin decidir en modo alguno el asunto la persona mediadora.

En tanto por jurisdicción vamos entender el tipo de sistema de resolución de conflicto a través de órganos estatales, esta potestad comprende tanto juzgar como ejecutar lo juzgado, la resolución del conflicto la realizan ciñéndose en el procedimiento establecido por la legislación respectiva. La exclusividad supone que el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no pueda atribuirse ni delegarse en otros órganos o poderes. En el proceso jurisdiccional el tercero imparcial es un



órgano preestablecido por el Estado para conocer de todos los conflictos jurídicos que surjan en el seno de la sociedad, estando revestidos los jueces no sólo de *auctoritas*, sino también de *potestas*; la potestad del juez dimana de la soberanía popular y puede traducirse en ocasiones en una actuación coactiva, imponiendo la ejecución forzosa de su resolución. Este monopolio que tienen los órganos judiciales no significa que los sujetos envueltos en un conflicto no puedan cuando se trata de derechos disponibles encomendar la resolución de su controversia a un tercero, a través de la mediación, conciliación o arbitraje, cuya convenio alcanza la categoría de cosa juzgada con efectos equiparables al de una sentencia judicial<sup>6</sup>.

Dicho lo anterior, debemos resaltar los rasgos diferenciales entre uno y otro sistema a sabiendas de que es una línea muy estrecha la que los separa, toda vez que en general presentan características muy similares.

La justicia alternativa se distingue de la jurisdicción entre otras cosas; porque los mediadores, conciliadores o árbitros tienen limitada jurisdicción, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium* pero, no tienen la *coertio* y la *executio* de la que gozan los jueces. En efecto, la legitimación en los medios alternativos proviene de la voluntad de las partes se deposita en un acuerdo, un convenio celebrado entre las partes, un tercero al que éstas acuden libremente, siendo el objeto la solución de un conflicto determinado, agotándose la *auctoritas* del tercero en un único ejercicio de su función que finaliza con la solución del conflicto que las partes se comprometieron a acatar. Por contra, en el proceso jurisdiccional el tercero imparcial es un órgano preestablecido por el Estado para conocer de todos los conflictos jurídicos que surjan en el ámbito de su propia competencia objetiva, funcional y territorial. El Juez cuenta para ello con un revestimiento no sólo de *auctoritas*, sino también de *potestas*, tal potestad dimana de la soberanía popular y se traduce en una actuación coactiva, imponiendo la ejecución forzosa de su resolución. La justicia alternativa es también una expresión de la voluntad popular adempere, para echar andar este mecanismo se requiere la voluntad directa de las partes envueltas en la controversia. O dicho en otros términos, el Juez estatal tiene jurisdicción plena y las partes están obligadas a sometersele. En cambio, para que el mediador, conciliador o árbitro(os) pueda desempeñar su función se requiere que las partes hayan consentido en someterse a su juicio.

<sup>6</sup> CATENA, Victor M.; DOMINGUEZ, Valentín C. *Derecho Procesal Civil*. 3ª edd. Valencia: Ed. Tira Lo Blach, 2008.

Ciertamente la mera labor de juzgar entendida como elemental acto de enjuiciamiento o apreciación, es compartida tanto por los árbitros como por los jueces. Sin embargo, la facultad de ejecutar lo juzgado requiere de imperium reservado exclusivamente al órgano judicial pues a él le corresponde de manera privativa la impartición de justicia, potestad que no puede delegar, ni los particulares se la pueden arrebatar por convenios privados. De manera, que si la parte condenada en el laudo no lo cumple voluntariamente el Juez será el encargado de la ejecución forzada debido a que el Estado mantiene el monopolio de la fuerza, careciendo el árbitro de la potestad de ejecutar su laudo mediante la fuerza.

Otra diferencia apreciable es la manera en que se desempeña la función, pues, mientras que la potestad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado se realiza a través de procedimientos reglados, formales e institucionalizados que de alguna forma propician circunstancias burocráticas, en cambio en la justicia alternativa predomina el carácter voluntario, eminentemente privado, flexible y antiformalista. Por otro lado, mientras que en la justicia alternativa las partes eligen al tercero que conducirá su controversia, en la jurisdicción la elección del Juez que conocerá el litigio se ciñe a las reglas de competencia. Otro aspecto a tomar en cuenta es que la justicia alternativa encuentra su límite en la disponibilidad del objeto de la controversia, su ámbito de actuación está limitado a ciertas materias. De igual forma, el Juez está obligado a desempeñar la función jurisdiccional y en cambio el mediador, conciliador o árbitro puede aceptar o no el asunto (salvo en centro de mediación), debido a que el Juez es funcionario público y el árbitro o mediador un particular facultado para un caso concreto y determinado. Además, el Juez debe fundar su sentencia en Derecho, el mediador puede incluso resolver conforme a equidad. Tan pertenecen a esferas jurídico-dispositivas diferentes, “que no podría hablarse ni plantearse un conflicto de jurisdicción o de competencia entre árbitros o mediadores y jueces”<sup>7</sup>.

La justicia alternativa implica predominio de la libertad de las partes y su buena voluntad, es libertad de forma, libertad de diseño por las partes por el contrario el proceso judicial tiende a ser legalista. Como indicamos la autoridad del árbitro o mediador proviene de la voluntad de las partes y está limitada a que se respeten derechos fundamentales y Leyes de orden público para que el laudo sea válido y pueda ser eficazmente ejecutado.

Es oportuno traer a colación el comentario vertido por HINOJOSA SEGOVIA en razón, de la experiencia española . El autor en comento reconoce un juicio favorable para los ADR

<sup>7</sup> GOMEZ DE LIAÑO, (citado por José María ROCA MARTÍNEZ, *op.cit.*, p.79)



(*Alternative Dispute Resolution*) no obstante, reconoce también los limitantes de estos, indicando:

*es un sistema menos formalistas y más rápido que el proceso pero es inequívocamente más limitado, en cuanto a su ámbito de aplicación y, menos garantista que el proceso”. Continúa el autor diciendo; “lo importante es estudiar y perfeccionar ambas vías de solución de conflictos, de tal forma que una pueda ser alternativa de la otra, para que cualquiera de ellas pueda ser elegida sin temores, según convenga al caso concreto.”<sup>8</sup>*

Al comparar un sistema con otro no pretendemos favorecer deliberadamente a la justicia alternativa y satanizar a la jurisdicción ordinaria negándole su importancia, simplemente procuramos demostrar que un sistema no aísla el otro, lo que nos conduce a exteriorizar fortalezas y debilidades de cada mecanismo. Entre los aspectos desfavorables que se le atribuyen a la Justicia Estatal es la carestía, dilación y sobrecarga que le aquejan, lo que en ocasiones propicia que las sentencias judiciales sean resoluciones burocráticas más o menos rutinarias alejadas de la realidad. No obstante a ello, debemos de tomar en cuenta aspectos más favorables como la consagración del principio de igualdad de las partes, la justicia intrínseca de las decisiones, la capacitación de los funcionario judiciales, la autonomía alcanzada en relación con los otros Poderes del Estado y su ritualidad. La justicia alternativa por su parte está diseñada como un procedimiento especial para determinadas controversia que requieren las características que este tiene, pero de ninguna manera puede entenderse como sustituto de los órganos judiciales. Porque no se trata de privatizar la justicia sino de la capacidad reconocida por el Estado a los particulares para ordenar y resolver sus propias controversias.

Tal como observa COBOS GAVALA, “el paralelismo o identificación de la justicia alternativa con el proceso judicial puede originar la supresión de la verdadera razón de ser de la institución”<sup>9</sup>. Por ello, lo adecuado es que cada uno funcionen de forma independiente, complementándose cuando así se requiera como hasta ahora lo vienen haciendo; interviniendo el órgano jurisdiccional en los casos de formalización de la justicia alternativa, auxiliando en la práctica de alguna prueba, en la ejecución forzosa del fallo emitido por el mediador, conciliador o arbitro etc. Por su parte la jurisdicción necesita la existencia de la justicia

<sup>8</sup> SEGOVIA, Rafael H. citado por Cipriano GÓMEZ LARA. Algunas tendencias contemporáneas del arbitraje. *Revista ARS IURIS*, núm. 23, Ed. IDIJ-FDUP, México, 2000. pp. 315 y 316.

<sup>9</sup> COBOS GAVALA, Rosa, en el prologo a la monografía de CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Ed. Bosch, 2000, p. 10.

alternativa para aligerar su carga de trabajo y para eficientar la administración de justicia en la sociedad.

En fin, no se trata de una competencia entre los dos sistemas para demostrar cual es mejor; justicia estatal o arbitraje, ya que como analizamos las diferencias entre uno y otro lejos de distanciarlos los acerca. La interconexión entre ambas vías es necesaria en aras de solucionar conflictos y contribuir a la armonía social.

#### **4 DISPONIBILIDAD DEL OBJETO DEL PROCESO PARA SOMETER EL CONFLICTO A JUSTICIA ALTERNATIVA**

Como lo venimos abordando, los métodos alternativos, son sistemas, mecanismos o instrumentos para solucionar conflictos sin echar andar la maquinaria judicial, es decir la controversia se resuelve sin entrar en el ámbito del poder judicial, estos métodos caminan en paralelo al sistema judicial. Apreciándose el protagonismo de las partes al implicarse en la solución del conflicto, las partes con ayuda de un tercero neutral, encuentran una solución a medida de sus necesidades. Entre los diferentes métodos alternativos que pueden emplearse para dirimir el conflicto en materia penal sobresale el uso de la mediación entre la víctima y el victimario, ello no significa que otros mecanismo no pueda emplearse tal es caso de la conciliación, negociación, arbitrio de un tercero, amigable composición, entre otros. Sin embargo, la mediación es el mecanismo que mayormente se emplea en materia penal, a diferencia de la conciliación, es una figura cercana a la transacción pero a diferencia de esta última, en la que sólo hay voluntades de ambas partes, en la mediación, aparte de las dos voluntades existe un tercero neutral quien provoca la composición de las partes.

Estos sistemas alternativos o “*equivalentes jurisdiccionales*” ponen en jaque el principio tradicional del monopolio exclusivo del Poder Judicial en la resolución del conflicto, al coexistir con otras formas más simples y más sencillas. La intervención del estado se reserva exclusivamente aquellas áreas donde es imposible solucionar extrajudicialmente el conflicto. Entendiendo el conflicto como producto de las relaciones en sociedad, si el individuo ocasiona el conflicto, el mismo debe actuar en consecuencia solucionándolo, acudir o no a la vía judicial ordinaria para resolver el conflicto penal, es un acto de voluntad que encierra es su mismo el

ejercicio de una libertad pública. Con ello, de ningún modo se afecta el derecho constitucional de tutela judicial efectiva, por el contrario esta tutela es perfectamente compatible con el derecho de las partes de dirimir sus problemas por cauces extrajudiciales.

Existe infinidad de métodos alternativos para dirimir un conflicto, cada Estado determina los instrumentos alternativos permisibles en su sistema jurídico, un elemento que permite diferenciar los distintos métodos alternativos es la forma en que el tercero incide en la solución de la controversia, pues si tal intervención es activa, espontánea y dinámica se denomina mediación o conciliación en cambio si las partes a través de un convenio otorgan a la decisión del tercero un carácter vinculante y coercitivo se produce la figura del arbitraje. En México, la doctrina y la legislación se inclina por el uso de la mediación o conciliación como sustitutos del proceso penal, sin embargo, no es muy clara tal cuestión dado que la Ley Suprema Federal alude a la obligación de incorporar en la legislación secundaria mecanismos alternativo para la solución de conflictos penales, únicamente establece como limitante que se garantice la reparación del daño al ofendido, incluso desconfiando del buen uso de estos mecanismo, aclara que dicha legislación deberá establecer los supuesto en los que resulta necesario la supervisión judicial del mecanismo alternativo, tal intervención no es nada deseable, porque atenta contra la finalidad de fortalecer los métodos alternativos, si finalmente se depositan en manos del órgano jurisdiccional el control de la justicia alternativa, se convierte en otro proceso más, contaminándose de los problemas que aqueja a la justicia estatal.

Ahora bien, los métodos alternativos se encontraran apegados al texto constitucional si cumple tres condiciones mínimas: a) sometimiento libre y voluntario de las partes al mecanismo alternativo; b) que el objeto de la controversia penal resulte disponible para las partes y c) que el mecanismo alternativo se tramite bajo el manto de las garantías procesales como son; igualdad de partes, audiencia y contradicción. El cumplimiento de tales condiciones determina el nacimiento del efecto de equivalencia jurisdiccional que se manifiesta en el acuerdo allegado por las partes que permite extinguir el conflicto con efectos idénticos a la sentencia judicial<sup>10</sup>.

No es Tarea fácil delimitar el ámbito de aplicación de lo mecanismos alternativos, en razón de que no existe uniformidad de criterios en la legislación interna de los diversos países

<sup>10</sup> MERCHÁN, José Fernando M. *El equivalente jurisdiccional*. Derecho Público Español, Ed. CEPC, Madrid, 2002, p. 24.

para determinar que delitos son susceptibles de solucionarse a través de instrumentos alternativo. La regla general es que el Estado permite el uso de medios alternativos en aquellas materias que son de libre disposición de los particulares conforme a derecho o en aquellos delitos conocidos en la doctrina como delitos privados, en cambio cuando no exista disponibilidad del objeto del proceso para el sujeto afectado se deberá acudir necesariamente al proceso judicial. Justamente la posibilidad de someter algunos delitos a métodos alternativos depende de su carácter disponible y que no se encuentre excluido por Ley, entregando su competencia exclusiva a la jurisdicción ordinaria. En algunas materias diferente a la materia penal, como es el caso de la civil, el orden público juega un papel importante en cuanto al límite intrínseco y extrínseco al uso de métodos alternativos, respecto de la materia penal el orden público adquiere un nuevo enfoque, teniendo en cuenta que desde el momento mismo en que se transgrede la norma penal se vulnera el orden publico causando con ello un perjuicio a la armonía social. Con la justicia restaurativa más que detenerse en el daño causado a la sociedad su objetivo se centra en la victima que sufre el daño directo, por tanto debe ser compensada.

Por derechos disponibles podemos entender; “aquellos sobre los que las partes tienen libertad de disponer o de transigir; aquellos que pueden libremente transmitir, modificar o renunciar, total o parcialmente”<sup>11</sup>. Por otro lado, la disponibilidad de los derechos se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico, lo cual significa someter la libre disposición al criterio único y exclusivo del legislador, en consecuencia sustraer de la autonomía de la voluntad de las partes la determinación contractual de lo que sea la materia de libre disposición.

A nuestro juicio los medios alternativos no puede ser utilizado si concurren las siguientes circunstancias; a) que las partes no hubieran fijado la relación jurídica de la que ha de traer causa dicho mecanismo extrajudicial; b) cuando faltara la voluntad inequívoca de las partes; b) cuando no existiera una cuestión litigiosa o fuese indeterminable y, c) cuando los derechos controvertidos no son disponibles para las partes por Ley. En razón de que los métodos alternativos sólo llegan hasta donde alcanza la libertad de las partes, que es su fundamento y

<sup>11</sup> ZAMORA, José María Abascal. **Constitucionalidad del arbitraje: Propuestas de Reformas Constitucionales**. Colección Foro de la Barra Mexicana. México: Ed. Themis, 2001, p. 1081.

motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición<sup>12</sup>.

Es importantísimo tener en cuenta que este tipo de mecanismos alternativos, no vulnera el derecho del acusado a no declararse culpable, ni niega el acceso a la tutela justicia efectiva, en razón que al emplear el método alternativo no se obliga al acusado a declararse culpable, es éste quien voluntariamente lo hace asistido de abogado, el acusado con plena capacidad, valorando los pros y contras del proceso judicial y del sistema alternativo, decide entre una u otra vía. En consecuencia ni la víctima ni el victimario deben de ser inducidos bajo presión aceptar el proceso alternativo. Si bien al utilizar el mecanismo alternativo en el ámbito penal es posible de que el infractor, reconozca prematuramente su responsabilidad, ello no contraviene el principio de presunción de inocencia que tiene a su favor el acusado, toda vez que el mecanismo alternativo se echa andar sin presión ni coacción alguna, previa información de su derechos y las consecuencias que deriva elegir una u otra vía. Además, para instar estos procedimientos debe existir al menos una certeza probatoria de responsabilidad del acusado en los hechos imputados, pues la negación de la responsabilidad por parte del victimario genera la remisión del asunto a la jurisdicción penal ordinaria. Por consiguiente, los mecanismos alternativos deben respetar una serie de requisitos y principios constitucionales para evitar la infracción a derechos tales como; presunción de inocencia del inculpado, audiencia, contradicción etc. Por otro lado, a fin de cuidar la voluntariedad del instrumento alternativo y por tanto que no se convierta en forzoso, existe la posibilidad de suspender en cualquier momento la vía alternativa y regresar a vía jurisdiccional, sin que ello suponga consecuencias gravosas para las partes, pues debe garantizarse el derecho de defensa, sin ambigüedades.

En México actualmente la mayoría de las entidades federativas cuentan con Ley sobre justicia alternativa, sin embargo, muchas de ellas no establecen claramente el límite al disponibilidad de derechos que pueden ser conocidos por este mecanismo o lo regulan de forma incompleta. Por lo que atiende a la disponibilidad de los derechos para someter el conflicto a justicia alternativa en el Estado de Nayarit, la Ley de la materia en su artículo quinto señala:

*Artículo 5.- Son susceptibles de solución a través de los medios alternativos las controversias siguientes:*

<sup>12</sup> MORENO, Faustino Cordon. *El arbitraje en el derecho interno e internacional*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1995, p. 34.

- I. En materia civil, familiar o mercantil aquéllos asuntos que sean susceptibles de transacción o convenio, siempre y cuando no se trate de derechos irrenunciables, no alteren el orden público, ni contravengan alguna disposición legal expresa ni afecten derechos de terceros;*
- II. En materia penal sólo procederá respecto de los delitos que se persigan por querrela de parte, no se trate de delitos graves, ni se haya cometido con violencia a las personas*
- III. En materia de justicia para adolescentes sólo procederá en aquellas conductas tipificadas como delitos que no ameriten privación de la libertad, de conformidad con la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Nayarit.*

De la anterior, disposición podemos concluir que limita el campo de acción de la justicia alternativa en materia civil y mercantil, porque en opinión nuestra, bien podrían someterse a justicia alternativa controversias futuras siempre y cuando se encuentre determinada la relación que la origina. En cuanto al sometimiento de los conflictos penales atiende a la clasificación de la dogmática penal de distinción entre delito perseguido de oficio y de querrela, distinción que no compartimos en razón que consideramos más oportuno el criterio de disponibilidad de derechos en el ámbito penal atendiendo al daño causado, es decir con independencia de que el delito se persiga por oficio o por querrela, debemos tomar en cuenta el daño originado entre las partes, dado que si el daño producido es grave aun tratándose de un delito perseguido por querrela habrá dificultad para acercar a la víctima con su victimario por tanto resultara bastante complicado lograr la armonía quebrantada entre las partes por lo que resultaría más recomendable la vía judicial.

#### 4 RELACIONES ENTRE JURISDICCIÓN Y JUSTICIA ALTERNATIVA

Justicia alternativa y jurisdicción están destinados a configurarse como instrumentos distintos uno de otro. Compartimos la idea de quienes sustentan que mientras menos se interrelacionen, mientras menos cosas concretas tengan en común, más sentido tiene la existencia de ambos, sus relaciones deberán limitarse a las estrictamente necesarias<sup>13</sup> Si bien es cierto, la mayoría de las legislaciones establecen puentes a fin de garantizar el cumplimiento de los actos dictados y la efectividad de la justicia alternativa, instrumentos que la amparan

<sup>13</sup> VILAR, Silvia Barona (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre). Madrid: Ed. Civitas, 2004.



cuando sufre patologías en su funcionamiento. También lo es, que al ser un sistema autónomo de resolución de conflictos puede funcionar con autosuficiencia en todos los aspectos, incluido el de la eficacia del convenio que pone fin a la controversia cuando hay cumplimiento voluntario del mismo. El hecho de que los Centros de Justicia Alternativa se encuentren como un organismo del Poder Judicial no lo convierten en una instancia judicial, son alternativas distintas que se ponen a la mano del ciudadano para que elija el cauce que desea resolver sus conflictos cuando estos versen sobre derechos disponibles.

Pues bien, desde esa visión autónoma de la justicia alternativa abordaremos su vínculo con la jurisdicción, teniendo en cuenta que en Nayarit a pesar de existir una predisposición favorable a la justicia alternativa, solamente se cuenta con un Centro donde opera eficazmente este mecanismo como espacio alternativo a las instituciones jurisdiccionales y no tenemos datos que particulares haya solicitado su autorización para actuar como mediadores o conciliadores. De hecho un estudio sobre el Poder Judicial local sacó a la luz el desconocimiento generalizado que existe entre los jueces mexicanos sobre la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos en la legislación. Ello refleja, escaso empleo de tales mecanismos en el ámbito forense. Al mismo tiempo, conforme a la conclusión allegada por los autores de este estudio algunas entidades federativas reconocieron e incorporaron los medios alternativos a las etapas procesales, en cambio en otras entidades la han dejado en su legislación como figuras vacías de significado, teniendo un papel marginal en la solución de conflictos. Además afirman, que es fuera de la esfera jurisdiccional donde estos mecanismos alternativos han logrado mejores resultados<sup>14</sup>. Los datos arrojados por tal estudio refuerzan nuestra posición autónoma de la justicia alternativa, pero, sin llegar al extremo de ignorar las bondades que conlleva la intervención judicial en el mismo, pues hay ocasiones que se requiere el auxilio judicial. De acuerdo con BERNARDO SAN JOSÉ estas relaciones entre la justicia alternativa y jurisdicción puede darse en tres vertientes: relaciones de colaboración o apoyo, relaciones de control y relaciones de concurrencia o incompatibilidad<sup>15</sup>. Siguiendo este esquema procederemos a analizar estas relaciones en la Ley de Justicia Alternativa de Nayarit.

<sup>14</sup> CANTÚ, Hugo C.; JUÁREZ, José Antonio Caballero. **Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas**. Un estudio institucional sobre la justicia local en México, Serie Doctrina Jurídica, núm. 61, Ed. IJ-UNAM, México, 2001, p. 211- 315.

<sup>15</sup> SAN JOSÉ, Alicia Bernardo. **Arbitraje y Jurisdicción: compatibilidad y vías de exclusión**. Granada: Ed. Comares, 2002, p. 02.

## 4.1 Colaboración

Este tipo de relaciones se establecen en el desarrollo del procedimiento alternativo para lograr que el engranaje alternativo funcione como es debido. Conforme a la Ley en comento los medios alternativos pueden ser complementarios al proceso al indicar el artículo 6:

*los medios alternativos pueden ser previos, durante o complementarios al proceso, en consecuencia, podrán aplicarse tanto en conflictos que no han sido planteados ante las instancias jurisdiccionales, como en aquéllos que sean materia de un proceso formalmente instaurado, siempre que en éste último caso no se haya citado para el dictado de la sentencia definitiva". Dicha vinculación se inicia desde la formalización de la instancia alternativa, pues el juez y el ministerio fiscal tienen la obligación de poner en conocimientos de las partes la existencia del Centro de Justicia Alternativa, tal como lo dispone el artículo 8 de la citada Ley de Justicia Alternativa que establece: "En los juicios del orden civil, familiar o mercantil en los que proceda el trámite de medios alternativos, el juez tendrá la obligación de hacer del conocimiento a las partes de los beneficios que les brindan éstos, en consecuencia, al emitir el auto de radicación se expondrá por escrito esta información, indicando el domicilio del Centro Estatal o del Centro Regional correspondiente y notificando a las partes. En los conflictos del orden penal que puedan someterse a algún medio alternativo, el Ministerio Público, desde el momento en que tenga conocimiento de los hechos, tendrá la obligación de hacer del conocimiento a las partes de los beneficios que les brindan éstos, exhortándolas a avenirse mediante un acuerdo. Cuando el Ministerio Público incumpla esta obligación, el juez del conocimiento otorgará esa información.*

En opinión nuestra, estimamos que a la luz de la Ley de Justicia Alternativa en comento son inacabados los preceptos que se pronuncian sobre las relaciones entre justicia alternativa y jurisdicción. En primer lugar porque no son claras las reglas para determinar la competencia del órgano jurisdiccional que coadyuvará con el órgano alternativo, dado que si bien la Ley determina que el juez que remitió el asunto es el competente para auxiliar al mediador, tal como lo expresa la Ley en el artículo 49 "La ejecución de los acuerdos o convenios aprobados judicialmente, tratándose de asuntos de naturaleza civil, familiar, mercantil o penal, se realizará ante el juez que inicialmente haya tenido conocimiento del asunto o ante el juez de primera instancia en turno que sea competente".

Sin embargo, en el caso que la controversia incida en la competencia de dos o más órganos jurisdiccionales, cuál será el juez que finalmente brindará tal apoyo judicial. Incluso el segundo párrafo del artículo 47 establece que es el Centro Estatal o el Centro Regional que

solucionó la controversia a través del proceso de mediación o de conciliación el que deberá de hacerlo del conocimiento del juez competente, en su caso, para que declare formalmente concluido el procedimiento y como consecuencia, se ordene el archivo definitivo del expediente como asunto totalmente terminado.

El cumplimiento forzoso del convenio se solicitará al juez competente en vía de ejecución de sentencia. Tal disposición es aplicable tanto al conflicto se encontraba en sede judicial y fue remitido a justicia alternativa, así como en la solución de conflictos que acuden las partes directamente al centro de justicia alternativa, toda vez que la competencia recae en el juez de primera instancia en turno, sin embargo el hecho de que el auxilio judicial atienda a la reglas de competencia establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial es un criterio que merece un análisis más detallado, toda vez que debe cuidarse que la justicia alternativa en Nayarit no se contamine de los elementos negativos que atañen a la jurisdicción de lo contrario perdería sus ventajas de flexibilidad, rapidez y economía que la caracterizan situándola como una instancia judicial. Este criterio que legislador emplea para determina la competencia del órgano judicial que asistirá a los mediadores en los diferentes actos en los que se requiere su intervención, debe analizarse porque inclusive podría ser Juez competente aquel cuya competencia acepten y prorroguen ambas partes, pero hasta donde puede incidir la voluntad de las partes para determinar la competencia de un Juez?, tal como lo prevé la norma no entra dentro del ámbito de voluntad de las partes la designación del órgano judicial, indica la norma que será competente el que Juez de primera instancia que este de turno o bien que remitió el asunto a sede alternativa . En fin, son más los aciertos que las imprecisiones en la normativa sobre la competencia judicial para auxiliar a la justicia alternativa en Nayarit, aún así consideramos necesario que legislador local especifique con exactitud las normas de competencia objetiva y territorial de los órganos judiciales encargados de intervenir en el ámbito alternativo.

De igual forma, podemos decir que necesitamos la colaboración judicial para la práctica de ciertas pruebas, cuando se requieren medidas cautelares y la ejecución forzosa del convenio pactado por las partes. Al efecto, en cuanto a la asistencia judicial para las prácticas de las pruebas la norma en comento es omisa, pese a ello, de una interpretación sistematizada de sus diferentes artículos deducimos que los jueces competentes en turno están obligados a impartir auxilio a los mediadores o conciliadores, pues para emplear los medios de apremio deben acudir a la jurisdicción porque recordemos que los mediadores carecer del poder

coercitivo del Estado para el uso de la fuerza pública, coercibilidad que es necesaria por ejemplo en el caso de que un testigo se niegue a declarar, por ello se sobreentiende que cuando los mediadores deban practicar pruebas que exceden de su autoridad y no pueden efectuar su práctica por sí mismos acudirán al órgano judicial para efectuarlas. De hecho en la jurisprudencia se han entendido que los terceros que inciden en un mecanismo alternativo pronunciándose sobre el mismo carecen de *imperium* puesto que no puede examinar coactivamente testigos ni practicar inspecciones oculares etcétera, sus actos son particulares sólo una vez reconocidos por el órgano jurisdiccional resultan ejecutivos<sup>16</sup>.

Cuestión controvertida resulta a la adopción de medidas cautelares en la justicia alternativa pues nada dice la Ley en comento sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares (providencia precautorias) en apoyo a la justicia alternativa, se entiende que estamos en un terreno donde impera la buena voluntad de las partes por ello no existirá resistencia sin embargo puede que el desarrollo del procedimiento alternativo requiera la práctica de alguna medida cautelar. Al mismo tiempo, en la jurisprudencia encontramos por ejemplo que las decisiones de los terceros son *“actos de un particular que no es funcionario del Estado ni tiene jurisdicción propia o delegada.... la decisión no es ejecutivo en sí mismo... . por lo que sólo puede ejecutarse a través de un acto realizado por una órgano jurisdiccional que, sin quitarle su naturaleza privada asume su contenido y es entonces que se equipara a un acto jurisdiccional”*. De lo anterior deducimos que está claro que los mediadores, conciliadores o árbitros por si solos no pueden adoptar medidas cautelares, pues conforme al último párrafo del artículo 47 de la legislación en comento y jurisprudencia mexicana sus actos deben ser reconocidos por el Juez para que tenga fuerza coactiva<sup>17</sup>. Por ello, es menester establecer la normativa que sustente que los jueces pueden acordar medidas cautelares antes o durante el procedimiento alternativo al tratarse según la jurisprudencia de un acto entre particulares, además, la falta de regulación específica implica dificultades objetivas para su adopción, pues entre otros problemas que podría plantearse en la práctica es determinar el órgano jurisdiccional competente para adoptar tales medidas cautelares simultáneas.

En cuanto a la tutela cautelar para asegurar la plena efectividad del convenio que contenga la solución del conflicto consideramos que sin estar exenta de inconvenientes ante el

<sup>16</sup> Sentencia Civil de un Amparo en revisión 255/2005, Tribunal Colegiado de Circuito, Novena Época, XXIII, Semanario Judicial de la Federación, Marzo 2006, p.2038.

<sup>17</sup> Jurisprudencia: Tesis 3ª/J. 32/93, Tercera Sala Civil, t. 72 Semanario Judicial de la Federación, Diciembre 1993 p. 41.

silencio de la ley, su adopción es menos discutible puesto que una vez que adquiere la categoría de cosa juzgada, reconoce por el Juez se equipara a una sentencia judicial y procede la vía de apremio y ejecución forzosa del convenio, por tanto las medidas cautelares estipuladas por la legislación procesal local respectiva para asegurar la eficacia ejecutiva de las sentencias son de aplicación para el cumplimiento del convenio sin embargo como lo dijimos anteriormente lo pertinente es su regulación en la legislación<sup>18</sup>.

De igual forma, otra relación de colaboración entre la jurisdicción y los MASC la encontramos en el artículo séptimo de la citada Ley de Justicia Alternativa que hace referencia a la suspensión de plazos en el proceso civil, familiar y mercantil, así como la prescripción de la acción en el proceso penal, sin embargo este encuentro entre la jurisdicción y la justicia alternativa respecto a la suspensión de uno u otro procedimiento es confuso, no propicia la autonomía ni confianza en el medio alternativo, toda vez que en materia civil, familiar y mercantil si la controversia esta en ámbito de conocimiento del órgano jurisdiccional y las partes deciden apartarse de esta vía y echar andar la vía alternativa, acertadamente se suspenden los plazos y términos del asunto ante el órgano jurisdiccional, pero existe la posibilidad en el supuesto de que la vía alternativa adoptada por la partes por cualquier motivo concluya sin lograr la solución del conflicto, tiene el Centro de Justicia alternativa la obligación de comunicar tal situación al juez a fin de que las partes retomen nuevamente el proceso judicial, lo anterior más que colaboración es una situación de dependencia entre uno y otro cauce, si no se esclarece mejor esta colaboración en la práctica podría propiciarse que la justicia alternativa se utilice como un instrumento para retrasar los procesos judiciales o la inversa, sin lograr la solución del conflicto, dado que la controversia puede sustraerse por las partes en uno u otro cauce sin que exista ningún límite o exclusión entre ellos.

Inclusive la norma en comento, imprecisamente prevé que si el imputado sin causa justa incumple con las obligaciones pactadas puede sujetarse nuevamente a un procedimiento restaurativo o bien dejar sin efecto el convenio celebrado (art. 63LJAEN), consideramos inadecuada dicha disposición, pues no se estaría cumpliendo con la finalidad de la justicia alternativa que es propiciar la armonía social, al permite el legislador nayarita que el conflicto

---

<sup>18</sup> A diferencia de la legislación civil, en el ámbito mercantil si se regula la tutela cautelar dado que la posibilidad de acudir a los órganos judiciales para que adopten medidas cautelares en razón de un acuerdo arbitral esta expresamente contemplando en la legislación mercantil, así el artículo 1425 indica: “las partes pueden, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al Juez la adopción de medidas cautelares provisionales”.

reverdezca una y otra vez, sin respetar el principio de que “lo pactado obliga” (*pacta sunt servanda*) esto es que la partes en el convenio se obligaron en la medida que quisieron obligarse por ello deben responsabilizarse de las obligaciones contraídas, si no hay tal voluntad por mucho que sujetemos el desacuerdo una y otra vez a justicia alternativa no podrá lograrse su cumplimiento voluntario.

## 4.2 Control

Estos enlaces entre jurisdicción y justicia alternativa se establecen una vez concluido el procedimiento alternativo al velar el órgano judicial por la legalidad y constitucionalidad del convenio impidiendo la violación a sus principios fundamentales. Mediante la aprobación del convenio por parte del juez competente, sólo en el caso de acuerdos parciales podrá tener únicamente la aprobación del convenio por el Centro de Justicia alternativa, tal como lo ordenan los artículos 49 y 50 de la Ley en comentario<sup>19</sup>.

De igual forma, existe una relación de control del órgano jurisdiccional sobre el convenio emanado del procedimiento de mediación o conciliación, pues a pesar de que la Ley en cita es omisa pues nada dice al respecto, el convenio puede ser susceptible de ser impugnado, dado que la facultad de impugnación contra el fallo del conflicto es un derecho subjetivos de las partes, así consideramos que la parte inconforme con la decisión que ella misma acordó puede interponer un recurso ante el órgano jurisdiccional con el fin de anular el convenio, situación nada deseable porque si finalmente las partes incidieron en la composición de la controversia, lo pertinente es que la misma se extinga.

<sup>19</sup> **Artículo 49.-** La ejecución de los acuerdos o convenios aprobados judicialmente, tratándose de asuntos de naturaleza civil, familiar, mercantil o penal, se realizará ante el juez que inicialmente haya tenido conocimiento del asunto o ante el juez de primera instancia en turno que sea competente. Los procedimientos de mediación, conciliación y restaurativo ante los especialistas independientes o ante las Instancias de Justicia Alternativa, se ajustarán, en lo conducente, a lo dispuesto en esta ley.

**Artículo 50.-** Si con motivo de la utilización de medios alternativos las partes llegaren a acuerdos parciales respecto de la totalidad de su conflicto, y ésta no hubiere sido sometida previamente al conocimiento de un órgano de jurisdicción, el Centro de Justicia Alternativa que corresponda podrá aprobar el convenio respectivo, pero ello sólo será procedente cuando el resto del conflicto planteado pueda subsistir de forma separada a las demás pretensiones que fueron motivo de convenio, por lo que en este caso, quedará a salvo del derecho de las partes para promover ante el juez competente lo que a su derecho convenga.



Ante la omisión de tal aspecto por la Ley de Justicia Alternativa, tomaremos como referencia lo establecido en legislación procesal civil del distrito federal, con la finalidad de una mejor explicación de esta relación de control de los jueces sobre un medio alternativo, así diremos que en dicha legislación los órganos jurisdiccionales mexicanos pueden controlar el arbitraje a través de los recursos de apelación y amparo (art. 635 CPCDF). Sin embargo, a nuestro juicio estos son medios inadecuados para impugnar el mecanismo alternativo pues con el recurso de la apelación estamos ante una segunda instancia judicial, en tanto el control sobre el convenio debe ser un control formal, no un control de fondo. El control del convenio en sede judicial debe tener un objeto determinado; la pretensión de impugnación de la validez del mismo, como espejo que transmite el nacimiento, desarrollo y terminación de todo el procedimiento alternativo. Es inconcuso que el órgano judicial únicamente deberá verificar si el convenio cumple con los requisitos constitucionales legales y los puntos convencionales establecidos por la partes, sobre todo deberá respetará la voluntad de la partes para que el conflicto se resuelva en sede alternativa y la solución que ellas mismas pactaron, por consecuencia el contenido de tal convenio no debe ser reformado por los tribunales<sup>20</sup>.

Por otro lado, es criticable en nuestro sistema jurídico el hecho que exista un control judicial (homologación) para revestir al convenio derivado del procedimiento de conciliación o mediación de la eficacia obligatoria de una sentencia, toda vez que para que proceda la ejecución forzosa del convenio se requiere que sean aprobados por el juez (arts. 47 y 49LJAEN), además se debe acudir al Juez para que dicte un acuerdo despachando la ejecución y este proveído despachando la ejecución tácitamente implica homologación del convenio, toda vez que el convenio sin esta aprobación judicial carece de eficacia coercitiva.

Por último de este epígrafe vale decir, consideramos excesivo el control que los órganos judiciales tienen sobre la justicia alternativa, es pertinente diseñar un recurso que si bien pueda revisar el convenio originado en sede alternativa, esta revisión se realice únicamente por vulneración a principios constitucionales o derechos fundamentales, pero que de ninguna manera se abra una segunda instancia judicial para decidir el fondo del asunto, de lo contrario eliminaríamos las ventajas de la solución del conflicto por mediación o conciliación de la partes,

<sup>20</sup> SAN JOSÉ, Alicia Bernardo. Arbitraje y Jurisdicción: compatibilidad y vías de exclusión. Granada: Ed. Comares, 2002, P. 1336.

por tanto, resulta factible que el legislador limite la intervención de los órganos jurisdiccionales en la justicia alternativa a los asuntos estrictamente necesarios.

### 4.3 Exclusión

Estas relaciones se producen cuando ambos sistemas confluyen o colisionan de cara a la solución de una misma controversia<sup>21</sup>. Dicho en otras palabras, los dos sistemas no pueden al mismo tiempo conocer y resolver una misma controversia, uno de ellos deberá apartarse, así por ejemplo; si las partes decidieron someter la solución de la controversia a mediación o conciliación, los órganos jurisdiccionales no deben entrar a conocer tal controversia, salvo que las partes lo acuerden al dejar vía alternativa, cuando el convenio de mediación o conciliación devenga nulo o inválido, o bien cuando la controversia sea indisponible para las partes, pero si no hay ningún impedimento para echar andar el cauce alternativo, la jurisdicción queda excluida del conocimiento del asunto.

Tal como lo venimos analizando nuestra legislación local reconoce la mediación y conciliación como sistemas alternos para resolver los conflictos disponibles para las partes, sin embargo falta complementar su diseño, además de armonizar la Ley de Justicia Alternativa con otros ordenamientos tal es el caso de la legislación Procesal Civil y el Código de Procedimientos Penales de Nayarit, pues en dicha normativa no se establecen los instrumentos procesales para proteger los efectos generados por el procedimiento alternativo o por el convenio de mediación o conciliación, excluyendo la intervención de los órganos judiciales del conocimiento de la controversia sometida a justicia alternativa, pues el artículo 380 Código Adjetivo civil en comento, no contempla como excepción oponible en un juicio, que la controversia se encuentre en conocimiento de la instancia alternativa. Bien podría incorporarse en los ordenamientos procesales antes citados que los procedimientos de mediación o conciliación producen *las excepciones de incompetencia y litispendencia, si estando vivo el procedimiento alternativo se promueve el negocio en ante un juez ordinario*". Lo cierto es que la vigente configuración legal es omisa para hacer valer en juicio la eficacia excluyente de la jurisdicción que posee la justicia alternativa, entre otras cosas no sabemos si estamos ante un problema que atiende a una

<sup>21</sup> SAN JOSÉ, Alicia Bernardo. Arbitraje y Jurisdicción: compatibilidad y vías de exclusión. Granada: Ed. Comares, 2002, P. 03.

cuestión de jurisdicción propiamente dicho, para elegir la vía de resolución de conflicto y no ante una cuestión de competencia entre mediadores y jueces, pues si bien el Centro de Justicia Alternativa depende del Poder Judicial, no es un órgano judicial, por consiguiente no podemos hablar de cuestiones o conflictos de competencia entre estos dos sistemas de solución de controversias.

Por otro lado, la falta de regulación de estas excepciones supone en su tramitación una serie de inconvenientes que puede ser entre otros; ¿los plazos para interponer de estas excepciones?, si es factible la adopción de medidas cautelares durante su tramitación?, ¿Qué efectos tiene la decisión del Juez que resuelve estas excepciones?, escollos que no son salvados por la legislación y en la práctica podrían originar la inoperatividad de la mencionadas excepciones, por un descuido o falta de comunicación podría darse el caso que un mismo asunto puede estarse conociendo ante un juez ordinario y ante el Centro de Justicia Alternativa.

De igual forma, debemos adelantar que la exclusión de la jurisdicción sólo es posible a instancia de la parte que le interese hacer valer la efectividad práctica del medio alternativo, de tal forma que si los órganos judiciales empiezan a conocer de la controversia sometida a justicia alternativa y la otra parte no opone como excepción que el conocimiento del asunto se encuentra en sede alternativa, se entiende que las partes dejan sin efectos el formato respectivo que establece el artículo 36 de la Ley de Justicia Alternativa local y se somete a la jurisdicción civil o mercantil, en tal supuesto la jurisdicción excluye a la justicia alternativa. Por el contrario, si alguna de la partes le interesa preservar la vía alternativa de solución de conflictos, una vez que tenga conocimiento que la otra parte instó la vía judicial debe utilizar en juicio tal situación como excepción aunque no se encuentre tasada en el artículo los instrumentos procesales a fin de paralizar y excluir el proceso judicial y por ende hacer que el conflicto se resuelva por el mecanismo alternativo<sup>22</sup>.

Ahora bien, no debemos confundir el hecho de excluir la vía judicial para resolver la controversia por existir un acuerdo entre las partes válido y eficaz, con una exclusión total de los órganos jurisdiccionales, pues como manifestamos, en ocasiones es preciso que la jurisdicción intervenga para garantizar la efectividad y correcto desarrollo del método alternativo.

<sup>22</sup> SAN JOSÉ, Alicia Bernardo. Arbitraje y Jurisdicción: compatibilidad y vías de exclusión. Granada: Ed. Comares, 2002.

Como conclusión de todo lo anterior podemos decir; que es necesario mejorar en la legislación el diseño de los supuestos de vinculación y exclusión entre estos dos cauces de solución de conflictos. Conjuntamente a ello, debemos paliar el recelo que se tienen hacia la justicia alternativa, hasta lograr establecer una sinergia de mutua cooperación y de respeto recíproco a sus atribuciones, ello desembocará en un mejor sistema de impartición de justicia en el Estado de Nayarit.

## CONCLUSÃO

Como última cuestión relacionada con la justicia alternativa y los órganos jurisdiccionales, es pertinente reflexionar sobre la concepción judicialista que se tiene de la misma, pues consideramos que tal percepción obstaculiza su avance, esta concepción jurisdiccionalista influye en que la mayoría de los Centros de Justicia Alternativa en el país se encuentran incorporados al Poder Judicial. De hecho, aun cuando el Centro de Justicia Alternativa se encuentra incorporado al Poder Judicial estatal, dicha institución debe conservar su funcionamiento independiente, con características propias, sin enfocarlo como una salida para descargar el trabajo de los Tribunales Estatales, cuidando que los procedimientos alternativos no se impregnen del formalismo, retraso, burocracia y otros vicios que afectan a los juicios jurisdiccionales, por ello se recomienda que quienes impartan justicia alternativa, si bien dependan del Poder Judicial pueden gozar de autonomía funcional, de tal forma que la justicia alternativa y la judicial sea dos vías complementarias que caminen en paralelo.

Además, conforme a la Ley de Justicia Alternativa local se aprecia que se otorga a los medios alternativos notas similares a las del procedimiento judicial, convirtiéndolo en sistema que finalmente puede desembocar en sede judicial frustrando así la voluntad de que el conflicto se resuelva extrajudicialmente. Pues tal como afirma BARONA VILAR: “el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en un única categoría existente<sup>23</sup>, sin entender que la justicia alternativa es una categoría autónoma de lo contrario no se justificaría su existencia,

<sup>23</sup> VILAR, Silvia Barona (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre). Madrid: Ed. Civitas, 2004.

pues sería otro proceso judicial más, esto no es así, constituye un sistema al margen de la jurisdicción que escapa a los males de que este sistema estatal padece”.

Por otro lado, es menester seguir avanzado tanto en el mejoramiento de la legislación en la que impacta la justicia alternativa, así como implementar un fondo de compensación estatal para conceder a los infractores de la ley penal préstamos a bajo interés, destinados a resarcir los daños a la víctima, de lo contrario podría desencadenarse que el uso de los mecanismos alternativos se conviertan en una justicia elitista, pues debe cuidarse que no exista una posición desventajosa entre las partes, respecto aquellos que no tienen recursos económicos para realizar prestaciones reparadoras a la víctima, pues ello generaría en sede alternativa un trato desigual para las personas que carecen de solvencia económica al no poder reparar el daño y beneficiarse en consecuencia de los efectos de la renuncia, sustitución o atenuación de la pena. A fin de que esta precariedad del acusado no influya en la eficacia del mecanismo alternativo.

Finalmente, es importante fomentar en la sociedad nayarita el uso de los mecanismos alternativos para solucionar controversias, pues falta mayor familiarización con la justicia alternativa, es importante implementar una cultura de justicia alternativa y educar a la sociedad con el uso de estos mecanismos armonizadores, que lo alejan de formas primitivas como autotela para solucionar conflictos, dando paso a su solución pacífica, predomina ante todo la buena fe y el entendimiento entre las partes enfrentadas, el sistema judicial sólo debe utilizarse, cuando no exista otro método más adecuado o más eficiente para la resolución del conflicto.

## REFERÊNCIAS

BARNEY, Oscar Cruz. El arbitraje en México notas en torno a sus antecedentes. **ARS IURIS, Revista del Instituto de Documentación e investigaciones jurídicas** núm. 24, Ed. Facultad de derecho Universidad Panamericana, México, 2000.

BAUTISTA, José B. **El Proceso Civil en México**. México: Ed. Porrúa, 1977.

BERIZONCE, Roberto Omar. El arbitraje institucional en Iberoamérica. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, núm. 53, Ed. Quiroga, Lima Perú, Diciembre, 2003.

BRAVO, Irina Graciela Cervantes. *et. al.* **Justicia Alternativa en México** (Mediación, Conciliación y Arbitraje) México: Ed. Universidad Autónoma de Nayarit, 2009.

CAMÍN, Héctor A. **México: la Ceniza y la semilla**. 3ª edición. México: Ed. Cal y Arena, 2000.

CANTÚ, Hugo C.; JUÁREZ, José Antonio Caballero. Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México, Serie Doctrina Jurídica, núm. 61, Ed. IJ-UNAM, México, 2001.

CARBONELL, Miguel. El Poder Judicial y su posible reforma en México. **Defensa de la Constitución: Garantismo y controles** (Bazán, Víctor, coord.), núm. 70, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003.

CÁRDENAS, F.; HERBÓN, L. **El arbitraje**. Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1988.

CARPINTERO, Gonzalo U. **El arbitraje en México**. Col. Estudios Jurídicos. México: Ed. Oxford, México 1999.

CATENA, Victor M.; DOMINGUEZ, Valentín C. **Derecho Procesal Civil**. 3ª edd. Valencia: Ed. Tira Lo Blach, 2008.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. La Constitución Española y los Principios Rectores del Derecho Civil. **Cuadernos de derecho judicial**. Ed. CGPJ XXIII, Madrid, 1993.

CREMADES, Bernardo María. **Estudios sobre arbitraje**. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1977.

DE ANDA PÉREZ, Michelle. Constitucionalidad del arbitraje. **Propuestas de Reformas Constitucionales**, t.II, Colección Foro de la Barra Mexicana, Ed. Themis, México, 1999. pp. 1-35.

ESTEVE, Meritxell Cortada. El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa. **Revista Vasca de Administración Pública**. Núm. 51, Ed. IVAP, Gipuzkoa España, Mayo- agosto 1998. pp. 239- 269.

FAVELA, José O. Instituciones no jurisdiccionales: Conciliación, Arbitraje, Ombudsman. **Justicia y Sociedad**. Serie G, Estudios doctrinales, Núm. 167, IJ-UNAM, México, 1994.

GARCIA, Carlos A. **Procedimientos Civiles Especiales**. México: Ed. Porrúa, México, 1987.

GIRÁLDEZ, Ana María C. **Los principios procesales en el arbitraje**. Barcelona: Ed. Bosch, 2000.



- 
- GÓMEZ, Francisco Gorjon. **Arbitraje Comercial y Ejecución de Laudos**. México: Ed. Mc Graw Hill, 2001.
- GUASP, Jaime. **El arbitraje en el Derecho Español** (su nueva regulación conforme a la Ley 22 de diciembre de 1953). Barcelona: Ed. Bosch, 1956.
- HERNÁNDEZ, Arturo A. Jurisdicción especializada. **Revista de Derecho Privado**, nueva época, año I, núm.2, Ed. IJ-UNAM, mayo-agosto 2002.
- HERNÁNDEZ, Eskandar Ganem. **El arbitraje en México**. México: Ed. UAC, 2004.
- IRIBERRI, Elena A. **El Convenio arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional**. Madrid: Ed. Eurolex, 1997.
- MALO, Jesús C. Los medios alternativos para la solución de litigios. **Revista del Poder Judicial de Baja California**. Ed. PJBC, núm. 2, vol. 11, año 2, Mexicali, México, Diciembre de 1998. p. 12-18.
- MERCHÁN, José Fernando M. **El equivalente jurisdiccional**. Derecho Público Español, Ed. CEPC, Madrid, 2002.
- MORENO, Faustino Cordón. **El arbitraje en el derecho interno e internacional**. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1995.
- MUÑOZ, Helena Soletto. **Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos**. Madrid: Ed. Tecnos, 2011.
- NARVÁEZ, Marianella Ledesma. **Jurisdicción y Arbitraje**. Lima: Ed. PUPC, 2009.
- NAVARRETE, Antonio Lorca (coord.) **Comentario breve a la Ley de Arbitraje** (Estudio Vasco Sobre Derecho Procesal). San Sebastián: Ed. IVADP, 1992.
- PALLARES PORTILLO, Eduardo. **Historia del Derecho Procesal Mexicano**. México: UNAM, 1962.
- PERALTA, Martín Virgilio Peralta. **El Arbitraje Económico en México**. México: Ed. Porrúa, 2002.
- PUNTES, Salvador. **La mediación comunitaria (ciudadanos, derechos y conflictos)**. Bogota: Ed, Cámara de Comercio en Bogotá, 2007.
- SALGAR, Julio B. **El arbitraje en el Derecho Colombiano**. 2ª edición. Bogotá: Ed. TEMIS, 2001.

---

SAN JOSÈ, Alicia Bernardo. **Arbitraje y Jurisdicción: compatibilidad y vías de exclusión**. Granada: Ed. Comares , 2002.

SEGOVIA, Rafael H. **El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1991.

\_\_\_\_\_ (coord.) **Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje**. Barcelona: Ed. Grupo Difusión, 2004.

VILAR, Silvia Barona (coord.). **Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)**. Madrid: Ed. Civitas, 2004.

ZAMORA, José María Abascal. **Constitucionalidad del arbitraje: *Propuestas de Reformas Constitucionales***. Colección Foro de la Barra Mexicana. México: Ed. Themis, 2001.

ZAMORA, Niceto A. Notas relativas al concepto de jurisdicción. **Revista de Derecho Procesal Iberoamericano**, números 2 y3, Madrid, 1972.