



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

ARBITRAJE, MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCION
DE CONTROVERSIAS EN MATERIA FAMILIAR

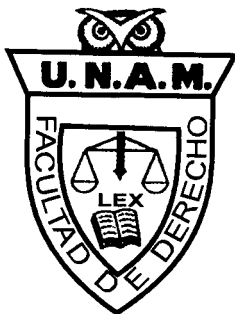
TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MARTIN GARCIA BELTRAN

ASESOR: LIC. TOMAS CANTU LOPEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

ENERO 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO 003/SDPP/07

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E .**

El alumno **GARCÍA BELTRÁN MARTÍN**, con número de cuenta **86606084**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Licenciado **TOMÁS CANTÚ LÓPEZ**, la tesis profesional titulada "**ARBITRAJE, MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA FAMILIAR**" que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Licenciado **TOMÁS CANTÚ LÓPEZ**, en su calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**ARBITRAJE, MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA FAMILIAR**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **Martín García Beltrán**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, A 10 DE ENERO DE 2007.


LIC. MARGARITA MARÍA GUERRA Y TEJADA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
c.c.p. Minutario

“Para recorrer, los caminos con corazón.

Ésos son los que valen la pena.”

Don Juan Matus

ÍNDICE

	PAG
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I	
1 ARBITRAJE	1
1.1 Concepto	1
1.2 Antecedentes Históricos	4
1.3 Naturaleza Jurídica del Arbitraje	14
1.3.1 Cláusula Arbitral y Compromiso Arbitral	17
1.4 Arbitraje y mediación, similitudes y diferencias	19
CAPÍTULO II	
2 LAS CONTROVERSIAS FAMILIARES	27
2.1 Concepto	27
2.2 Controversias Familiares previstas por la Legislación Civil del Distrito Federal.	30
2.3 La vía de controversia familiar prevista por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.	34

CAPÍTULO III

3	ES EL ARBITRAJE EL CAMINO HACÍA LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA	57
3.1	Elementos, sujetos y tipos de arbitraje	57
3.2	Se debe entender al arbitraje como una privatización de la justicia	70
3.3	Ventajas y desventajas de la privatización de la justicia	76

CAPÍTULO IV

4	ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA FAMILIAR	81
4.1	¿Qué es el Centro de Justicia Alternativa en materia familiar?	81
4.2	Medios Alternativos a la Vía Jurisdiccional	87
4.2.1	Autocomposición	89
4.2.1.1	Desistimiento	92
4.2.1.2.	Allanamiento	93
4.2.1.3	Transacción	94
4.2.2	Amigable Composición	95
4.2.3	Mediación	97

4.2.4	Conciliación	109
4.3	¿Puede el arbitraje ser un método alternativo de solución de controversias en materia familiar?	114

PROPUESTA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, que pongo a su consideración, como corolario a mis estudios de la licenciatura en Derecho, es producto y reflejo de una inquietud personal, proveniente de algunas experiencias vividas en los Tribunales de esta ciudad de México, en donde la explosión demográfica ha provocado la saturación de asuntos por resolver en los juzgados, particularmente en los Familiares.

La materia familiar es, indiscutiblemente, una de las más delicadas en las que cualquier abogado pueda intervenir, ya sea como asesor de alguna de las partes o como juzgador, no se diga como litigante, pues los conflictos de tal naturaleza implican sentimientos y emociones personales de muy difícil manejo y el resultado que se obtiene por medio de la Jurisdicción Estatal es generalmente insatisfactorio para los interesados, con independencia de que la resolución favorezca a uno u otro.

El Estado cumple una de sus funciones, al proporcionar el servicio de administrar Justicia a los gobernados, es parte de sus obligaciones fundamentales, ejecutando con ello, una de las tareas que dan origen y sentido al Estado mismo: propiciar y garantizar la sana convivencia entre particulares, evitando la venganza privada y la descomposición social.

La sociedad, por su parte, ante la creciente necesidad de colmar sus requerimientos en materia de Justicia, ha buscado y encontrado los métodos o sistemas, que le permiten obtener una respuesta a su demanda, enfilándose a recorrer caminos alternos al tradicional sistema Estatal Jurisdiccional. De ahí que en tiempos recientes, los denominados medios alternativos de resolución de controversias, como La Mediación, La Conciliación y El Arbitraje, se han visto impulsados con un vigor inusitado (tanto por la casi masiva propagación de estos medios, como por el entusiasmo de sus difusores, entre los que se encuentran los

mismos Órganos Jurisdiccionales), de tal suerte que se puede afirmar ya, que dichos medios son en nuestra sociedad, actualmente, una opción real y objetiva de alcanzar la justicia por parte de los involucrados en un conflicto.

La instauración y uso de los mencionados sistemas alternos, no ha estado exenta de oposición por parte de estudiosos, practicantes del derecho, Juzgadores y aún de grupos, de asociaciones o de particulares, no obstante, la realidad, los hechos traducidos en resultados positivos, aunados a estudios y análisis serios, demuestran la generosidad y ventajas de los medios alternativos de resolución de controversias.

Por lo que se refiere concretamente al Arbitraje, las opiniones en contra, generalmente se centran en el sentido de que éste es inconstitucional pues viola los artículos 13 y 17 de nuestra Carta Magna, lo cual es, por lo menos, discutible, ya que si bien es cierto que el primero de los numerales mencionados establece que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, también lo es que el Arbitraje se sustenta en la autonomía de la voluntad de los particulares, quienes deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, siempre y cuando se trate de derechos disponibles, cuya afectación les incumbe únicamente a ellos y respecto de los cuales el Estado es ajeno, lo cual no significa repudio, ni a la norma constitucional ni al Estado, se trata simplemente del ámbito personal de decisión de los gobernados, quienes optan voluntariamente por un sistema alterno, no sustitutivo, en razón de lo cual no son sometidos al Arbitraje, debiendo ajustarse siempre al marco normativo.

El Arbitraje no viola el artículo 17 de nuestra Ley de Leyes pues lo que consagra dicho numeral, en términos generales, es la prohibición de hacerse justicia por sí mismo y de ejercer violencia para reclamar su derecho, consignando además, el derecho que tiene toda persona para que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para ello, en forma pronta, completa, gratuita e imparcial,

prohibiendo las costas judiciales.

Desde nuestro punto de vista, el dispositivo que se comenta no riñe con el Arbitraje, pues precisamente, a través de éste, los particulares pueden alcanzar la justicia, mediante un procedimiento ajustado a Derecho, en el que se cuida no vulnerar las garantías legales de los involucrados, siendo además, el medio alternativo, por el que (siempre apegados a derecho), los litigantes acceden a una resolución pronta, completa e imparcial, lo cual en tratándose del proceso judicial es difícil por no decir imposible de conseguir, lo que hace nugatoria la garantía consagrada precisamente en el artículo constitucional comentado.

Queda, efectivamente, un aspecto pendiente de comentar: la gratuidad. El Arbitraje no es gratuito generalmente, debido a lo cual, sus detractores acusan de inconstitucional a dicho sistema. Al respecto, dos comentarios breves: el primero se centra en el hecho de que tratándose de la realidad, la mayoría de personas con necesidad de proceder judicialmente o. de buscar justicia mediante una resolución judicial, se ven inhibidas porque saben que un juicio les va a resultar oneroso. Eso es una verdad, luego la garantía de gratuidad es relativa, pues a pesar de que los servicios de los Juzgados son gratuitos, el particular debe gastar en honorarios y otros rubros; el segundo comentario se refiere mas concretamente al Arbitraje en materia familiar, el cual se contempla en el artículo 18 de la Ley de Asistencia y Prevención Contra la Violencia Intrafamiliar, encargándose de su aplicación el Gobierno del Distrito Federal a través de Delegaciones y su servicio es gratuito, con lo que se puede afirmar que el hecho de que los Árbitros generalmente cobren, esto no tiene que ser así siempre, pero además, en el supuesto de que perciban honorarios (tratándose de Árbitros particulares), ello no supone violación al artículo 17 constitucional.

Quizá el origen de la oposición al Arbitraje, basada en la inconstitucionalidad del mismo por vulnerar los artículos ya mencionados, se encuentra en el hecho de

que hay quienes quieren ver en el Arbitraje y en los medios de resolución alternativa de resolución de controversias, una competencia, que en su caso sustituye al sistema judicial, lo cual es falso. Pensamos, que de ninguna manera se trata de sustituir a los órganos jurisdiccionales, cuyo funcionamiento es y será vital, para el mantenimiento de la cohesión social y como función Estatal ineludible. No se trata de competir entre ambos sistemas, por el contrario, existe complementariedad entre ellos, no pueden existir separados, el Arbitraje definitivamente requiere del sistema judicial para la homologación de laudos y al sistema judicial le resulta conveniente un cauce alternativo que ayude a aligerar la carga excesiva de trabajo, que impide la verdadera realización de la Justicia.

Más que una defensa denodada del Arbitraje y la posibilidad legal de su aplicación dentro del marco jurídico actual, este trabajo pretende, modestamente, hacer énfasis, llamar la atención sobre los medios alternativos de solución de controversias, resaltando entre éstos, la mediación ya no como promesa de mejorar la impartición de Justicia, sino como realidad que se vive ya en nuestra ciudad a través del Centro de Justicia Alternativa y El Arbitraje, como vía latente, posible y positiva.

CAPÍTULO I

1. ARBITRAJE

1.1. Concepto

Con la intención de desarrollar el tema de una manera clara y precisa, considero que es menester acotarlo, abordando desde ahora el concepto de Arbitraje.

En una primera aproximación puede decirse que EL ARBITRAJE es un sistema o un medio de resolver conflictos entre particulares, sin la intervención de un juez.

Ahora bien, Gonzalo Uribarri Carpintero proporciona una noción mas cierta acerca del Arbitraje al decir que: (se trata de un):

“ . . . sistema de impartición de justicia planeado y deseado por acuerdo de la voluntad de las partes y sancionado, en algunos casos por el Estado”.¹

Por su parte el estudioso argentino Roque J. Caivano, en su obra “El Arbitraje”, nos dice que:

“ . . . es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales”.²

El mismo Caivano, en la obra antes citada nos ilustra sobre lo que del tema se ha vertido por diversos pensadores, así pues, nos dice:

“Alvarado Velloso lo conceptúa como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como

¹ Uribarri Carpintero, Gonzalo. El Arbitraje en México, editorial Oxford, México 1999. p.31

² Caivano J. Roque. Arbitraje, editorial. Ad-Hoc Buenos Aires, 2000. p.47

resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente, acatar su decisión.

En un fallo se ha definido al Arbitraje como un sustituto de la jurisdicción, en cuya virtud los árbitros tienen la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al poder judicial, por un procedimiento en el que prevalece la libertad de las formas y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido por medio de una cláusula compromisoria.

Para el autor francés Jean Robert, es la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar.

Patricio Aylwin Azócar lo define como el juicio al que las partes concurren de común acuerdo o por voluntad del legislador, y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones.

Según Bernardo M. Cremades, por medio del Arbitraje una o mas personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión.

Para Guasp es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente.

La American Arbitration Association lo define como la remisión de una disputa a una o mas personas imparciales para una determinación final y obligatoria.”³

Finalmente el mismo Caivano aporta un concepto mas acabado al decir del Arbitraje que:

“ . . . constituye una jurisdicción privada, instituida por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, por la cual se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales.”⁴

Amén de lo anterior, el Diccionario Jurídico Mexicano ofrece lo siguiente:

“Arbitraje. (Del latín Arbitratus, de arbitror; arbitraje). Es una forma heterocompositiva, es decir, es una solución al litigio, dada por un tercero imparcial (Carnelutti), un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes (en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional), siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo que el del procedimiento del proceso jurisdiccional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes

³ Caivano J. Roque op. cit. pp.49 y 50

⁴ Caivano J. Roque op. cit. pp.49 y 50

que se presenten."⁵

De la lectura y análisis de las ideas citadas, se puede concluir fácilmente, amén de darnos una idea mas completa acerca del Arbitraje, que éste se compone de varios elementos, a saber: La existencia de una controversia, una autocomposición previa consistente en el acuerdo de voluntades de las partes para someter sus diferencias a un tercero (que no sea un juez), posteriormente el trámite de un proceso no jurisdiccional y finalmente una resolución denominada laudo. Como se puede apreciar se trata de una manera diferente a la judicial de resolver controversias, entre dos partes, quienes de común acuerdo se someten a un proceso llevado por un tercero y que se termina mediante la resolución denominada laudo. Pensamos que con las ideas vertidas se cuenta con una base útil para emprender ahora sí, el estudio del Arbitraje, ya que el mismo entraña aspectos que con las meras definiciones o conceptos no se esclarecen, sino que es menester adentrarse un poco en la historia para comprender la necesidad del Arbitraje en las relaciones humanas, para la solución de conflictos. Así pues, pasamos al tema histórico del Arbitraje.

1.2. Antecedentes Históricos

La figura del Árbitro se pierde, en cuanto a su origen, en la era más primitiva del hombre, el Arbitraje es un concepto que nació entre los seres humanos desde tiempo inmemorial, su antigüedad es tan venerable como la ciencia misma del derecho. José Luis Siqueiros, citando a Carnelutti afirma que el Árbitro nació antes que el Derecho y la autoridad judicial. Planteando así, la teoría de que en realidad los primeros grupos humanos, para resolver sus controversias o sus diferencias, acudían ante un tercero, a quien aceptaban de antemano como deslindador de responsabilidades, para que éste definiera en justicia, imparcialmente, a cual de los contendientes asistía la razón. Esto significa que el

⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, A-CH, editorial Porrúa, México, 1999, pp.198 y 199

Arbitraje fue anterior al establecimiento formal de un sistema de Justicia Estatal, es más, el Estado aún no existía, cuando las relaciones humanas ya requerían de la intervención de un tercero para dirimir sus controversias. En este sentido, resulta curioso cómo la rueda de la historia ha dado vuelta, reclamando nuevamente las relaciones humanas, la resolución de controversias sin intervención del Estado o con una intervención limitada, recurriendo cada vez con mayor frecuencia a la figura del Arbitraje. Es decir, los inicios del Arbitraje, se encuentran en el principio de las relaciones humanas, incluso en la Biblia se hace mención a los Árbitros en el Génesis y en el Éxodo.⁶

Gonzalo Uribarri, citando a Jorge Silva, confirma lo anterior en el sentido de que el Arbitraje tiene sus raíces en la prehistoria y es anterior al proceso jurisdiccional.⁷

El maestro Cipriano Gómez Lara, afirma que se puede apreciar la evolución del Arbitraje en una forma de proceso propiamente dicho, en el desarrollo histórico del pueblo romano, afirmando que en las primeras etapas del desarrollo histórico del proceso en ese pueblo de juristas, se puede advertir que tales formas eran muy cercanas o parecidas a lo que hoy se conoce como Arbitraje, ya que los funcionarios públicos o magistrados sólo entregaban a las partes una fórmula que éstos llevaban ante un particular para que éste resolviera el conflicto.⁸

En Roma, el Arbitraje se convierte en el procedimiento para resolver controversias, primero entre ciudadanos romanos y después entre éstos y los extranjeros. En la historia de Roma existieron Árbitros oficiales y particulares. Estos últimos eran designados libremente por las partes. Una constitución del año 529 del emperador Justiniano ordenó que cuando hubiese juramento de acatar la sentencia por cualquiera de las partes, y siempre que fuere un fallo con verdad,

⁶ Carnelutti citado por Siqueiros, José Luis en *El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1992, p.7, cita, contextual.

⁷ Uribarri Carpintero Gonzalo. op.cit. p.32, cita contextual.

⁸ Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, 8ª editorial Harla, México, 1980, p. 29, cita contextual

las partes deberían cumplir el laudo.⁹

En cuanto al Arbitraje en Roma, el maestro Héctor Molina González lo resume de la siguiente manera:

"a) Los Árbitros se llamaban también compromisorios y receptus. La primera denominación tenía su origen en el compromiso que celebraban las partes, para someter sus diferencias al Árbitro; la segunda hacía referencia al hecho de que el Árbitro era admitido por los litigantes con el mismo objeto.

b) Los jueces podían ser Árbitros, excepto en los negocios que ya conocían.

c) No podían ser Árbitros los sordomudos, los esclavos ni las mujeres. Estas últimas, porque, según el digesto, las funciones de los Árbitros eran propias de los hombres. Tampoco podían ser Árbitros los menores de veinte años.

d) Se postulaba a un solo Árbitro o a varios, pero en este último caso, el número debía ser impar, a efecto de que los votos no se empataran.

e) No había acción para obligar a los Árbitros a dar su voto, pero en caso de que no lo hicieran, eran responsables de los daños y perjuicios que se ocasionaran a las partes.

f) El compromiso era nulo cuando el nombramiento de los Árbitros recaía en una persona que no podía desempeñar el cargo; cuando era contraído por

⁹ Siqueiros, José Luis. Op.cit. p.8, cita contextual

sus negocios y, finalmente, cuando se pronunciaba el laudo fuera del tiempo estipulado.

g) Para que la resolución de los Árbitros fuera válida, era indispensable que la pronunciase delante de las partes, a menos que éstas los hubiesen autorizado hacerlo de manera distinta.

h) El cargo de Árbitro no podía delegarse, por su carácter personalísimo.

i) La muerte de uno de los árbitros ponía fin al compromiso.

j) Los Árbitros no tenían poder coercitivo para obligar a las partes a comparecer en el proceso o a cumplir lo ordenado en el laudo. Por lo tanto, el compromiso carecía de valor si no era acompañado de la estipulación de una pena, para el caso de que las partes se negaran a acatar la resolución de los Árbitros. Pero este sistema fue modificado por Justiniano, quien concedió la acción de cosa juzgada para hacer cumplir el laudo".¹⁰

El Arbitraje encuentra un mayor desarrollo en la edad media, particularmente en la época de las cruzadas. Este desarrollo se produce por dos factores preponderantemente, en primer lugar las guerras provocaron la apertura de rutas comerciales por lo que los comerciantes principalmente, aunque no de manera única, buscaron resolver controversias de una manera breve y eficaz; en segundo lugar el Estado, envuelto como estaba en asuntos bélicos hacia el exterior y hacia el interior con muy diversas problemáticas que generaban desestabilización, desatendía la función jurisdiccional. Consecuentemente, la solución cuasi natural

¹⁰ Molina González, Héctor. Breve reseña del arbitraje, Revista de la Facultad de Derecho de México, Números 157, 158, 159 enero-junio, 1988, UNAM, México, p. 217

a las complicadas relaciones particulares, se produjo al procurarse a los involucrados la intervención de un tercero, que en justicia les resolviera el conflicto.

Precisamente en la edad media, en Inglaterra, encontramos uno de los antecedentes históricos más significativos, en cuanto a la aparición y desarrollo del Arbitraje.

En el país del common law por excelencia, se puede apreciar el surgimiento del Arbitraje en una forma más bien primitiva, dicho sistema de arreglar los entuertos era ciertamente usual en el país Inglés; sin embargo las distintas Cortes no veían favorablemente este procedimiento, pues pensaban que era una usurpación al papel de las propias Cortes y lo consideraban como una invasión a su jurisdicción.

Cuando alguna de las partes acudía a las Cortes y exigía el cumplimiento del laudo dictado por el Árbitro a la otra parte que se resistía, las Cortes aprovechaban y consideraban esta petición como una oportunidad para revocar reglas sobre la validez de la resolución Arbitral. A pesar de esto, en numerosas ocasiones, las Cortes utilizaron sin pudor las opiniones de los Árbitros para suplir sus lagunas.

En la Inglaterra medieval, la administración de justicia se consideraba un privilegio, pero además, los encargados de impartir justicia adoptaban la postura de Propietarios y Señores en cuanto a dicha función, misma que se encontraba celosamente resguardada por los Funcionarios, Lores, seculares o espirituales, encargados de presidir las Cortes para sus habitantes. El Rey tenía sus Cortes, pero no el monopolio de impartir Justicia.

Desde la mitad del siglo XII había una especie de Derecho Común, que las Cortes del Rey aplicaban lo más uniformemente posible; sin embargo, la Iglesia y las

Autoridades Locales también tenían sus propias Cortes además; había por lo menos tres tipos de Arbitraje: el primero era creado por las partes; el segundo surgía de la pertenencia a alguna comunidad a la que se adherían voluntariamente las partes: al ser miembros de estas comunidades, quedaban obligados a resolver cualquier tipo de conflicto ante árbitros designados por la comunidad; y el tercero era ordenado por la Corte, ya sea por decisión propia o a petición de alguna de las partes.

En el siglo XIV se requería un escrito especial para celebrar cualquier Contrato de Arbitraje. Esto es, que dicho escrito debía contener un sello real para que la Corte lo reconociese. Paulatinamente el derecho común fue aceptando que se otorgara una acción para el cumplimiento del Laudo; sin embargo las Cortes todavía no garantizaban alguna actuación específica para requerir a un Árbitro a que actuase conforme las partes habían pactado y él había aceptado.

La Corte de Cancillería Inglesa fue un factor importante del desarrollo y el establecimiento del Arbitraje como sistema de solución de controversias, en la que antes de escuchar cualquier petición, solicitaba al demandante acreditar que el derecho común le proporcionaba la restitución adecuada. La Corte de Cancillería podía llamar al Árbitro cuando éste fuese acusado de parcial o de haber obstruido la impartición de justicia, en cuyo caso el canciller podía hacer interrogaciones y emitir una resolución. Al respecto, Kingshill Powell, citado por Uribarri Carpintero señala:

“Las jurisdicciones de equidad en la Inglaterra medieval revelan la interdependencia del litigio y del Arbitraje de una forma muy refinada. Los dos formaron parte de un solo proceso para la solución de controversias” ¹¹

¹¹ Uribarri Carpintero Gonzalo. op.cit. p.33

Otra característica importante de las Cortes de Cancillería consiste en que podían emplear árbitros especialistas en la materia a dirimir. Una vez emitido su laudo, los Árbitros lo entregaban a la corte para su ejecución.

Es importante destacar que en la Inglaterra de esos tiempos, se formaron las gildas comerciales, que no eran otra cosa que una organización gremial. Dichas gildas presentan una serie de rasgos importantes para el desarrollo del Arbitraje. Por ejemplo, las personas que pertenecían a una gilda se tenían que someter para la solución de conflictos o controversias al Árbitro o Árbitros que las propias gildas designaban. La regla era muy clara, aquel que no se sometía al laudo arbitral era expulsado de la gilda y por tanto de su forma de vida.

Las gildas llegaron al extremo de que las demandas u otra disputa, con independencia de las cuestiones o asuntos propios de la gilda, tenían que dirimirse dentro de la propia gilda. En el fondo, este control sobre la impartición de Justicia, tiene como fin monopolizar el comercio. Evidentemente, esto no era favorable a los intereses del rey, quien solía dar su aprobación antes del cumplimiento del laudo.

La gilda permitía que sólo sus miembros se beneficiaran de comerciar libremente, mientras a otras personas el comercio les estaba prohibido o se les cobraban tarifas para permitirles comerciar. Además existían cuotas que cada miembro debía pagar en forma periódica.

Mediante las gildas, se organizó bajo ciertas reglas, la promulgación de las controversias que ya habían sido solucionadas mediante el Arbitraje.

En general las gildas tuvieron gran auge y sirvieron de mucho para el desarrollo del Arbitraje, tanto que fue usual resolver controversias dentro de las gildas durante todo el siglo XVI.

En la época de los Tudor (1485-1603) el comercio tiene de nuevo gran auge y los comerciantes se organizan en compañías, lo que representa para el rey un reto, ya que organizados de esta forma, era difícil controlar a los comerciantes. Así surge el denominado Consejo, que era un órgano que extendía su supervisión a casi todos los campos de actividad humana. Como Corte de Equidad, el Consejo podía resolver conforme a los tecnicismos del *common law*.

“Muchas veces, en los casos suscitados entre los comerciantes, el Arbitraje se veía como una forma de evadir los complicados tecnicismos del derecho inglés que la mayoría de los comerciantes no entendían y que además no contemplaban hipótesis adecuadas a su forma de vida. En esta situación, la Corte, al no poder resolver eficientemente, dirigía a las partes al arbitraje, pero esta vez organizaba y supervisaba el proceso y el acatamiento del laudo arbitral. Existían además, ciertos tópicos para los cuales el derecho común no había previsto respuestas, tales como seguros, y en estos casos el Consejo proporcionaba igualmente el servicio de Arbitraje” ¹²

El Consejo nombraba a los árbitros no sólo para proteger a los deudores o para reestructurar deudas, sino también para resolver un vasto número de conflictos que incluían fideicomisos, quejas, propiedad y -lo que nos atañe- asuntos familiares.

Los miembros del Consejo no eran abogados, con excepción del consejero principal *chancellor*, pero conocían el derecho común. Eran elegidos *oyer et terminer*, esto es, para escuchar y concluir de conformidad con los principios de

¹² Uribarri Carpintero Gonzalo. op.cit. p.35

equidad.

En México, *las siete partidas* de Alfonso X, dejaron sentir su gran influencia en todo el derecho que se aplicaba, siendo dicho ordenamiento el antecedente mas claro en nuestro país en cuanto al Arbitraje se refiere. Concretamente la Partida III, Titulo IV, Ley XXIII del Fuero Viejo de Castilla, define a los Árbitros y a los arbitadores como sigue:

“Árbitros en latín quiere decir como jueces avenidores que son escogidos et puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellos et estos son dos maneras: la una es quando los homee ponen sus pleytos et sus contiendas en manos de los que los oyan et los libren segúnt derecho; entonces decimos que tales avenidores como estos desque resibieren et otorgaren de librarlos así que deben andar adelante por el pleyto tambien como si fuesen jueces ordinarios faciéndolos comenzar ante sí por demanda et por respuesta, et oyendo et recibiendo las pruebas et las defensiones et las razones que ponen cada una de las partes; et sobre todo deben dar un juicio afinado segunt entendieren que lo deben facer de derecho. La otra manera de jueces de avenencia es á la que llaman en latín arbitadores que quiere tanto decir como alvedriadores et comunes amigos, que son escogidas por placer de amas las partes para avenir et librar las contiendas que hobieren entre sí en cualquier manera que ellos tovieren por bien. et maguer non ficiesen ante si comenzar los peytos por demanda et por respuesta et no catasen aquellas cosas que los otros jueces son tenudos de guardar, con todo eso valdrie el

juicio o la avenencia que ellos ficieren . . .”¹³

Como se aprecia de lo transcrito, para el siglo XIII en España el concepto de Árbitro y Arbitraje es ya bastante completo y definido, distinguiéndolo incluso de Arbitrador y la amigable composición. Es claro que, en nuestro país durante la Colonia, los ordenamientos legales reflejaran las disposiciones que venían de España cuando no eran directamente aplicadas, en el caso de las *siete partidas* éstas tuvieron vigencia en México hasta finales del siglo XIX, entre tanto fueron apareciendo los diversos Códigos Federales y Locales. Fue en esta época (S. XIX) que el concepto de soberanía es llevado a la práctica en forma extrema. Los Estados, incluyendo México, se convierten en entidades mas sólidas con rasgos nacionalistas, como consecuencia el gobernante se transformó en el casi propietario del Estado. El Derecho se estatizó y se convirtió en propiedad del país. Lo mismo ocurrió con los Tribunales, que también se estatizaron y el resultado fue la monopolización de la Jurisdicción. Convirtiéndose el Estado en el único ente capaz de dirimir controversias y se perdió la posibilidad de que los particulares resolvieran sus diferencias por otros medios.

“Al llegarse hasta un monopolio absoluto por el Estado en la función jurisdiccional, cuyo principal momento se encuentra en el siglo XIX con la exaltación de los nacionalismos, los problemas y necesidades del comercio internacional empezaron poco a poco a debilitar esa función que monopolizaba el Estado, por lo que éste se vio forzado a aceptar de nueva cuenta al proceso arbitral, celebrando desde ese siglo, tratados o convenios internacionales.”¹⁴

Se aprecia en fin, que el Arbitraje es una figura cuyo origen y antigüedad es tan

¹³ Bravo Peralta, Martín V. El Arbitraje Económico en México, editorial Porrúa, México 2002, p53

¹⁴ Bravo Peralta, Martín V. El Arbitraje Económico en México, editorial Porrúa, México 2002, p. 54

venerable como el Derecho mismo, haciendo énfasis que su utilidad, vigencia, evolución, desarrollo y difusión, se deben principalmente a que los particulares en la complejidad de sus relaciones, buscan una salida rápida y eficaz en la solución a sus conflictos, debiendo en ocasiones hacer a un lado las instituciones Estatales Jurisdiccionales.

Es por ello que a pesar del decaimiento del Arbitraje durante el siglo XIX, éste resurgió de manera vigorosa, imponiéndose como una alternativa de Justicia para los gobernados. Por lo mismo se augura un futuro de aceptación y práctica cada vez mayor del Arbitraje para la solución de controversias entre particulares y aunque históricamente el comercio ha sido la actividad que mayormente utiliza esta figura jurídica, no es de desdeñar que su empleo se ha venido extendiendo hacia otros campos de la actividad humana.

En relación con la presente investigación, se propone de manera directa el establecimiento del Arbitraje como un medio alternativo de solución de controversias en materia familiar, lo cual es factible en atención a que existe un movimiento mundial de extensión y aplicación del Arbitraje en materia familiar, ejemplo de ello son España, Argentina, Chile y Uruguay. En México por lo pronto, diversas Entidades como Colima, Quintana Roo, Estado de México y el propio Distrito Federal, por mencionar solo algunos, ya aplican, en sede judicial, métodos alternativos de solución de controversias, como la mediación y la conciliación en materia familiar.

1.3. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

Al iniciar el tratamiento del tema: *Naturaleza Jurídica del Arbitraje*, en primer término, es de destacar que el desentrañamiento de dicha cuestión es valiosa en virtud que de ello depende en gran medida, el planteamiento sólido de una propuesta de instituir el Arbitraje como un medio alternativo de solución de las controversias familiares.

En atención a la importancia señalada, es menester abordar el tema que nos ocupa de una manera clara, directa y lo mas sencilla posible. Así pues, de las lecturas realizadas se desprende que existen dos teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del Arbitraje.

a) Teoría contractualista, ésta sostiene que el Arbitraje es una figura jurídica de naturaleza privada, que es en la voluntad de las partes en donde tienen origen, tanto el arbitraje mismo como el Árbitro. Respecto de la calidad de los Árbitros y en referencia a la teoría contractualista o priyatista, dice Caivano:

“ . . . éstos no son jueces, sino particulares que no revisten por lo tanto la calidad de funcionarios públicos, y que no administran justicia en nombre del Estado, sino por voluntad de las partes.”¹⁵

Agrega el mismo autor que las cuestiones que los particulares someten al Arbitraje implica un derecho disponible para ellas y por tanto el Estado debe respetar la facultad de esos particulares para dirimir la controversia sobre ese derecho en la forma en que ellos escojan, siempre que esa forma se encuentre permitida en la ley.

b) Teoría jurisdiccionalista, según la cual al hacer una comparación entre la función de los Jueces y de los Árbitros, así como del resultado de esa función que en un caso es la Sentencia y en el otro es un Laudo se concluye que existe una similitud que permite equipararlos.

La base de la tesis contractualista consiste principalmente en que amén de la voluntad de las partes, origen indudable del Arbitraje, los jueces como parte de los órganos del Estado son los únicos que pueden ejercer Jurisdicción. Este argumento ignora sin embargo, que así como el Estado delegó en ciertos órganos

¹⁵ Caivano J. Roque op. cit. p. 95

la función Jurisdiccional, también puede delegarla en otras personas u órganos que no necesariamente deben pertenecer estructuralmente al Estado.¹⁶

De hecho el Arbitraje funciona válida y legalmente gracias a que ejerce su función al amparo de una facultad derivada de la ley. En la actualidad son los ordenamientos jurídicos y no sólo el acuerdo de voluntades entre contendientes, los que permiten la intervención de los Árbitros para la solución de diferendos, tan es así que se aprecia un desarrollo a nivel mundial en la utilización de este medio alternativo de solucionar controversias. En nuestro país, los medios alternativos de composición de conflictos va ganando terreno gracias a la aparición en varios Estados de leyes y de Centros de Justicia Alternativa, ejemplo de ello son, Querétaro, Sonora, Quintana Roo, Estado de México y el mismo Distrito Federal en donde a partir de septiembre de 2003 se crea el Centro de Justicia Alternativa.

La naturaleza jurídica del Arbitraje, en cuanto a su aplicación para dirimir controversias de un modo distinto a la contienda Judicial, así como en cuanto al objetivo que se busca, que es no sólo la solución del conflicto sino de hacer efectivo un Derecho, se acerca más a la postura Jurisdiccionalista, ya que el laudo Arbitral permite, en su momento, que el Derecho exigido por uno de los contendientes se materialice homologándolo a una Sentencia de cumplimiento obligatorio, lo que otorga seguridad Jurídica a quienes creyendo tener razón deciden someter sus diferencias a un tercero, que en este caso sería un Árbitro no un Juez.

En resumen, sin olvidar que el Arbitraje encuentra su origen en un acuerdo de voluntades entre las partes, se debe concluir que la naturaleza jurídica de éste es eminentemente Jurisdiccional, así se desprende tanto de las personas que en él intervienen como de la actividad desplegada por dichas personas y del resultado mismo del proceso que es un laudo.

¹⁶ Caivano J. Roque op. cit. p. 96 cita contextual

1.3.1. Cláusula Arbitral y Compromiso Arbitral

Es importante recalcar que el desarrollo del Arbitraje se ha producido, básicamente en el ámbito comercial, aunque, como afirma Uribarri Carpintero, citando al Doctor Humberto Briseño Sierra:

“ . . . no es factible ubicar al arbitraje en una sola disciplina jurídica y que las relaciones jurídicas susceptibles de Arbitraje se dispersan por los campos civil, mercantil, laboral y administrativo . . . ”¹⁷

No obstante es de reconocerse que en el ámbito mercantil, es donde mayormente se utiliza este medio alternativo de solución de controversias.

Esto viene a colación en atención a que ambos conceptos, el de *Cláusula Arbitral* y el de *Compromiso Arbitral*, se refieren a situaciones preponderantemente mercantiles.

En el primer caso, la Cláusula Arbitral o Cláusula Compromisoria, consiste en que desde el momento de la celebración de un contrato, las partes agregan o incluyen en dicho instrumento una Cláusula en la que se comprometen que para el caso de suscitarse una controversia motivada sobre el objeto del contrato, ésta se someterá para su solución al Arbitraje. Es decir, que aún en el caso de inexistencia de un conflicto, pero sí de una relación contractual, a través de la Cláusula Arbitral, las partes acuerdan que surgida una disputa, ésta será resuelta en Árbitros. Se trata de una cláusula accesoria del contrato principal, insertada en él.

Como se aprecia, esta figura de Cláusula Arbitral o Cláusula Compromisoria que le viene muy bien a la materia mercantil, sería de difícil, por no decir Imposible

¹⁷ Uribarri Carpintero Gonzalo. op.cit. p.56

aplicación a una cuestión familiar. Sin embargo, una vez surgido el conflicto familiar no debiera haber impedimento para que, si las partes así lo desean, sometan su asunto a la decisión de un tercero, estableciendo con plena autonomía de voluntad conceder potestad a uno o varios árbitros, la duración del proceso, las pruebas, alegatos, puntos a resolver (aquí es de resaltar que el Arbitraje permite someter a consideración del Árbitro todas las cuestiones de un litigio o sólo algunas), honorarios del Árbitro y todas aquellas situaciones que ameriten, según las partes, ventilarse. De hecho, en eso consiste precisamente el Compromiso Arbitral, en que una vez surgido un conflicto entre dos partes, éstas optan, en lugar de acudir a los Tribunales Estatales, por acudir ante una instancia Arbitral, que satisfaga sus necesidades de justicia y les garantice imparcialidad y seguridad Jurídica. En resumen, en cuanto a la naturaleza Jurídica del Arbitraje, desde las diferentes teorías doctrinarias, no existe algún impedimento para considerar al Arbitraje una opción viable para que los asuntos familiares en conflicto, puedan ser resueltos por esta vía. El mayor obstáculo hasta lo aquí expuesto, deviene de la imposibilidad de celebrar Cláusula Arbitral en materia familiar debido a la naturaleza delicada de los asuntos de esa índole, sin embargo ello no es óbice para que una vez surgida la controversia, las partes opten por someter sus diferencias a un proceso Arbitral, en lugar de uno Judicial.

A mayor abundamiento, Uribarri Carpintero liga este tema del compromiso Arbitral al de cómo se efectúa un Arbitraje y al respecto afirma que en términos generales y a la luz de la teoría de los contratos, las partes tienen plena libertad de formalizar el proceso, aquí yo agrego que el artículo 611 del Código Civil vigente para el Distrito Federal así lo consagra, y sus reglas, según las cuales se tramitará el Proceso Arbitral. Sin embargo existen ciertos requisitos para la validez del Compromiso Arbitral como son: la libre manifestación de la voluntad de las partes para someterse al Arbitraje, sin haber duda sobre el consentimiento, otro elemento es el objeto del acuerdo, es decir lo Arbitrable, qué Árbitro se designará, qué leyes se aplicarán y qué procedimiento se seguirá.

Salvo el caso del Arbitraje *ad-hoc*, en que las partes deciden estas cuestiones, en otros tipos de Arbitrajes manejados por organismos o instituciones, en ellas se plantean fórmulas y cláusulas que se recomiendan a los futuros arbitrables.¹⁸

Por nuestra parte creemos, y así lo denotaremos en su momento, que para el caso de las controversias familiares a resolverse mediante el Arbitraje, se tienen que crear instituciones, o ampliar las funciones y facultades de las ya existentes como el Centro de Justicia Alternativa, que orienten a las partes acerca de la mejor forma de proceder para la tramitación del Arbitraje en cada caso particular, dependiendo de las pretensiones de los contendientes, ofreciéndoles fórmulas o cláusulas especiales para la materia familiar y adaptable al asunto concreto.

1.4. Arbitraje y Mediación Similitudes y Diferencias

El Arbitraje, es una institución jurídica mediante la cual, dos partes en conflicto deciden resolver una controversia a través de un proceso llevado por un tercero, denominado Árbitro, proceso que termina mediante la resolución denominada Laudo.

Es importante resaltar en este punto, la figura y la función del Árbitro. En el tema relativo a la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, se abordó lo relativo a la tesis jurisdiccionalista de éste, concluyendo que el Árbitro designado por las partes para resolver una controversia que les atañe, despliega una función propiamente Jurisdiccional. En efecto, en el Arbitraje hay características propias de la Jurisdicción, los Laudos que dictan los Árbitros no necesitan ser ratificadas por un Juez del Orden Común, a quien la Ley sólo faculta para ejecutarla, pero no para darle validez ni mucho menos para revocarla.

¹⁸ Uribarri Carpintero, Gonzalo. op.cit. p.56, cita contextual

Dice el maestro Eduardo Pallares:

“La intención de los interesados al estipular la Cláusula Compromisoria y al constituir el Compromiso Arbitral, consiste precisamente en evitar que los Tribunales del orden común conozcan del Juicio, y esa intención viene por tierra si se niega al Laudo ser una auténtica Sentencia, y únicamente se admite que lo sea cuando el Juez le da fuerza Jurídica, convirtiéndola en un simple proyecto de Sentencia” ¹⁹

Además, el Árbitro recibe las pruebas de las partes, vigila su desahogo, las valora y resuelve. El Artículo 631 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los faculta para condenar en costas, daños y perjuicios e incluso para imponer multas. En resumen, el Arbitraje es una actividad Jurisdiccional, ejercida por el Árbitro, en un caso específico, constreñida al asunto que se está ventilando, actividad que desemboca en una resolución o Laudo, de carácter vinculatorio para las partes que decidieron resolver una controversia por ese medio.

La Mediación por su parte, es una forma autocompositiva de resolver una controversia, consistente básicamente en la intervención de un tercero que, una vez surgida la disputa pero antes de iniciado el Juicio, ayuda a los interesados a encontrar alternativas para la solución de su conflicto, con objeto de poner fin al mismo, evitando el procedimiento contencioso.

El Diccionario de Rafael de Pina, nos ofrece la siguiente definición:

“ Contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a abonar a la otra –que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil- una remuneración por tal servicio. // Acción de una o más

¹⁹ Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil, editorial Porrúa, México, 1986, p. 592

potencias dirigida a resolver amistosamente un conflicto existente entre otras, emprendida de oficio o a instancia de parte.”²⁰

El Centro de Justicia Alternativa, funciona de acuerdo a las Reglas de Operación que para prestar sus servicios se publicaron en el Boletín Judicial Número 99 del miércoles 25 de mayo de 2005. En esas Reglas de Operación, que hace las veces de una “Ley Orgánica” del propio Centro de Justicia Alternativa, se proporciona en su artículo 2 inciso b), la siguiente definición de Mediación:

“Procedimiento autocompositivo por el cual dos o mas personas, llamadas mediados, involucradas en un conflicto, buscan y construyen ellas mismas una solución satisfactoria, con la asistencia de un tercero llamado mediador.”²¹

Desde nuestro punto de vista, la definición ofrecida por las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa, cuenta con el error de que al principio de la misma, se refiere a la Mediación como un “procedimiento”, lo cual de manera automática nos remite a algo contencioso, a juicio, a jueces, tribunales, etc. De hecho De Pina Vara define el Procedimiento como:

“Conjunto de formalidades o trámites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos. La palabra procedimiento referida a las formalidades procesales es sinónima de la de enjuiciamiento como la de proceso lo es de la de juicio.”²²

²⁰ Pina de, Rafael y Pina de Vara Rafael. Diccionario de Derecho, editorial Porrúa, México 1996, p. 348

²¹ Boletín Judicial, tomo CLXXX, número 99, publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, mayo 25 de 2005.

²² Pina de, Rafael y Pina de Vara Rafael. Diccionario de Derecho, editorial. Porrúa, México 1996, p. 397

En otras palabras, se piensa que las personas que se acercan a la mediación, lo que buscan es algo distinto de un juicio contencioso, de tal manera que de entrada encontrarse con que la Mediación es un "procedimiento" puede decepcionar o tal vez confundir. Ello, con independencia de que en efecto, resulta incorrecta la utilización del vocablo "procedimiento" que en lenguaje legal se refiere a formalidades o a trámites, o bien al enjuiciamiento mismo, cuando de lo que versa la Mediación, es precisamente de lo contrario, de la falta de formalidades, de trámites, de ritualismo y mucho menos de "enjuiciamiento", máxime cuando se pueden utilizar vocablos tan simples como "método" o "sistema" en lugar del de "procedimiento".

Lo que sucedió, a nuestro parecer, en la elaboración de la definición comentada, es que se pretendió que la misma fuera muy completa, tanto que abarca mas allá de lo que propiamente debe entenderse por Mediación e incluye también la definición de "mediados", es decir, de las personas que tratan de solucionar sus conflictos a través de la Mediación. Sin embargo, dicha definición posee la virtud de dejar claro que se trata de un sistema de carácter voluntario y de naturaleza autocompositiva, que son dos de los principales rasgos de la Mediación, así mismo incluye la intervención del tercero denominado Mediador quien los asistirá en la construcción de la solución a su disputa.

A reserva de que mas adelante, en un apartado especial, se abordará con mayor amplitud el tema de la mediación, para el efecto de compararlo con el Arbitraje, señalaremos que por su parte Oswaldo Alfredo Gozaíni, afirma que:

“. . . mediar es interceder o rogar por alguien, también significa interponerse entre dos o mas que riñen, procurando reconciliarlos, reunirlos en amistad” ²³

Este autor establece que:

²³ Oswaldo Alfredo Gozaíni, La mediación, una nueva metodología para la resolución de controversias, revista *Ars Iuris*, núm. 14, Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, p.89

“ . . . con la mediación se persigue incorporar la denominada Justicia Coexistencial, en la cual el órgano actuante acompañe a las partes en conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis.”²⁴

El mismo Gozaíni aborda el tema de las diferencias entre Arbitraje y Mediación, afirmando que la metodología entre ambas es distinta, ya que mientras en el primero se respeta el sentido de la disputa, para resolver en equidistancia y justicia, en la segunda no se sigue el sistema adversarial, es mas, se repudia.

“El Arbitraje suele ser solemne y ritualista en su armado, tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existen grandes pareceres. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de jueces ordinarios.

La mediación tiene un sentido más cooperativo: no existen fórmulas para su implantación, ni sacramentalismos que esterilicen su procedencia. El mediador, como antes dijimos, no busca respuestas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libres y voluntarias, concertadas, que morigeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar, se trata de considerarlo como alguien con quien han de encontrarse

²⁴ Oswaldo Alfredo Gozaíni, op. cit. p.89 cit. cont.

***coincidencias pues con él debemos continuar en relación
y convivencia social”²⁵***

Se cree más conveniente, partiendo de las lecturas realizadas y de nuestro propio criterio, realizar una comparación más apegada a la práctica y por tanto menos teórica. En cuanto a su origen, ambos sistemas –Arbitraje y Mediación- cuentan con grandes similitudes, es decir, con elementos que les son comunes, tales como la existencia de un conflicto entre dos o más personas, para efectos del presente trabajo, agregaríamos que esas personas deben estar vinculadas por algún nexo familiar; así mismo debe existir la voluntad previa o el ánimo común de las partes en conflicto para someterse al medio alternativo de que se trate, ya sea la Mediación o el Arbitraje, lo cual implica necesariamente su negativa a contender en el terreno Judicial.

En ambos casos, es un tercero el que interviene en la solución del conflicto, ese tercero es distinto de un Juez y la diferencia básica o más notoria entre ambos sistemas, es precisamente la actividad que despliega dicho tercero en la solución de la disputa.

Osvaldo D. Oremberg, dice acerca del mediador:

“Su preocupación no es la verdad sino la conveniencia. Su imagen es semejante a la del práctico, que está mas apegado a los resultados beneficiosos concretos que a los valores del orden espiritual. Su paradigma está en que cada parte logre lo que mas le conviene con el menor sacrificio posible, mas allá de lo que la ley diga. No impugna la ley, sino que se hace cargo de la contradicción en la demanda de la gente y los pesados mecanismos que la ley establece, y que tornan ilusorios los mismos derechos que protege.

²⁵ Osvaldo Alfredo Gozafni, op. cit. p.p. 98,99

La legitimidad del mediador proviene de la aceptación de su intervención por las partes, aunque sea la misma ley la que prevea esta intervención²⁶

Por otro lado, tenemos que el Arbitraje es un sistema que podríamos calificar de intermedio entre la mediación y el Juicio Contencioso, partiendo de la base precisamente, del desempeño o actividad desplegada por el Árbitro. Se trata de una función de carácter procesal muy similar a la del Juez.

Como se sabe, existen diferentes clases de Arbitraje, como el *ad-hoc*, el *institucional*, el *forzado*, etc. sin embargo nos abocaremos a tratarlo de una manera general. Así, de manera general, el Árbitro es al Arbitraje, lo que el Juez al Juicio, un tercero que resuelve una controversia en equidistancia, pero que además debe tener preparación profesional para ello, amén de reunir determinadas características personales de honestidad, imparcialidad, prudencia, etc.

Es ante el Árbitro que las partes van a plantear sus cuestiones, pretensiones, excepciones o defensas, siempre en los términos que las mismas partes propusieron, se ofrecerán y desahogarán pruebas e incluso se formularán alegatos si así lo hubiesen estipulado, todo ello dentro del tiempo que de común acuerdo se fijó, para posteriormente dictarse el Laudo, el cual a su vez, tiene bastante semejanza con la Sentencia Judicial, en primer lugar porque es vinculatorio para las partes, es decir las obliga, pero además porque en caso de diverso juicio produce las excepciones de litispendencia y cosa Juzgada, en dicho Laudo se vierte sustancialmente el desarrollo del proceso y se hace la valoración de los hechos y de las pruebas para arribar a una resolución.

A diferencia de la mediación, en que el mediador busca un acercamiento entre las partes, para tratar de provocar un diálogo entre las mismas y que sean ellas las

²⁶ Ortemberg Osvaldo, D. M Familiar, editorial Biblos, Buenos Aires 1996

que produzcan la solución al conflicto. En el Arbitraje, el Árbitro es un tercero que guarda distancia entre los arbitrables, para resolver imparcialmente aquello que fue sometido a su arbitrio, la ventaja respecto de la mediación, es definitivamente el resultado, que se traduce en un Laudo obligatorio para las partes y perfectamente ejecutable, mediante la homologación ante un Juez. La Mediación en cambio, concluye con un acuerdo, que en materia familiar es difícil llegar a él, cuando las partes se encuentran predispuestas a combatir legalmente, pero en todo caso si se llega al acuerdo es probable que éste sea incumplido y para su cumplimiento deberá llevarse ante un Juzgado para su ratificación, etapa en la cual una de las partes puede retractarse, además de que el mismo acuerdo puede adolecer de algún requisito legal y por ello no ser aprobado en sus términos por el Juez. Creemos, que por la forma de ser de nuestros conciudadanos, tendiente a tratar de evadir compromisos y responsabilidades, resulta mas eficaz el Arbitraje, por formal y preciso en cuanto a técnica jurídica se refiere, el cual ya se encuentra contemplado en nuestra legislación, sólo se trata de hacerlo alcanzable, mas accesible para la población.

CAPITULO II

2. LAS CONTROVERSIAS FAMILIARES

2.1. Concepto

Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Baez Rosalía, conceptúan al Derecho de Familia como:

“La parte del Derecho Civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar.”²⁷

Es importante destacar que dichos autores resaltan la autonomía del Derecho Familiar, al menos en cuanto a la independencia judicial de esta materia, ya que existen en México, Tribunales y Jueces específicos, así como un procedimiento especial, lo cual refuerza nuestra teoría en el sentido de que las Controversias Familiares deben ser tratadas de manera especial. De hecho ya lo son, mediante Jueces cuya función se constriñe específicamente al trámite y solución de Controversias en materia Familiar exclusivamente.²⁸

El maestro Galindo Garfias, en su conocido libro “Derecho Civil”, dice que los vínculos que unen entre sí a un determinado grupo familiar forman el parentesco, del cual se derivan Derechos y Obligaciones; en este sentido, el parentesco es la línea que acota o limita la aplicación de las normas jurídicas, relativas al Derecho de Familia.²⁹

²⁷ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, editorial Harla, México, 1996, p.10

²⁸ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía op.cit. p.10 cita contextual

²⁹ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, editorial Porrúa, México, 1997, p. 449 cita contextual

Más adelante, en la misma obra, el autor citado, expone lo que se puede considerar su definición de Derecho Familiar, al afirmar:

“Las normas Jurídicas, que se ocupan en regular, creando y organizando tales relaciones, forman el Derecho de Familia, que comprende las disposiciones legales relativas al matrimonio, concubinato, a la filiación (ya legítima, ya natural), a los alimentos, al patrimonio de la familia, a la patria potestad, la emancipación, la tutela, etc,”³⁰

El sustentante, considerando a los autores citados, concibe el Derecho Familiar, como la parte del Derecho Civil, cuyas disposiciones legales, crean y regulan las relaciones entre personas unidas por el parentesco.

De tal afirmación, se desprenden dos elementos básicos, a saber: que el Derecho Familiar se ubica dentro de esa gran rama, que es el Derecho Privado, pero además, que su aplicación se constriñe o se limita a las relaciones entre personas que cuentan con algún parentesco entre sí.

Ahora bien, una vez dilucidado de manera muy breve, en qué consiste básicamente el Derecho Familiar, considero conveniente abordar la cuestión “Controversia o Controversias”.

En este punto es menester señalar que, habitualmente, en el ámbito de aplicación del derecho, es decir, en los Tribunales, se utilizan indistintamente como sinónimos, las palabras, controversia y litigio, lo cual no es erróneo., veamos que nos dicen los diccionarios:

En el de los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, no aparece definición

³⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. p. 449

de la palabra Controversia, sin embargo, en Litigio dice:

“Pleito, controversia o contienda judicial”³¹

Por su parte el Diccionario de Derecho Procesal Civil, del maestro Eduardo Pallares, tampoco contempla la palabra Controversia y nos ilustra sobre:

“Litigio. El concepto de juicio está vinculado al de litigio, y de allí que sea necesario precisar éste último para entender bien aquel. Los diccionarios dan las siguientes acepciones de la palabra litigio: pleito, controversia ante los tribunales, contienda, disputa, altercado.”³²

El Diccionario Jurídico Mexicano, en la palabra “Controversia”, simplemente dice “v. Litigio” (véase Litigio).³³

El Diccionario para Juristas nos dice:

“Controversia. (lat. Controversia.) F. Discusión larga y reiterada entre dos o más personas. // Litigio o polémica”.³⁴

Como se puede apreciar de lo citado, en términos generales se utiliza indistintamente controversia y litigio, resultando válido hacerlo, según lo visto en diversos diccionarios.

En consecuencia, las Controversias Familiares, son los juicios, procesos, disputas, litigios o contiendas en que se dirimen asuntos que interesan a personas relacionadas con o por el parentesco.

³¹ Pina De, Rafael y Pina De Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, editorial Porrúa, México, 1996, p. 341

³² Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, editorial. Porrúa, México, 1976 p.540

³³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, op. cit. Tomo A-CH, 2ª editorial. Porrúa, México, 1999, p733

³⁴ Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, Tomo I, editorial. Porrúa, México, 2000, p. 385

Es de destacar que no es casual haber utilizado el término "Controversias Familiares", para el desarrollo del presente capítulo. Ya que deseo conducir la investigación hacia la conclusión de que es posible, jurídicamente, el establecimiento del Arbitraje como una opción para la solución de las

"Controversias en materia Familiar", es necesario hacer un estudio acerca de cómo nuestra legislación regula dichas contiendas, y es precisamente el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el que las contempla en su Título Décimo Sexto, artículos del 940 al 956, Capítulo Único, denominado precisamente "De las Controversias de Orden Familiar", en él se establecen las reglas especiales bajo las cuales se regulan los procesos relativos a las cuestiones familiares, lo que da pie a nuestro siguiente tema.

2.2 Controversias Familiares previstas por la Legislación Civil del Distrito Federal.

No existe en nuestra Ley, una glosa adecuada de las cuestiones relativas al Derecho Familiar, sino que éstas se encuentran dispersas en el Código Civil en diferentes Capítulos. Partiendo de la base de que puede constituirse o generarse controversia respecto de cualquier situación, relación, obligación o derecho relativa a personas vinculadas por el parentesco, tenemos en primer lugar, de acuerdo al Código Civil, en el Título Cuarto, del Registro Civil, que al regularse éstas, se incluyen asuntos que desde el nacimiento, van ligados a cuestiones que pueden ser objeto de controversia, como el reconocimiento, la adopción, la tutela, la emancipación, el matrimonio, el divorcio y la defunción

Del texto vigente de La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, derivan las disposiciones que establecen la competencia de los órganos jurisdiccionales que se especializan en la Materia Familiar y además enumeran el tipo de conflictos o controversias a conocer por los Jueces de lo Familiar.

El artículo 52 de la mencionada Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, enumera los posibles Conflictos Familiares que serán competencia de los Jueces de la materia de la siguiente manera:

“Artículo 52. Los Jueces de lo Familiar conocerán:

I. De los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, relacionados con el Derecho Familiar;

II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio a su ilicitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la Patria Potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de la familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma;

III. De los juicios Sucesorios;

IV. De los asuntos Judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de la persona y a las derivadas del parentesco;

V. De las diligencias de consignación en todo lo relativo a la materia familiar;

VI. De la diligenciación de los exhortos, suplicatorias,

requisitorias y despachos, relacionadas con el orden familiar.

VII. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten

en sus derechos de persona a los menores incapacitados, y

VIII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial”³⁵

El numeral citado es importante, en virtud de que resulta ser la glosa más completa que existe en la legislación respecto de las cuestiones familiares susceptibles de controversia y por tanto de resolverse ante un Juez.

No quiero dejar de mencionar que el trámite de una Jurisdicción Voluntaria en materia familiar, prevista en la fracción primera del artículo en comento, seguramente nos indica la posibilidad de que antes de la contienda se pueda realizar algún acto respecto de la constitución, extinción o modificación de un Derecho o de una obligación o de una relación familiar.

Por su parte, la fracción segunda del artículo en estudio, hace una basta referencia a los asuntos relacionados con la familia que necesariamente, en caso de diferencias entre los involucrados, deberán someter al Juez de lo Familiar.

En cuanto a la fracción tercera, el artículo en cuestión deja claro que los juicios sucesorios, intestados o testamentarios serán competencia del Juez de lo Familiar, sin embargo éste es un ejemplo claro de que bajo ciertas circunstancias el trámite puede realizarse ante una entidad diversa a la del Juez.

³⁵ Ley Orgánica del tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006, p. 206

Así lo establece el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles, que permite, cuando los herederos son mayores de edad, después del reconocimiento de sus derechos, encomendar a un notario la formación de inventarios, avalúos, liquidación y partición de la herencia, permitiendo a los interesados que los acuerdos entre ellos se adopten por mayoría de votos.

Aunque la última parte del mencionado artículo, establece que cuando no hubiese convenio entre los interesados, la oposición de parte se sustanciará incidentalmente ante el Juez que previno, es claro que la libertad y tranquilidad de realizar el trámite ante un notario público, abre grandes expectativas precisamente de dialogo entre las partes, las cuales encontrarán un ambiente propicio para ponerse de acuerdo, lo cual es uno de los puntos de referencia del presente trabajo, en el sentido de que existen cuestiones que son dirimibles entre los propios interesados y que cuando se encuentran en un ambiente adecuado, dichas cuestiones se pueden resolver, dejando la intervención del Juez como la última y mas alta de las opciones para resolver un conflicto.³⁶

La fracción cuarta del mencionado artículo 52 de La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, dispone que los Jueces de lo Familiar conocerán: "De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al Estado Civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco". Con lo que el legislador, tal vez sin la técnica jurídica adecuada, pero con ánimo de no excluir alguna cuestión, señala de manera genérica "otras acciones", es decir las no mencionadas hasta entonces en las fracciones antecedentes, sin olvidar que este artículo, como muchos otros de nuestra legislación, suple en su última fracción cualquier omisión, al mencionar: "VIII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial", con lo que se engloba de antemano cualquier situación no prevista en los supuestos legales enmarcados

³⁶ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006, p.129, cita contextual.

con antelación en las diversas fracciones.

Por lo que hace a las fracciones quinta y sexta del artículo en estudio, se trata de cuestiones de mero trámite, como son la consignación y tramitación de exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos relacionados con la materia familiar.

2.3. La vía de controversia familiar prevista por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

El Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, comprende los artículos del 940 al 956 y se titula precisamente "*De las controversias del orden familiar*". Es este conjunto de normas procesales, contenidas en diecisiete artículos, el que regula la forma especial en que han de tramitarse aquellos conflictos surgidos entre personas unidas por el parentesco, cuando dicho conflicto no encuentra alguna otra vía de solución extrajudicial.

Una de las características que distingue a este capítulo, de otros del mismo ordenamiento, consiste en las amplias y excepcionales facultades concedidas al Juez de lo Familiar para el conocimiento y resolución de las controversias que dirime. A continuación, se relacionarán todos y cada uno de los artículos que integran el capítulo las Controversias del Orden Familiar, en base al texto vigente del Código de Procedimientos Civiles, para conjuntamente hacer un comentario relacionado con el tema del presente trabajo de investigación:

"Artículo 940. Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la sociedad." ³⁷

³⁷ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006, p.154

En relación a este numeral consideramos que el mismo resulta poco claro en su intención. Primeramente contiene un aserto: *Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público*; la palabra *todos* no deja lugar a excepciones y es universal: *todos*, en cuanto a que se refiere a problemas.

Pensamos que tratándose de un texto incluido en el Código adjetivo Civil y precisamente en el capítulo *De las controversias familiares*, bien pudo decir *todas las controversias familiares* o *todas las controversias del orden familiar* o alguna similar, pues tratándose de *Todos los problemas familiares*, bien podría estarse refiriendo a problemas como el alcoholismo u otros, que aunque son reconocidos por la sociedad como problemas familiares, no entran en la esfera de controversias a dirimir en la vía que propone el capítulo que se comenta; si la intención era meramente declarativa, en el sentido de dejar plenamente establecido que los problemas familiares, tienen gran preeminencia sobre otros y por ello son de orden público, entonces debió aclarar lo que se debe entender por orden público en general y además, de entre las cuestiones de orden público, la categoría en que se ubican las controversias o los *problemas* del orden familiar.

Este punto es importante, ya que para la finalidad del presente trabajo, que plantea el Arbitraje como una opción viable para la solución de controversias en materia familiar, resulta ser el *orden público* un impedimento.

“Artículo 941. El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros

En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las

partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a los alimentos el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento. .” ³⁸

El artículo que se comenta, faculta al Juzgador intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, sin embargo en la realidad sucede que los Jueces no actúan de oficio, es necesaria la incitación del particular para poner en marcha el procedimiento. Procesalmente hablando, los órganos jurisdiccionales actúan a instancia de parte y la materia familiar no es la excepción.

En cuanto al segundo párrafo, consideramos que la disposición es correcta al suplir la deficiencia que las partes pudieran tener en sus planteamientos de derecho, sin embargo la realidad es que mientras los juzgadores no entiendan lo delicado de su labor, no habrá avance. Pongo como ejemplo un asunto familiar que recientemente se ingresó a un Juzgado Familiar del Distrito Federal, en la demanda, capítulo de Derecho, se asentó que el procedimiento se regía por el capítulo de Controversias de Orden Familiar, regulado por el Título Sexto del Código de Procedimientos Civiles. Era evidente que al mecanografiar se omitió la palabra Décimo, lo cual evidencia un error de los denominados de dedo, pero aunque así no fuera y se tratase de una deficiencia, en atención al numeral en comento y a lo delicado de la materia familiar, además de que por lógica, la naturaleza del asunto no admitía otro trámite que el de la Vía de Controversia Familiar, el Juez debió admitir y no prevenir como lo hizo. Esto lo menciono anecdóticamente, como un claro ejemplo de que a los Jueces de lo Familiar (no a todos por fortuna) les hace falta mayor conciencia respecto de lo delicado de su

³⁸ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2004, p.154

materia y la Ley les puede otorgar amplísimas facultades, pero si no las emplean en beneficio de los litigantes en poco ayudan a paliar los graves problemas familiares.

El tercer párrafo de este artículo es el de mayor interés para el sustentante, ya que en el mismo se plantea no la facultad, sino la obligación del Juez a exhortar a las partes a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, esto, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos. Lo cual mas que proteccionista, que se supone esa fue la idea del legislador, proteger o salvaguardar los derechos alimentarios al no someterlos a convenio, me parece discriminatorio. En los asuntos familiares, en general, se pueden salvar diferencias entre las partes, mediante convenios, incluso el Juzgador tiene obligación de exhortar a los interesados a hacerlo, pero en tratándose de alimentos, existe la prohibición comentada, por lo que con la simple lectura da la impresión de que las cuestiones alimentarias quedan fuera, cuando precisamente lo relacionado a los alimentos es, por un lado, donde mayor número de controversias se generan y por el otro, donde los obligados alimentistas, asesorados por abogados sin escrúpulos, se burlan de sus acreedores, en su mayoría mujeres y niños, de La Ley y de los Jueces.

En dicho numeral, en lugar de excluir los alimentos, de la labor conciliadora de los Jueces de lo Familiar, lo que se debió hacer era lo contrario, decir que se debe poner especial énfasis en lograr un convenio por lo que hace a los alimentos, a la forma de pagarlos, la cuantía y la forma de garantizarlos, el lugar, el tiempo, etc. precisamente por tratarse de un derecho altamente jerarquizado, de orden público y además de elemental necesidad para la supervivencia de quienes lo requieren. Cabe destacar que no existe disposición legal que impida a las partes ponerse de acuerdo en cuanto al monto, forma y periodicidad de pagar los alimentos y su forma de garantizarlos, al contrario. De hecho en todos, absolutamente todos los divorcios voluntarios, los solicitantes deben exhibir junto con su solicitud de Divorcio, un convenio en que se establezca el modo de atender las necesidades

de los hijos a quienes deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, así lo establece el artículo 273 del Código Civil en su fracción segunda, mientras que en la fracción quinta de dicho numeral se establece lo mismo respecto del cónyuge acreedor. Es decir, que en tratándose de divorcio voluntario siempre se debe especificar mediante convenio lo relativo a los alimentos. Por otro lado, por cuanto hace al Divorcio Necesario, es de reconocido Derecho que las partes pueden finiquitar su controversia mediante convenio en cualquier etapa procesal, resaltando el hecho de que dicho convenio no es de aprobarse si en el mismo no se establece lo relativo a los alimentos y se garantiza el pago de los mismos. Por último, por cuanto hace a una demanda en que se reclame el pago de alimentos, no existe tampoco impedimento legal alguno, para que entre acreedor y deudor alimentario puedan llegar a un convenio que garantice el debido cumplimiento de la obligación y que mejor si dicho convenio es tutelado o vigilado por el Juez de lo Familiar.

En resumen, considero que el texto del tercer párrafo del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles es erróneo al excluir las cuestiones alimentarias de la labor conciliadora que debe ejercer el Juez al exhortar a las partes para que logren un convenio que ponga fin a la disputa, al contrario, considero que sería de vital importancia poner énfasis en que precisamente por tratarse de alimentos, se eviten diferencias que orillen al deudor a buscar la manera de evadir su obligación.

***“Artículo 941-Bis. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por consanguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.*”**

En la audiencia las partes aportarán las pruebas que estimen necesarias a efecto de ejercer la custodia, las que se desahogarán en la misma audiencia, inmediatamente después el juez de lo familiar determinará la situación jurídica provisional del niño o de la niña, principalmente a quien corresponderá la custodia del menor; atendiendo para ello a las circunstancias que observe en ese momento, los elementos que hayan aportado las partes y sobre todo tutelando el interés superior del menor.

A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el juez diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliario en dichas actividades.

Asimismo en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando éstos ya acudan a centros educativos.

En los casos, en que los menores no acudan a centros educativos, médicos o de rehabilitación, el juez de lo familiar, a su prudente arbitrio, regulará las convivencias del menor con los parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia.”³⁹

³⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.154

En cuanto al primer párrafo del numeral que se comenta, pensamos que es una decisión legislativa acertada, el haber incluido en las últimas reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el 06 de septiembre de 2004, entre las que se encuentra este precepto, la regulación relativa a la custodia de menores cuando no existe acuerdo entre quienes deben ejercerla, sin embargo no podemos dejar de comentar que la buena o adecuada legislación no es suficiente, pues nuevamente la realidad de la sobrecarga de trabajo en los Juzgados Familiares afecta su desempeño y por ende, puede afectar positiva o negativamente a las partes. Nos referimos concretamente a la audiencia, que según el párrafo en cuestión, deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes, lo cual resulta prácticamente imposible debido al volumen de asuntos por atender, por lo que éstas se señalan incluso hasta con un mes de diferencia, tiempo en el que pueden variar las circunstancias por las que se solicitó la custodia.

Lo anterior, se compensa en el segundo párrafo, al determinar que en la audiencia el Juez resolverá inmediatamente sobre la custodia provisional del menor.

En cuanto a los párrafos siguientes del precepto en cuestión, nos parece afortunado que en los mismos se establezcan condiciones mas precisas que permitan a los Jueces de lo familiar determinar sobre la convivencia de los menores.

“Artículo 941 Ter. No será obstáculo para regular el derecho de convivencia de manera provisional, el hecho de que una de las partes, manifieste unilateralmente y sin estar reconocido por resolución judicial firme, que ha habido violencia familiar en contra de los menores o algún otro de los miembros del núcleo familiar.

Sin embargo tales aseveraciones deberán ser tomadas en

cuenta por el juez de lo familiar prudentemente. Por tanto, en caso de duda y para salvaguarda de los menores, podrá ordenar que la convivencia, se realice en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento. Y no existiendo precedente de riesgo o peligro para el menor no será ordenado por el juez de lo familiar las convivencias en las instituciones destinadas para tal efecto.

Para el caso de incumplimiento de las resoluciones que ordenen la convivencia con los menores, deberán aplicarse las sanciones que correspondan según los ordenamientos legales aplicables.” ⁴⁰

Desde nuestro punto de vista, es un acierto enorme haber incluido en las reformas y adiciones mencionadas, lo preceptuado en el artículo que se comenta, pues es de gran utilidad práctica que el Juez tenga referencia, aún sin existir resolución judicial, de la posible violencia entre los miembros del Núcleo familiar, lo cual sin duda, será factor que favorezca la mejor decisión del Juzgador.

“941 Quáter. El incumplimiento a permitir la convivencia con el ascendiente que no tiene decretada la custodia, dará lugar al cambio de ésta a favor de la otra parte, si no hubiere inconveniente legal alguno, se resolverá en forma incidental.

En el caso de cambio en la persona que tenga la custodia, la regulación de convivencia con el menor se hará en los mismos términos en que se venía dando, siempre y cuando no se encuentre involucrada en actos de violencia familiar en contra de los integrantes del

⁴⁰ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.155

núcleo familiar, conforme resolución firme.”⁴¹

Sin duda, la mejor legislación siempre es perfectible. En el caso del precepto que se trata, es incuestionable la voluntad y espíritu de protección, sin embargo dicha protección puede ser tardía si, para lograrla se debe esperar a que se condene, mediante resolución firme a la parte que incurrió en actos de violencia contra alguno de los miembros de la familia nuclear.

“Artículo 941 Quintus. El ascendiente que tenga el derecho de convivencia con el hijo por resolución judicial y no asista a dichas visitas, sin causa justificada se podrá suspender el goce y ejercicio de su derecho, quedando como precedente para no solicitarlo o ejercerlo de nuevo con ese hijo mientras sea menor de edad”⁴²

Al disponer, el precepto que se comenta, la suspensión del derecho de convivencia de un ascendiente con su hijo, por la inasistencia injustificada de aquel a las visitas correspondientes, lo que en realidad prescribe es la anulación o la pérdida de tal derecho de convivencia, pues determina que la suspensión queda como precedente para no solicitar o ejercer de nuevo el derecho en cuestión.

Esto puede resultar, desde nuestro punto de vista, un tanto excesivo, cuando la razón de la suspensión del derecho de convivencia se basa únicamente en la inasistencia y no en otra causa de fondo, que implique gravedad o riesgo en las relaciones entre convivientes, como podría ser la adicción a alguna droga, el alcoholismo consuetudinario o la violencia intrafamiliar.

“Artículo 941 Sextus. Cuando por cambio de residencia por parte del ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al juez y a

⁴¹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.155

⁴² Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.155

quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.”⁴³

Este precepto es claro en cuanto a la disposición que contiene, estableciendo una obligación de informar, al Juez y al otro progenitor, sobre el cambio de residencia del que ejerce la guarda y custodia de un menor, sin embargo y desde nuestro punto de vista, se debió complementar dicho numeral imponiendo una multa o apercibiendo con alguna otra sanción al que incumpla con la norma que se comenta.

“Artículo 942.- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad,

Tratándose de violencia familiar prevista por el artículo 323 Ter. del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, el Juez exhortará a los involucrados en

⁴³ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.155

audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran en la misma audiencia el Juez del conocimiento determinará las medidas pertinentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público” ⁴⁴

En este artículo se establece la posibilidad de acudir ante el Juez sin formalidades especiales, cuando se trate de los casos que el mismo precepto plantea. Sin embargo no se eliminan todas las formalidades, pues en el artículo siguiente, el 943, se plantea que puede acudirse al Juez por escrito o comparecencia en los casos urgentes a que se refiere el propio artículo 942, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. De ahí que la frase inicial del artículo que se comenta en el sentido de que no se requieren formalidades especiales debe ser asumido con reserva.

Es de destacar que el precepto del que nos ocupamos, hace especial mención en cuanto al tratamiento que el Juez debe dar a los casos de violencia familiar de que trata el artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, atendiendo a las partes en audiencia privada y exhortándolos para convenir los actos concretos que hagan cesar la violencia y en su defecto, el mismo Juez se encuentra facultado para dictar las medidas pertinentes para la protección de los menores y de la parte agredida tomando en consideración los informes que al efecto elaboren instituciones públicas o privadas.

“Artículo 943.- Podrá acudirse al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos

⁴⁴ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.156

urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Las copias respectivas de la comparecencia y demás documentos serán tomados como pruebas, debiendo relacionarse en forma pormenorizada con todos y cada uno de los hechos narrados por el compareciente, así como los medios de prueba que presente, haciéndole saber el juez al interesado que puede contar con el patrocinio de un defensor de oficio para conocer de su procedimiento y como consecuencia, éste ordenará dar parte a la institución de Defensoría de Oficio para que, en su caso, asesore o patrocine a éste. Una vez hecho lo anterior se correrá traslado, a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado el juez deberá señalar el día y hora para la celebración de la audiencia respectiva. Tratándose de Alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento, o por disposición de la Ley el Juez fijará, a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio.

Será optativo para las partes acudir asesoradas, y en este supuesto, los asesores deberán ser Licenciados en Derecho, con cédula profesional. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitarán de inmediato los servicios de un Defensor de oficio, el que deberá acudir, desde luego, a enterarse del asunto, disfrutando de un término que no podrá exceder

de tres días para hacerlo, por cuya razón se diferirá la audiencia por un término igual.”⁴⁵

Como puede verse claramente, la intención del legislador, en este artículo, fue la de eliminar formalidades y facilitar el acceso a la justicia por parte de los interesados en tratándose de los casos a que se refiere el artículo 942 del propio Código Adjetivo, sin embargo es de apuntarse, que ciertas formalidades son imposibles de eliminar. Así tenemos que, para iniciar el procedimiento, por lo menos, la parte interesada deberá comparecer, si no por escrito, sí personalmente. A dicha comparecencia se deberán agregar los documentos que aporte la compareciente, amén de que los mismos deben relacionarse en forma pormenorizada con todos y cada uno de los hechos narrados. En este punto cabe hacer mención que muy pocas personas podrán tener la capacidad de, en una comparecencia personal en un Juzgado, narrar correctamente los hechos y además aportar los documentos correspondientes, y mucho menos relacionarlos correctamente, por lo que se antoja un tanto inverosímil este supuesto. No obstante, sabemos que el Tribunal Superior de Justicia, ya tiene elaborado un procedimiento específico para la atención de personas que acuden a demandar por comparecencia, pero dicho trámite se limita concretamente al caso de demanda de alimentos, una vez que ha sido solicitado el servicio en la oficialía de partes común, se turna al Juzgado que corresponda según el turno automatizado, sin embargo una vez en el Juzgado, dicho asunto es marcadamente discriminado, discriminación que va desde el archivar por separado todos los asuntos por comparecencia, hasta el trato que el personal otorga a los comparecientes, se les ve como “los sin abogado”, dicho trato se vuelve muy pesado para los solicitantes de justicia, al grado de que incluso la solicitud de unas simples copias resulta un trámite engorroso. Por su parte los defensores de Oficio, con la cuantiosa carga de trabajo que tienen, muy difícilmente se ocupan de acudir personalmente para solicitar copias, encargar oficios, cédulas de notificación, turnar el expediente, etc, por lo que cuando el trámite prospera al grado de emplazar al demandado,

⁴⁵ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.156

obvio es decir que si éste cuenta con la asesoría de un abogado particular, será muy difícil hacer efectivo el derecho del acreedor alimentario.

Por otro lado, en el mismo precepto, se establece que el juez puede fijar una pensión alimenticia provisional a cargo del demandado y sin audiencia de éste, en tanto dura el procedimiento, lo cual nos parece atentatorio de las garantías individuales, particularmente de la de audiencia, pues sin ser escuchado se le priva parte de sus ingresos por lo menos mientras dure el Juicio y éste puede durar varios años.

Lo anterior, además de que merced al último párrafo del artículo comentado, se prestará a “chicanas”, el supuesto de que será optativo para las partes acudir asesoradas, y en caso de que así sea, dicho asesor debe ser Licenciado en Derecho con Cédula Profesional, y para el supuesto de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, entonces se pedirá el auxilio del Defensor de Oficio, lo que traerá como consecuencia el diferimiento de la audiencia

“Artículo 944. En la audiencia las partes aportarán las pruebas que así procedan y que hayan ofrecido, sin mas limitación que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la Ley.”⁴⁶

Respecto de este artículo no existe mayor comentario, excepto que desde nuestro punto de vista, la intención del legislador fue la de expresar, que las partes desahogarán las pruebas, en vez de aportarlas, las pruebas. Ello se colige de dos razones evidentes; La primera, es que según lo dispuesto por el artículo que antecede, en las comparecencias de demanda y contestación, las partes ya debieron ofrecer pruebas y la segunda es que el Juez, al ordenar el traslado ya tuvo que haber señalado fecha para la audiencia, se entiende entonces por lógica procesal, que en dicha audiencia deberán desahogarse las pruebas ya ofrecidas

⁴⁶ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.156

por las partes, pues de otro modo y en caso de una estricta interpretación del artículo 944, si en dicha audiencia se aportaran las pruebas, entonces deberá señalarse diversa fecha para el desahogo, lo cual no es congruente procesalmente hablando. Amén de lo anterior, en la práctica, sucede efectivamente que en los escritos iniciales se ofrecen pruebas y el contenido de la audiencia es para el desahogo de las ya ofrecidas.

“Artículo 945. La audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes. Para resolver el problema que le plantee, el juez se cerciorara de la veracidad de los hechos y los evaluará personalmente o con el auxilio de especialistas o de instituciones especializadas en la materia. Estos presentarán el informa correspondiente en la audiencia y podrán ser interrogados tanto por el Juez como por las partes. La valoración se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 402 de este Código y en el fallo se expresarán los medios de prueba en que se haya fundado el juez para dictarlo.”⁴⁷

En el caso del artículo que se comenta, se trata de la facultad con que cuentan los Jueces de lo familiar para allegarse información proveniente de especialistas, ya públicos, ya privados, para cerciorarse de la veracidad de los hechos. Sobre todo, considerando que en materia familiar, en numerosas ocasiones, de lo que se quejan las partes, es de maltrato psicológico o físico, lo cual nos hace insistir nuevamente en lo delicado de la materia familiar, máxime cuando se involucra a los menores de edad y se les utiliza, por ambas partes, como armas de ataque o de defensa, e incluso hasta de chantaje moral, situación que lamentablemente es muy común.

“Artículo 946. El Juez y las partes podrán interrogar a los testigos con relación a los hechos controvertidos,

⁴⁷ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.156

pudiéndoles hacer todas las preguntas que juzguen procedentes con la sola limitación a que se refiere el artículo 944.”⁴⁸

Respecto del artículo transcrito, lo destacable indudablemente, es la amplia facilidad que se otorga a las partes para interrogar a los testigos, con independencia de quien los haya ofrecido, obviamente con la única limitante de que las preguntas que se les formulen, no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la Ley.

“Artículo 947. La audiencia se llevará a cabo dentro de los treinta días contados a partir del auto que ordene el traslado, en la inteligencia de que, la demanda inicial deberá ser proveída dentro del término de tres días”⁴⁹

Pensamos que el artículo en comentario, es muy claro en su planteamiento, destacando la intención del legislador en procurar la celeridad del procedimiento al poner un límite en cuanto al número de días dentro de los cuales deberá señalarse fecha para la celebración de la audiencia.

“Artículo 948. Si por cualquier circunstancia la audiencia no puede celebrarse, ésta se verificará dentro de los ocho días siguientes. Las partes deberán presentar a sus testigos y peritos. De manifestar bajo protesta de decir verdad no estar en aptitud de hacerlo, se impondrá al actuario del juzgado, la obligación de citar a los primeros y de hacer saber su cargo a los segundos, citándolos asimismo, para la audiencia respectiva, en la que deberán rendir dictamen. Dicha citación se hará con apercibimiento de arresto hasta por treinta y seis horas,

⁴⁸ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.156

⁴⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.157

de no comparecer el testigo o el perito sin causa justificada y al prominente de la prueba, de imponerle una multa hasta por el equivalente de treinta días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en caso de que el señalamiento de domicilio resulte inexacto o de comprobarse que se solicitó la prueba con el propósito de retardar el procedimiento, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad resultante,. Las partes en caso de que se ofrezca la prueba confesional, deberán ser citadas con apercibimiento de ser declaradas confesas de las posiciones que se les articulen y sean calificadas de legales, a menos que acrediten justa causa para no asistir.”⁵⁰

Respecto al artículo transcrito, es de mencionarse que prevé el posible diferimiento de la audiencia. Al señalar: “*por cualquier circunstancia*”, desde mi punto de vista debe entenderse un paro de labores imprevisto o una causa de fuerza mayor, o cualquier imprevisto que impida el funcionamiento del Juzgado, pero no la inasistencia injustificada de las partes, ya que por su parte el artículo 945 ordena que la audiencia debe celebrarse con o sin asistencia de las partes. Sin embargo, en el mismo numeral que se comenta en este punto, se plantea mas adelante que tratándose de la prueba confesional, la cual corre a cargo evidentemente de una de las partes, existe la posibilidad de inasistencia siempre y cuando se justifique la misma, lo cual traerá como consecuencia lógica que se difiera la audiencia, en cuyo caso el artículo en comento ya no dice nada y nuestra opinión es que debe entenderse que la nueva fecha de audiencia debe señalarse también dentro de los siguientes ocho días y que podrá diferirse solo una vez.

En cuanto hace a las medidas de apremio, que desde ya señala, para el caso de inasistencia de peritos y testigos, nos parece un intento válido y justificable para

⁵⁰ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.157

acelerar el proceso, destacando que para la comparecencia de ellos, no se previno la manera de proceder para el caso de inasistencia debido a una causa que lo justifique.

“Artículo 949. La sentencia se pronunciará de manera breve y concisa, en el mismo momento de la audiencia de ser así posible o dentro de los ocho días siguientes.”⁵¹

En relación al artículo transcrito, es menester decir solamente que la mayoría de las Sentencias se dictan dentro de los ocho días siguientes al de la audiencia, ya que en la realidad resulta prácticamente imposible dictarla en el mismo momento debido a la carga de trabajo de los Juzgados y a que una sentencia, se entiende, requiere de una valoración y estudio de los medios de prueba aportados por las partes, así como de las constancias procesales

“Artículo 950. La apelación deberá interponerse en la forma y términos previstos por el artículo 691.

Cuando la tramitación del juicio se haya regido por las disposiciones generales del Código, igualmente se regirá por estas disposiciones por lo que toca a los recursos, pero en todo caso, si la parte recurrente careciere de abogado, la propia Sala solicitará la intervención de un Defensor de Oficio, quien gozará de un plazo de tres días más para enterarse del asunto a efecto de que haga valer los agravios o cualquier derecho a nombre de la parte que asesore.”⁵²

El contenido del presente artículo, francamente debería, desde nuestro punto de vista, limitarse a la primera fracción, que ordena que el recurso de apelación se tramite conforme a lo establecido por el diverso numeral 691 y dejar las cosas así

⁵¹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.157

⁵² Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.157

de claras. Ya que en cuanto a la segunda fracción, por su texto se colige que si no se trata de la tramitación especial se tratará entonces de la general y en ambos casos los recursos se interpondrán conforme a lo establecido por el mencionado artículo 691, luego entonces no tiene caso añadir nada. Por otro lado, en relación a la misma segunda fracción, que mas adelante establece el supuesto en el que la parte recurrente careciere de abogado, entonces la Sala solicitará uno de Oficio para que en un plazo de tres días se imponga del asunto y haga valer los agravios, lo cual resulta absurdo, atento a la letra de los artículos 691, 692 y 693 del propio Código Adjetivo, ya que en el primero se menciona que las apelaciones se tramitarán conforme a las reglas establecidas en los numerales siguientes y en los dos siguientes, se establece que el apelante al interponer la apelación debe expresar agravios (692), además de que el Juez sólo admitirá una apelación siempre y cuando en ella se hayan expresado los agravios respectivos, por lo que resulta un poco incongruente establecer en un artículo que sea el Tribunal de Alzada el que solicite la intervención de un defensor de Oficio para hacer valer los agravios de la parte apelante en caso de carecer de abogado, cuando según las diversas disposiciones invocadas, la apelación jamás llegará a la Sala si no se expresaron ya esos agravios.

“Artículo 951. Salvo los casos previstos en el artículo 700, en donde el recurso de apelación se admitirá en ambos efectos, en los demás casos, dicho recurso procederá en el efecto devolutivo.

Las resoluciones sobre alimentos que fueren apeladas se ejecutarán sin fianza.”⁵³

En este punto es menester remitirnos al artículo 700 a que se refiere el numeral en comento, el cual en su fracción primera establece que las apelaciones contra Sentencias Definitivas de los juicios ordinarios se admitirán en ambos efectos, salvo en los casos de interdictos, alimentos y diferencias conyugales en los cuales

⁵³ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.156

la apelación solo se admitirá en el efecto devolutivo, es decir sin suspender el procedimiento o la ejecución. Por su parte la fracción segunda del mencionado artículo 700 del Código de Procedimientos Civiles ordena que se admitirá en ambos efectos la apelación que se interponga en contra de autos definitivos que paralizan ó ponen término al juicio haciendo imposible su continuación, cualquiera que sea la naturaleza del juicio y por último en la fracción tercera del artículo en comento se establece que, respecto de las sentencias interlocutorias que paralizan o ponen término al juicio haciendo imposible su continuación, también se admitirá la apelación en ambos efectos.

Es decir, que en tratándose de controversias familiares reguladas por el Título Décimo Sexto del Código Adjetivo Civil, todas las apelaciones serán admitidas sólo en el efecto devolutivo, sin suspensión del procedimiento, excepto en los casos previstos por el artículo 700 del mismo ordenamiento, en cuyo caso sí se admitirá el recurso de Alzada en ambos efectos.

Finalmente ordena, el comentado artículo 951 del Código Procesal, que las resoluciones sobre alimentos que fueren apelados se ejecutarán sin fianza. Lo cual obedece, sin duda, al carácter de orden público de los alimentos y al espíritu proteccionista o tutelar de la Ley en materia de alimentos, pues éstos son considerados de primera necesidad para la supervivencia de quien los requiere y el legislador consideró pertinente que su materialización no se viera afectada u obstaculizada por recursos legales que pudieran impedir su realización.

“Artículo 952. Los autos que no fueren apelables y los decretos pueden ser revocados por el juez que los dicta. Son procedentes en materia de recursos, igualmente los demás previstos en este Código y su tramitación se sujetará a las disposiciones generales del mismo y además de los casos ya determinados expresamente en esta Ley, para lo no previsto al respecto, se sujetará a las disposiciones generales

correspondientes.”⁵⁴

En el caso de la primera fracción del numeral que nos ocupa, se trata de una medida de carácter procesal tendiente a facilitar al juzgador y a las partes la regularización del procedimiento en caso de ser necesario, incluso es de comentarse la similitud o la relación de este artículo con el diverso 684 del mismo ordenamiento.

Por cuanto hace a la segunda fracción, es de mencionarse que su contenido tiende a suplir cualquier omisión al señalar que en materia de recursos se admitirán y tramitarán de conformidad a lo dispuesto por las disposiciones generales correspondientes.

“Artículo 953. La recusación no podrá impedir que el juez adopte las medidas provisionales sobre el depósito de personas, alimentos y menores”⁵⁵

El maestro Eduardo Pallares, en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, nos dice de la recusación que:

“Es el acto procesal por el cual una de las partes solicita del juez, magistrado o secretario, se inhiban de seguir conociendo de un proceso, por concurrir en ellos algún impedimento legal.”⁵⁶

Por su parte el artículo 170 del Código de Procedimientos Civiles, enumera los supuestos que se consideran impedimentos para conocer de algún juicio, por lo que, concatenando ambos dispositivos legales, si en algún asunto tramitado bajo el procedimiento de controversias del orden familiar, concurre en el Juez, Magistrado o Secretario alguna de las causales que le impidan conocer del juicio y

⁵⁴ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.157

⁵⁵ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.157

⁵⁶ Pallares, Eduardo. Op. Cit. p.690

no inhibiéndose se promueva la recusación, ello no es obstáculo para que, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 953 del código procesal, dicte las medidas provisionales relativas al depósito de personas, alimentos y menores.

“Artículo 954. Ninguna excepción dilatoria podrá impedir que se adopten las referidas medidas. Tanto en este caso como en el del artículo anterior, hasta después de tomadas dichas medidas se dará el trámite correspondiente a la cuestión planteada”.⁵⁷

Este artículo es complemento del anterior y una muestra más del carácter tutelar y proteccionista de la Ley en tratándose de cuestiones relativas al depósito de personas, alimentos y menores, las cuales deberán ser protegidas de inmediato, a través de las medidas provisionales que se dicten al respecto, con independencia de que posteriormente se resuelva la recusación o cualquier otra excepción dilatoria.

“Artículo 955. Los incidentes se decidirán con un escrito de cada parte y sin suspensión del procedimiento. Si se promueve prueba deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse, y se citará dentro de ocho días, para audiencia indiferibles, en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones, y se dicte la resolución dentro de los tres días siguientes.”⁵⁸

Desde nuestro punto de vista, este artículo es muy útil en cuanto que establece la forma y el procedimiento para tramitar los incidentes en las controversias del orden familiar, dejando claro que dichos incidentes no suspenden el procedimiento, señalando incluso el término indiferible para la audiencia y para dictar la resolución, además de que denota también un espíritu de protección y

⁵⁷ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.157

⁵⁸ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.157

agilidad en las cuestiones familiares.

“Artículo 956. En todo lo no previsto y en cuanto no se opongán a lo ordenado por el presente capítulo, se aplicarán las reglas generales de este Código” ⁵⁹

Este numeral utiliza el conocido recurso de que para el caso de no haberse previsto un supuesto para tramitarlo o regularlo de manera especial, se deberá estar a las reglas generales.

⁵⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.156

CAPITULO III

3. ES EL ARBITRAJE EL CAMINO HACÍA LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA.

3.1. Elementos, sujetos y tipos de Arbitraje

En el capítulo uno se abordó el tema relativo al concepto de Arbitraje, así como los elementos que lo componen, sin embargo por metodología, para el desarrollo del presente trabajo, analizaremos en este punto de una manera un tanto mas detallada, precisamente los elementos que componen al Arbitraje.

De los textos consultados para la elaboración del presente trabajo, ninguno contiene un desglose puntual de los elementos que conforman al Arbitraje, sin embargo, de las lecturas realizadas, se desprende que los diversos tratadistas estudiados, ofrecen, dispersos en sus obras, los diferentes elementos que componen la institución que nos ocupa. Así, tomaremos de diversos autores notas que nos ayuden al desarrollo del presente tema, aunque basándonos por ser éste de origen mexicano y por tanto sus estudios encontrarse mas ajustados a nuestro país, pero además, por tratarse de un estudio profundo y muy conocedor de la materia.

Afirma el maestro Humberto Briseño Sierra, en su estupendo libro *El Arbitraje en el Derecho Privado*, después de referirse a lo noble y antiguo de la figura del Arbitraje, que si por su práctica, a través de tanto tiempo,

“ . . . hubiera necesidad de describirla con un mínimo de caracteres, susceptibles de encontrarse en cualquier hipótesis de arbitraje público o privado, podría decirse que se presenta, cuando dos o mas sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. La discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el

acuerdo y la decisión del pleito, son las notas que permanecen constantes.⁶⁰

De lo anterior se desprenden los elementos integrantes del Arbitraje siguientes: a) *La discusión Jurídica*, por lo cual debe entenderse el litigio o la controversia; b) *La trilogía de sujetos*, por lo cual debe entenderse a las dos partes que pretenden dirimir sus diferencias mediante el Arbitraje, más el *Árbitro*, que ha de decidir; c) *El acuerdo*, por el cual deberá entenderse, ya sea la cláusula compromisoria o ya sea el compromiso Arbitral; y d) *la decisión del pleito*, o sea, el Laudo y nosotros añadiríamos otro inciso: el e) *La ejecución*, por considerar que, si bien podría discutirse que ésta, ya no forma parte de lo que en sí es el Arbitraje, al igual que para algunos procesalistas la ejecución de Sentencia implica actos fuera de Juicio, es innegable que dado el tema del presente trabajo es conveniente tratar lo relativo a la materialización del Laudo Arbitral y los modos de hacerlo eficaz.

Como ya se ha establecido anteriormente, en términos generales, el Arbitraje es un medio por el cual dos partes se ponen de acuerdo para someter una disputa a la resolución que al respecto dicte un tercero distinto a un Juez. Es pertinente el comentario, en razón del orden en que se ha decidido colocar los elementos del Arbitraje, ya que dependiendo de si se trata de la cláusula Arbitral, desde luego que lo primero que surge es el acuerdo entre las partes para someter la posible controversia futura al arbitraje, por el contrario, en tratándose de Compromiso Arbitral, primero surge la controversia y después de ésta, las partes convienen en arreglarla, no mediante y ante el Juez, sino a través del proceso Arbitral. Para la conveniente evolución de la presente investigación, consideramos pertinente posicionar primero a la controversia, diferencia, disputa o litigio, ya que por tratarse de un estudio acerca de cuestiones relacionadas con asuntos familiares, se deduce la improbabilidad de que los interesados quieran verse involucrados en un conflicto y por tanto, que decidan con anticipación, en un contrato, el sometimiento al Arbitraje, sin embargo, una vez surgido el conflicto, así se plantea

⁶⁰ Briseño Sierra, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. editorial Porrúa, México, 1963, p.21

en este trabajo, es factible que las partes se pongan de acuerdo para, en vez de acudir ante un Juez, sometan sus diferencias a un procedimiento Arbitral.

a) Litigio o controversia

Independientemente, de que se le denomine conflicto, controversia, litigio, disputa, etc. éste, amén de ser un elemento esencial del Arbitraje, resulta ser un presupuesto, ya que sin su existencia, evidentemente no habrá materia arbitrable. y consiste básicamente en las pretensiones opuestas de las partes, quienes desean cosas diferentes, o incluso puede tratarse de meras pretensiones subjetivas y no materiales, cuando lo que se busca es, por ejemplo, la declaración de un Derecho.

Las controversias que se presentan en materia familiar, revisten una delicadeza especial, ya que en ellos se ventilan cuestiones, en ocasiones íntimas de las partes. Por lo que consideramos que el Arbitraje representa una opción ventajosa, en aquellos casos en que los contendientes así lo deseen y sea jurídicamente posible, someter su asunto al trámite Arbitral. Desde éste punto de vista, el litigio o controversia, como materia arbitrable, resulta ser un elemento esencial de la institución a estudio.

b) Sujetos del Arbitraje

El Arbitraje tiene similitud con el proceso judicial, en ese orden de ideas, resulta fácil colegir que existe identidad en los sujetos que lo componen, siendo básicamente, las partes contendientes, que en el Arbitraje se pueden denominar Arbitrables y el tercero que va a decidir la controversia, que mientras en el proceso judicial se trata de un Juez, en el caso de la institución a estudio se refiere al Árbitro.

Es de destacarse que, en cuanto a las partes contendientes o arbitrables, en el caso del presente estudio, se tratará siempre de personas ligadas por el parentesco, ya sea éste consanguíneo o por afinidad, pues el parentesco es

precisamente el elemento característico de las controversias del orden familiar, tal como quedó asentado en el capítulo correspondiente a ese tipo de controversias.

Por cuanto hace al Árbitro, resulta ser éste uno de los elementos, o si se quiere sujeto, de mayor importancia en el Arbitraje. Dicha importancia estriba no sólo en que el Árbitro es la persona o institución que va a resolver una controversia, sino en que, además es escogido de común acuerdo entre las partes, lo cual entraña en primera instancia que las partes ya se pudieron poner de acuerdo en algo principal: elegir a un tercero, diferente de un Juez, para que resuelva la controversia que los divide, con el agregado de que dicho tercero es especialista en la materia a resolver.

c) El acuerdo

Como se ha visto, el Arbitraje tiene su origen, generalmente, en el acuerdo de voluntad de las partes, para someter determinadas cuestiones litigiosas a dicho procedimiento, lo cual implica la exclusión de la jurisdicción judicial, por decisión propia de los interesados. Es decir, que es el *acuerdo* entre las partes el origen del Arbitraje.

Ahora bien, dependiendo del momento en que surja dicho acuerdo, éste se denominará Cláusula Arbitral o Compromiso Arbitral. Dice Caivano:

“Tenemos así, dos pactos (cláusula compromisoria y compromiso Arbitral) que si bien son conceptualmente diferentes, apuntan en definitiva a un mismo objetivo final, cual es la efectiva remisión de las cuestiones litigiosas a decisión de los árbitros. La cláusula compromisoria, por la que se someten al arbitraje –en términos mas o menos genéricos- todas las cuestiones que eventualmente pudieran surgir de una relación jurídica de base que une a las partes; y el compromiso arbitral, cronológicamente posterior a aquélla, cuyo

propósito es concretar en forma completa los aspectos operativos del arbitraje, con referencia a un litigio que ya se ha presentado.⁶¹

La importancia del acuerdo, estriba no solamente en el hecho de que en éste, generalmente, tiene su origen el Arbitraje, sino además, en que tratándose del compromiso arbitral, una vez surgido el conflicto, las partes no solamente convienen llevar su controversia ante el árbitro, sino que además, se estipula el o los árbitros, el tipo de procedimiento, las pruebas que han de rendirse, el tiempo de duración del procedimiento e incluso las cuestiones que se van a resolver, que pueden ser todos y cada uno de los puntos en conflicto, o bien pueden restringirse las partes a una sola cuestión de interés para ambos. Esto es particularmente importante para el presente trabajo, ya que en nuestro ámbito, existen en materia familiar diferentes temas que la Ley permite o reconoce como arbitrables, tal es el caso de negocios hereditarios (artículo 613 del código de procedimientos civiles) y existen, en cambio, otras cuestiones expresamente prohibidas al procedimiento arbitral, tal es el caso de asuntos como: el derecho a recibir alimentos, la nulidad del matrimonio, el divorcio, etc. según se previene en el artículo 615 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal. Destacando el hecho de que, como apuntamos con antelación, por tratarse la materia familiar de cuestiones harto delicadas para los interesados, el Arbitraje surgirá como consecuencia de un compromiso arbitral, es decir, en los casos en que el conflicto ya sea eminente o de plano ya exista entre las partes.

d) *Laudo*

El objetivo del Arbitraje, no cabe duda, es la solución del o los conflictos surgidos entre dos o mas personas. En ese sentido, el Laudo reviste singular importancia, ya que representa la decisión final, mediante la cual se da fin al procedimiento Arbitral en sí, sino que además representa la decisión acerca de las pretensiones de los contendientes.

⁶¹ Calvano J. Roque op. cit. p. 108

Nos dice Caivano:

“El laudo es la decisión emanada de los Árbitros que pone fin al litigio. Tiene fuerza vinculante y es obligatorio, resolviendo definitivamente el diferendo que las partes les habían sometido. Constituye la expresión mas acabada de la jurisdicción que ejercen los Árbitros, al imponer las partes una solución para las diferencias que los separaban, y es el acto que finalmente tuvieron en mira las partes al pactar el Arbitraje como medio de resolución de sus conflictos”.⁶²

Por su parte Francisco Raúl Paganoni O'Donohe, en su obra *“El Arbitraje en México”*, define el Laudo de la siguiente manera:

“Es aquella resolución definitiva dictada con apego a las reglas del derecho, en el caso de los árbitros, o conforme a la conciencia y a las máximas de la equidad, si se trata de amigables componedores, la cual pone fin al conflicto objeto de la sumisión”.⁶³

Este autor señala, en la obra citada, algunos aspectos de un Laudo, como lo son: El Término, El Contenido, La Forma y Las Costas. Respecto del Término, indica que si bien es cierto que una de las obligaciones más importantes de los árbitros es dictar el Laudo, no menos importante es pronunciarlo dentro del término fijado para ello. Ya sea que dicho término se haya fijado por las partes, o bien dentro del fijado por las leyes para el caso de que las partes no hubiesen señalado término. Tan importante es el término que la Ley adjetiva, en su artículo 617 establece que:

“El compromiso será válido aunque no se fije término

⁶² Caivano J. Roque op. cit. p. 249

⁶³ Paganoni O'Donohe, Francisco Raúl. *El Arbitraje en México*, OGS Editores, México. 2002, p138

del juicio arbitral y, en este caso la misión de los árbitros durará sesenta días. El plazo se cuenta desde que se acepte el nombramiento.⁶⁴

La importancia del término se refleja en la rigurosa aplicación del mismo y a que, para el caso de que el laudo no sea dictado dentro del mismo, se produce la terminación del procedimiento arbitral, según lo dispone el artículo 622 del Código de Procedimientos Civiles, en su fracción quinta. El mismo tratadista hace énfasis a que tal rigor en la aplicación del término, obedece a que, tratándose el Arbitraje de una Jurisdicción particular, que en un momento dado sustituye a la Jurisdicción Estatal, es comprensible que el mismo Estado, acote el tiempo de duración por el cual ha de ejercer Jurisdicción sobre los gobernados, una persona particular. En otras palabras, la Jurisdicción particular que ejercen los Árbitros, para dirimir una controversia entre dos o más gobernados, es conveniente para el Estado que tenga un ciclo de vida restringido, breve. amén de ser parte de la naturaleza y finalidad del Arbitraje.⁶⁵

Respecto del contenido del Laudo, este autor señala que los Árbitros deben analizar y resolver todos y cada uno de los puntos que las partes han sometido a su consideración, y tienen la obligación de constreñirse al conflicto planteado y que no pueden dejar pendiente de resolución alguno de los puntos controvertidos. Resalta el hecho de que la resolución, denominada Laudo, tiene carácter de definitiva, por lo que no es dable que se dejen de resolver cuestiones que fueron planteadas por los Arbitrables, ya que no podrá haber un pronunciamiento posterior.⁶⁶

Por cuanto hace a la forma, el autor de marras, cita al maestro Briseño Sierra, quien dice que:

⁶⁴ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista México, 2006, p.156

⁶⁵ Paganoni O'Donohe, op.cit. cita contextual, pp138,139

⁶⁶ Paganoni O'Donohe, op.cit. cita contextual. pp.140,141

“El laudo debe ser emitido por escrito, firmado por todos lo Árbitros, y si la minoría rehúsa hacerlo, los otros dejarán constancia de ello y la sentencia tendrá el mismo efecto, conforme al artículo 625 de La Ley Procesal Civil. El laudo en derecho debe ser suficientemente fundado y motivado, pero se admiten como válidos los laudos dictados en conciencia, ex aequo et bono, de amigable composición o en equidad, que por su misma hipótesis no necesitan justificación razonada”⁶⁷

Ahora bien, el sustentante por su parte y en atención a que el presente trabajo versa sobre materia familiar, de la mas delicada naturaleza, sostiene que los laudos deben contener todos y cada uno de los elementos de forma y de sustancia que una sentencia, es decir, nombre del Juez (en este caso Árbitro) que lo pronuncia, lugar, fecha, nombre y carácter de las partes contendientes, el objeto del litigio o delimitación concreta y correcta de la litis, deben ser firmados por el Árbitro y el Secretario, que sus puntos resolutivos se apoyen en preceptos legales y a falta de éstos en principios legales de acuerdo al artículo 14 Constitucional, deben ser claros, precisos y congruentes, resolviendo las pretensiones de las partes. Lo cual se considera necesario en razón de la desconfianza que permea entre la población respecto del procedimiento Arbitral.

Finalmente, dice Paganoni, en la obra referida:

“Estas consideraciones son de gran importancia pues facilitan a la parte que salió perdiendo, a impugnar el laudo y a la parte beneficiada a acudir ante el juez ordinario para que la homologue y se pueda ejecutar, en caso de no ser cumplida voluntariamente, so pena de

⁶⁷ Briseño Sierra, Humberto. op.cit. cita contextual. p.141

que éstas sean ejecutadas por medio de la fuerza”⁶⁸

e) Ejecución del Laudo

Como se ha visto en el punto antecedente, el Laudo, constituye el acto mas importante dentro el Arbitraje. En otras palabras, es la actuación más importante del Árbitro. Tal importancia se debe, en gran medida a que, no solamente consiste en la resolución mediante la cual se asigna la razón a la parte que corresponde, sino además, porque es el último acto del Árbitro, antes de mandar el asunto al Juez competente para su ejecución forzosa, para el caso de negativa a cumplirla voluntariamente. En otras palabras:

“Por la misma naturaleza del Arbitraje, a los Árbitros no les compete la ejecución de sus resoluciones, por lo que una vez que emiten su laudo concluye su misión, debiendo de pasar los autos al juez ordinario para su ejecución si la parte que resulte condenada no quiere cumplir voluntariamente la resolución arbitral.”⁶⁹

En cuanto a la ejecución de los Laudos Arbitrales, en nuestra legislación procesal, encontramos, diseminadas, disposiciones relativas a dicho tema. Por ejemplo, el artículo 504 del Código de Procedimientos Civiles, dispone:

“La ejecución de las sentencias arbitrales, de los convenios celebrados ante la procuraduría federal del consumidor y de los laudos dictados por ésta, se hará por el juez del lugar del juicio”.⁷⁰

Por su parte, el artículo 633 del mismo ordenamiento, señala que:

“Es competente para todos los actos relativos al juicio

⁶⁸ Paganoni O'Donohe, op.cit. p.143

⁶⁹ Paganoni O'Donohe, Op. Cit. p.143

⁷⁰ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Grupo GMG, México 2004 p.

arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el árbitro y para la ejecución de la sentencia y admisión de recursos, el juez designado en el compromiso; a falta de éste el que esté en turno”⁷¹

El mismo autor Paganoni, citando a José Becerra Bautista, opina que el Laudo requiere que la jurisdicción ordinaria le preste auxilio, para el caso de que quien fue condenado, no cumpla con dicha resolución, pero es menester, que dicho auxilio sea solicitado por quien ganó el juicio arbitral, ante el Juez competente, quien deberá emitir una resolución de ejecución, a la cual se le conoce teóricamente con el nombre de “Homologación”.⁷²

En este orden de ideas, es de concluirse que el Laudo Arbitral, es materia únicamente de ejecución por parte del Juez, ante quien se solicita el auxilio para tal efecto. Ya que de ninguna manera, tal auxilio implica que dicho Juez se encuentre facultado para revisar la cuestión en sí, ya sea de forma o de fondo, sino que su labor se encuentra constreñida a la ejecución forzosa del laudo, en virtud de que el Árbitro no cuenta con la facultad coactiva para hacer cumplir sus determinaciones.

En tal sentido, opina también el maestro Briseño Sierra, al afirmar que el Laudo constituye no un documento ejecutivo, sino ejecutorio. En atención a que, como se sabe, los documentos ejecutivos son presentados ante la autoridad competente, para hacer valer una acción y, en su caso determinar la procedencia o no de su ejecución, previo análisis de la acción y las excepciones, así como de las pruebas rendidas por las partes, mientras, que en tratándose del Laudo, el Juez no debe analizar nada, sino simplemente, limitarse a su ejecución, considerando el estudioso mencionado, que el laudo es un documento, no ejecutivo, sino ejecutorio, es decir, apto para ejecutar sin mayor trámite.

⁷¹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal, Grupo GMG, México 2004 p.

⁷² Paganoni O'Donohe. Op. Cit. P.153 cita contextual.

Resulta interesante, el punto en cuestión, toda vez, que una de las mayores objeciones, ya no digamos a la aplicación del Arbitraje en materia familiar, sino a su simple planteamiento teórico consiste, precisamente en el argumento de que, de poco o de nada sirve un procedimiento alternativo al Jurisdiccional, si a final de cuentas, se ha de recurrir ante el Juez, para hacer efectiva una determinación obtenida en vía Arbitral, esto además acarrea una lógica desconfianza de los justiciables, debido al temor de que después del trámite de un Juicio (Arbitral) no se pueda ejecutar forzosamente para hacer valer el derecho que les asiste.

Consideramos, por nuestra parte, que dicho argumento es válido, pero definitivamente insostenible. La idea de que no existe otro camino, para hacer valer los Derechos Familiares, ha acarreado algunos de los problemas que aquejan a la impartición de Justicia en esta materia, como son la saturación de asuntos, la insuficiencia de Juzgados y de personal para atenderlos con la debida eficiencia y consideración, lo cual se traduce en una tramitación lenta e impersonal, sin que en muchos de los casos se conozca siquiera a las partes, e incluso en ocasiones algunos abogados patronos (no todos afortunadamente), abusan de la necesidad de los justiciables y de las fallas del "sistema judicial", con chicanas que dilatan o retrasan la materialización de la Justicia, cuando no de plano la hacen imposible.

Por otra parte, resulta ser el Arbitraje, particularmente el "iuris" o "de derecho", una vía alternativa bastante aceptable, ya que su trámite es prácticamente igual al Judicial, en cuanto a términos, formas, etc, con la ventaja de que los asuntos se tratan de manera muy particular, de común acuerdo entre las partes y ante un tercero elegido por ellas mismas, lo que hace que la relación futura resulte menos dañada, punto crucial cuando hay menores de por medio. Debe quedar claro que, en los casos en que las partes decidan someterse al Arbitraje para dirimir sus controversias, el trámite no será más dilatado que el Judicial, sino por el contrario, más rápido, más privado y en un ambiente más amigable, pero sobre todo, que la

resolución emanada de dicho Arbitraje tiene todo el peso y valor de una Sentencia Judicial, cuya efectividad o eficacia, deviene, en primer lugar a que las partes accedieron a someterse al laudo, pero para el caso de que el perdedor no acate voluntariamente dicha determinación, ésta se hará efectiva mediante el Juez competente, quien la debe hacer cumplir como si se tratase de Sentencia propia. Este trámite, al que se denomina "Homologación", consiste básicamente en que el Juez al validar un laudo, ordena su ejecución forzosa.

Por ende, pensamos que el principal impedimento para aplicar mayormente y con aceptable eficacia el Arbitraje en materia familiar, sería básicamente una cuestión de criterio o de cultura o de costumbre, más que de limitaciones formalmente jurídicas.

En cuanto a los tipos de Arbitraje, el sustentante ha decidido apegarse a la clasificación realizada por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe M. Leonardi de Herbón, en su libro *El Arbitraje*, ya que dicha clasificación, desde mi punto de vista, resulta ser la más completa, así tenemos:⁷³

A) ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD

1. Arbitraje de Derecho. También conocido como *arbitraje iuris*, en el que el procedimiento se sigue, observando estrictamente, las reglas y formalidades de un juicio ante un Tribunal Estatal, así mismo, el laudo debe reunir los mismos requisitos que una Sentencia dictada por Juez.

Este tipo de procedimiento Arbitral, en este trabajo, es el que se sugiere como más adecuado, para, en su caso resolver las controversias del orden familiar. Esto obedece básicamente, al hecho de que tales controversias son de una naturaleza muy especial y consideramos, que mientras mas estricto o formal sea el procedimiento, mejor se salvaguardarán los derechos de las partes. Mas adelante

⁷³ Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe M., *El Arbitraje*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, cita contextual.

se tratarán adecuadamente, las razones que nos llevan a esta consideración, de momento y por método continuamos con la clasificación.

2. Arbitraje de equidad. En éste el Árbitro se denomina arbitrador o amigable, componedor y resuelve *ex aequo es bono*, es decir, según su leal saber y entender a verdad sabida y buena fe guardada, en cuyo caso cuanta con mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución a la controversia. Esto no significa que el Arbitraje de equidad se aparte de la Ley o de las normas del derecho, ya que su laudo debe encontrarse apegado a derecho, de ninguna manera se viola el derecho, sino mas bien consiste en un margen de libertad durante el procedimiento arbitral y en el Laudo. Este tipo de Arbitraje es apropiado para las cuestiones comerciales y no se considera conveniente para, en su caso, aplicarlo a las controversias familiares.

B) ARBITRAJE FORZOSO Y ARBITRAJE VOLUNTARIO

1. Arbitraje forzoso. Es aquel que se encuentra previsto en la Ley, como el único medio para la solución de terminadas controversias. Caso relevante en nuestro país es el de las controversias en materia laboral.

2. Arbitraje voluntario. También denominado *convencional*. Es aquel que surgen cuando las partes, en libre expresión de su voluntad, deciden someter sus pretensiones, diferencias o controversia al procedimiento Arbitral.

C) ARBITRAJE DOMÉSTICO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. Arbitraje doméstico. Es aquel que se desarrolla dentro del marco jurídico de un Estado.

2. Arbitraje internacional. Es el que las partes adoptan para la solución de controversias, cuando tuviesen sus establecimientos o residencia en países diferentes, o bien, cuando la sede del Arbitraje o del cumplimiento de las

obligaciones exceden, los límites de un Estado.

D) ARBITRAJE LIBRE O *AD HOC* Y ARBITRAJE INSTITUCIONALIZADO

1. Arbitraje Libre o *ad hoc*. En éste, las partes deciden el procedimiento y el Derecho a aplicar, respetando siempre las garantías básicas. La autora citada, Sara L. Feldstein, considera que ésta es una de las formas más lentas y complicadas de llevar a cabo el Arbitraje, pero le reconoce la virtud de que bajo esta modalidad, las partes controlan mejor el procedimiento, además de que, gracias a la dinámica generada entre las partes, buscando fórmulas para mejor solucionar su conflicto, este tipo de Arbitraje es una importante fuente del Derecho.

2. Arbitraje institucionalizado. Es el que las partes deciden llevar a cabo, sometiendo sus diferencias ante una institución especializada. Casos concretos en nuestro país son la PROFECO y La Comisión de Arbitraje Médico, entre otras. En este caso los centros de Arbitraje, aportan su organización, que implica desde la infraestructura, oficinas, etc, hasta los profesionales y normas de desenvolvimiento específico.

3.2. Se debe entender al Arbitraje como una privatización de la justicia

Abordar el tema que se plantea, resulta una tarea difícil toda vez que sobre el mismo gravita y gravitará siempre, la convicción, generalmente aceptada por gobernantes y gobernados, de que debe ser el Estado el encargado de administrar la Justicia, o si se quiere, de aplicar las leyes, para dirimir las controversias entre los particulares.

Respecto del planteamiento "*Se debe entender al Arbitraje como una privatización de la justicia*", no se trata aquí de una manera de privatizar al estilo neoliberal, es decir, de concesionar el servicio público de la administración de justicia. Lo que se pretende, es aclarar, desde un punto de vista jurídico doctrinal, si es dable

a los particulares, proporcionarse justicia, mediante el sistema alternativo de solución de controversias, que es el Arbitraje.

La creencia de que el Estado debe ser el único proveedor del servicio de Justicia tiene el peso de la historia, pero además el aliciente de que sólo el Estado cuenta con la capacidad coactiva para la aplicación de las normas, lo cual no es equivocado, sin embargo, ello no es punto de conflicto con el Arbitraje, es decir con esta forma de solucionar conflictos. Veamos:

El estudioso Roque Caivano, en su libro sobre el Arbitraje, nos dice que en todo conglomerado social, por naturaleza, se presentarán conflictos de intereses. Es decir, que debido a la misma convivencia social, siempre habrá personas con intereses opuestos, respecto de un bien o de un derecho y que, como no es posible eliminar en su totalidad los conflictos creados entre los gobernados, toca al estado su control, mediante la administración de Justicia, que elimine la tentación del uso de la propia fuerza como medio de solución.

Esta administración de Justicia, y por que no, de la fuerza, permite un grado de convivencia social entre los ciudadanos.

“La administración de justicia –concebida en sentido lato, -aparece así, como la herramienta de que se vale la sociedad para dominar los conflictos y permitir la convivencia de sus miembros. Y en un sentido jurídico, el conflicto se manifiesta como una contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, como un fenómeno que se produce cuando respecto de un mismo bien coexisten dos pretensiones encontradas o bien una pretensión por un lado y una resistencia por el otro. En ocasiones, el conflicto puede derivar en litigio, una de las formas de resolver una disputa legal. ”⁷⁴

⁷⁴ Caivano J. Roque op. cit. p. 23

En otras palabras, el Derecho y la administración de la Justicia, son un instrumento que la propia sociedad se ha dado, para la mejor convivencia entre sus miembros.

Ahora bien, dice el mismo autor citado, que en las sociedades modernas, el Estado se ha reservado la potestad, de crear y administrar los órganos a través de los cuales se materializa dicha administración de Justicia. La Jurisdicción es, bajo esa óptica, la actividad a través de la cual se procura restablecer o mantener el orden jurídico, vulnerado por personas cuya conducta es contraria a las normas. La sentencia, podemos decir entonces, es la expresión mas clara de la Jurisdicción, donde se concreta dicha actividad juzgadora y mediante la cual, se impone al individuo, al justiciable, la realización de una conducta concreta.

Por otro lado, volviendo a la función primordial del Estado de mantener la paz social, a través de la solución de conflictos generados entre sus gobernados, en ese sentido le resulta un interés propio de fomentar la solución de controversias mediante sistemas alternativos como el Arbitraje.

Es decir, tenemos que al Estado le corresponde procurar el mantenimiento de un orden social, para lo cual se ha provisto de órganos propios para impartir justicia. Sin embargo, debido a la omnipresencia estatal en materia de justicia, dichos órganos, se encuentran hoy sobresaturados, a tal grado, que en numerosas ocasiones la justicia deseada por las partes, no llega, no se materializa, o se resuelve con sumo retraso, lo que equivale a una denegatoria de justicia, por lo tanto, resulta de interés para el Estado mismo, fomentar la práctica de medios alternativos de solución de controversias, en las que sean los propios particulares los que decidan el sistema a adoptar y de esta manera coadyuvar al equilibrio social deseado, tanto por los particulares como por el Estado mismo.⁷⁵

⁷⁵ Caivano J. Roque op.cit. 25 cita contextual

Uno de esos sistemas alternativos de solución de controversias, es precisamente la institución del Arbitraje, el cual culmina al igual que en el procedimiento jurisdiccional, con una sentencia, que también impone una conducta específica a las partes, con carácter vinculante y obligatorio. Obligatoriedad que se concreta ante la posibilidad de ejercer la fuerza para que se cumpla. Toda Sentencia, como expresión de una actividad jurisdiccional, implica la amenaza de que, en caso de incumplimiento voluntario, éste puede obtenerse en forma coactiva.

En el caso del Arbitraje, la fuerza obligatoria del laudo, tiene un fundamento inmediato en la voluntad de las mismas partes, que se comprometieron a acatarlo, aunque también tiene fundamento mediato en las normas legales, que otorgan a dicho laudo carácter análogo al de las sentencias dictadas por los jueces (artículo 632 del Código Civil).

En todo caso, el Arbitraje se encuentra respaldado por las normas legales que contemplan su aplicación, permitiendo que los particulares, dentro de la esfera de sus derechos disponibles, sustraigan determinadas controversias de la jurisdicción Estatal para dirimir las ante uno o varios Árbitros.

En ese sentido, sin lugar a dudas, el Arbitraje es, si se quiere designar así, una Justicia Privada o una privatización de la Justicia, pero sin dejar de señalar que dicha forma de solucionar conflictos, emana de la Ley siempre. Amén, de que se trata de una forma más, de coadyuvar al Estado en el mantenimiento del orden social, y que es el Estado mismo, el que permite a sus gobernados buscar solución a sus controversias dentro del marco legal.

El desarrollo del tema relativo a la privatización de la Justicia o de la Justicia privada, de manera relativamente fácil, nos introduce en el pensamiento generalizado, de que tal vez el Arbitraje, como una manera privada de resolver controversias, compite con la Jurisdicción Estatal, o peor aún, hay quienes

piensan que se opone a la Justicia del Estado y a sus órganos jurisdiccionales. Nada más falso.

“... el arbitraje no compite con la justicia del Estado, ya que su desarrollo pleno tiene lugar precisamente en aquellos países donde sus legislaciones ofrecen eficaz colaboración a los tribunales arbitrales.

De manera que el mito de enfrentamiento entre ambas justicias no es tal. Cada cual, en su ámbito, debe cumplir el rol que el Derecho le ha asignado.

La justicia del estado y la justicia arbitral no se encuentran en situación de conflicto. El éxito, es decir, logro de la paz social como meta indiscutible de ambas vías, se logra tan solo mediante el delicado equilibrio de su complementariedad, de su interdependencia.”⁷⁶

De lo citado, se aprecia claramente, que el Arbitraje, lejos de contraponerse a la Justicia del Estado, la complementa y viceversa.

Efectivamente, ya se ha expuesto que la función Estatal de mantener el orden y la paz social, encuentra en la impartición de Justicia uno de sus mayores y mejores instrumentos. Como los órganos Estatales creados para tal fin, son insuficientes, y por tanto ineficaces en la actualidad, para cumplir cabalmente tal objetivo, es por ello que el Estado permite la solución de conflictos mediante sistemas alternativos como el Arbitraje, lo cual sirve como elemento para evitar una mayor saturación en los Tribunales. Por otro lado, en cuanto al Arbitraje, éste precisa al Estado, desde el momento mismo de su instauración, dado que, si el Estado no permite el Arbitraje, mediante normas específicas, éste simplemente no existiría, sin dejar de mencionar el imprescindible reconocimiento, que debe hacer la norma de los

⁷⁶ Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe M. Op. cit. p.59

laudos Arbitrales, dándoles carácter de Sentencias, para posibilitar su ejecución forzada de ser necesario.

Respecto del Arbitraje, como una privatización de la Justicia, las autoras Feldstein de Cárdenas Leonardi de Herbón, sostienen que desde la perspectiva de la Teoría del Derecho, ésta no ofrece obstáculo a la institución en estudio, como un medio paralelo a la Justicia Estatal, para la solución de controversias:

“El arbitraje es una forma alternativa de lograr el fin al que el Derecho está dirigido: la paz social. Las reglas del Arbitraje son jurídicas, tan jurídicas y tan parte del Derecho, como las reglas que administra la justicia del Estado.”⁷⁷

Nos dicen que la riqueza de alternativas que ofrece el Arbitraje, *ad hoc*, *institucionalizado*, *etc.*, es producto de la actividad y creatividad de Árbitros, de las partes, de abogados y de letrados, que con su quehacer en la materia, a través del tiempo, han creado reglas, que permiten en la actualidad, ofrecer a los posibles arbitrables, reglas *“a medida”* para cada ámbito de problemas a resolver. Lo cual, desde ese punto de vista implica una Justicia Privada, al respecto, aclara la autora citada:

“... entendiendo por tal, las formas y modos en que los interesados en el pleito deciden articularlo, desenvolverlo, resolverlo y respetarlo desde el principio hasta el fin.”⁷⁸

Continuando con lo expresado por las autoras citadas, en la obra de marras afirman, que la libertad de someter al Arbitraje determinada cuestión, debe tener siempre como acotamiento, los principios procesales, de igualdad y de seguridad

⁷⁷ Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe M. Op. cit. p.60

⁷⁸ Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe M. Op. cit. p.61

jurídica plasmadas en la constitución, de tal forma que, para que un proceso jurídico sea tal, sostienen, éste debe:

“ . . . respetar la bilateralidad, el derecho a ser oído, la igualdad de las partes, el derecho a ofrecer prueba, a producirla y a que ella sea valorada, como el requerimiento de imparcialidad del órgano decisor.

Queda claro entonces que el arbitraje como justicia privada lo es en el amplio espectro de la creación de normas, pero tan sujeta a los principios jurídicos constitucionales, como sujeta a la justicia de Estado.”⁷⁹

Finalmente, agregan como corolario a sus afirmaciones lo siguiente:

“De todo lo expuesto concluimos que la privatización de la justicia que encarna el arbitraje no es mas ni menos que la capacidad otorgada para ordenar y resolver los propios diferendos.”⁸⁰

3.3. Ventajas y desventajas de la privatización de la justicia

Sin que escape a nuestra atención la interrogante que pudiera surgir, en el sentido de que si, para resolver un asunto se ha de seguir el mismo procedimiento que en un Juzgado, pero ante un particular, no tiene caso o no representa mayor ventaja y entonces en esa igualdad de circunstancias mejor será acudir ante un Juez, cuya resolución sí tiene carácter de ejecutoria para las partes.

Ante tal argumentación, cabe recordar que lo aquí propuesto es una alternativa distinta a los Tribunales Jurisdiccionales, no por el simple capricho de ser algo distinto, sino por las verdaderas ventajas que dicha alternativa pudiera ofrecer,

⁷⁹ Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe M. Op. cit. p.62

⁸⁰ Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe M. Op. cit. p.62

entre otras, que un Arbitraje en materia familiar debe, en primer lugar partir de la base de la voluntad de las partes, es decir, que los contendientes decidan someterse a un Árbitro, implica que de común acuerdo deciden esa forma de solución de controversias, implica también que el Árbitro, por la menor carga de trabajo, conocerá y tratará a las partes de una manera mas personalizada a las partes y podrá resolver mejor, las partes se encontrarán en un ambiente mas privado y cómodo para el trámite de su asunto y finalmente, las mismas partes, podrán desde un principio saber los alcances económicos del resultado de su pleito. El procedimiento ante un Juez, se inicia debido a que una de las partes demanda, porque ya no encuentra solución a su planteamiento, lo hace en la mayoría de los casos con toda la mala intención de perjudicar lo mas posible a su contraparte, de la que terminan en ocasiones, siendo enemigos declarados y hasta peligrosos, el Juez resuelve, en numerosas ocasiones, sin conocer personalmente a las partes.

En los Juzgados el ambiente no es propicio, materialmente hablando, para sostener una conversación entre las partes que las ayude a superar sus diferencias, al contrario, las circunstancias de sobrecarga de trabajo, obliga a los funcionarios judiciales a pasar de un asunto al otro en el menor tiempo posible, sin profundizar en situación que, quizá con un poco mas de tiempo pudiesen haber evitado una contienda feroz.

A lo anterior habrá que agregar que al contender judicialmente, valga la expresión, las partes se "embarcan" en una aventura económica de resultados bastante inciertos, pues una de las partes tratará, en lo económico de obtener lo mas posible, aún cuando sepa que su colitigante no cuenta con los recursos suficientes, pero tratará de perjudicarlo lo mas que pueda, mientras la otra parte, tratará no nada más de defenderse, sino de no proporcionar los recursos suficientes a su contraparte, aunque cuente con ellos, pero tratará de esa forma perjudicar. Lo peor de todo: en medio de esas batallas, se encuentran menores, ancianos mayores, inmuebles que son el único patrimonio, etc.

De lo expuesto, se puede interpretar que en el presente trabajo se pretenden resaltar las virtudes del Arbitraje, lo cual es cierto, de eso se trata. Sin embargo debe quedar claro, que no es nuestra intención de ninguna manera, contraponerlo o enfrentarlo al sistema judicial, pues como ya se expuso, ambos se complementan.

Tampoco escapa a nuestra atención, que la justicia privada tiene sus desventajas. La primera de ellas y la mas importante, desde nuestro punto de vista, consiste en la poca credibilidad que en nuestro medio se le otorga a dicho sistema alternativo para dirimir controversias, lo cual deriva en una falta de confianza en las personas para someter al Arbitraje sus diferencias y arreglarlas por esa vía.

La falta de cultura respecto a la utilización de vías alternas para la solución de un conflicto es un problema de viejas y profundas raíces en nuestra sociedad, ya que desde nuestra formación como abogados, se nos prepara para contender en tribunales, desdeñando así, la búsqueda de otras formas de solución a las controversias.

Por parte de los Jueces, ante la casi inexistencia de Juicios Arbitrales, y por tanto, de laudos a homologar y ejecutar, resulta un indebido manejo de dichos asuntos, ya que en numerosas ocasiones no convalidan la resolución Arbitral, ello como resultado de una revisión intervencionista de la misma, pues entran al estudio del fondo, cuando lo correcto es revisar únicamente su legalidad en relación a la forma, para autorizar y llevar a cabo su ejecución, lo cual, insistimos, es producto del escaso número de asuntos Arbitrales. La revisión de la formalidad en cuanto al proceso Arbitral, por parte de los Jueces, tiene su causa en vigilar la legalidad de la resolución a ejecutar, para no vulnerar las garantías del condenado, sin embargo, ello no autoriza al Juez a entrar al estudio del fondo de la cuestión debatida, pues ésta, ya fue estudiada y resuelta por el Árbitro. De hecho, el artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles, establece que una vez

notificado el laudo, pasarán los autos al Juez ordinario para su ejecución, a no ser que las partes pidieren aclaración de sentencia, esto es, que el laudo Arbitral debe ser recibido por el Juez, para el único efecto de ejecutar, y para el caso de que una de las partes pidiera la aclaración del mismo, ésta deberá tramitarse conforme a la regla general establecida por el artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles, que prohíbe a los Jueces y Tribunales, variar o modificar sus sentencias –habrá que agregar aquí, que ni las de los Árbitros- , después de firmados, pero que sí podrán aclarar algún concepto o suplir cualquier omisión sobre punto discutido en el litigio. Estas aclaraciones se podrán hacer de oficio al día hábil siguiente al de la publicación de la resolución o a instancia de parte presentada dentro del día siguiente al de la notificación, en cuyo caso el Juez debe resolver la aclaración dentro del día siguiente al de la solicitud de aclaración. Como se ve, se permite incluso la aclaración mencionada, pero de ninguna manera entrar al fondo del asunto ya resuelto por el Árbitro.

Otra desventaja, señalada por diversos autores, consiste en el costo que tiene para los particulares acceder al Arbitraje como medio de solucionar sus controversias.

Cabe destacar que cuando se refieren a los altos costos del juicio Arbitral, generalmente se trata de Tribunales Arbitrales, nacionales o internacionales, en materia comercial, que por la naturaleza de los asuntos, resulta ser más o menos onerosa su tramitación, pero siempre es de acuerdo al tipo de Tribunal que se elija y a la cuantía del negocio. En nuestro país, por ejemplo, el Instituto Mexicano de la Mediación, A. C., que cobra según arancel establecido en su propio reglamento, no llega a ser demasiado costoso, otro ejemplo es la Cámara Nacional de Comercio, que ofrece el servicio de Mediación y Arbitraje en materia comercial en donde los costos sí pueden llegar a ser elevados.

Sin embargo, cabe hacer mención que existen, en nuestro país, diversos organismos con funciones Arbitrales, cuya intervención es muy económica o gratuita para los interesados, tal es el caso de la Procuraduría Federal del

Consumidor, La Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la Comisión Nacional Bancaria, sin dejar de mencionar a los Centros de Atención a la Violencia Intrafamiliar, dependiente del Gobierno del Distrito Federal que aplica Mediación y Arbitraje en materia familiar.

Ahora bien, concentrándonos en cuanto hace a las controversias del orden familiar, pensamos que se debe buscar la creación de un organismo que preste el servicio de Arbitraje en dicha materia, pues pensamos que en tratándose de la materia familiar debe contemplarse, preferentemente, la tramitación del juicio Arbitral institucionalizado, con normas claras y precisas de funcionamiento, así como con una infraestructura en instalaciones y personal especializado, pero ese es otro tema que se abordará mas adelante, el punto a remarcar es la propuesta de la creación de una institución que no cobre o que cobre poco por la prestación de sus servicios.

En resumen, pensamos que la justicia privada no presenta mayores desventajas frente a la proporcionada por el Estado. Al menos en cuanto hace a la teoría. Por cuanto hace a la práctica, su principal desventaja deriva del escaso uso que de ella hacen los gobernados, lo que trae aparejada la inexperiencia por parte de los Jueces al momento de homologar los laudos a Sentencias y consecuentemente con ello, se impide la ejecución de la resolución, que finalmente es la materialización de la Justicia para los particulares en conflicto de intereses.

CAPÍTULO IV

4.- ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA FAMILIAR

4.1. ¿Qué es el centro de Justicia Alternativa en materia familiar?

Actualmente, a nivel mundial existe un interés creciente por buscar alternativas, distintas de las judiciales, para solucionar los conflictos que se suscitan entre los particulares. Dicho auge, se produce principalmente en cuanto a las actividades comerciales. Sin embargo, las cuestiones que se plantean sobre otro tipo de relaciones, como las familiares, también se están poniendo en la mesa de debate como materia de posibles soluciones alternativas. Existe la creencia, cada vez mas generalizada sobre las bondades de los medios alternativos de solución de conflictos.

En materia familiar, diversos países están explorando y explotando ya, algunos de estos medios, para ello se han creado organismos especializados. Existen, por citar algunos ejemplos, en Argentina el Instituto de Mediación, en la provincia de Chaco, que es un Centro interdisciplinario de gestión de conflictos, ofrecen formación y capacitación, difusión, investigación, asesoría a instituciones y organismos públicos y privados, convenios con universidades, diseño de programas de gestión de conflictos, planificación e inserción de metodologías de prevención, gestión, resolución de conflictos y tratamiento de la violencia, así como la formación de agentes para el cambio, cabe subrayar que entre los servicios que prestan, se encuentra el Arbitraje en materia familiar, cuentan con representaciones o sedes en Buenos Aires, Formosa y República Dominicana.

Otro ejemplos son la Academy of Family Mediators y la Massachusetts Council on Family Mediation, en los Estados Unidos de Norteamérica.

En el Distrito Federal, desde el año de 2003, funciona el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en calle Río

Lerma Número 62 en la Colonia Cuauhtémoc.

Este Centro fue creado por el tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, mediante el acuerdo general 19-47/2003, emitido por el Consejo de la Judicatura, en sesión ordinaria de fecha 27 de agosto de 2003, decretándose en dicho acuerdo las reglas de operación que sirvieron de marco legal para la creación y funcionamiento del Centro, sin embargo el 25 de mayo de 2005 se publicaron en el Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal las nuevas reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa, abrogando con ello a las anteriores y dotándolo desde luego, de una instrumento legal mas apegado a la realidad vivida luego de dos años de práctica en materia de mediación, de hecho durante la elaboración del presente trabajo, se produjo la publicación de la nueva normativa.

El artículo 3 de sus nuevas reglas de operación, establecen que el Centro de Justicia Alternativa, es una dependencia del Consejo de la Judicatura del Tribunal Superior de Justicia, que se instituyó para administrar y desarrollar los métodos alternativos de solución de conflictos y su objeto se encuentra definido en el artículo 4 del mismo ordenamiento, destacando desde luego que su actividad primordial es la de procurar al público que lo solicite, el servicio de mediación para la solución de controversias.⁸¹

En este punto es de destacarse que en la reglas precedentes, se constreñía la función a la mediación familiar, pero con las reglas actuales, en que diversos artículos hablan de métodos alternativos de solución de conflictos, se abre la posibilidad de, no solo implementar la mediación en otras materias, sino además de instrumentar otros sistemas como pueden ser la conciliación y el Arbitraje.

Esta última aseveración puede parecer muy entusiasta e incluso utópica, pero se

⁸¹ Boletín Judicial, tomo CLXXX, número 99, publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, mayo 25 de 2005, p. 5, cita contextual

basa en que las nuevas reglas de operación del Centro no restringen su actuación a la mediación, sino que habla de medios alternativos en general, lo que es excelente, aunado a la labor no menos entusiasta de todo el personal del mencionado Centro de Justicia Alternativa, que se ha entregado, bajo la atinada conducción de su Directora Lic. Rosalía Buenrostro y Subdirector Lic. Víctor Navarrete Villarreal, con ímpetu a su labor, convencidos de que los medios alternativos de solución de controversias, en particular la mediación, son una verdadera opción para hacer llegar la justicia de manera participativa, pronta y eficaz a quien solicite el servicio. Sin olvidar que la fracción VI del artículo 4 de dichas reglas de operación, dispone el fortalecimiento de las funciones del Centro y la ampliación de sus metas, lo que avalaría, en su oportunidad, la inclusión del Arbitraje en materia judicial en dicho Centro.

El Centro de Justicia Alternativa, tiene como función primordial actualmente, la prestación del servicio de mediación en materia familiar, pues a pesar de que ya se proporciona el mismo método alternativo de solución de conflictos en materia mercantil, lo cierto es que el desarrollo central de su actividad se encuentra canalizada a la materia familiar, debiendo hacer énfasis que el inicio de la mediación ante el Centro es un procedimiento administrativo, que no sustituye al jurisdiccional, por tanto, es independiente de éste y en consecuencia no interrumpe la prescripción para el ejercicio de las acciones procesales, según se establece en el artículo 7 de las nuevas reglas de operación del Centro.⁸²

El inicio del procedimiento de mediación ante el Centro de Justicia Alternativa, es sin perjuicio del Derecho del mediado para acudir a los Órganos Jurisdiccionales a ejercitar las acciones que estime pertinentes, según se dispone en el artículo 5 de las comentadas reglas.

El Centro de Justicia Alternativa se encomienda, según el artículo 10 de sus

⁸² Boletín Judicial, tomo CLXXX, número 99, publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, mayo 25 de 2005, p. 6, cita contextual

nuevas reglas de operación, a un Director, que deberá ser nombrado por el Consejo de la Judicatura del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y durará en su encargo dos años y podrá, previa ratificación del mismo Consejo, repetir por otro periodo igual. El director del Centro debe reunir los requisitos previstos por el artículo 11 de las nuevas reglas de operación, como son, la nacionalidad mexicana, por lo menos treinta años de edad, práctica profesional mínima de cinco años con título y cédula profesionales legalmente expedidos, haber residido en el Distrito Federal o en su área metropolitana, al menos durante el último año, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por algún delito.⁸³

El Centro de Justicia Alternativa, cuenta con una planta de mediadores, mismos que deben reunir los requisitos que les impone el artículo 15 de las nuevas reglas de operación, como son, el ser mexicanos, edad de por lo menos veintiocho años, residencia en el Distrito Federal o área metropolitana de por lo menos tres años anteriores a la convocatoria, someterse al concurso de selección y a los cursos de capacitación correspondientes.⁸⁴

Las obligaciones del mediador, que es la persona directamente relacionada con la prestación del servicio y con los sujetos de la mediación, se contemplan en el artículo 20 de las nuevas reglas de operación del Centro de Justicia Alternativa, sobre lo cual solamente diremos que es, precisamente en el mediador, en quien recae la seria responsabilidad de hacer que la mediación funcione como un método eficaz de solucionar los conflictos que las partes presentan, de tal suerte que, en la función diaria, constante y exitosa de los mediadores, descansa en buena medida la aceptación del público y del foro, de estos métodos alternativos de solución de controversias.⁸⁵

⁸³ Boletín Judicial, tomo CLXXX, número 99, publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, mayo 25 de 2005, p. 13, cita contextual

⁸⁴ Ídem ant. p. 13, cita contextual

⁸⁵ Ídem ant. p. 15, cita contextual.

El Centro de Justicia Alternativa, concluye su labor exitosamente, cuando los mediados han alcanzado un convenio, que deberá contener los requisitos mencionados en el artículo 41 de las nuevas reglas de operación.⁸⁶

Al respecto, es de comentarse que, desde nuestro punto de vista, en el mencionado numeral se debió incluir en las obligaciones de dar, hacer, no hacer o tolerar, así como en la constitución del clausulado, la obligación de verificar que las obligaciones de los mediados adquiridas a través del convenio no impliquen renuncia de derechos no disponibles o violaciones a sus garantías individuales, se vulnere el orden público o vayan contra el interés de menores, de manera que se evite la negativa de ratificación por parte del Juez ante quien se presente para tal efecto o que se reduzca la posibilidad de que con posterioridad, se invoque la nulidad del convenio por alguna de las partes.

En este punto, se desea hacer un comentario breve a la postura del Centro de Justicia Alternativa, o por lo menos de sus reglas de operación, según la cual se prohíbe la participación de abogados para que asistan, presencialmente a los mediados durante el proceso de mediación.

El avance en las nuevas reglas de operación del Centro de Justicia Alternativa, consiste en que al menos, ya no se trata al abogado patrono en tono despectivo aunque persiste la idea de prohibir incluso su ingreso al Centro de Justicia Alternativa; el artículo 39 de las mencionadas reglas, ya no va dirigido a los abogados patronos, sino a los mediados, disponiendo que éstos pueden recibir asesoría de su abogado, sí, pero fuera del Centro.⁸⁷

Esperamos que con el tiempo y la experiencia, se elimine totalmente esta prohibición, sujetándola quizá a la condición de que la presencia de los abogados patronos sea consentida por los mediados, quienes finalmente son los que,

⁸⁶ Ídem ant. p. 23, cita contextual.

⁸⁷ Ídem ant. p. 22, cita contextual.

según el espíritu de la mediación, son los que van formando su proceso y su arreglo. Sujetar la mediación a reglas que lo hagan rígido, cuando una de sus características es la flexibilidad, es combatir su esencia, cuando además existen experiencias, como la del Estado de México, por citar sólo un ejemplo, cuyo Centro de Mediación y su normatividad, permiten la participación de los abogados de las partes.

Ahora bien, creemos que la participación de los abogados durante el proceso de mediación tiene razones válidas y no se basa en un ánimo de protagonismo vanidoso, ya que durante el procedimiento de mediación y en su caso, durante la elaboración del convenio que las partes han de firmar, a los abogados les corresponderá la evaluación jurídica del asunto, a fin de verificar que se eviten posibles violaciones a derechos fundamentales de las partes, se vulneren disposiciones de orden social y en general, se trata de evitar dos cosas: a) la negativa de ratificación por parte del juez, ante quien se deberá llevar el convenio para tal efecto y muy probablemente con vista al Ministerio Público quien también lo puede objetar y evitar su ratificación y b) que ante la eventual impugnación vía judicial que una de las partes promueva, el convenio se encuentre lo menos vulnerable posible, de tal suerte que el mismo no sea invalidado por sentencia judicial.

El Centro de Justicia alternativa es también un órgano difusor, propagador, divulgador de los medios alternativos de solución de controversias en general y de la mediación en especial, así lo disponen los artículos 55 y 56 de sus nuevas reglas de operación.⁸⁸

Esta función es importante ya que existe resistencia de algunos sectores para aceptar que puede haber otras formas de arreglar los conflictos y que esas formas, no son en detrimento, menoscabo o denostación de institución o profesión alguna, al contrario, son opciones viables en donde se deben construir espacios

⁸⁸ Idem ant. p. 28, cita contextual.

para todos. Entonces, la labor de divulgación, estratégicamente diseñada, que lleva a cabo el Centro, aunada a los resultados positivos en los procesos de mediación, van dando frutos y sensibilizando a la sociedad en el tema de los medios alternativos de solución de controversias.

Como un ejemplo de la labor difusora del Centro del Centro de Justicia Alternativa, los pasados días 7,8 y 9 de septiembre de 2006, organizó con gran éxito, la Segunda Convención Nacional de Mediadores, en la que participaron mediadores de prácticamente todo el país, palpándose en las actividades desarrolladas el entusiasmo de las personas que están impulsando este sistema de resolver conflictos.

Por último, el Centro de Justicia Alternativa, es la manifestación palpable, de la preocupación de las autoridades en cuanto a la insuficiencia del servicio de administración de Justicia que presta el Gobierno, de la ciudad en este caso, y es al mismo tiempo, la respuesta a esta preocupación.

Como se verá posteriormente, otros Estados de la República se adelantaron estableciendo sus propios Centros de Mediación antes que el Distrito Federal, lo cual no es óbice para señalar el mérito de haberlo hecho; sobre todo cuando ha sido el propio Tribunal Superior de Justicia, el instaurador del mismo, apoyando desde su creación, las actividades del mencionado Centro de Justicia Alternativa, pues ello implica el reconocimiento de la propia autoridad jurisdiccional, de la necesidad de buscar vías alternas a la judicial que permitan a los gobernados acceder a la Justicia y al mismo tiempo, reconoce que es factible y útil la implantación y utilización de esas vías.

4.2. Medios Alternativos a la Vía Jurisdiccional

Por alternativos a la vía jurisdiccional, se entiende aquellos métodos, sistemas o medios, diferentes al judicial o jurisdiccional, utilizables para resolver el conflicto

de intereses o la controversia entre dos o más personas.

Ahora bien, la importancia de estos "nuevos" sistemas alternos de composición de controversias, estriba en que la vida actual, genera en las sociedades una gran cantidad de problemas o entuertos, de la mas diversa índole, laborales, familiares, mercantiles, médicos, de tránsito de vehículos, de vecindad, etc, los cuales saturan gravemente las instancias judiciales.

Pensando en solucionar, o por lo menos aliviar la pesada carga de los Tribunales judiciales, la cual se ve agravada, no solo por lo numeroso de los asuntos a atender, sino además por un sistema de trabajo en ocasiones obsoleto y con una infraestructura pésima, ya que las instalaciones y el equipo de trabajo son inadecuados la mayor de las veces, hay voces que propugnan por reformas profundas al sistema judicial. Sin embargo, creemos con plena convicción que cualquier reforma, por profunda que sea, resultará insuficiente ante la cada vez más creciente carga de trabajo, que se vuelca literalmente sobre los Juzgados.

Por otro lado, existen otros juristas, a los que nos adherimos sin empacho, que amplían el horizonte de propuestas, refrescando o tratando de refrescar al sistema, proponiendo e impulsando los denominados Medios Alternativos de Solución de Controversias.

Es importante señalar que definitivamente no existen fórmulas mágicas que erradiquen la carga de trabajo de los Juzgados o que limiten mayormente la generación de conflictos. Lo que sí puede haber, es un sistema alterno que coadyuve al Estado en la función social de impartición de Justicia. Esto, es preponderante, se trata de la convivencia social pacífica que el estado tiene obligación de proporcionar a sus gobernados.

Cabe resaltar, que ninguno de los medios alternativos de solución de controversias es novedoso, al contrario, son todos de una antigüedad

considerable, algunos, como ya se vio en el capítulo de los antecedentes históricos, son aún mas viejos que los propios Tribunales Estatales, sin embargo parece que su nueva puesta en boga, como una válvula de escape a la saturación y anquilosamiento natural del Sistema Judicial, trae aparejada una imagen fresca de dichas instituciones, a grado tal que diversos países las han ido adoptando paulatinamente, como si se tratara de instituciones nuevas y hasta experimentales, cuando lo cierto es que se trata de figuras antiguas, lo que sucede es que su actual aplicación y difusión se presenta ahora con nueva cara, con traje de modernidad, lo cual resulta apropiado y hasta necesario, ya que de lo contrario, la sociedad actual tal vez los rechazaría, como suele rechazar casi todo lo que huele a viejo; se quieren cosas nuevas, modernas, de avanzada, y en ese sentido resulta práctico presentar estas nuevas opciones como vanguardistas, que además lo son en varios sentidos, ya que cada institución, aun con sus características propias, debe ser adaptada y adoptada por cada país de acuerdo a sus necesidades actuales y futuras.

A continuación, trataremos de vislumbrar un poco de cada una de las figuras mas utilizables como medios alternos de solución de controversias

4.2.1. Autocomposición

La autocomposición es un sistema mediante el cual las partes finalizan una controversia, sin la intervención de un tercero y básicamente de manera unilateral, tal es el caso del allanamiento y el desistimiento.

El maestro Cipriano Gomez Lara, en su Teoría General del Proceso, nos dice (citando a Alcalá Zamora), que la Autocomposición es un excluyente de la jurisdicción, mientras que Carnelutti lo considera como un equivalente procesal, junto con la Conciliación y el Arbitraje, entre otros como el proceso extranjero y el

eclesiástico.⁸⁹

Como se sabe, la Autocomposición es la forma que adoptan las partes, unilateral o bilateralmente, para finalizar el conflicto de intereses existente entre ellas. De la Autocomposición, se lee en *El Arbitraje* de Uribarri Carpintero que:

“Las especies de la autocomposición son el desistimiento, el allanamiento y la transacción. Las dos primeras tienen carácter unilateral y la última bilateral”⁹⁰

Este mismo autor, nos dice que el Doctor José Ovalle Favela, explica la Autocomposición de la manera siguiente:

“... al igual que la autotutela, la autocomposición es un medio de solución parcial porque proviene de una o ambas partes en conflicto. La autocomposición es unilateral cuando proviene de una de las partes, y bilateral cuando tiene su origen en ambas”⁹¹

El mismo autor, también cita al maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, diciendo:

“... califica ese medio de solución como altruista, porque mediante él se hace prevalecer el interés de la otra parte, al interés ajeno. Así pues, como analiza, al ser dos los sujetos del litigio y tres los de la relación procesal (partes y juzgador), cabe afirmar que la actitud altruista que le dé solución autocompositiva proviene del atacante (o sea, de quien deduzca la pretensión), del atacado (es decir, de quien se oponga a ella) o de ambos, cuando se hagan concesiones mutuas, mas o menos equilibradas. Por

⁸⁹ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, editorial U.N.A.M. 1987, p.25

⁹⁰ Uribarri Carpintero, Gonzalo; Op. Cit. P.3

⁹¹ Uribarri Carpintero, Gonzalo; Op. Cit. p. 3

tanto, ello da lugar a las diferentes especies de autocomposición.”⁹²

Definitivamente, desde nuestro punto de vista, aunque esencialmente afirman lo mismo, lo expresado por el maestro Gomez Lara en su Teoría General del Proceso, posee la virtud de una gran claridad y sencillez, amén de que abarca la heterocomposición, por lo que reproducimos aquí la parte del texto que nos interesa:

“La autocomposición surge indudablemente por una evolución humana y porque hay ya un alejamiento del primitivismo y de la animalidad. En la autocomposición al encontrar las propias partes en conflicto la solución de éste, a través del pacto, de la renuncia, o del reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria, resulta que están ya ante una forma altruista, mas humanizada de solución de esos conflictos.

Finalmente la heterocomposición es la forma más evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social. Aquí la solución viene dada de fuera, por un tercero ajeno al conflicto e imparcial. Las dos figuras características de la heterocomposición son: el arbitraje y el proceso.”⁹³

Precisamente, la última parte de la cita es de interés para este trabajo, ya que en la misma se toca al Arbitraje, y se hace de manera implícita como equivalente al proceso (Judicial, desde luego), lo cual es destacable atento a la materia y finalidad de la presente investigación.

⁹² Uribarri Carpintero, Gonzalo; Op. Cit. p..3

⁹³ Gomez Lara, Cipriano; Op. Cit. p.27

Volviendo al tema de la autocomposición, como ya se mencionó, sus especies son *El Desistimiento*, cuando es el demandante o atacante quien renuncia a sus pretensiones, obviamente se trata de un acto unilateral, por ello y con razón, se le denomina como un medio altruista; *El Allanamiento*, otro acto unilateral, en este caso del demandado o atacado, quien se somete a la pretensión de su contraparte y finalmente *La Transacción*, que es bilateral, ya que consiste en que las partes se hacen concesiones mutuas. A continuación, los trataremos brevemente por separado.

4.2.1.1. El Desistimiento, según explica Cipriano Gómez Lara, puede ser definido como una renuncia procesal, de derechos o de pretensiones de la demanda.

Existen tres tipos de desistimiento, a saber: de la demanda, de la instancia y de la acción.

"En el desistimiento de la demanda, tenemos en realidad una actitud del actor por la que retira el escrito de demanda, antes de que ésta haya sido notificada al demandado. En este caso la relación procesal aún no ha surgido. El desistimiento de la instancia implicaría, por el contrario, que ya el demandado hubiere sido llamado al juicio y entonces, se requerirá su consentimiento expreso para que surta efectos el desistimiento del actor. Finalmente, en el mal llamado, desistimiento de la acción lo que en realidad se tiene es una renuncia del derecho o de la pretensión, caso en el cual este desistimiento prospera aun sin el consentimiento del demandado"⁹⁴

En la obra citada, el maestro Gomez Lara, afirma que en realidad, únicamente el

⁹⁴ Gomez Lara, Cipriano; Op. Cit. p.35 y 36

desistimiento de la acción, puede considerarse autocompositivo, pues como se trata de la renuncia del derecho o de la pretensión, ello sí implica la solución del litigio, mientras que, en las otras figuras, como persiste el derecho a demandar posteriormente ello no implicaría realmente la solución del litigio.⁹⁵

Desde nuestro punto de vista, procesalmente hablando se entiende al litigio como la contienda de dos partes opuestas ante los tribunales, por lo que si una de las partes se desiste, de la instancia, de la demanda o de la acción, entonces concluyentemente estará poniendo fin al litigio, a ese litigio, con independencia de que en el futuro se inicie otro o no.

4.2.1.2. El Allanamiento, de esta figura nos dice el propio Cipriano Gómez Lara que:

" . . . es una conducta o acto procesal que implica el reconocimiento por el demandado o por quien resiste en el proceso, a las pretensiones de quien acciona. Como puede fácilmente observarse es una característica del demandado o resistente respecto de las pretensiones del actor dentro del proceso. En un sentido etimológico allanarse viene de llano, es decir, de plano y, por lo tanto, allanarse es ponerse plano, no ofrecer resistencia, someterse pues, a las pretensiones el contrario" ⁹⁶

Por su parte, el diccionario de Derecho Procesal Civil, del maestro Eduardo Pallares, define que:

"ALLANARSE. Conformarse con una resolución o con la pretensión del colitigante" y "ALLANAMIENTO. El parcial es eficaz, pero solo produce la reducción de las

⁹⁵ Gómez Lara, Cipriano; Op. Cit. p.36 ci. contextual

⁹⁶ Gómez Lara, Cipriano; Op. Cit. p.37ci. contextual

cuestiones litigiosas.

El allanamiento no siempre obliga al juez a condenar al demandado. Así sucede cuando el juez de oficio esta obligado a examinar la procedencia de la acción" ⁹⁷

Resulta interesante lo citado del diccionario del maestro Eduardo Pallares, pues de lo afirmado se desprende que el allanamiento, aparte de la demanda o de la pretensión, también puede ser respecto de una resolución, respecto de lo cual Cipriano Gómez Lara afirma en la obra citada, que mas bien debería hablarse de conformidad y no de allanamiento. Por otro lado resulta destacable que al afirmar que el parcial es eficaz pero solo produce la reducción de las cuestiones litigiosas, significa que, según este autor, puede existir allanamiento parcial o total, de lo que se deduce, obviamente, que el allanamiento no solo se produce lisa y llanamente de todas las pretensiones, sino que se puede dar solo respecto de algunas. Lo cual desde nuestro punto de vista concuerda con lo que realmente sucede en Tribunales, pues existen numerosas demandas con una variedad de prestaciones, que al ser contestadas permiten que el demandado se allane solo de alguna o algunas de las cuestiones reclamadas.

4.2.1.3. La transacción, refiere Uribarri Carpintero que:

" . . . es un medio autocompositivo, bilateral; mediante ella, las dos partes solucionan el litigio al renunciar parcialmente a su respectiva pretensión y resistencia, es decir, debe implicar una renuncia o concesión equilibrada y razonable de cada parte. " ⁹⁸

Al tiempo que cita a Cipriano Gomez Lara de la siguiente manera:

" . . . la transacción es un negocio jurídico a través del cual

⁹⁷ Pallares, Eduardo; Op. Cit. p. 80

⁹⁸ Uribarri Carpintero, Gonzalo; Op. Cit. P. 6

las partes, mediante el pacto o acuerdo de voluntades, encuentran la solución de la controversia o litigio. Sin embargo, la transacción, al igual que el desistimiento y el allanamiento, tiene ciertos límites: no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio, etcétera."⁹⁹

Como se puede apreciar de lo citado, esta figura de la transacción, presenta una doble faz, ya que por un lado aparece como un acto jurídico que crea, extingue o modifica derechos y obligaciones, y por el otro, representa un acto procesal que pondrá fin al litigio y aunque resulta interesante el estudio del aspecto contractual o de convenio de la figura comentada, de acuerdo a la naturaleza, título y objetivo de la investigación, nos quedaremos únicamente con la idea de la transacción como figura procesal, que es la que se ajusta al tema de autocomposición.

Es importante señalar que por Ley, se excluyen de la autocomposición todas aquellas cuestiones contempladas como de orden público, las cuales no podrán formar parte de el desistimiento, el allanamiento o la transacción.

4.2.2 Amigable Composición

Esta figura, también conocida como *Arbitraje de Equidad*, consiste básicamente en la intervención de un tercero, llamado amigable componedor, designado por los mismos involucrados en un conflicto, para que de acuerdo a su leal saber y entender resuelva u opine, respecto a quien le asiste la razón.

Cipriano Gómez Lara, sitúa esta figura como intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición, al decir que:

"Históricamente, en un principio las partes en conflicto recurrían a la opinión de un tercero que en forma amigable

⁹⁹ Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit. P.7

trataría de avenirlos. Ésta es la amigable composición, que equivale a nuestro modo de entender, a una forma de conciliación . . . hemos colocado a la amigable composición en una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición; ello obedece a que surge de un pacto por el cual las partes admiten acudir a la opinión de un tercero, pero esta opinión, la del amigable componedor, no es aún vinculadora ni obligada para los contendientes y, por ello , el amigable componedor solo procurará avenirlos, es decir, hacerlos que lleguen a un pacto de transacción, a un desistimiento o a un allanamiento. Lo que le da fuerza a la opinión de este tercero, es la propia voluntad de las partes para acatarla o no"¹⁰⁰

El diccionario de derecho de Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, establece:

"AMIGABLE COMPOSICIÓN. Arreglo de un conflicto de intereses existentes entre particulares de acuerdo con el leal saber y entender de amigables componedores designados al efecto por los interesados"¹⁰¹

Por su parte, el diccionario de Derecho Procesal Civil del maestro Eduardo Pallares no ofrece una definición de la Amigable Composición, sin embargo proporciona la de AMIGABLE COMPONEDOR y textualmente dice:

"El árbitro designado por las partes que debe decidir el litigio según los dictados de su conciencia y de acuerdo con las normas legales. "El hombre bueno que las partes elijan para que decida según su leal saber y entender alguna contienda

¹⁰⁰ Gómez Lara, Cipriano; Op. Cit. p. 41

¹⁰¹ Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara; Op. Cit. p. 77

y que no quieren someter a los tribunales" (Escriche)¹⁰²

Se trata, en términos generales, de un Arbitraje en el sentido laxo del término. Es decir, estamos ante la presencia de un procedimiento Arbitral cuyo trámite, términos, objetivo, duración, etc. también lo determinan las partes, sin embargo la resolución compete a quien las mismas partes eligieron para tal efecto y esta persona o personas, decidirán sin sujetarse a ninguna regla de derecho, sino únicamente según su conciencia, su entendimiento y su muy particular punto de vista, por ello se dice: "*según su leal saber y entender*". Es de destacarse que, comúnmente los involucrados en un conflicto se cuidan muy bien de elegir a la persona o personas adecuadas para que realice la función de amigable componedor y generalmente dicha persona es conocida o amiga de ambas partes. Este aspecto implica una cuestión ética y de carácter moral, pues es en el amigable componedor en quien las partes depositan toda su confianza para que resuelva o dirima una controversia, en la cual obviamente, ambas partes creen tener razón.

Sin embargo, es de destacarse que la amigable composición y el carácter del amigable componedor, de ninguna manera demeritan la naturaleza jurídica de este medio alternativo de solucionar controversias, pues en relación con el Arbitraje de Derecho, la amigable composición implica para el Árbitro, solamente mayor margen de maniobra durante el procedimiento y al dictar el laudo, pero todas sus actuaciones, incluyendo el laudo, deben encontrarse completamente ajustadas a derecho.

4.2.3. Mediación

La mediación consiste, sustancialmente, en la intervención de un tercero en el conflicto, quien va a realizar funciones de facilitador de la comunicación entre las partes en conflicto. Como característica de este sistema no adversarial,

¹⁰² Pallares, Eduardo. Op. Cit. p. 80

encontramos que el mediador no puede proponer alternativas de solución, sino que su labor se ve limitada a escuchar a las partes y propiciar que ellas se escuchen entre sí, eliminando de la mediación los temas o puntos que bloquean la comunicación entre las partes, de modo tal que son las partes mismas, que con ayuda del mediador, van encontrando puntos de coincidencia y van construyendo así la solución a su disputa, pensando siempre en el menor deterioro posible a la relación futura entre los contendientes.

De muy reciente aparición, el libro *"Mediación y Administración de Justicia, Hacia la consolidación de una justicia participativa"*, de la abogada María Guadalupe Márquez Algara, es motivo de alegría, pues confirma el hecho de que el tema de los métodos alternativos de solución de controversias está creciendo entre el foro, amén de que viene a robustecer la incipiente bibliografía nacional sobre el tema, ya que durante la búsqueda de textos para el presente trabajo, nos percatamos que la mayoría de las obras son extranjeras, destacando las Argentinas y las Españolas, es por eso que resulta doblemente grato contar ahora con la obra mencionada, la cual trataré de aprovechar en la medida de lo posible, empezando por el concepto de mediación que dicha autora proporciona al decir que es:

"El acto de la mediación es un proceso comunicacional, educativo y voluntario en donde con la presencia e intervenciones de un tercero imparcial -el mediador- se producen nuevas interacciones entre las partes, lo que facilita a los mediados tener otra visión del conflicto. Las intervenciones del mediador están dirigidas a develar los intereses de las partes, para posibilitarlos a generar alternativas de solución que les permitan arribar a los acuerdos necesarios" ¹⁰³

Aunque el concepto transcrito desde nuestro punto de vista es poco Jurídico y

¹⁰³ Márquez Algara, Ma. Guadalupe. *Mediación y Administración de Justicia, Hacia la consolidación de una justicia participativa*, editorial Univesidad Autónoma de Aguascalientes, México 2004, p. 86

más sociológico, creemos que describe con eficiencia lo que es la mediación o, dicho de otro modo; el concepto que de la mediación tiene la autora, nos parece que se ajusta o coincide en lo general con otros diversos conceptos o definiciones de autores y diccionarios.

El Diccionario de Derecho de Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, proporciona la siguiente definición:

"Mediación. Contrato en virtud de la cual una de las partes se obliga a abonar a la otra -que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil- una remuneración por tal servicio. //Acción de una o mas potencias dirigidas a resolver amistosamente un conflicto, existente entre otras, emprendida de oficio o a instancia de parte."¹⁰⁴

Gonzalo Urbarri Carpinteiro, nos dice que por su parte Osvaldo Alfredo Gozaíni señala que:

". . . mediar es interceder o rogar por alguien, también significa interponerse entre dos o mas que riñen, procurando reconciliarlos, unirlos en amistad."¹⁰⁵

Oswaldo D. Ortemberg, en "mediación Familiar", ofrece la definición siguiente:

"La mediación es el arte de lograr que dos o mas partes con intereses en conflicto puedan llegar a un acuerdo para solucionarlo. El camino para tal acuerdo es el dialogo entre ellos, facilitado por el mediador."¹⁰⁶

¹⁰⁴ De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael, Op. Cit. p. 348

¹⁰⁵ Urbarri Carpinteiro Gonzalo. Op. Cit. p.8

¹⁰⁶ Ortemberg D. Osvaldo. "Mediación familiar" editorial Biblos, Buenos Aires, 1996

En la obra mencionada, además, hablando del mediador, nos dice:

"Su preocupación no es la verdad, sino la conveniencia. Su imagen es semejante a la del práctico, que está más apegado a los resultados beneficiosos concretos que a los valores del orden espiritual. Su paradigma está en que cada parte logre lo que mas le conviene con el menor sacrificio posible, mas allá de lo que la ley diga. No impugna la ley, sino que se hace cargo de la contradicción en la demanda de la gente y los pesados mecanismos que la ley establece, y que tornan ilusorios los mismos derechos que protege.

La legitimación del mediador proviene de la aceptación de su intervención por las partes, aunque sea la misma ley la que prevea esta intervención."¹⁰⁷

Este sistema alternativo de solucionar las controversias ha observado un desarrollo importantísimo en los últimos años, ello se debe a la gran necesidad de los particulares de encontrar una solución mas rápida, económica y eficaz a sus controversias, amén de que los Tribunales Estatales presentan una gran deficiencia en cuanto a la impartición de Justicia se refiere, pero sobre todo, dicho auge se debe a que la Mediación resulta ser un medio muy flexible, que se presenta de forma eficiente, amable y económica, para que las partes mismas sean las que vayan construyendo sus propios acuerdos. Parece ser éste el punto nodal o clave del éxito de la Mediación, en relación con otros medios de solucionar las controversias, pues en ésta el tercero llamado mediador, está impedido para proponer cualquier arreglo entre las partes, solamente escucha y procura que las partes se hablen y se escuchen, de tal suerte que, con las técnicas aprendidas en materia de Mediación, se van eliminando los temas insalvables entre los mediados, los cuales en numerosas ocasiones, son cuestiones de comunicación o

¹⁰⁷ Ortemberg D. Osvaldo. "Mediación familiar" editorial Biblos, Buenos Aires, 1996

de otra índole accesoria, las que entorpecen el entendimiento, haciendo difícil arribar siquiera al tema sustancial o primordial para las partes. Por ejemplo, en un divorcio son bastante complicadas y pesadas las cargas emocionales que cada una de las partes tiene, dichas cargas emocionales impiden que, una vez decidida la disolución del matrimonio, los divorciantes puedan tratar lo relativo a la pensión alimenticia, custodia de los hijos, división de los bienes, régimen de visitas, etc. en este punto resulta bastante común que en lugar de platicar o tratar de negociar, lo que se hace es procurar ocasionar el mayor daño posible, tanto al formular la demanda como al contestarla, sin importar los bienes o las personas que queden en medio de la disputa, dichos bienes y personas (los hijos generalmente) son arrastrados en ese torbellino de agresiones, finalmente viene un tercero (Juez), quien decide el futuro de cosas y personas, dejando dicha resolución, generalmente descontentas a ambas partes y lo que es peor, la relación jamás se restaura y suele suceder que en lo futuro dichas personas se vean como enemigos.

En el mismo caso del divorcio, el mediador que es el profesional preparado y calificado para encausar a las partes hacia la búsqueda de una solución negociada, ello cuando los divorciantes acuden a solicitar sus servicios, los escucha por separado, de tal forma que va enfocando cada parte a concentrarse en la solución de los temas que son manejables emocionalmente para ellas y, paulatinamente los mismos mediados van construyendo temas y puntos de acuerdo, sobre todo cuando comprenden a cabalidad que de ciertos bienes y personas será un tercero llamado Juez el que resolverá y que dicha resolución, seguramente no dejará satisfecho a ninguno.

Pensamos, que esa es la principal virtud de la mediación, que las partes mismas son las constructoras de sus acuerdos, en otras palabras, si en la mediación hay un acuerdo, éste es consecuencia de la voluntad de las partes, lo que lleva intrínseco que se ha producido una solución al problema planteado y, queremos pensar, que en ese sentido dicho acuerdo tiene gran probabilidad de ser cumplido

por las partes.

Márquez Algara, en la obra citada afirma que, en principio la mayoría de los conflictos son mediables para someter a esta vía alternativa, pero proporciona una lista de los que ella considera más viables o más adecuados:

- Familia
- Relaciones laborales
- Medio ambiente
- Consumidor
- Contratos (seguros, construcción, franquicia, arrendamiento, sociedades)
- Responsabilidades profesionales
- Daños y perjuicios
- Patentes marcas y propiedad intelectual
- Propiedad horizontal
- División de condominio
- Obligaciones de pago
- Vecinales
- Comunitarios
- Sucesiones
- Otros

Las principales características de la mediación, resultan ser al mismo tiempo sus ventajas más notorias, a saber:

Confidencial. Se trata de uno de los rasgos mas importantes de la mediación, consistente en que lo ventilado en el proceso de mediación. es del dominio exclusivo de las partes y del mediador, no pudiendo, lo dicho por uno de los mediados, ser utilizado posteriormente en juicio, ni tampoco podrá ser llamado el mediador como testigo, tampoco puede el mediador, durante el proceso de mediación, revelar a una de las partes información que la otra parte hubiese hecho de su conocimiento, al menos no sin su consentimiento.

Voluntaria. Sin duda, ésta es una de las características por la que cada vez gana mas adeptos este medio alternativo de solución de conflictos ya que las partes inician el proceso de mediación, únicamente cuando así lo han decidido, así mismo pueden determinar que decisión revelar u ocultar, decidir si llegan a un acuerdo o no y pueden, en un momento dado, retirarse del proceso de mediación sin que ello sea objeto para algún reclamo por parte de nadie, no obstante lo cual, debe fomentarse y concientizar a las partes acerca de la seriedad y de la conveniencia de la mediación, con el fin de evitar que la misma sea abandonada sin mayor valoración por parte de los mediados.

Flexible. A través de la mediación se pueden solucionar todo tipo de conflictos surgidos entre todo tipo de personas, a diferencia del proceso civil, en el que existen distintos tipos de procesos para ciertas pretensiones, que van desde los Juicios Ordinarios hasta los especiales. Por ejemplo, en una sucesión se presenta con cierta regularidad que al juicio sucesorio se tengan que acumular otros procesos de carácter civil. En la mediación no se tienen que observar las reglas rigurosas que el proceso judicial si está obligado a observar.

Por otro lado, también es flexible en cuanto a que las partes trabajan conjuntamente con el mediador para generar todas las opciones posibles de solución al conflicto, lo que genera propuestas creativas para resolverlo, destacando que es muy valioso el hecho de que son las partes quienes formulan sus propuestas y llegan a un arreglo, cuando esto sucede, la mediación ha tenido éxito.

En este punto, cabe señalar que en ocasiones el acuerdo al que se arribó mediante la mediación es incumplido o cumplido parcialmente, cuando se produce este supuesto, quedan dos alternativas: El litigio y la Remedación, de la que nos dice Zulema D. Wilde:

"Se trata de una nueva mediación con todas las

particularidades de la que ya se ha visto, básicamente enderezada a viabilizar el cumplimiento del acuerdo existente o su reformulación cuando las situaciones sobrevinientes tornaren imposible el cumplimiento original o fueren suficientemente perturbadoras como para dificultar el cumplimiento estricto de sus términos y obligar a una reformulación." ¹⁰⁸

La Mediación en México. Como se ha dicho anteriormente, la mediación ha tenido un notable desarrollo a nivel mundial, desarrollo impulsado no solo por los estudiosos, sino por la creciente demanda de este tipo de métodos para resolver los conflictos, originando con ello la necesidad de que las instituciones, públicas y privadas, se aboquen al estudio y aplicación de diversos Medios Alternativos de Solución de Controversias, entre los que destaca la mediación como uno de los mas utilizados y por tanto, en el que se ha ido perfeccionando su sistema y técnica de aplicación.

Nuestro país, lamentablemente, ha iniciado un poco tarde el desarrollo, difusión y aplicación de los Medios Alternativos de solución de controversias, pues en comparación con países como los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, o de Argentina y España, a México le falta bastante camino por recorrer, aunque vale la pena recordar que es mejor tarde que nunca y en ese sentido, resulta encomiable el esfuerzo de diversos Estados de la República y el propio Distrito Federal, por avanzar.

Quintana Roo, es el Estado de la República al que se puede considerar precursor Nacional en la aplicación de sistemas alternativos de solución de controversias y lo ha hecho bien, pues la Justicia Alternativa se concibió como un programa muy fuerte e integral en esa materia, al grado que el 30 de abril de 1997 se reformó la Constitución local para dar soporte legal e incorporar estos medios alternativos,

¹⁰⁸ Zulema D. Wilde. "Que es la mediación" editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1994

estableciéndose en el artículo 108 del mencionado ordenamiento que el Tribunal Superior de Justicia proporcionará a los particulares medios alternativos de solución de conflictos, previniéndose la institución u órgano encargado del servicio. Con apoyo en la reforma Constitucional, se publica La Ley de Justicia Alternativa del Estado el 14 de agosto de 1997 y consecuentemente se crea el Centro de Asistencia Jurídica, que es un órgano desconcentrado del poder judicial del Estado.

Vale la pena destacar que dicho centro ha tenido éxito en su funcionamiento, a grado tal que los ciudadanos de aquella entidad lo consideran una verdadera opción antes de iniciar el proceso Judicial, siendo clave para el éxito mencionado, que el Centro de Asistencia Jurídica fue proyectado, desde su concepción, con la finalidad de remediar la necesidad del ciudadano común de acceder a una verdadera Justicia, en ese sentido se implementó el programa dándole fuerza legal y operativa, a tal grado que los acuerdos celebrados a través de la mediación en el Centro de Asistencia Jurídica, tienen carácter de cosa juzgada y para el caso de que no se cumplan voluntariamente, es el propio Centro quien realiza diligencias de intervención judicial a fin de que el Juez competente ordene la ejecución forzosa.

Querétaro. El Centro de mediación de dicho Estado, inició sus actividades el 13 de septiembre de 1999, por acuerdo del pleno del Supremo Tribunal de Justicia, como órgano auxiliar adscrito a la presidencia del Tribunal y con fundamento en el artículo 17 fracción VII de La Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado

En esa Entidad, se vivió una experiencia que vale la pena comentar. El Centro de Mediación, fue creado por acuerdo del pleno del Supremo Tribunal y por impulso del entonces presidente de dicho Tribunal, sin embargo al cambio de mando en la presidencia del mismo, se decidió cerrar el Centro. Esto se puede interpretar, desde luego, en el sentido de que existen aún muchos obstáculos para comprender los beneficios de los medios alternativos de solución de controversias,

pero también se concluye que la implementación de dichos medios, así como la creación de organismos o centros que las apliquen, deben sustentarse en un marco normativo que le otorgue firmeza y no se vea sujeto a los vaivenes de la burocracia

Baja California Sur. El 22 de enero del año 2001 se inauguró el Centro de Mediación del Estado, cuya creación se justificó de manera administrativa como una Dirección General dependiente de la Presidencia del Tribunal de Justicia del Estado, para lo cual también se dictó un Acuerdo General de Presidencia que se publicó en el Boletín Oficial de fecha 26 de enero de 2001.

Sonora. El 16 de marzo del año 2000 inició sus actividades la Unidad de Mediación Familiar y Comunitaria.

Aguascalientes. El Centro de Mediación Familiar del Estado, inicia sus actividades el primero de octubre de 2001.

Puebla. El 13 de diciembre del año 2002 se crea el Centro Estatal de Mediación, por acuerdo del pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado como un órgano administrativo, adscrito al mismo Tribunal.

Es de destacarse, para nuestro estudio, que en Puebla se han generado esfuerzos importantes en foros de consulta, tendientes a la creación de una Ley que garantice la aplicación de medios alternativos de solución de controversias, con especial énfasis en el establecimiento de Tribunales de Arbitraje.

Oaxaca. El 12 de julio de 2002 comenzó a funcionar el Centro de Mediación Judicial del Estado, creado también por acuerdo del pleno del Tribunal Superior de Justicia de la entidad.

Distrito Federal. En nuestra ciudad, desde el año de 2003, funciona el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con instalaciones, en la calle Río Lerma Número 62 en la Colonia Cuauhtémoc.

Este Centro fue creado por el tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, mediante el acuerdo general 19-47/2003, emitido por el Consejo de la Judicatura, en sesión ordinaria de fecha 27 de agosto de 2003.

En este trabajo se dedicó un capítulo especial a dicho Centro y a la normatividad que lo crea y rige, sin embargo no se omite señalar que el tema reviste especial importancia por tratarse de nuestra ciudad, añadiendo que es menester el impulso para la creación de una Ley especial en materia de Medios Alternativos de solución de controversias, así como la reforma al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles locales, para normar y garantizar la aplicación de dichos medios, mas allá de las intenciones o caprichos de los funcionarios públicos en turno, así como de los conflictos políticos.

Estado de México. El Centro de Mediación y Conciliación fue establecido por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de dicho Estado, funciona como un órgano de éste y fue inaugurado el 11 de diciembre de 2002.

Chihuahua. Se publicó la Ley de Mediación el 7 de junio de 2003, creando al órgano encargado de promoverla, que lo es el Centro Estatal de Mediación, desconcentrado del Poder Judicial del Estado.

Guanajuato. El Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato, inició sus actividades el día 27 de noviembre de 2003. Es importante señalar que en este Estado de la República, la creación y funcionamiento de dicho Centro se estableció en los artículos 3 y 89 de la Constitución Política del Estado, amén

de que se creó la Ley de Justicia Alternativa, aprobada por la Cámara Legislativa local por propuesta de Ley presentada por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado.

Tabasco. Resulta interesante la postura asumida por este Estado respecto de la forma en que ha asumido la tarea de procurar ofrecer recursos alternativos que resuelvan la controversia sin transitar por el juicio, pues lo que se hizo fue capacitar a los secretarios de Juzgado que realizan las funciones de conciliador y que tienen a su cargo la audiencia previa y de conciliación, misma que tiene lugar una vez contestada la demanda.

Se creó el Centro de Conciliación Judicial de los Juzgados Civiles y se instalaron sus oficinas a un costado del edificio de Juzgados, se encuentra adscrita a ellos y presta sus servicios a partir del 19 de mayo de 2003, ahí se desahogan las audiencias de conciliación que señala la Ley, pero éstas ya son conducidas por profesionales expertos en la Conciliación y la Mediación, quienes cuentan con los conocimientos necesarios para tratar de terminar en esta etapa procesal con el conflicto, lo que se ha ido logrando con buen grado de éxito, tan es así, que la ciudadanía que conoce de este servicio, acude cada vez con mayor frecuencia al Centro de Conciliación Judicial, previo a iniciar un juicio, lo que evidentemente ha disminuido considerablemente el número de asuntos que llegan hasta la Sentencia dictada por un Juez.

Colima. En esta entidad se promulgó la Ley de Justicia Alternativa, promulgada por el Legislativo Local, en dicho ordenamiento se contempla el establecimiento del Centro Estatal de Justicia Alternativa que comenzó a funcionar en enero del año de 2004.

Cabe precisar que la información vertida en cuanto a los Estados de la República que han establecido sus sistemas Alternativos de Solución de controversias, fue

tomada del libro *Mediación y Administración de Justicia*, hacia la consolidación de una Justicia **participativa** de María Guadalupe Márquez Algara.¹⁰⁹

De lo vertido en cuanto a los avances que la República presenta en el tema de los Medios Alternativos de Solución de Controversias, se destaca que el medio mas utilizado o de mayor auge, como ya se señaló anteriormente, es la Mediación, asimismo sobresale el hecho de que ésta es adoptada y aplicada por los mismos órganos judiciales, lo cual es encomiable, pues denota que los mismos juzgadores son los que han ido tomando conciencia de la necesidad de aplicarlos para facilitar el acceso a la Justicia por parte de los gobernados, al tiempo de tratar de aliviar la sobrecarga de trabajo en Tribunales, lo cual no es obstáculo para señalar que los Centros de Justicia Alternativa no necesariamente tienen que pertenecer al sistema judicial, de hecho existen algunos privados como el Instituto Mexicano de Mediación S.C. y la Cámara Nacional de Comercio, que presta servicios de Arbitraje en materia comercial, por nuestra parte creemos que sería deseable y sano que se crearán mas instituciones de carácter privado con este fin, lo que diversificaría la oferta del servicio y combatiría la creencia tan arraigada en el medio, de que los sistemas jurídicos restan trabajo a los abogados.

4.2.4. Conciliación

La Conciliación, es otro de los llamados medios alternativos de solución de controversias y el autor colombiano Jorge Hernán Gil Echeverry, en su libro *La conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*, nos proporciona el siguiente concepto:

“La conciliación es un método alterno de solución de conflictos, judicial o extrajudicial, mediante el cual las partes buscan llegar a un acuerdo por sí mismas, respecto a sus diferencias de naturaleza contractual o extracontractual, para

¹⁰⁹ Márquez Algara, Ma. Guadalupe, Op. Cit. Pp. 157 a 209

lo cual se acude al apoyo y la mediación de un tercero denominado conciliador.”¹¹⁰

El autor citado sostiene que la Conciliación tiene dos acepciones, según se trate de su aspecto sustancial o su aspecto procedimental. En cuanto a éste último, se entiende por conciliación precisamente al

“... mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o mas personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.”¹¹¹

Mientras que por el aspecto sustancial, se entiende por Conciliación al propio acuerdo al que han arribado las partes, es decir, Conciliación materializada en un acta o documento que consigna los términos del propio acuerdo. Es común, por ejemplo, utilizar como sinónimos las palabras Conciliación y acuerdo, así decimos en el ámbito de lo contencioso de manera indistinta, que se ha llegado a un acuerdo.

Lo observado por el estudioso colombiano es interesante, en el sentido de que la figura de la Conciliación, tiene esos dos aspectos, procedimental y sustancial, según se trate del sistema, mecanismo o técnica utilizada para la solución de los conflictos en el primer caso, o del acuerdo logrado según el segundo de los aspectos mencionados. Sin embargo, la conciliación presenta otros rasgos interesantes, como se verá.

De los textos consultados, en general, se aprecia que existe gran similitud entre La Mediación y La Conciliación, de hecho, la Conciliación y la Mediación son iguales, ambas son Medios Alternativos de Solución de Controversias, en ambas las partes procuran llegar a un acuerdo, auxiliadas por un tercero (ya sea mediador o

¹¹⁰ Gil Echeverry Jorge Hernán; La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición, editorial Temis, S. A. Bogotá, Colombia, 2003 p.6

¹¹¹ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Op. Cit. p. 7

conciliador), dicho tercero aplica prácticamente las mismas técnicas de comunicación para procurar acercar a las partes y que entre ambas identifiquen por sí solas los puntos de conflicto, así como los de coincidencia de intereses y sobre éstos trabajar para construir acuerdos, la única diferencia entre el mediador y conciliador consiste, en que el segundo sí puede proponer acuerdos, mientras el primero de los mencionados, a pesar de percibir, palpar una evidente posibilidad de acuerdo debe callársela, pues son las partes quienes por sí mismas deben plantear sus propuestas de acuerdo.

Otro texto mexicano, publicado por Porrúa y escrito por Cecilia Azar Mansur, viene a robustecer el presente trabajo y al respecto, con razón creemos nosotros, aporta lo siguiente:

“ . . . debemos aceptar que debe ser muy complicado para la persona que actúa como tercero neutral evitar rebasar una línea tan fina. ¿Qué tan posible es tener la investidura de mediador, enfrentar a dos partes de un conflicto, efectivamente comprobar que requeriré de ayuda para mejorar su comunicación, tener la propuesta en la mente, confiar que es una propuesta viable y no comentarla por miedo a convertirse de pronto en un conciliador? ¿Es realmente una línea divisoria que necesitamos estrictamente conservar?, ¿los mediadores deben recibir una capacitación distinta a la del conciliador? . . . ”¹¹²

En realidad pensamos que la división o estricta clasificación entre las figuras del Mediador y Conciliador, son resultado de opiniones doctrinarias y de teoría del Derecho, lo cual es sumamente importante para discernir, construir y aún para aplicar y crear al mismo Derecho, sin embargo en ocasiones la rigurosas y hasta acartonadas definiciones, conceptos y clasificaciones que se pretenden construir,

¹¹² Azar Mansur, Cecilia. "Mediación y Conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar" editorial Porrúa, México, 2003, p.13

hacen mas difícil lo que deberían procurar: El entendimiento del Derecho, hacerlo mas claro y accesible a la comprensión. Lamentablemente, en ocasiones se logra exactamente lo contrario, es decir, genera confusión, sobre todo cuando se trata, como en este caso, de posturas diametralmente opuestas, resaltando que lo expresado no es en demérito del reconocimiento que se tiene y se debe al debate de las ideas y posturas, pues precisamente de su confrontación se genera el avance y evolución del Derecho. Lo que se pretende es recalcar que en una situación práctica, como la planteada por la autora citada, sucede necesariamente uno de dos supuestos: en apego a la teoría, el tercero deja de resolver el conflicto a pesar de tener a su alcance la posibilidad de hacerlo, o bien, decide coadyuvar eficazmente a la solución de una controversia, independientemente de que incluso por ello, pase (en la teoría) de ser un mediador a ser un conciliador. El tema es interesante en virtud de que como vimos en el capítulo anterior, se está presentando en nuestro país un desarrollo notable en materia de Mediación, que incluye la creación de Leyes de Mediación o de Solución Alternativa de Solución de Conflictos, así como de Centros en que se han de desarrollar dichos Medios, ante conflictos reales y personas de carne y hueso.

La propia Cecilia Azar, en la obra citada propone la utilización de ambas figuras como sinónimos y que se debería preguntar a las partes, al inicio del procedimiento alternativo de solución de conflicto, si es su deseo o si autorizan al tercero para proponer alternativas de solución o no. Por otro lado, argumenta la autora que para la distinción entre Mediación y Conciliación, se debe atender a los siguientes criterios:

“Tradición Jurídica: Conciliación, es un término mas cercano a la tradición civilista. En regimenes jurídicos civilistas, comúnmente se habla de conciliación, como un sistema para avenir a las partes de un conflicto. Así, nuestras leyes, sustantivas y procesales, tradicionalmente se han referido a audiencias conciliatorias, a juntas de avenencia, no a mediacionesMediación, como sistema de solución de

conflictos, es un término mas utilizado en países de derecho anglosajón y particularmente en Estados Unidos . . . Foro de utilización: con el fortalecimiento en México de la mediación en el contexto privado y mas recientemente en los programas anexos a tribunales (leyes de justicia alternativa), nos encontramos frente a la interacción de ambos términos. Constantemente hablamos o escuchamos hablar de conciliación y de mediación, en diferentes escenarios, privados y públicos, ambos como caminos de solución de controversias que implican la asistencia de un tercero . . . la tendencia es a identificar a la conciliación como una etapa del juicio o del procedimiento administrativo encaminada a intentar avenir a las partes que se lleva a cabo ante el juez, . . . mientras que la mediación comienza a ser identificada como un procedimiento independiente que por lo general se inicia ante un mediador privado o ante uno asignado o reconocido por el tribunal . . . ”¹¹³

Por lo acertado que nos parece lo citado, solo queremos referirnos a la última parte, en relación a que el procedimiento se inicia ante un mediador privado o ante uno asignado o reconocido por el tribunal, precisando que en la actualidad, en nuestro país prácticamente no existe la mediación particular o privada, de tal suerte que en la práctica casi todos los procedimientos de mediación son tramitados ante los Centros creados ex profeso por el Estado, a través de los diversos Tribunales de Justicia. Por otro lado, refiere la autora citada que el procedimiento de mediación se inicia ante un mediador asignado o reconocido por el Tribunal, pareciéndonos mas adecuado que la aseveración se hubiese quedado solamente en mediador reconocido por el Tribunal, pues hasta donde ha llegado la presente investigación, no se tiene conocimiento de la facultad de asignar mediador a particulares por parte de ningún Tribunal, lo que existe es una labor

¹¹³ Azar Mansur, Cecilia. Op. Cit. Pp.13 y 14

intensa de dar a conocer el sistema de la mediación y la institución de los Centros en que ésta se lleva a cabo.

4.3 ¿Puede el arbitraje ser un método alternativo de solución a controversias en materia familiar?

Este tema reviste gran importancia, ya que finalmente, viene a ser como el corolario de la presente investigación, ello desde el punto de vista de que este trabajo tiene como uno de sus objetivos, precisamente, desentrañar si es posible implementar o utilizar el Arbitraje, como un medio alternativo al judicial para resolver un conflicto o controversia familiar. En otras palabras, el presente subtema, viene a ser algo así como una conclusión mayor, debido a su importancia.

Ahora bien, hemos decidido que la mejor forma de abordar el tema es en sentido negativo, para finalmente plantear la hipótesis de la viabilidad o no, de reformas legales que hagan posible la utilización del Arbitraje en materia familiar.

Cuando nos referimos a sentido negativo, queremos decir que, ante el planteamiento del problema: ¿Puede el arbitraje ser un método alternativo de solución de controversias en materia familiar?, en vez de buscar dar una respuesta directa, pero sin mucha base, formularemos la pregunta: ¿y, por qué no?, de tal forma que al tratar de responder la segunda pregunta se irán analizando diversas cuestiones que, bajo el sistema de exclusión nos darán la respuesta buscada.

Así pues, empezaremos por establecer los requisitos esenciales del Arbitraje, los cuales, según Silvia Gaspar Lera, son:

“ Primero. Fijación de la relación jurídica de la que trae causa la institución arbitral.

Segundo. Manifestación, por parte de los sujetos de dicha

relación, de la voluntad inequívoca de someterse al arbitraje.

Tercero. Existencia de una cuestión litigiosa.

Cuarto. Arbitrabilidad de la materia sobre la que se suscita la cuestión litigiosa.”¹¹⁴

En relación al primero de los requisitos enunciados, ***Fijación de la relación jurídica de la que trae causa la institución arbitral*** cabe destacar que el Arbitraje debe establecerse en un convenio ante Notario Público, esto es un requisito legal en la ciudad de México, es decir que debe quedar por escrito y en este sentido, dicho convenio desde luego, puede ser impugnado por nulidad, de ahí la importancia de revisar en primer término la relación jurídica de la que trae causa el Arbitraje.

Para el caso del presente estudio, que se centra en la posibilidad del Arbitraje en materia familiar, baste decir por el momento que la relación jurídica de la que trae causa el Arbitraje, se debe ceñir, necesaria e indispensablemente en el nexo familiar entre las partes. Es decir, siempre que se hable de la posibilidad de utilizar el Arbitraje como método alternativo de solución de controversias en materia familiar, el primer requisito a cubrir consiste en acreditar la relación familiar entre las partes involucradas, ya que éste se limita a las relaciones entre personas que cuentan con algún parentesco entre sí.

No omito decir, en base a la realidad que se vive en juzgados, que todas las sentencias contienen como uno de los primeros puntos, y principales además, la cuestión relativa a que se acreditó la relación entre las partes, en algunos casos, como en el arrendamiento, se trata de una relación contractual; en el caso de los asuntos familiares, se trata, obviamente de una relación de parentesco, la cual siempre deberá ser acreditada a través de los medios de prueba idóneos. Esta reflexión viene al caso, toda vez que, al igual que en las resoluciones judiciales se

¹¹⁴ Gaspar Lara Silvia, El ámbito de aplicación del arbitraje, editorial. Aranzadi, España, p. 71

analiza la relación jurídica que da causa al proceso, en el caso del Arbitraje en materia familiar para dirimir controversias, el primer requisito a cubrir, es obviamente, la relación jurídica entre las partes, que en la especie debe ser de parentesco.

En cuanto al segundo de los puntos enunciados como requisitos del Arbitraje, consistente en **la manifestación inequívoca de la voluntad de las partes**, de someterse al procedimiento Arbitral, con el fin de dirimir sus controversias, se debe decir que ya existe en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 611, la disposición expresa para que el compromiso arbitral pueda celebrarse en escritura pública, escritura privada o en acta ante el juez, cualquiera que sea la cuantía del negocio, sin dejar de acotar que dicho numeral, como propuesta en el presente estudio, debe ser reformado, para que se adicione que el acta de compromiso arbitral podrá ser ante la institución de Arbitraje que las partes elijan, además de añadir a la cuantía la materia o naturaleza del negocio, siempre y cuando se trate de Derechos disponibles o no exista prohibición expresa de la Ley al respecto.

Como se anotó con anterioridad, en nuestro país se está generando un auge en cuanto a la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos. Actualmente, es la mediación el sistema mayormente adoptado por las Entidades Federativas que han decidido probar la funcionalidad de dichos medios alternativos de solución de controversias, incluyendo el Distrito Federal, lo cual viene a colación ya que, en Las Nuevas Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa, artículo 28, se contempla la celebración del "*Acuerdo de Aceptación del Servicio de Mediación*", el cual firman las partes en el conflicto, haciendo manifestación expresa de su voluntad inequívoca de someterse al procedimiento de mediación y como en el presente trabajo de investigación, se pretende resaltar las virtudes y alcances del procedimiento Arbitral, es de destacarse que nuestros mejores deseos son que se propague el uso del Arbitraje y que en un futuro existan centros de Arbitraje Públicos y Privados a los que

puedan acudir las personas a dirimir sus controversias. Es decir, haciendo un parangón entre el desarrollo actual de la mediación y el posible del Arbitraje en nuestra vida social, pensamos en lo benéfico que puede ser, desde ahora, modificar algunos preceptos legales, lo cual se tratará en capítulo diverso, sin embargo y como líneas arriba se mencionó el artículo 611 del código adjetivo civil, se decidió extenderse un poco en el tema, a fin de argumentar el aserto de que sería deseable que dicho numeral incluyera a los Centros de Arbitraje o ante el Árbitro, como una de las instancias ante las cuales celebrar el compromiso Arbitral.

La expresión inequívoca por parte de los involucrados en un conflicto, haciendo saber por medio de un acta, de un convenio, contrato o cualquier otro instrumento, ante la persona o institución adecuada, que es su deseo someter sus diferencias al Arbitraje, es un elemento de suma importancia para la institución que se estudia, subrayando que a diferencia de la mediación y de otros sistemas alternativos de solución de conflictos, el Arbitraje reviste un mayor rigor en cuanto a su procedimiento, pero sobre todo, que sus resoluciones son de carácter obligatorio para los arbitrables o en su caso, arbitrados.

No hay que olvidar que una de las cualidades primordiales del Arbitraje y, diríamos ventaja sobre otros medios alternativos, consiste en la obligatoriedad de sus resoluciones. De ahí que resulte de vital importancia, para evitar la impugnación o en su caso, la nulidad del laudo, que se precise e inserte de manera clara, manifiesta y categórica la voluntad de las partes de someterse al procedimiento arbitral, lo cual nos lleva a otro aspecto de este tema, a saber: si la sola manifestación inequívoca de la voluntad, implica la aceptación del laudo o, si por el contrario, aparte de someterse al arbitraje, se debe expresar el compromiso o la obligación de cumplir el laudo.

En el Título Octavo, artículos del 609 al 635 de Código de Procedimientos Civiles vigente, para el Distrito Federal, no se aprecia ninguna disposición que

textualmente prevea que las partes deben manifestar su voluntad de cumplir con el laudo, sin embargo, pensamos que dicha voluntad se encuentra implícita al aceptar someterse al procedimiento arbitral y concretamente el artículo 632 del ordenamiento legal citado, al disponer que una vez notificado el laudo, se pasarán los autos al Juez ordinario para su ejecución, se está en presencia de la obligatoriedad respecto de su cumplimiento, con independencia de que se cuente con algún recurso para su impugnación o aclaración.

La discusión acerca de la necesidad de establecer de forma expresa por las partes, su voluntad de cumplir con el laudo es básicamente doctrinal, al respecto nos dice Gaspar Lera en su obra *El ámbito de aplicación del arbitraje que*:

“... las partes han de aceptar el procedimiento en sí mismo, y la decisión de los árbitros. Sin embargo la mayoría de la doctrina ha considerado que la primera de estas manifestaciones -voluntad inequívoca de someterse a arbitraje- es suficiente para apreciar la existencia del requisito de la voluntariedad. Ello por cuanto que la obligación de cumplir el laudo es el efecto jurídico del propio contrato de arbitraje; efecto no previsto por quienes se someten al mismo, sino atribuido por el Estado incondicionalmente . . . Así las cosas, asumiendo el criterio anterior y puestos a buscar alguna finalidad a la exigencia de la aceptación del laudo, cabría pensar que ésta no tiene por objeto constatar la efectiva voluntariedad de las partes, sino el propósito de diferenciar el arbitraje de una figura ciertamente afín; a saber: la mediación. Y es que, en este último supuesto, las partes de una relación jurídica también acuerdan voluntariamente la designación de un tercero para resolver una cuestión litigiosa. Sin embargo la decisión de dicho tercero -a diferencia del laudo arbitral- no tiene automáticamente fuerza de obligar, antes bien, ello depende

de que las partes aprueben esa decisión extrajudicial, una vez emitida”¹¹⁵

Definitivamente estamos de acuerdo con la primera parte de lo transcrito, en el sentido de que la obligatoriedad del laudo es prácticamente una consecuencia, un efecto natural del procedimiento Arbitral y que no se requiere la expresión de voluntad de las partes en el sentido de obligarse a acatar el laudo y que el principio de voluntariedad del contrato de Arbitraje se cumple perfectamente con la manifestación inequívoca de las partes de someterse al mismo. Sin embargo, por cuanto hace al argumento relativo a que la manifestación de la voluntad de someterse al laudo es un distintivo que la doctrina busca, para diferenciar al Arbitraje de la mediación, no estamos de acuerdo, pues en la misma doctrina es de donde emanan ideas respecto a las diferencias de las dos instituciones, las cuales son notorias, tal como quedó asentado en el capítulo primero subtema 1.4 del presente trabajo. Resultando un tanto confusa la idea de la autora al señalar que la decisión de un tercero (el mediador) no tiene fuerza de obligar y que ello depende de que las partes aprueben esa decisión extrajudicial una vez emitida, pues es sabido que en la mediación, el tercero no decide nada, ni siquiera puede hacer propuestas de solución por lo que desde luego en la mediación dicho tercero no emite esa decisión extrajudicial que las partes han de aprobar en su caso, ya que no se produce una decisión, sino que se arriba a un acuerdo y en cuanto a la obligatoriedad, ésta no surge de la aprobación de las partes, sino que dimana precisamente de la voluntad de las partes quienes acordaron los términos de solución a su disputa. Es mas, precisamente debido a esas diferencias es que se sostiene, que a pesar de ser mas utilizada la mediación en materia familiar, resultaría, desde nuestro punto de vista, mas eficaz o completo, el Arbitraje en dicha materia, por la formalidad que reviste su procedimiento, que se asemeja al judicial solo que mas ágil y adaptable a cada caso concreto, pero sobre todo porque sus resoluciones son obligatorias para las partes, lo que definitivamente le otorga cierta ventaja sobre otros medios alternativos de solucionar conflictos. El

¹¹⁵ Gaspar Lera Silvia, op.cit. p. p. 77,78

tercero de los elementos de la institución que se estudia, es la denominada **cuestión litigiosa**, que no es otra cosa que el objeto del convenio Arbitral, es decir, la materia arbitrable, lo que se ha de dirimir mediante el procedimiento que las partes han elegido.

Este objeto del convenio Arbitral o cuestión litigiosa, resulta ser un tema sensible para el fin del presente capítulo, pues sobre la dilucidación del mismo descansa la respuesta a la pregunta que le da nombre y sustancia: ¿Puede el Arbitraje ser un método alternativo de solución a controversias en materia familiar?

En ese orden de ideas, es claro que la cuestión litigiosa es el objeto del contrato o convenio Arbitral y éste a su vez es requisito de validez del mismo, es más, según la legislación sustantiva civil, el objeto es requisito indispensable de existencia del contrato, así lo establece el artículo. 2224 del código civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que puede ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”¹¹⁶

Ahora bien, una vez establecido que la cuestión litigiosa es el objeto del contrato y que éste a su vez es elemento esencial del mismo, conviene hacer una breve reseña acerca del objeto de los contratos de acuerdo a nuestro código civil, ello con el objeto de dar cuenta respecto de éste y su relación con las posibles controversias familiares que pudiesen ser o no, objeto del contrato de Arbitraje. Veamos:

“Artículo 1824.- Son objeto de los contratos:

¹¹⁶ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p.192

I. La cosa que el obligado debe dar;

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”¹¹⁷

El precepto citado es tan claro, que en el mismo no se encuentra impedimento alguno que obstaculice establecer una controversia familiar como objeto del contrato de arbitraje.

“Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe: 1° Existir en la naturaleza. 2° Ser determinado o determinable en cuanto a su especie. 3° Estar en el comercio.”¹¹⁸

En el caso de los dos primeros supuestos de este precepto, no se encuentra ningún obstáculo que impida incluir controversias familiares como objeto del contrato Arbitral. Sin embargo, en tratándose de controversias familiares, éstas en ocasiones versan sobre cuestiones fuera del comercio, pero al respecto existe prohibición expresa de someter dichas cuestiones al Arbitraje, como sucede con asuntos del estado civil de las personas o el divorcio, sin embargo, cabe decir que en ambos casos, la ley permite someter al Arbitraje los aspectos pecuniarios de éstos, lo que significa que dentro de una controversia familiar podrá haber varios aspectos, unos arbitrables y otros no, pero lo importante será que las partes establezcan claramente el *objeto* de su contrato. Ello, con independencia de señalar la necesidad de reformas que permitan establecer dentro del contrato de Arbitraje, como su objeto, cuestiones que no están dentro del comercio, pero que sin duda serán en ocasiones la materia primordial del arbitraje, tal es el caso, por ejemplo, de las visitas de convivencia entre padres divorciados con sus hijos.

“Artículo 1826.- Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento.”¹¹⁹

¹¹⁷ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 165

¹¹⁸ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 165

¹¹⁹ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 165

La primer parte del numeral citado no presenta ningún problema al establecer que las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato, por lo que no existe obstáculo en cuanto al Arbitraje en ese sentido. Sin embargo, en cuanto a la segunda parte, existe una prohibición expresa que se interpreta de la siguiente manera: Al establecer el mencionado numeral que no puede ser objeto de un contrato la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento, se deduce que se refiere a que la persona que pretenda realizar el contrato sería el beneficiario de dicha herencia, herencia que obviamente no ha entrado en su peculio o, mas concretamente, en su esfera jurídica de disponibilidad de derechos, por lo que resulta indudable que los mismos no pueden ser objeto, válidamente, de ningún contrato, ya que de hacerlo, estaría comprometiendo cosas o derechos que no son suyos.

En ese orden de ideas, tampoco existe fricción con la figura del arbitraje, pues bajo el supuesto legal que se analiza, resulta imposible someter a arbitraje cosas o derechos que no se encuentran en el ámbito de disponibilidad de la persona.

“Artículo 1827.- El hecho positivo o negativo objeto del contrato debe ser:

I. Posible;

II. Lícito”¹²⁰

En cuanto a que el hecho debe ser posible, en el caso de cualquier contrato esto es obvio e indispensable, pero tratándose de cuestiones familiares se debe tener especial cuidado de cerciorarse acerca de la mencionada posibilidad. Al respecto, la doctrina establece que el objeto de las obligaciones debe ser posible física y jurídicamente.

¹²⁰ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 165

El maestro Rafael Rojina Villegas afirma que:

“ . . . hay una imposibilidad jurídica, cuando el hecho no puede realizarse porque una norma de derecho constituye a su vez un obstáculo insuperable para su ejecución. Se aplica el mismo concepto de la imposibilidad física; en la imposibilidad jurídica no se trata de violar una norma de derecho, sino que ni siquiera llega a realizarse la prestación por cuanto que la ley impide de plano su posibilidad de ejecución. De tal manera que la norma jurídica no es violada, sino que constituye un impedimento que hace incompatible la realización del acto con la norma, y desde el punto de vista legal el acto no tiene ni tuvo existencia alguna”¹²¹

Hay que considerar, que para el caso de la posible celebración de Arbitraje con el objeto de resolver controversias familiares, la mayor imposibilidad es jurídica o, dicho de otra forma, habrá que analizar detenidamente en cada caso particular que no existe algún impedimento normativo que prohíba la realización del Arbitraje, lo cual en parte, es materia de este apartado.

Ahora bien, en ese orden de ideas, tenemos que, mientras los derechos y obligaciones que se pretendan someter al Arbitraje no estén señalados por una norma como prohibidos para la realización del mismo, dicho Arbitraje puede ser válidamente celebrado, es decir, mientras el objeto del contrato, que lo son las controversias familiares, sea jurídicamente posible (además de materialmente desde luego), se debe afirmar que no existe impedimento para someterse al Arbitraje.

En cuanto hace a la fracción II del precepto que se comenta, éste señala la licitud del hecho positivo o negativo que se pretenda establecer como objeto del

¹²¹ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil Tomo III, editorial Porrúa, México. 1986, p. 67

contrato. Al respecto, la ilicitud se produce, según la doctrina, cuando el contrato nace e incluso puede crear algunas consecuencias o efectos, pero está afectado de nulidad, incluso Rojina Villegas dice que:

“Lo ilícito es lo posible prohibido; en cambio, lo imposible jurídicamente hablando, es aquello que no llega a realizarse, porque la norma de derecho supone ciertos supuestos necesarios, que de no observarse en el acto, aun cuando tenga aspecto material, no tendrá existencia jurídica. Un contrato en el cual se pacte una obligación de hacer, consistente en matar, o lesionar, o robar por el pago de una suma de dinero, no es un contrato cuyo objeto sea jurídicamente imposible, pero es nulo de pleno derecho, porque se viola una norma de carácter penal que es de interés público. En la imposibilidad jurídica hay inexistencia; en la ilicitud nulidad.”¹²²

De acuerdo al tema de la presente investigación, se comenta que en tratándose de la pretensión de someter a Arbitraje las controversias familiares, creemos que se corre el riesgo de caer fácilmente en la nulidad por la ilicitud de su objeto, pues ciertamente existen señalamientos expuestos de la ley en el sentido de las cuestiones que no se pueden someter al mismo, concretamente el artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles, que se comentará mas adelante, es una muestra de ello, por lo que consideramos de suma importancia que sea previa y escrupulosamente estudiado cada negocio en lo particular, antes de hacer el compromiso Arbitral, lo cual conlleva a afirmar la necesidad de la alta profesionalización y especialización de las personas que se desempeñen, en su caso, como Árbitros Familiares:

“Artículo 1828.- Es imposible el hecho que no puede existir

¹²² Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 68

porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.”¹²³

De hecho, el numeral citado, está definiendo lo que debe entenderse por imposibilidad jurídica, estableciendo de manera clara que cuando ésta se produce, acarrea la inexistencia del acto. Aquí cabe comentar, que desde nuestro punto de vista resulta mas apropiado hablar de acto que de hecho, toda vez que se está tratando el tema de los contratos, que obviamente derivan de la voluntad de las partes, es decir, son actos de voluntad de los contratantes.

“1829.- No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él.”¹²⁴

Aquí por ejemplo, surge uno de los elementos, por los que se propone la creación de un cuerpo normativo especial para el caso del Arbitraje en materia familiar, pues en algunos casos que la ley general no permite el Arbitraje, resulta que en materia familiar no se encontraría impedimento alguno para ello, tal es el caso de la disposición que prohíbe el Arbitraje de aquello que está fuera del comercio, sin embargo en materia familiar son frecuentes las negociaciones entre los particulares respecto de las convivencias familiares entre padres divorciantes e hijos, lo que proporcionaría materia para evitar o solucionar un conflicto al respecto, vía el Arbitraje. Por otro lado, el precepto maneja una hipótesis difícil, si no es que imposible de ajustarse al caso de la aplicación del Arbitraje en controversias del orden familiar, pues generalmente en éstas, el obligado no se puede liberar, ni se puede transmitir la obligación a un tercero sino por disposición de Ley, tal es el caso nuevamente de la convivencia familiar entre un padre o una madre divorciados con sus hijos, lo cual obviamente no es un hecho imposible, ni

¹²³ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 165

¹²⁴ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 165

física ni jurídicamente hablando, pero la obligación y el derecho del padre y de los menores, no puede ser ejercido y cumplido por otra persona distinta.

“1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”¹²⁵

En este precepto lo que hace el legislador, es definir, o tratar de definir, cuales son los hechos ilícitos, estableciendo categóricamente que son aquellos contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Por ende, interpretado a la luz del diverso artículo 1827 del mismo ordenamiento, que dice que el hecho objeto de un contrato debe ser posible y lícito, tenemos que cuando en un contrato se pacta como objeto del mismo la realización de un acto o una abstención, que implique la contravención a una ley de orden público o a las buenas costumbres, dicho contrato nacerá e incluso podrá generar alguna consecuencia, pero será nulo de pleno derecho pues su objeto es ilícito al contravenir el orden público o las buenas costumbres, o ambas; a diferencia del contrato que no nace porque su objeto no es jurídica o materialmente posible.

En ese orden de ideas, se reitera que, definitivamente se deber poner especial cuidado en fijar la materia arbitrable, debiendo recordar en este momento el contenido del artículo 138-Ter. Del Código Sustantivo Civil, que a la letra establece:

“Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto de su dignidad”¹²⁶

Ahora bien, según el precepto citado no existen excepciones, todas las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público, por tanto, aquel

¹²⁵ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 165

¹²⁶ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 38

hecho o abstención, que contravenga alguna, cualquiera de estas disposiciones será ilícito como objeto del contrato de Arbitraje. Sin embargo, ello tampoco implica la prohibición de someter al Arbitraje las controversias familiares, sino solamente de verificar que el objeto, la materia arbitrable del contrato de Arbitraje, no se encuentre prohibido expresamente por la Ley, por ejemplo, el artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su fracción II, textualmente especifica que puede ser objeto de un convenio la parte pecuniaria del divorcio. En ese sentido, es de anotarse, que por un lado puede existir autorización de la ley, para realizar el contrato de Arbitraje en materia familiar, pero por otro lado, pensamos que es suficiente con que no exista un impedimento claro y expreso al respecto, pues el numeral en cita a lo que se refiere es a que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público, de tal suerte que tendría que haber disposición expresa prohibitiva, pues en caso de no existir ésta, no se surte la hipótesis de ser contrario a las leyes de orden público.

“1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”¹²⁷

Este numeral, por la disposición que contiene, tampoco representa escollo para que sea factible celebrar, válida y legalmente el contrato de Arbitraje en materia familiar, siempre y cuando se revise cuidadosamente el objeto de mismo, para evitar posibles impugnaciones o en su caso nulidad o declaración de inexistencia.

No obstante, se desea aclarar que al afirmar que se debe tener cuidado al establecer el objeto del contrato, a la luz del numeral que se comenta, el cual se refiere a la voluntad de las partes, así como a la luz de lo que sucede con frecuencia en la celebración de todo tipo de contratos, el énfasis en ser cuidadoso obedece más a la materia, que en nuestro caso son conflictos familiares, los cuales son mas delicados –desde nuestro punto de vista- que una materia

¹²⁷ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 165

mercantil o de otra índole, así mismo es de observarse que por cuanto hace a la voluntad de los que contratan, ésta, por subjetiva, es difícil de prever en cuanto a su fin último o en cuanto a su verdadero motivo determinante. En todo caso, es de destacar que la eventual celebración de un contrato de Arbitraje en materia familiar, no representaría, en el sentido de la disposición comentada –fin o motivo determinante de la voluntad de los contratantes- mayor complicación u obstáculo, que si se tratara de materia comercial, de prestación de servicios o de cualquier otra índole.

Ahora bien, por lo que respecta al cuarto y último de los elementos analizados, consistente en la **Arbitrabilidad de la materia sobre la que se suscita la cuestión litigiosa**, el artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles, para el Distrito Federal, es claro y categórico, al establecer los casos en que no es aplicable el Arbitraje, pues textualmente dispone:

“615. No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios:

I. El derecho de recibir alimentos;

II. Los divorcios excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias;

III. Las acciones de nulidad de matrimonio;

IV. Los concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 339 del código civil.

(“Puede haber transacción o compromiso en árbitros sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, salvo aquellos casos en que éste código señale lo contrario)

V. Los demás en que lo prohíba expresamente la ley.”¹²⁸

De la letra del numeral citado, se concluye que, de la interpretación a contrario

¹²⁸ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006 p. 105

sensu de su contenido, se autorizan todos los demás negocios que no se encuentren en alguna de las hipótesis señaladas, sin embargo habrá que ser cautos al respecto, pues la última fracción establece dicha prohibición, además, para *“los demás en que lo prohíba expresamente la ley”*. Es decir, que debe existir disposición expresa de la Ley, que prohíba el compromiso en Árbitros respecto de determinada cuestión, lo cual coincide y además robustece lo afirmado en el presente trabajo, cuando en párrafos anteriores se comentó el artículo 138 Ter, en relación al 1830, ambos del Código Civil, afirmando que mientras no exista un impedimento expreso de la Ley, se puede comprometer en Árbitros aquello que las partes decidan.

En cuanto a su fracción primera, en la que prohíbe comprometer en Árbitros el Derecho de recibir alimentos, ello no representa ningún obstáculo o prohibición, para que los involucrados sometan al Arbitraje ciertos aspectos del mismo, como el monto, la periodicidad, lugar de pago (o de cobro según sea el caso), además de la duración, incrementos y modo de garantizarlo, lo cual se robustece con el hecho de que a pesar de que dicha cuestión no se dilucida en la práctica mediante Arbitraje, lo cierto es que sí se negocia, se media, se concilia y se resuelve voluntariamente, día a día, por las partes, sin intervención del Juez, quien posteriormente aprueba, previa revisión claro, en la que debe verificar que no se vulneren derechos de las partes o de menores o incapacitados.

También resulta interesante la letra de la fracción II del artículo 615 que se comenta, misma que textualmente dispone que no se pueden comprometer en Árbitros:

“Los divorcios excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias”.

En primer lugar se deja claro que los divorcios, es decir la disolución del vínculo matrimonial se encuentra vedado para ser comprometido en Árbitros, lo cual nos parece, claro, categórico y contundente, sin embargo, no puede dejar de traerse a

colación la realidad, que es motor generador del derecho. Esa realidad, a la que se enfrentan gran cantidad de matrimonios en situación de conflicto, de tal suerte que la vida en común es ya imposible, ante lo cual la única opción es el divorcio, pero cuando uno de los miembros de la pareja, menciona por primera vez el divorcio, es porque éste ya pensó, calculó y proyectó la conveniencia e inconveniencia del mismo, por su parte, el otro integrante del matrimonio ya hizo lo propio. El caso es que una vez sacado a flote el tema del divorcio, empieza entre ambos una lucha, una pelea de defensa de intereses (supuestos o verdaderos), a partir de los cuales se planteará, entre ellos, la posibilidad (no siempre claro, habrá casos violentos, en los que la separación es inmediata) del divorcio voluntario y, dependiendo de la conducta del otro, se cederá o no a la solicitud del mismo.

Es decir, aún en tratándose única y exclusivamente de la cuestión del divorcio, las partes afectadas, en la realidad empiezan a dialogar y negociar, acerca de la conveniencia del mismo por la vía voluntaria o, si por el contrario, en caso de no haber acuerdo al respecto, se tramitará el divorcio necesario.

Desde nuestro punto de vista, sería dable y conveniente, que se permitiera, legalmente hablando, la intervención de un mediador en esta temprana etapa de la separación conyugal, con lo que quizá se evitaría un buen número de juicios de divorcios necesarios, que llegaron a serlo, precisamente, por deficiencias en el manejo de dicha etapa de la crisis. Al respecto, en países como Argentina y en algunos Estados de la Unión Americana, se requiere previamente a la admisión de la demanda de divorcio, que se haya agotado un proceso de mediación.

Por otro lado, la fracción que se comenta, misma que permite la utilización del Arbitraje, cuando se trata de los aspectos puramente pecuniarios, es loable e importante, sin embargo, nos parece insuficiente, sobre todo porque existen aspectos mas delicados y fundamentales -no se afirma que lo monetario no lo sea-, que en la práctica se negocian día con día en casi todos los casos de

divorcio; como son la guarda y custodia de los menores, las visitas de convivencia del padre o madre que no las tenga, regulación de la vigilancia de los progenitores en relación a la educación de menores, por lo que consideramos conveniente una reforma a la fracción de que se trata, para el efecto de incluir como Arbitrables, aquellos Derechos disponibles de las partes, pero sobre todo aquellos que atañen a su esfera privada de conveniencias, toda vez que la decisión del Juzgador en cuanto a la convivencia de los padres con sus hijos, cuando no tienen la custodia, generalmente resulta inconveniente, es por eso que en la presente investigación se insiste en que corresponde en primer término a las partes, ponerse de acuerdo sobre dichas cuestiones, agotando primeramente los medios alternos y como última opción, acudir al órgano jurisdiccional.

Por ejemplo, en Argentina, según Gaspar Lera, en el artículo 90 del Código Civil de aquel país, se permite que los cónyuges acuerden, sin intervención del Juez, dichas cuestiones como derechos disponibles, aclarando que la disponibilidad de esos derechos familiares, incluyendo el monto de la pensión alimenticia, es limitada ya que las decisiones que pudieran adoptarse no pueden resultar perjudiciales o dañosas para los hijos o el otro cónyuge.¹²⁹

No se omite comentar que, sin duda, el objeto y espíritu de la fracción segunda del numeral en comento, es fortalecer la preservación de la institución del matrimonio, prohibiendo expresamente el arbitraje respecto del divorcio. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, tal prohibición es exclusiva al divorcio como tal y nada más, por lo que es dable interpretar en el sentido de que, sí se pueden someter a Arbitraje, ciertos aspectos del mismo divorcio, como son los pecuniarios, que incluyen además de la disolución de la sociedad conyugal o la distribución de los bienes, aspectos como la pensión alimenticia y hasta el régimen de visitas o de convivencia del padre o la madre que no viva con los menores en su caso. Esto es así, ya que al no existir prohibición legal expresa, no encontrarse la hipótesis de que el objeto del compromiso Arbitral vulnere las leyes del orden público o la

¹²⁹ Gaspar Lera, Silvia. Op. Cit. p. 99 cita contextual

moral, amén de que su objeto no sea imposible material o jurídicamente, se colige la posibilidad, perfectamente legal, de celebrar compromiso Arbitral y por tanto, procedimiento Arbitral respecto de dichas cuestiones.

Ahora bien, por cuanto hace a la fracción tercera del artículo en estudio, misma que establece prohibición para comprometer en Arbitraje "**Las acciones de nulidad de matrimonio**", nos parece que al respecto existe muy poco que comentar, excepto que dichas acciones de nulidad de matrimonio, afectan directamente el Estado Civil de las personas, y que éste a su vez, como se sabe, es un derecho indisponible y por tanto sobre ello, corresponde al Estado decidir vía el procedimiento judicial respectivo. En este sentido, la presente fracción guarda estrecha relación con la fracción IV que se analizará mas adelante.

En este caso, el argumento sobre la prohibición expresa, aducido en el comentario a la fracción segunda relativa a la prohibición del Arbitraje respecto de los casos de divorcio, excepto en sus aspectos pecuniarios, funciona perfectamente. Es decir, la fracción del numeral en comento es clara: No son arbitrables las acciones de nulidad del matrimonio y punto, no deja lugar a pretender interpretar, como sí lo hace en el caso de divorcio con la fracción segunda, en la que expresamente se deja a salvo el aspecto pecuniario del divorcio como derecho disponible, amén de que consuetudinariamente se dispone, por los divorciantes de derechos aleatorios, como lo son el régimen de visitas, modo de garantizar la pensión alimenticia, a quien de los cónyuges se confiará la guarda y custodia de los menores hijos del matrimonio, etc.

En cuanto a la fracción IV del artículo que se comenta, cuyo texto prohíbe el Arbitraje en lo negocios "*concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 339 del código civil ("Puede haber transacción o compromiso en árbitros sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, salvo aquellos casos en que éste código señale lo contrario")*", es menester reafirmar argumentativamente, una vez mas,

que si bien es cierto, La Ley prohíbe el Arbitraje en cuestiones, negocios o asuntos familiares muy específicos, no menos cierto es, que ciertos aspectos (pecuniarios principalmente), respecto de las mismas cuestiones, la misma Ley admite el Arbitraje. Por ejemplo, respecto de los alimentos resulta común que incluso buena mayor parte de los abogados piense que los mismos no pueden sujetarse al procedimiento Arbitral, cuando lo cierto es, que lo inarbitrable lo constituye el Derecho a recibirlos, mas no sus aspectos de duración, cuantía, periodicidad, modo y lugar de pago y forma de garantizarlos, mismos que se pueden negociar pues son derechos disponibles y por tanto, desde luego que las partes interesadas pueden (no existe impedimento legal para ello) nombrar un tercero que Arbitre sobre dichos aspectos. Ello por no mencionar que en la práctica se hace a diario la mediación y conciliación por parte de los abogados y los involucrados mismos, siendo lamentable el hecho de que en nuestra sociedad no exista, aún, la cultura de acudir al Centro de Justicia Alternativa, dependiente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

En cuanto a la quinta y última fracción del artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles, para el Distrito Federal, cuya letra prohíbe el Arbitraje en todos aquellos negocios en que expresamente la Ley así lo señale, ésta ya se comentó al principio del análisis del citado numeral, sin embargo se reitera que se debe ser cuidadoso en cada asunto en particular, pues de su revisión minuciosa se desprenderán aquellas cuestiones o aspectos inarbitrables, por mandato expreso de la ley, o bien, por contravenir a las disposiciones de orden público o de la moral.

Ahora bien, como respuesta a la cuestión primeramente planteada en este apartado, respecto a si es posible el Arbitraje en materia familiar como posibilidad legal viable, la respuesta es: sí.

Efectivamente, como se puede apreciar de la lectura del presente trabajo, en particular por cuanto hace al análisis realizado a las normas de Derecho vigentes,

desde las constitucionales, artículos 13 y 17, hasta las de los Códigos sustantivo y adjetivo en materia civil, pasando por los reglamentos como las nuevas reglas de operación del Centro de Justicia Alternativa, es perfectamente utilizable el Arbitraje en controversias del orden familiar.

Sin dejar de mencionar, que el uso de la figura jurídica que se estudia, depende en buena medida del tema educación y cultura en la sociedad. A mayor educación y cultura, creemos, se generará menor número de conflictos o éstos serán menos graves y, para el caso de que dichos conflictos sean una realidad, los involucrados podrán optar por vías alternas a la Judicial para resolverlos. Se trata pues, en la medida de la modestia de este trabajo, sumarse al movimiento que actualmente se impulsa desde diversos ámbitos, en pro de la educación para la Paz.

Sin dejar de hacer la observación, en el sentido de que corresponde a todos los involucrados en el sistema de impartición de Justicia, impulsar el mejor y sano desarrollo social, vía la aplicación del Derecho, entendido que éste es útil no solamente cuando se imparte desde los Tribunales, sino que resultará una herramienta extraordinariamente eficaz en la medida que el ciudadano común la utilice, respete y aplique, sin necesidad de que le sea impuesto.

PROPUESTA

1. Reforma al artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dispone:

“Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta de orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.”

Para quedar como sigue:

“Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, pero los particulares, en la libre disposición de sus derechos y por autonomía de su voluntad, podrán someter sus diferencias al procedimiento arbitral que señalen las leyes respectivas. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta de orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.”

Objeto: evitar las objeciones respecto a la inconstitucionalidad del Arbitraje.

2. Reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo segundo que a la letra dispone:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

Para quedar como sigue:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, su servicio será gratuito y quedan, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales, dejando a salvo el derecho de los particulares de recurrir al arbitraje o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, para dirimir controversias, siempre y cuando se trate de derechos disponibles.”

Objeto: evitar las objeciones respecto a la inconstitucionalidad del Arbitraje.

3. Reforma al artículo 168 del código civil, cuyo texto actual es el siguiente:

“Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo, a la formación y

educación, así como a la administración de los bienes de los hijos, en caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el juez de lo familiar.”

Para quedar como sigue:

“Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos, en caso de desacuerdo, podrán acudir a la institución pública o privada de Arbitraje o mediación para resolver sus diferencias, quedando a salvo su derecho de concurrir ante el juez de lo familiar.”

Objeto: inducir, antes que a la acción judicial, al medio alternativo, evitando saturación en Juzgados.

4. Reforma al artículo 177 del código civil, cuyo texto actual es el siguiente:

“Los cónyuges, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro, pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio.”

Para quedar como sigue:

“Los cónyuges, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro o bien, agotar previamente el Arbitraje o la mediación, cuando proceda, pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio.”

Objeto: inducir, antes que a la acción judicial, al medio alternativo, evitando saturación en Juzgados.

5. Reforma al artículo 309 del código civil, cuyo texto actual es el siguiente:

“El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración a la familia, corresponde al Juez de lo Familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias.”

Para quedar como sigue:

“El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración a la familia, corresponde al Juez de lo Familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias, o bien, agotar previamente el Arbitraje o la mediación.”

Objeto: inducir, antes que a la acción judicial, al medio alternativo, evitando saturación en Juzgados.

6. Reforma al artículo 416 del código civil, en sus dos párrafos, cuyo texto actual dispone:

“En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los

menores. En caso de desacuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

Para quedar como sigue:

“En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, las partes podrán agotar el proceso de mediación o el Arbitraje, quedando a salvo su derecho de acudir ante el juez de lo familiar, quien resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio, laudo o resolución judicial.”

Objeto: inducir, antes que a la acción judicial, al medio alterno, evitando saturación en Juzgados, amén de incluir al Arbitraje en la última parte de la segunda fracción.

7. Reforma al segundo párrafo del artículo 417 del código civil, cuyo texto actual dispone:

“No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Solo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial”

Para quedar como sigue:

“No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Solo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio, laudo o resolución judicial”

Objeto: incluir al Laudo Arbitral

8. Reforma al artículo 1825 del código civil. Letra actual:

“La cosa objeto del contrato debe: 1º Existir en la naturaleza,

**2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, 3°
Estar en el comercio”**

Para quedar como sigue:

**“La cosa objeto del contrato debe: 1° Existir en la naturaleza,
2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, 3°
Estar en el comercio o ser un derecho disponible de los
contratantes”**

Objeto: abrir, incluir derechos, como la convivencia familiar como objetos posibles de los contratos.

9. Reforma al primer párrafo del artículo 205 del código de procedimientos civiles, que textualmente dispone:

“El que intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge, concubino o pariente, podrá acudir al Centro de Justicia Alternativa, quienes deberán llamar a los mediados, para tratar de dirimir la controversia.”

Para quedar como sigue:

“El que intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge, concubino o pariente, podrá recurrir al Arbitraje siempre que se trate de Derechos disponibles, o bien acudir al Centro de Justicia Alternativa, quienes deberán llamar a los mediados, para tratar de dirimir la controversia.”

Objeto: incluir al Arbitraje, para su mayor difusión.

10. Reforma al primer párrafo del artículo 500 del código de procedimientos

civiles, que actualmente establece:

“Procede la vía de apremio a instancia de parte, siempre que se trate de la ejecución de una sentencia o de un convenio celebrado en el juicio, ya sea por las partes o por terceros que hayan venido al juicio por cualquier motivo que sea.”

Para quedar como sigue:

“Procede la vía de apremio a instancia de parte, siempre que se trate de la ejecución de una sentencia, laudo arbitral o de un convenio celebrado en el juicio o ante el Centro de Justicia Alternativa, ya sea por las partes o por terceros que hayan venido al juicio por cualquier motivo que sea.”

Objeto: conceder al Arbitraje el mismo peso que a sentencias y convenios.

11. Adición de un segundo párrafo al artículo 611 del código de procedimientos civiles, cuyo texto actual es el siguiente:

“El compromiso puede celebrarse por escritura pública, por escritura privada o en acta ante el juez, cualquiera que sea la cuantía”

Para quedar como sigue:

“El compromiso puede celebrarse por escritura pública, por escritura privada o en acta ante el juez, cualquiera que sea la cuantía.”

En asuntos familiares, el compromiso podrá celebrarse, además, ante el Centro de Justicia Alternativa”

Objeto: facilitar y promover la celebración del compromiso arbitral

12. Reformas al artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuya disposición expresa es que:

“No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios:”

- a) En su fracción I, que actualmente dispone:

“El derecho de recibir alimentos”.-

Para quedar como sigue:

“El derecho de recibir alimentos, lo que no incluye sus aspectos de cuantía, sistema de incremento, modo, lugar y periodicidad de pago, forma de garantizarlo, así como de su duración, siempre y cuando ésta sea superior a la establecida por el código civil”.

Objeto: evitar la confusión existente en relación a que nada de lo relacionado con el Derecho a recibir alimentos es Arbitrable).

- a) En su fracción II, que actualmente dispone:

“II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y las demás diferencias puramente pecuniarias.”

Para quedar como sigue:

“II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y las demás diferencias respecto de los derechos disponibles de los divorciantes.”

Objeto: poder incluir aspectos como la casa que ha de servir de habitación, a cual de los divorciantes o tercero, se encomendará la custodia provisional y en su caso definitiva de los menores, cuestiones relativas a la patria potestad de los menores, lugar y duración de las visitas familiares, etc.

13. Adición de un segundo párrafo al artículo 674 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, cuyo texto actual establece:

“Cuando ambos consortes convengan el divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores.”

Para quedar como sigue:

“Cuando ambos consortes convengan el divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores.

El convenio a que se refiere el párrafo anterior, podrá ser logrado por las partes utilizando los sistemas de Justicia Alternativa, como la mediación y el Arbitraje”

Objeto: promover el uso del Arbitraje y de la Mediación.

14. Reforma a la fracción tercera del artículo 941 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, cuyo texto actual establece:

“En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento,

resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”

Para quedar como sigue:

“En los mismos asuntos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, haciéndoles saber de la existencia del procedimiento Arbitral y del sistema de mediación, como medios alternativos para la solución de sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”

CONCLUSIONES

1. El Arbitraje no viola el artículo 13 de nuestra Carta Magna, cuya garantía consiste en que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni Tribunales Especiales. El particular en ejercicio de la autonomía de su voluntad, opta por un sistema alterno, no sustitutivo y no es sometido, respetándose con ello la garantía del mencionado numeral.
2. El Arbitraje no viola el artículo 17 de nuestra Ley de Leyes pues la garantía que consagra es de no hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar su derecho, es decir para evitar la venganza privada.
3. El Arbitraje, se erige como coadyuvante, auxiliar en la función pública de impartición de justicia, debiendo entenderse precisamente como una alternativa y de ninguna manera como sustituto del sistema judicial o en competencia con éste.
4. El Arbitraje es un sistema que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal ya contempla para la solución de las controversias y es perfectamente aplicable en materia familiar, salvo las excepciones expresamente señaladas en la norma, siendo el principal obstáculo para su aplicación la falta de costumbre, mentalidad o conocimiento, sin embargo por tratarse de un procedimiento ágil, participativo y económico seguramente tendrá mayor auge en el futuro.
5. La gran carga de trabajo en los Tribunales Estatales, hace que los procesos sean largos, costosos y poco satisfactorios para las partes, por lo que la dinámica social, siempre, de alguna manera buscará cómo solucionar sus

conflictos, por lo que resulta necesario que el Estado canalice dicha dinámica social y sea factor que promueva con mayor ímpetu, la utilización de medios alternos de solución de conflictos en materia familiar, tales como la mediación y el Arbitraje.

6. El Arbitraje en materia familiar, presenta la ventaja de la especialización, ya que ésta es sumamente delicada, debido a los sentimientos y emociones que intervienen en un conflicto, amén de que el ámbito en que se lleva a cabo el procedimiento, debe ser mas amigable y el trato personal mas amable en comparación al que dos litigantes encuentran en los locales de los Juzgados, buscando resolver el conflicto de la manera menos áspera posible, siendo el Arbitraje un medio que busca conservar las relaciones de las personas en lo futuro, sobre todo si éstas deben seguir tratándose en virtud de vínculos que los unan, como pudiera ser el caso de las convivencias familiares.
7. Deben proponerse reformas legales que impulsen y sustenten con mayor precisión, el sistema Arbitral como medio alternativo de solución de controversias en materia familiar, acompañando las mencionadas reformas de campañas publicitarias que informen a la población acerca de las bondades del mismo, así como de los lugares u organismos que prestan el servicio.
8. El Centro de Justicia Alternativa, dependiente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que ya practica la mediación en materia familiar, ha demostrado a través del desarrollo de su actividad, la eficacia y aceptación del uso de medios distintos al judicial para resolver conflictos, por lo que debe ampliar su campo al ejercicio del Arbitraje en la misma materia, sobre todo al considerar que las sedes judiciales han introducido con éxito la práctica de los sistemas alternativos de solución de controversias, lo cual no implica que la práctica privada al respecto se encuentra vedada para

los particulares.

9. La utilización de los medios alternativos de solución de controversias, como el Arbitraje y la mediación, depende en buena medida de la educación y la cultura para la paz, que se está cimentando en la sociedad, por lo que es importante que desde las universidades, en sus planes y programas de estudio para la carrera de Derecho, se incluyan materias que permitan al estudiante conocer las ventajas y aplicaciones de los medios alternativos de solución de conflictos.
10. El Arbitraje y la mediación son campos con buena perspectiva para el desarrollo profesional de los abogados, presentándose como una opción viable de desempeño, ante la saturación de las especialidades más clásicas de la ciencia jurídica.
11. El Arbitraje en general y los medios alternativos de solución de conflictos, son fuentes generadoras del derecho, pues las partes al interrelacionar con el objeto de resolver sus conflictos, van planteando situaciones y soluciones que en algunos casos la legislación no contempla.

BIBLIOGRAFÍA

Aiello de Almeida, María Alba. Mediación: Formación y algunos aspectos claves, editorial Porrúa, México, 2001.

Azar Mansur, Cecilia. Mediación Conciliación en México: Dos Vías Alternativas de Solución de Conflictos a Considerar, editorial Porrúa, México, 2003.

Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báéz, Rosalía. Derechos de Familia y Sucesiones, editorial Harla, México, 1996.

Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México, 15ª, editorial Porrúa, México, 1996.

Bravo Peralta, Martín. El Arbitraje Económico en México, editorial Porrúa, México, 2002.

Briseño Sierra, Humberto. El Arbitraje en el Derecho Privado, editado por Imprenta Universitaria, Instituto de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963.

Caivano, Roque J. Arbitraje, 2ª, editorial Ád Hoc, Buenos Aires, 2000.

Carnacini, Tito. Arbitraje, traducción de Santiago Santis Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires. 1961.

Carnelutti Francesco. Instituciones de Proceso Civil, 9ª, editorial Ejea, Buenos Aires, 1973.

Cordón Moreno, Faustino. *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, editorial Aranzadi, Madrid, 2000.

Chillón Medina, José. *Tratado de Arbitraje Interno e Internacional*, editorial Civitas, Madrid, 1978.

Díez Picazo, Luis. *Familia y Derecho*, editorial Civitas, Madrid, 1984.

Domínguez del Río, Alfredo. *Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil*, editorial Porrúa, México, 1977.

Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Hebe M. Leonardo de Herbón. *El Arbitraje*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*, Edit. Porrúa, México, 1997

Gaspar Lera, Silvia. *El Ámbito de aplicación del Arbitraje*, editorial Aranzadi, Universidad de Zaragoza, España. 1998.

Gil Echeverri, Jorge Hernán. *La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*, editorial Temis, Colombia. 2003.

Gomez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, 8ª, editorial Harla, México, 1990.

Gorjón Gomez, Francisco. *Arbitraje Comercial y Ejecución de Laudos*, editorial McGraw-Hill, México. 2002

Márquez Algara, Ma. Guadalupe. *Mediación y Administración de Justicia, hacia la consolidación de una Justicia Participativa*, editorial Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2004.

Ortemberg D. Oswaldo. Mediación Familiar, editorial Biblos, Buenos Aires.1996

Pallares, Eduardo, Derecho Procesal Civil, 12ª, editorial Porrúa, México, 1986.

Siquieros, José Luis. El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada, editorial, Miguel Ángel Porrúa, México, 1992.

Uribarri Carpintero, Gonzalo. El Arbitraje en México, editorial Oxford, México, 1999

Uribarri Carpintero, Gonzalo. Arbitraje, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

Wilde, Zulema D. Que es la Mediación, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 13ª, A-CH, editorial Porrúa, México, 1999.

Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas; tomo I, editorial Porrúa, México. 2000.

Pina de, Rafael y Pina de Vara Rafael. Diccionario de Derecho, 14ª, editorial Porrúa, México, 1996.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, versión actualizada de Internet, tomada del sitio oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación <http://www.scjn.gob.mx>.

Código Civil para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, editorial Sista, México, 2006.

Ley de Asistencia y Prevención contra la Violencia Intrafamiliar, versión actualizada de Internet, tomada del sitio oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación <http://www.scjn.gob.mx>.

HEMEROGRAFÍA

Boletín Judicial, tomo CLXXVII, número 34, publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, mayo 02 de 2003.

Boletín Judicial, tomo CLXXX, número 99, publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, mayo 25 de 2005.

Díaz, Luis Miguel. Privatización de Conflictos, Revista El Foro, Novena época, Tomo X, Número 7, Primer Semestre, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C, México, 1997.

Gozaíni, Oswaldo Alfredo, La Mediación, una nueva metodología para la resolución de controversias, revista Ars Iuris, número 14, Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana

Molina González Héctor. Breve reseña del Arbitraje, Revista de la Facultad de Derecho de México, Números 157, 158, 159 enero-junio 1988, UNAM, México.

PÁGINAS WEB

<http://www.alca-ftaa.org>

<http://www.camex.com.mx>

<http://www.scjn.gob.mx>

<http://www.amic.org>