

UNA FORMULA HETEROCOMPOSITIVA RECOMENDABLE: EL ARBITRAJE

FERNANDO FLORES-GARCIA
Facultad de Derecho (Unam, Mexico)

1. PROLEGOMENO

Antes de entrar en materia, mi sentimiento y mi pensar se conjugan para expresar a los destacados miembros de la Comisión Organizadora del Congreso Internacional "El Juez y el Derecho. Perspectiva Histórica, Filosófica, Sociológica y Dogmática", mi sincera gratitud por la amable invitación que se han dignado enviar a este modesto cultor de la Ciencia Procesal, que se encuentra halagado por poder renovar su visita al hermano país de Chile e intercambiar opiniones con los ilustres juristas huéspedes y demás, también ameritados colegas, que al evento asistan.

2. ETIOLOGIA DEL ARBITRAJE PRIVADO

Como me atrevo a interpretar que el tema x del referido Congreso se consagra al "arbitraje en su aspecto privado", no aludiré al arbitraje internacional, por demás interesante y de compleja aplicación en la época moderna, pero que escapa a los limitados conocimientos del suscrito.

Al abordar la temática del arbitraje privado conviene recordar que su función social y su práctica jurídica estriban en solucionar conflictos de repercusión específica en la esfera del Derecho. Ello nos indica que su origen, que su etiología radica en la notablemente estructurada noción Carnelutiana del litigio.

En efecto, el genial jurista italiano señala: "Chiamo lite il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa (esigenza della subordinazione dell'interesse altrui all'interesse proprio) di uno degli interessati e della resistenza dell'altro."¹

Cuando el hombre necesitado, urgido de cubrir sus inaplazables carencias vitales ha fracasado en alcanzar los satisfactores (siempre escasos) a través de una actividad conjunta de atracción con otros de igual condición somática, intelectual y/o económica; dicho en otro giro cuando la ansiada, pacífica y benéfica solidaridad intersubjetiva de intereses (basta meditar en cómo la Naturaleza le ha confiado la tarea fundamental de la *propagación de la especie* a la finalidad comunitaria de los que se

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. I. Funzione e Composizione del Processo. Padova. Cedam-Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1936, p. 40.

unen a la causa o ideal de otro u otros)². Refiere el filósofo y sociólogo mexicano Azuara que por solidaridad se debe entender la cohesión que presenta un grupo social en relación con los elementos que lo integran y que se encuentran unidos y en armonía por compartir los mismos patrones culturales³; o lo que es más importante, por repartirse los satisfactores necesarios para todos los interesados⁴. Recaséns Siches estudia dentro de los procesos asociativos a los que denomina "procesos de cooperación" (actividad común de dos o más personas para realizar determinado fin o función intereses semejantes o complementarios comunes).⁵

Cuando esa actitud solidaria fracasa o ni siquiera se intenta, la ausencia de los elementos existenciales subsiste y para sobrevivir será indispensable propiciarlos por el esfuerzo aislado, particular, de cada necesitado. Pero, aquí surge la gigantesca y eterna problemática humana: Hay cientos, hay miles, hay millones de ellos, por lo que cada uno realizará esa acción para lograr los limitados, limitadísimos bienes para su utilidad propia. ¡Qué grave y dramática es esta presentación descarnada, aunque vivamente realista de la controversia de intereses; y, qué grande acierto tuvo nuestro autor al proclamar que si se reconoce a la solidaridad de intereses como el germen de unión de los entes y en particular de los hombres; el germen de la disgregación se halla en la pugna de los intereses!⁶

El notable autor M. Weber coincide en que de manera parecida la confrontación hasta violenta de intereses jurídicos (los que no trascienden a la esfera del Derecho, no nos atañen), declarar que debe así entenderse que una relación social es de lucha cuando la acción se orienta por el propósito de imponer la propia voluntad contra la resistencia de la otra u otras partes.⁷

3. EL LITIGIO FENOMENO PERNICIOSO, ANTI-SOCIAL, ANTI-JURIDICO Y ANTI-HUMANO

La denominación del rubro indica a las claras mi palpable animosidad contra los nefastos litigios, que si bien pueden ser explicable por distintas razones o sin razones, principalmente de carácter económico, sociológico o psicológico, que no dejamos de atender; pero, lo cierto es que sus repercusiones en una sociedad son impedimentos para su progreso y el avance de la cultura. La paz es tranquila libertad (Cicerón).⁸

Reflexionemos y calculemos nada más, el número total de los seres exterminados o lacerados por las incalculables guerras y demás movimientos bélicos, rayando

² CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Traducción española de Carlos G. Posada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1942, p. 49.

³ AZUARA PEREZ, Leandro. *Sociología*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982, pp. 52 y 53.

⁴ Agregado del suscrito.

⁵ RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Sociología*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1945, pp. 401 y 402.

⁶ CARNELUTTI, *Teoría*, citada. pp. 51 y 52.

⁷ WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Esbozo de Sociología Comprendida. Edición preparada por Johannes Winkelmann. Nota preliminar de José Medina Echeverría. Fondo de Cultura Económica. México, 1969, Tomo 1. p. 33.

⁸ FLORES GARCIA, Fernando. *El Derecho es para servir al hombre*. "Cátedras Magistrales". Facultad de Derecho. UNAM, México, 1994. p. 32.

en la violencia y en la brutalidad manifiesta de la criatura humana a lo largo de su peregrinación histórica.

En el ramo económico social no necesitaré citar más allá de la monstruosa disparidad constante, entre la minoría inicua de los que detectan el poder, la fuerza y la riqueza material, frente a la miserable masa de desposeídos y explotados, prácticamente, en cualquier época y en cualquier localidad del orbe.

Por lo que concierne a lo jurídico la abominable contención, que sabiamente condensó Carnelutti manifestando que es una oposición de voluntades, y dicho en dos elocuentes vocablos: *pretensión resistida*, que como intentaré mostrar y ojalá que demostrar, que vulnera, quebranta, impide o por lo menos no es coincidente con la teleología del Derecho, que sin duda alguna o menor, es la finalidad más noble y exquisita de todas las actividades humanas; así: la paz, el orden, el bienestar común, la libertad, la igualdad, la equidad, la seguridad jurídica, la dignidad humana y la justicia, se ven comprometidos con el mal social, de la hasta ahora incurable terrible enfermedad individual o colectiva del litigio.

4. LA PAZ

En ocasión anterior postulé que es la preciada condición recordada y hasta vanamente ofrecida en elocuentes discursos, en plataformas políticas, en tratados internacionales, en homilias, como perpetua aspiración humana de no ser violentos o irrespetuosos con los demás congéneres.⁹

Valor que desde el Antiguo Testamento se estimaba como obra de la justicia, Isaías, XXXII, 17; que con ulterioridad diera base al Derecho aplicado con justicia y por ello al progreso; y así se elogiaba la "paz romana", implantada por ese sistema jurídico.¹⁰ Cicerón aseveraba: La paz es tranquila libertad.

De sobra conocida es la frase de Santo Tomás al hablar de la paz como la tranquilidad interna del espíritu, la reconciliación consigo mismo y la armoniosa convivencia con los demás. Bodenheimer coloca a la paz dentro de las fuerzas psicológicas del Derecho, firmemente arraigada en la naturaleza humana, por lo que en circunstancias normales, el deseo de paz es un elemento muy poderoso que labora a favor del Derecho y de la cultura.¹¹

La paz debe ser efectiva y no recurso de oratoria banal o promesa pasajera. El Derecho la persigue y la previene estableciendo fórmulas legales para solucionar los conflictos de intereses.¹² Para Hobbes la función del gobierno se agota en el mantenimiento de la paz y la seguridad.¹³

Se ha dicho que la diferencia fundamental entre poder y Derecho se halla en que el poder representa, en el mundo de la vida social, el elemento de *lucha*, guerra y sujeción. Por el contrario el Derecho representa el elemento de *compromiso*, *paz* y

⁹ FLORES GARCIA. *El Derecho* citado. p. 31.

¹⁰ MOUCHET, Carlos y ZORRAQUIN BECU, Ricardo. *Introducción al Derecho*. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1970. p. 66.

¹¹ BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993. pp. 242-248.

¹² FLORES GARCIA. *El Derecho*. citado. pp. 32.

¹³ BODENHEIMER. *La Teoría*. citada. pp. 162-163. HOBBS, Thomas. *Leviatan, o la materia, forma o poder de una República eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. México, 1992. p. 147.

acuerdo. Quienes glorifican el poder, la lucha y la guerra (Nietzsche), tienen necesariamente una actitud crítica frente al Derecho, en contraste, el orden jurídico debe ser concebido como soberano y universal y no como arma para la lucha, sino como una arma contra la lucha.¹⁴

Empero, a pesar de que nos resistimos con vehemencia a considerar que el hombre es un ser eminentemente egoísta, por infortunio en continuadas ocasiones, surgen los litigios, a pesar de la normativa jurídica establecida. Es natural que cuando hay controversias, cuando hay disparidad de pensar y de actuar, cuando cada quien pelea para sí, lo que alega ser suyo, puede llegarse a la quiebra del Derecho, hasta la confrontación con violencia y agresividad. De inmediato la paz se esfuma, el equilibrio se rompe, y vuela como la frágil paloma que le representa.¹⁵

La paz y el litigio son figuras incompatibles, que requieren la indispensable intervención normativa del Derecho para solventar el pleito y reencontrar la codiciada paz, que como señala el pensamiento creador del siglo, el genio Kelseniano, existe la clara tendencia a identificar los ideales de paz y de justicia.¹⁶

5. EL ORDEN. EL ORDEN JURIDICO

Se ha dado el concepto de orden como el lugar que en el tiempo y en el espacio deben ocupar las personas y los bienes, según una natural y razonable correspondencia. Con independencia de la marcada aceptación de esta idea, es prácticamente unánime también el beneplácito que genera la presencia material o intelectual de una manifestación "ordenada". Pero de allí se desprende de inmediato la interrogante en el ámbito del Derecho. ¿Qué es el orden jurídico?

El fundador de la Escuela Vienesa del Derecho la responde con precisión y firmeza: El orden jurídico es un sistema de normas... Es función de todo orden social, de toda sociedad -ya que la sociedad no es sino un orden social- provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos; hacer que se abstengan de determinados actos que se consideran perjudiciales a la sociedad, y que se realicen otros que repúntanse útiles a la misma.¹⁷

No obstante, el egregio iusfilósofo de Iberoamérica García Máynez con la acuciosa lógica que le caracterizó apuntaba que después de meditar largamente sobre la tesis de que el Derecho es un conjunto de normas (lo que reduce el problema de su definición a la búsqueda de la diferencia específica de éstas), llegó al conocimiento de que la noción tradicional de orden jurídico debe ser corregida.¹⁸ Aplicando el método fenomenológico, consideré que es indispensable esclarecer primero el concepto general de orden y, una vez esclarecido, inquirir en qué difieren los órdenes jurídicos de todos los demás.

¹⁴ BODENHEIMER. *La Teoría*. citada. p. 28.

¹⁵ FLORES GARCÍA. *El Proceso y su Teoría*. (libro en preparación) p. 59.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Máynez. Facultad de Derecho, UNAM. México, 1969, pp. 15-16.

¹⁷ KELSEN. *La Teoría*. citada, pp. 17 y 129.

¹⁸ Denominación utilizada por H. Kelsen, H. Nawiasky, H. Coing, H. Kantorowicz, K. Larenz, B. Rchfeldt y A. Kaufmann. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974. pp. 183-184.

Y, arriba, después de convincente desarrollo a esta interesante conclusión: Si por orden jurídico entendemos que no es un conjunto de normas, sino el orden concreto o real dimanante de la sujeción a dichas normas por parte de los sujetos a quienes las mismas se dirigen (ya se trate de los órganos encargados de aplicarlas), resulta obvio que la eficacia del sistema normativo es un elemento del orden jurídico concreto, en la medida en que, relativamente a éste, concebido como fin inmediato, aquélla constituye un medio o instrumento de realización.¹⁹

Coincidentemente con el pensamiento de García Máynez se puede afirmar que el orden jurídico concreto no es nada más el Derecho objetivo como conjunto de preceptos al que deben ajustar su conducta los hombres, sino el efecto, el resultado eficaz del cumplimiento de sus prescripciones en un tiempo y lugar determinados.

Ahora bien, como ya se especificó, malhadadamente, en abundantes casos (muchos más de los deseables) para que se dé el orden jurídico, como sistema y como producto efectivo y exista una buena e ininterrumpida marcha ascendente de la humanidad, la preceptiva del Derecho; así, material, como instrumental, es violada; y, por natural e indubitable consecuencia, la noble teleología del orden es, asimismo, quebrantada. Ello, otra vez, nos confirma el carácter nocivo del conflicto de intereses, enfermedad social con signos inequívocos de malignidad.²⁰

6. EL BIEN COMUN

Antes de analizar las expresiones bien común, bienestar colectivo, conviene asomarse al significado de cada uno de los vocablos en particular.

De esta manera se ha dicho que, en general, es todo lo que posee valor, precio, dignidad, mérito bajo cualquier título que lo posea. Sin embargo, es posible recortar la esfera del significado específico, de acuerdo con el cual la palabra se refiere particularmente al dominio de la moralidad de la conducta, de los comportamientos humanos intersubjetivos y designa por lo tanto el valor específico de tales conductas. Por ello podemos distinguir dos puntos de vista fundamentales que se han cruzado en la historia de la Filosofía: 1) *La teoría metafísica*, según la cual el bien es la realidad, justo la realidad perfecta o suprema y es deseado como tal. (Platón, Santo Tomás); 2) *La teoría subjetiva*, por la que el bien es lo inverso simétrico de la teoría metafísica; es decir, el bien no es deseado porque sea perfección o realidad, sino que es perfección y realidad porque es deseado. El ser deseado o apetecido define el bien. (Aristóteles).²¹⁻²²

En lo que concierne a la voz común, se entiende lo tenido o compartido por varias personas o cosas. Se agrega que es lo admitido por la mayoría; o bien, lo que es para dos o más seres o bienes a la vez. Colectivo, colectividad, es un conjunto de personas con rasgos e intereses comunes a todos ellos.

¹⁹ *Filosofía*, citada, pp. 20-21-184.

²⁰ FLORES GARCÍA, Fernando. *Función social de las normas compositivas*. "Valores éticos tutelados por el Derecho Positivo Mexicano". Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 1996. (En prensa), p. 7.

²¹ ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Traducción de Alfredo N. Galletti. Fondo de Cultura Económica. México, 1987. pp. 130-131.

²² ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. Versión, prólogo y notas: A. Gómez Robledo. UNAM, México, 1972, pp. 21-43.

Lo anterior nos puede conducir a que el llamado bien común o bienestar colectivo abarca no sólo la bonanza o felicidad (traducida en la disponibilidad de los medios indispensables para satisfacción de las necesidades espirituales y materiales, lo mismo para el desarrollo y perfeccionamiento de las aptitudes de un individuo en lo particular, sino las de todos los miembros de una sociedad,²³ expresado en otra palabras, el bienestar común consiste, tanto en la mayor suma de bienes para un ser humano, como en un repertorio de condiciones sociales que faciliten beneficios directos para un agregado social completo. El filósofo mexicano Preciado Hernández distinguía entre bien común nacional y bien común público.

Atento a lo afirmado por Radbruch de que la tradicional trinidad de los valores supremos, el ético, el lógico y el estético, que involucran los ideales de lo Bueno, de lo Verdadero y de lo Bello, en seguida aparece claro que el Derecho sólo puede estar destinado a servir inmediatamente al valor ético de lo Bueno, que absorbe en sí los demás valores absolutos... Así, el bien común se alcanza cuando todos los miembros de la sociedad disponen de los medios indispensables, para atender a sus necesidades (concepción transpersonal), al tiempo que otros, sostienen la preponderancia del bien individual, como la frase indecible por lo dura: "Una estatua de Fidias vale por toda la miseria de los millones de esclavos de la antigüedad".²⁴

Para nuestro gran maestro, García Máynez, el bien común es el "ideal social" de la colectividad de que se trate, es en su dimensión de profundidad una meta ideal a la que deben tender lo mismo la sociedad que quienes la forman. No se trata del estadio final "de una utópica sociedad perfecta", sino del punto a que debe dirigirse la que se preocupe por su perfeccionamiento. El *bonum commune* es punto de orientación y medida del obrar social y, especialmente, de la ordenación jurídica de los vínculos interhumanos.²⁵

Planteamiento semejante hacen Mouchet y Zorraquín Becú, al sostener que el bien común consiste simultáneamente en el perfeccionamiento de la sociedad, y en el de los individuos en cuanto son partes de esa sociedad.²⁶ y otro tanto manifiesta Lefur.²⁷

Estimo que el aparato jurídico cumple esa teleología del bien común o del bienestar colectivo, que es la condición de bien vivir y de correcto convivir regulados por los preceptos de Derecho con el propósito de no favorecer y otorgar privilegios inmerecidos a unos pocos, pero poderosos, sino que sus virtudes y beneficios se derramen a la multitudinaria población de explotados (para que dejen de serlo) y lleguen a todo particular.

Empece, por reiterada oportunidad, en la calamitosa historia humana, se ha presentado hasta el cansancio, la hipótesis en que se ataca ese bien común y ésta se convierte en una quimera individual o colectiva. Son los sujetos con ambición desmedida, con agresividad abusiva; personas sin escrúpulos ni respeto a los demás, los

²³ GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía*, citada, p. 488. PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. UNAM, México, 1982, p. 200.

²⁴ RADBRUCH, Gustavo. *Filosofía del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959, pp. 71 y ss.

²⁵ *Filosofía*, citada, p. 486.

²⁶ *Introducción*, citada, p. 69.

²⁷ LE FUR, DE LOS, RADBRUCH, CARLYLE. *Los fines del Derecho*, Bien común, Justicia, Seguridad. Facultad de Derecho, UNAM, 1981, p. 16.

que provocan contiendas de intereses apartándose de la rectitud jurídica, en aras, insisto, de su egoísta bienestar personal o de grupúsculos exclusivistas.

Por enésima vez, se advierte la perniciosa disgregación social y el maleficio particular que crean los estados de lucha, los litigios, que impiden la consecución de otro de los altos fines jurídico, el bien común.

7. LA SEGURIDAD JURIDICA

Pasaré ahora a bosquejar los lineamientos de uno de los más característicos fines del instrumental jurídico, que es la seguridad. En efecto, el destacado profesor de la Universidad de Frankfurt am Main asienta que la seguridad que proporciona el Derecho se basa en su inviolabilidad. Lo que está dispuesto legalmente queda fuera del alcance de la arbitrariedad, ni el que pone el derecho ni el que apela a él pueden lesionarlo. El Derecho tiende a ser permanente;²⁸ el individuo puede confiar en él. Se puede contar y calcular con el Derecho como con una magnitud fija sustraída a toda transformación. El hombre puede ordenar su vida según el orden jurídico y puede disponerla bajo su protección.²⁹

Si nos remontamos a los estadios primitivos del hombre, ya se encuentran signos de la seguridad, de la certeza,³⁰ de la confianza en el actuar derivado de la celebración de un pacto o convenio previo, aunque no estuviera revestido de formalidad o de solemnidad, por el que las partes acuerdan realizar y respetar conductas determinadas y los efectos que producirán. Es, en pocas palabras, saber a qué atenerse, respecto de la conducta rectamente concertada.³¹ Legaz y Lacambra nos proporciona un ejemplo histórico, cuando expresa que el carácter fundamental de la seguridad es lo que han sostenido, en todas sus versiones, las doctrinas del contrato social. El hombre, primitivamente, vivía en una situación prejurídica y precatal; abandonado a su arbitrio, desencadena sus instintos salvajes; vive en guerra con sus semejantes (*bellum omnium contra omnes*) y se comporta como lobo en relación con ellos (*homo homini lupus*); pero ocurrió la mala ventura de que alguien cercó el trozo de tierra que cultivaba, y desde entonces se impuso el dominio de los más fuertes sobre los débiles.³² En ambos casos, continúa el autor español, la salida del estado de naturaleza significa el abandono de la situación de inseguridad de los más y su sustitu-

²⁸ Sin que se refiera al Derecho Natural, esa tendencia a la permanencia, debemos estimarla como relativa, porque no se puede olvidar que el Derecho debe prevenir los cambios sociales tan acentuados en la vida moderna.

²⁹ COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Introducción de Juan Manuel Mauri. Ediciones Ariel. Barcelona, 1961, p. 37. VINOGRADOFF, Sir Paul. *Introducción al Derecho*. Traducción de Vicente Herrero. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, insiste en la característica de la imposición del Derecho y lo define como un conjunto de normas impuestas y aplicadas por una sociedad con respecto a la atribución y el ejercicio del poder sobre las personas y las cosas, pp. 25 y 45.

³⁰ BODENHEIMER, *Teoría*, citada, en pp. 102, 266, 283, habla de certidumbre y consistencia del Derecho.

³¹ FLORES GARCÍA, *Función social*, citada, p. 11.

³² Es obvio que acuda a esta cita, que evidencia y confirma varias de mis expresiones, amén de que la descripción transcrita, por desgracia, todavía es aplicable al hombre de la actualidad, que mantiene en muchas lamentables situaciones el salvajismo de los primitivos. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1972, pp. 624-625.

ción por un estado de certeza en el que cada cual sabe a qué atenerse en el orden práctico, porque sabe que quien intente violar el pacto social y retornar a la situación de arbitrio e inseguridad del estado natural, habrá de sufrir la reacción inexorable del poder social establecido por el contrato y la aplicación de las sanciones que en el mismo se hallan establecidas.

Coing identifica con claridad a la seguridad jurídica, que está profundamente arraigada en la vida anímica del hombre, ya que junto al terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido, querría asegurar y garantizar su propia persona y su felicidad, y eliminar de su existencia el azar y el destino. A ese fin se orienta la seguridad jurídica en la medida en que los peligros considerados pertenecen a la vida social. La seguridad jurídica intenta eliminar la violencia,³³ ya sea la que viene de arriba -el despotismo-, ya la que viene de abajo -la revolución-, pues una y otra son amenazas a la existencia social del hombre. En este sentido está el Derecho y su relación con el general sentimiento humano de la vida, con la universal angustia vital que se presenta como opresión del sentimiento. El Derecho se propone ser un instrumento para superar ese temor.³⁴

La seguridad asegura García Máynez es un valor fundante, es condición indispensable respecto a la justicia, que consiste en establecer necesaria y eficazmente un mínimo de certidumbre y de firmeza en las relaciones sociales, por eso excluye ineludiblemente la fortuidad y la inseguridad que implicaría en el confiar su observancia al albedrío subjetivo, por lo que no se puede dejar en libertad de cumplir o no los deberes que impone el Derecho.

El incomparable maestro mexicano recuerda que T. Geiger en su tesis sociológica alude a dos dimensiones de la seguridad jurídica: primero, seguridad de orientación o certeza del orden, que ocurre cuando el que debe cumplir el precepto tiene el conocimiento adecuado del contenido de la norma y, por ende, está en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ella; el otro aspecto, el segundo, es el de la seguridad de realización, de confianza en el orden, que exige no sólo el cumplimiento de las disposiciones por sus destinatarios; demanda, sobre todo, la *correcta aplicación* por los órganos del poder político. Por lo que la efectividad de las reglas ordenadoras engendra un sentimiento de confianza en el orden y hace que en él coincidan las notas de vigencia, justicia y eficacia. Luego, concluye García Máynez, la seguridad jurídica en sus dos dimensiones, sólo puede valorarse positivamente cuando garantiza la eficacia normal de un conjunto de prescripciones justas.³⁵

Entiendo que la seguridad jurídica no puede ajustarse ni a una ley injusta, ni tampoco invariable. El hombre tendrá confianza en una normativa adecuada a las condiciones sociales y particulares que aspiren a la superación y al progreso. El fin de la seguridad jurídica no puede ser un instrumento de retraso, ni de imposición dictatorial.

Sin embargo, y aunque ésta pareciera ser una desembocadura "machacona" y obsesiva, en realidad, es el resultado lógico de la observación de los fines del Derecho en particular, el que nos conduce nuevamente anotar que cada vez que la disputa de intereses se presenta en el intercambio vital humano, se origina la incertidumbre y

³³ He aquí el insistente peligro del surgimiento del litigio, que además de estos planteamientos sociales, repercute dañando la relación intersubjetiva del Derecho Privado.

³⁴ *Fundamentos de Filosofía*, citado, pp. 67-68.

³⁵ *Filosofía*, citada, pp. 477-491.

la desconfianza entre los sujetos del pleito, y se esfuma la seguridad jurídica, por lo que se requerirá de una fórmula compositiva de Derecho para su reinstalación.

8. LA LIBERTAD

Es probable que la finalidad del Derecho a la que ahora me internaré es una institución de las que mayormente han apasionado al hombre, prácticamente desde la aparición de las más arcaicas relaciones con sus congéneres, hasta las vivientes y recentísimas que abarcan al día que vivimos. En efecto, se trata de la idea de la Libertad. Es por eso que trataré de que la pluma no se extienda, como lo merece el tópico, sino hacer una sintética exposición en beneficio de mis pacientes y sufridos lectores.

Hegel externaba que el campo del Derecho es, en general, la espiritualidad y su próximo lugar y punto de partida, es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y su determinación; y el sistema del Derecho es el reino de la libertad realizada.³⁶

Ya ubicada la problemática de la libertad dentro de la esfera jurídica, se ha sostenido que puede enunciarse en forma personal primaria y desde una construcción u óptica negativa en el sentido de que nadie puede estar sometido a la esclavitud, que significa la rotunda negación de la libertad y de la dignidad humana. Empero, casi en todas las etapas históricas se registran vergozantes signos de ese sometimiento humano; así, en la Antigüedad clásica, tanto europea como asiática; en el Derecho Romano (donde el esclavo era *res* = cosa, aunque abusiva y contradictoriamente en algunas hipótesis legales sí se le declaraba responsable como persona); en el hermético obscurantismo de la Edad Media; en la llamada "modernidad" deben anotarse en una nefasta lista, el tráfico de negros y de su trato discriminatorio al unísono con los indígenas en América; y en este frenético y desquiciado siglo, el criminal exterminio de judíos o de cualquier enemigo de los regímenes dictatoriales. Hay quien extiende la esclavitud a los planos económico y político, involucrando a los sistemas capitalistas o neoliberales, regímenes económico-políticos de explotación de grandes masas. Se habla de esclavitud somática o corporal y la del intelecto y la correspondiente libertad frente al temor y la miseria.

E. Brunner enfatiza que la libertad no puede ser destruida por ninguna esclavitud, por ningún calabozo, por ningún medio coercitivo del Estado, ni tampoco por ninguna amenaza de castigo. (*La Justicia*. Centro de Estudios Filosóficos. UNAM, México, 1961, P 71).

En un interesante *Ensayo sobre la libertad*, Stuart Mill afirma que cualquiera que sea su forma de gobierno, ninguna sociedad será libre en general si las libertades individuales (de conciencia, de pensamiento, de sentimiento, de opinión, de expresión y de publicar su opinión; libertad de gustos y ocupaciones; y, libertad de unirse para fines lícitos) no son respetadas y ninguna lo será completamente si ellas no existen absolutas y sin limitaciones.³⁷ Con estas líneas parece encerrarse la idea vulgar de la libertad como facultad de hacer lo que nos plazca; pero de inmediato nuestro autor advierte que la única libertad digna de ese nombre es la de perseguir

³⁶ HEGEL, G.F. *Filosofía del Derecho*. Prólogo y nota bibliográfica: Juan Garzón Bates. UNAM, México, 1975. p. 29.

³⁷ STUART MILL, John. *Ensayo sobre la Libertad*. Editorial José M. Cajica Jr. S.A. Puebla, 1959, pp. 50-51.

nuestro propio bien a nuestro modo, mientras no tratemos de privar a otros del suyo ni de estorbar sus esfuerzos por obtenerlo. Cada cual es el custodio apropiado de su propia salud, sea corporal o mental. Gana más la humanidad tolerando que los demás vivan como mejor les parezca, que obligando a cada uno a que viva según le parece bien a los demás.³⁸ Pound, el afamado sociólogo y filósofo de la Universidad de Harvard, nos enseñó que: An idea of law takes it to be a system of precepts discovered by human experience whereby the individual human will may realize the most complete freedom possible consistently with the like freedom of will of others.³⁹

García Máynez en galana expresión manifiesta que el concepto jurídico de libertad le pone cadenas y grilletes a la idea vulgar, ya que el Derecho debe limitar y armonizar lo que se puede hacer sin lesionar la libertad de los demás; y, recuerda que la definición negativa de libertad en sentido jurídico es la facultad de ejecutar o de omitir, al arbitrio del sujeto, todo acto no ordenado ni prohibido por la ley.⁴⁰

Abbagnano enumera tres concepciones de la libertad: 1) como autodeterminación o autocausalidad, según la cual la libertad es absoluta y no tiene grados, es ausencia de condiciones y de limitaciones; lo libre es causa de sí mismo⁴¹⁻⁴²; 2) como autodeterminación, es todavía el de causa sui, porque la libertad es atribuible al orden cósmico o divino, se atribuye a la totalidad (Mundo, Sustancia, Estado) a la cual pertenece el hombre; 3) como posibilidad o elección, por lo que es limitada y condicionada, esto es, finita, por ejemplo: Platón aseveraba que la libertad es "justa medida" y ejemplifica: para la virtud no hay amos; cada uno los tendrá más o menos, según los honre o los olvide (República, X, 617 e).⁴³

Radbruch exalta la libertad cuando escribe que el individuo natural es la libertad personificada; que el Derecho debe estar al servicio del individuo; así como, debe hacer posible la moralidad individual y producir la libertad individual; producirla en cuanto es posible, es decir, no la libertad interna, sino la exterior, que es supuesto de la otra; originar, pues, la liberación de las motivaciones coactivas del contorno social, ora consistan en el terrorismo de la lucha de todos contra todos, bien en las sugerencias del medio social.⁴⁴

En otra parte de su brillantísimo estudio García Máynez se distingue de la mayoría de los autores al proponer: Yo sostengo que la libertad como derecho se puede

³⁸ STUART MILL, Ensayo, citado, p. 51.

³⁹ POUND, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven and London Yale University Press, 1953, p. 28.

⁴⁰ *Filosofía*, citada, p. 389. II. COING coincide al establecer que la libertad en sentido negativo consiste en que nadie pueda darme una orden con la que no esté de acuerdo, pp. 184-155.

⁴¹ De sobra conocidas son las ideas de San Agustín y de Santo Tomás sobre el libre albedrío, de que el hombre se determina por sí mismo a obrar. (*Summa Theológica*. Y. q. 83, a. 1).

⁴² RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1970. Ante la acalorada discusión de si el hombre actúa obligado o determinado por la fuerza o causas del medio ambiente que le rodea, (Corriente determinista) o el de escoger, seleccionar la opción que le conviene o le convence (antideterminista), el ilustre profesor emérito mexicano termina radicalmente el debate, al proclamar que no es correcto inquirir si el hombre tiene o carece de libre albedrío; el hombre es libre albedrío, ya que él mismo, por sí, tiene que elegir alguna de las conductas posibles, pp. 20-25.

⁴³ *Diccionario*, citado, pp. 738-747.

⁴⁴ RADBRUCH. *Filosofía*, citada. En contra el ególogo COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

definir de manera positiva, indicando lo que realmente es. Dicho en otro giro, la libertad es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio.⁴⁵

La libertad es el sublime valor universal defendido por millones y millones de seres que han teñido con el intenso rojo de su sangre, noble, valiente, inocente, los campos, los valles, las montañas, los mares, y ofrendado su vida. Basta recordar en nuestros países la heroica actitud de Hidalgo, de Morelos, de Bolívar, de San Martín, para combatir a "presuntos hombres", casi animales sanguinarios, de corrupta e infima categoría, caracterizados por su codicia y rapiña infinitas; por su tendencia irrefrenable al dominio absoluto de las voluntades ajenas, rayando en pasiones instintivas, que han provocado, iniciado y sostenido un incontable número de conflictos, de luchas, de combates, de revoluciones y de las despiadadas guerras, que desde el ángulo del hombre que respeta y venera el Derecho ¡Jamás, jamás encontrará un asidero ético que les justifique!

El Derecho en su quehacer benéfico y protector de la criatura humana ha tenido que intervenir, tanto en su carácter sustantivo (como acontece al tutelar la vida, primaria y esencial condición libertaria de dignidad del hombre, por ejemplo en el campo penal al prohibir el homicidio) o en el ramo adjetivo procesal. (juzgando y sancionando al que privó de la vida a un semejante).

Conviene aclarar que en la vida de relación de los seres humanos no es posible, y, por tanto no es permisible, el concepto genérico o vulgar de la libertad que es irrestricto, de hacer lo que nos parezca, pues se caería en el extremo de que mi libertad sin límites, tarde o temprano y esto será lo próximo e inevitable, vulneraría o invadiría la libertad, la esfera de actividad sin trabas, también, del prójimo, de mi vecino.

Esto explica la ardua y complejísima tarea de la preceptiva del Derecho, repito, lo mismo en el área material, al estatuir límites razonables y compatibles al interactuar humano v. gr.: al consagrar como irrenunciables las libertades de credo, de pensamiento, de expresión de las ideas, de asociación, de reunión, de circulación, que tutela con esmero la parte dogmática de la Carta Magna mexicana; que en el campo procesal o instrumental, al resolver los conflictos de intereses incoados al quebrantar el valor de la libertad, restaurando este valor ético, como lo realiza en una altísima función adjetiva el prestigiado y querido instrumento del *amparo*, de respeto y de acatamiento a las "garantías" procesales (como la conocida de ser oído y vencido" en juicio público y con justicia).

Y el fenómeno de rechazo institucional se repite por enésima ocasión. La aparición de litigios supone desde luego la cancelación o la merma de los derechos subjetivos protegidos por el instrumental jurídico, que en su quehacer social constructivo ha procurado establecer la armonía de las libertades entre los particulares entre sí; o en ellos y las autoridades.

No decimos nada nuevo al rechazar con energía y convicción el destructivo surgimiento y mantenimiento de los conflictos de intereses que trastocan el orden normativo del Derecho.

⁴⁵ *Filosofía*, citada, p. 391.

9. LA IGUALDAD JURIDICA

Para aceptar el concepto jurídico de la igualdad es indispensable advertir que es un tópico sobre el que las opiniones son dispares y hasta encontradas, debido a ello es que intentaré hacer una resumida exposición de esos disímolos pareceres y dejar que el sufrido lector adopte la postura que más le convenza.

Para empezar se afirma que todos los seres humanos son a la vez iguales y desiguales entre sí. Los seres humanos, por lo que toca a los hechos de la experiencia, en lo esencial son parecidos -en lo esencial iguales- (Recaséns Siches).⁴⁶

Esto nos conduce a indagar qué significa el vocablo *igualdad*: así, se afirma que es la relación de sustitución entre dos términos. Por lo general dos términos se dicen iguales cuando pueden ser sustituidos uno por otro en el mismo contexto, sin que cambie el valor del contexto mismo. Esta noción generalizada se presta a comprender tanto las relaciones políticas y morales y jurídicas que se denominan de igualdad (Leibnitz).⁴⁷ Por su parte Radbruch declara que el Derecho por su esencia plantea una pretensión de justicia; empero, la justicia exige generalidad de la ley, e igualdad de todos ante la ley. Una exigencia erigida en la forma de lo justo significa, por consiguiente que todos están dispuestos a conceder a los otros lo que para sí mismo se pretende.⁴⁸

En cambio, se ha limitado el significado de la igualdad en el ámbito de la categoría de cantidad y se considera igual a las cosas "que tienen en común la cantidad". Se señala que la igualdad es una relación siempre entre dos términos, al menos. Los autores argentinos Mouchet y Zorraquín sostienen que hay igualdad objetiva y desigualdad subjetiva del Derecho. La norma jurídica resuelve todos los casos idénticos de la misma manera, y trata a todas las personas por igual.⁴⁹

La igualdad con relación a lo justo únicamente puede existir en las relaciones interpersonales, mientras que la igualdad de las cosas es el justo medio entre lo más y lo menos. En ambos casos, lo justo consiste en lo igual, la igualdad se afirma sólo de los bienes (igualdad aritmética); en tanto que con relación a los merecimientos personales, es igualdad geométrica o proporcional, de "igualdad de relación".

Si las disputas y los procesos surgen cuando los iguales reciben cosas desiguales o los desiguales cosas iguales, ello ocurre por la evidencia del principio de que los iguales deben ser objeto de un trato igual y los desiguales de un trato diferente, pero proporcionado a su desigualdad (Aristóteles).⁵⁰

Preguntemonos, primeramente, en qué sentido cabe afirmar la igualdad de todos los hombres. Lo que los iguala es su humanidad, esto es, el hecho de ser criaturas humanas en esencia.⁵¹ Generalmente somos parecidos en un conjunto de caracteres biológicos, anatómicos, fisiológicos, psicológicos. Pero al mismo tiempo somos desiguales en otros aspectos con diferencias somáticas, como el sexo, la edad, y otras diversificaciones, así: el grado de inteligencia, memoria, capacidad de abstracción, emotividad, riqueza de fantasía, tendencias, aficiones, deseos, proyecto singu-

⁴⁶ RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991, p. 587.

⁴⁷ ABBAGNANO, *Diccionario*, citado, p. 647.

⁴⁸ *Filosofía*, citada, p. 36.

⁴⁹ *Introducción*, citada, p. 131.

⁵⁰ *Ética Nicomaquea*, pp. 114 y ss.

⁵¹ RECASENS SICHES. *Introducción*, citada, p. 332.

lar de vida (Ortega y Gasset); y, en especial por su conducta, por su libérrimo albedrío, frente a las alternativas vitales. Bodenheimer explica que si el Derecho establece meramente una igualdad de oportunidad, que no implique una igualdad de situación, al elevarse los más fuertes por encima de los más débiles, se desarrollarán en el cuerpo social condiciones de desigualdad material que producirán una dominación económica.⁵²

La condición de igualdad de destino y de dignidad entre los hombres ha sido un ideal continuo perseguido por la regulación jurídica, en todas las épocas y en todos los ámbitos terrestres. La igualdad jurídica "se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentran en determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad (yo emplearía, legitimación) de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de ese estado (Burgoa)".⁵³

En ese sentido, desde la remota Antigüedad clásica (Grecia, Roma) se ha luchado para que no existan distingos ni trato discriminatorio entre la variedad infinita de seres sujetos a los mandamientos de Derecho. Citaré unos cuantos ejemplos de esos enaltecedores esfuerzos: La Ley de Juan Sin Tierra en Inglaterra (1412), (González Díaz Lombardo); el lema de la Revolución Francesa, contra el absolutismo real: Igualdad, fraternidad, libertad; el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre (San Francisco, 1945) al aprobarse la Carta de las Naciones Unidas, en el Considerando 1º se redactó lo referente a la "dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Pound apunta con acierto: "Law as a securing of natural equality became law as securing, of natural rights."⁵⁴

En nuestra Nación se ha consagrado la igualdad de todos los hombres en preceptos constitucionales, como en los artículos: 1º. Que extiende las garantías a todos los individuos; 2º. Que prohíbe en forma absoluta la esclavitud, que como ya anotamos es la vulneración de la libertad de cualquier habitante (léase igualdad de libertad); 4º. Que establece la igualdad entre los sexos: "El varón y la mujer son iguales ante la ley"; 12. "En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, y prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país", texto que consigna una igualdad entre todos los pobladores: En efecto, no reconocemos que haya nobles, de raigambre o por adquisición de esa falsa posición por otros medios; ni plebeyos, ya sea rico o pudiente por estirpe o malos hábitos, o pobre de solemnidad; 14. Que otorga varios derechos subjetivos públicos de igualdad (léase "garantías individuales", como el que nadie puede ser juzgado por leyes privativas o por tribunales especiales; o bien, la de que ninguna persona o corporación puede tener fuero (salvo el castrense).

En suma hay determinadas condiciones o situaciones mínimas, que no pueden ser desconocidas a ninguno o a la mayoría de los sujetos de la ley, cuyo respeto debe mantenerse y no relegar a alguna persona por "supuestas" razones, o francas y abiertas "sin razones", de raza, de creencia religiosa, o política, de condición social, etcétera.

⁵² *Teoría*, citada, p. 41.

⁵³ BURGOA O. Ignacio. *Diccionario de Derecho Constitucional. Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984, p. 216.

⁵⁴ *An Introduction*, citada, p. 39.

Como se habrá advertido, gran parte de lo analizado sobre el valor sustantivo y la teleología de la igualdad responde a la premisa de "trato igual a los iguales"; no obstante, resta, por consiguiente referirse al segmento que alude al "trato desigual a los desiguales". Esto es, lógico e indispensable para una reglamentación jurídica, que tenga un basamento justo.

Para no prolongar en demasía este indocumentado y desordenado escrito, me concretaré a menciones sencillas y características, sin desentrañar rigurosamente las hipótesis. En torno a la distinción por razón de sexo, no puede haber una equiparación cabal, una identificación entre el varón y la mujer (sin que esto se interprete con equivocidad y exageración feminista) por ejemplo: al estar exenta ésta de algunos deberes, tales como el servicio militar obligatorio de aquéllos; o la prohibición de labores nocturnas insalubres o peligrosas a menores de dieciocho años, el trabajo de menores de catorce años (artículo 123 de la Constitución); o la negativa categórica consignada en el numeral 33 de la Ley de Leyes, "los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país".

Pues bien, en las situaciones de desobediencia a las *disposiciones sustantivas* concernientes a la igualdad, se necesitará, como en todas las oportunidades ya descritas de ruptura de la norma primaria, la aplicación de la benéfica preceptiva instrumental para ventilar recta y legalmente el nocivo enfrentamiento de intereses.

10. LA EQUIDAD

En algún ensayo anterior he apuntado que es común, en los ámbitos judicial, forense y aún en el académico, oír, pedir e incluso exigir un "trato o una decisión equitativa". Asimismo se ha declarado que la equidad es la justicia del caso concreto, como pretendiendo reforzar la frase kelseniana de que la sentencia es la *lex specialis*: En este punto, también concreto, habrá que reflexionar, si entonces toda sentencia particular sería equitativa.⁵⁵

Es más que pertinente traer a la memoria lo sostenido por el Estagirita en su *Ética Nicomaquea*: Lo equitativo es mejor que cierta especie de justicia, mas no mejor que lo justo son, pues, lo mismo, y siendo valiosos ambos, lo equitativo es, empero, preferible. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo ciertamente es justo, mas no según la ley, sino como rectificación, como un enderezamiento de lo justo legal.⁵⁶

Quizá sería más correcto, según García Máynez, no hablar de "rectificación" sino de "integración" o complemento de la ley. Pues cuando el *nómos* (en cuanto regla abstracta aplicable a los hechos que sus supuestos prevén (es siempre general) resulta omiso o erróneo a causa de su generalidad, lo que el juez hace al "llenar la laguna", es complementarlo y resolver el caso imprevisto como el legislador lo hubiera resuelto, pues, de haberlo conocido, "lo habría incluido en la Ley". Actúan los jueces con consideración e indulgencia, esta es la correcta consideración que discieme lo equitativo.⁵⁷

⁵⁵ FLORES GARCÍA. *Función*, citada, p. 17.

⁵⁶ ARISTOTELES. *Ética*, citada, p.130.

⁵⁷ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Doctrina Aristotélica de la Justicia*. Estudio, selección y traducción del autor. Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM, Marcos 1973, p. 143.

El equilibrado iusfilósofo mexicano Preciado Hernández, -después de traer a la memoria el ejemplo aducido por Santo Tomás del jefe y de los operarios, que ubicado en el régimen judicial, requiere que el juez al interpretar y aplicar la ley la debe adecuar o atemperar-, concluye que la equidad es el criterio racional que exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al caso concreto. (Atención, repito, no como un equívoco, por desgracia hartamente generalizado, cree que la equidad es simplemente la sentencia judicial que se dicta en un caso específico)⁵⁸, tomando en cuenta todas las circunstancias particulares del mismo, con miras a asegurar que el espíritu del Derecho, sus fines esenciales y sus principios supremos, prevalezcan sobre las exigencias de la técnica jurídica.⁵⁹

Otro tanto enuncia Coing: La justicia jurídica en ocasiones es problemática, no se trata sólo de no ser el supremo valor de lo moral, sino que nunca significa la última palabra, sino que siempre es provisoria. (¡Cuidado! ¿se pasa por alto la cosa juzgada?). De toda sentencia judicial puede decirse en el fondo lo que se dice del juez de la fábula de Natán el sabio:

Por eso os cité ante este tribunal
para dentro de mil y mil años,
Habrá entonces aquí un juez más sabio
que yo, y el hablará: marchaos.

Llamamos a una decisión "equitativa" cuando -rebasando las exigencias mínimas de los principios del orden jurídico- tiene en cuenta las especiales circunstancias del caso decidido y la situación personal de los interesados en el mismo. Al rebasar los principios en los que se manifiesta la justicia jurídica, la equidad se aproxima a la justicia personal.⁶⁰

Radbruch observa que en el pensamiento Aristotélico de la equidad, ésta y la justicia no son valores distintos, sino caminos diversos para llegar al valor del Derecho. La equidad es una especie de la justicia.⁶¹

En México se localizan, al lado de los tribunales de pleno Derecho, que deben ajustar su actuación a las leyes, otros que tienen la alternativa de resolver en conciencia y en equidad, como las jurisdicciones para dirimir conflictos obrero-patronales; o bien, como la "justicia de paz", que pensamos al dictar su proveído, según ordena el artículo 212 del Título Especial del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal: "Las sentencias se dictarán a verdad sabida sin necesidad de sujetarse a las reglas de la estimación de las pruebas sino apreciando los hechos según los jueces lo creyeren debido en conciencia", (para algunos apreciación es verdad sabida y conciencia es "equidad"), se apartan del mandato constitucional del numeral 16 de fundar y motivar su resolución.

Por otra parte en el sistema del "Common Law", se da un régimen de juzgamiento diferente al del sistema codificado nuestro. A él se refieren Vinogradoff, que lo cataloga como una cuarta fuente del Derecho⁶²; así, como, Pound⁶³, Bodenheimer,⁶⁴ y es de la "equity", el de la equidad.

⁵⁸ Observación personal del "culpable" de este ensayo.

⁵⁹ *Lecciones*, citada, pp. 222-223.

⁶⁰ *Fundamentos*, citado, pp. 128-129.

⁶¹ *Filosofía*, citada, p. 47.

⁶² *Introducción*, citada, p. 14.

Una más, tenemos que lamentar que al emerger una contención, se pone en peligro esta otra finalidad jurídica, la equidad, la que difícilmente se alcanzará, puesta en marcha, alguna de las fórmulas compositivas del ominoso litigio.

11. DIGNIDAD HUMANA

En sentido general dignidad es la condición proporcional al mérito de una persona que no comete o tolera actos vergonzosos o humillantes y merece por ello respeto y admiración. Todavía más, se sostiene que la dignidad de la persona humana es la excelencia que deviene en razón de su misma naturaleza privilegiada de raciocinio.

El talentoso Manuel Kant al abordar la temática de la dignidad humana piensa que es la manera de obrar y de tratar al ser humano tanto en su persona como en la persona de otro, siempre como un fin y nunca sólo como medio. Todo ser racional como fin en sí mismo posee un valor (no un precio) intrínseco, su respeto supone una dignidad.⁶⁵

De allí que criatura humana como persona se defina como el ser con dignidad; o sea, con fines propios que debe realizar por su propia decisión, para lo que requiere de un ámbito de libertad del espíritu para poder decidirse por cuenta propia y sobreponiéndose a los instintos precisamente en la esfera de los deberes morales.

Recaséns se refiere a la dignidad como uno de los valores específicos del Derecho, que al individuo protegen sus libertades fundamentales, para convertirle en la persona esencialmente dotada de dignidad, sujetos que tienen fines propios, que son cada uno de ellos un fin en sí mismo, que es un *autofin*.⁶⁶

Para el gran iusfilósofo mexicano trae a la palestra el caso del Derecho que imponga el cumplimiento de la moral, de un deber de honestidad interna, ya que constituirá un monstruoso agravio a la dignidad ética del individuo, por lo que la persona se define como el ser con "dignidad", es decir, con fines propios que debe realizar por su propia decisión.⁶⁷

Otros pensadores coinciden al declarar que la dignidad se contrapone como límite al poder del Estado, así desde la Escuela Estoica, pasando por el Cristianismo, hasta humanistas de la talla de Grocio y Pudendorf, y, recientemente en documentos internacionales, así en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y otros más, se especifica que las personas humanas deben ser tratadas "con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Cabría pues, equiparar la "Dignidad humana" con los "derechos humanos", habida cuenta de que la Declaración Universal, que hemos citado en forma reiterada, en el Considerando 3º expresa que es "esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Así también la idea de la dignidad humana puede concretarse en la condición mínima o indispensable que debe reconocerse (no otorgarse) al tratar al ser humano por su misma naturaleza.

⁶³ *An Introducción*, citada, pp. 8, 18, 23,-25.

⁶⁴ *Teoría*, citada, pp. 121-123.

⁶⁵ ABBAGNANO. *Diccionario*, citado, p. 324.

⁶⁶ *Introducción*, citada, pp. 81-135.

⁶⁷ GARCIA MAYNEZ. *Filosofía*, citada, pp. 197 y 245.

Llegados a este punto, nuevamente, no podemos escapar ni menospreciar las situaciones de quebrantamiento de las prevenciones legislativas sustantivas o materiales que ocurren a diario, acerca de los derechos del hombre, de la dignidad humana, lo que se traduce en la aparición odiosa de altercados, de pugnas de intereses; y de nuevo, habrase de acudir al expediente benéfico del Derecho Procesal para alcanzar la finalización de las controversias y volver a la respetabilidad de la dignidad humana.

12. LA JUSTICIA

Desembocaremos en uno de los valores supremos del Derecho, y, personalmente quisiera extenderlo a constituir la aspiración mayor de toda la humanidad: la justicia; ora antaño, o como hoy, indiscutida por su importancia en los más modernos y avanzados estudios, documentos y normatividades de toda región del universo.

La búsqueda del concepto de la justicia arranca en el mundo occidental desde las concepciones cósmicas de Heráclito, de Parménides, de los Pitagóricos, hasta las vertientes emocional, ética o filosófica, y avanzar hasta la concepción jurídica, que en este trabajo nos preocupa, aunque nadie haya podido escapar a su propia idea o a su "sentimiento" personal de lo justo y de lo que se aparta de ese imponderable valor.

Planteamiento prioritario es saber qué es la justicia.

Las respuestas más antiguas le asimilan a la igualdad y a la proporcionalidad, según sostuviera E. Brunner.⁶⁸ Otros localizan a la justicia con la verdad, (Trasímaco).

Más tarde, es de sobra conocida la escurridiza definición de Ulpiano, como "la perpetua y constante voluntad de dar a cada quien lo suyo conforme a Derecho"; y que con sutileza refutaran García Máynez, al decir que sólo se traslada la interrogante a saber qué es lo suyo de cada quien;⁶⁹ y Kelsen al tildarla de tautológica.⁷⁰

Por su parte Cicerón (quien también la equipara con la igualdad) proporciona un concepto, quizá mejor, de ella al concebirla como un hábito o disposición del alma que da a cada quien lo suyo, o lo conveniente en razón de su dignidad, sin atentar a la utilidad común.⁷¹

Varios pensadores han adoptado como criterio o medida de la justicia, la libertad, la utilidad, la paz, o la felicidad. Para Stammler es una comunidad pura de hombres librevolentes; la justicia postula que todos los esfuerzos jurídicos se dirijan a la finalidad de lograr la armonía más perfecta de la vida social que sea posible conseguir dentro de las condiciones de lugar y tiempo y, otro tanto se halla en el pensamiento Kantiano, donde se postula que es justa toda acción que por sí, o por su má-

⁶⁸ *La Justicia*, citada, pp. 33 y ss.

⁶⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Discurso*, en "Homenaje al doctor Eduardo García Máynez" Facultad de Derecho, UNAM, México, p. 31. D'ORS, Alvaro. *Una introducción al estudio del Derecho*. Ed. Rialp, S.A. Madrid, 1963. p. 12.

⁷⁰ *Teoría*, citada, pp. 6 y ss. KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia?, Universidad Nacional de Córdoba, 1996. p. 98.

⁷¹ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. *Reflexiones sobre la diversidad de ideas acerca de la justicia*. Facultad de Derecho, SUA, México, S/F. p. 7.

xima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno, según las leyes universales.⁷²

¡Tenía que ser Aristóteles! Ese faro insuperable del razonar humano, y al que se le nombra también "el gran maestro de la justicia", fue el que nos obsequia con una versión poética y luminosa de la justicia al proclamar que no hay virtud mayor que ella; (la justicia no es una parte de la virtud, sino toda la virtud) no hay estrella del alba, ni lucero vespertino más maravilloso. La justicia consiste en la felicidad de los demás, es el bien del prójimo.⁷³

Deleitémonos con una brevísima narración de la concepción del Estagirita, quien manifestaba que a la conducta de quien realiza todas las virtudes se llama virtud total, pero que ésta puede bifurcarse primero en justicia universal, que es la virtud entera y perfecta: completa, por comprender a todas las demás; perfecta porque el que la posee puede servirse de ella en las relaciones interhumanas, en sus relaciones con los demás, al atacar fielmente el *nómos* (la voz griega, abarca tanto la ley como a los convencionalismos sociales y todo lo que en el existir social aparece como regla y orden), por lo que el trabajo legislativo es justo, y, segundo, en el comportamiento del hombre consigo mismo.⁷⁴

Con elocuente pasaje ilustra la justicia universal: la ley ordena ejecutar los actos propios del valiente, como no abandonar su puesto ni huir, ni deponer las armas; y los del temperante, como los de cometer o no cometer adulterio, ni incurrir en excesos; y los del apacible como no ofender a los demás, ni hablar mal de nadie, e igualmente lo que concierne a otras virtudes y a otros vicios, ordenando las unas y prohibiendo los otros, rectamente la establecida, menos bien la formulada a la ligera.⁷⁵ (¿Adclantándose siglos, se referiría Aristóteles a la práctica de legislar al vapor?).

Esta justicia es, en efecto, una virtud perfecta, mas no es en sentido absoluto, sino en relación con otros hombres.

De la justicia particular opinaba Aristóteles que tiene a su vez, dos especies: Una, la justicia distributiva, que se refiere a la distribución de honores, riquezas, cargos y demás cosas repartibles entre los miembros de la comunidad; y lo complementa con la idea de si los sujetos no son iguales, no recibirán cosas iguales... De aquí las disputas y los procesos (el subrayado es mío) cuando, en las distribuciones, los iguales reciben cosas desiguales o los desiguales cosas iguales. Ello ocurre por el principio de que los iguales deben ser objeto de un trato igual y los desiguales de un trato diferente, pero proporcionado a su desigualdad. Dos, la *justicia rectificadora*, que regula las relaciones interpersonales, que estriba en corregir, en las relaciones voluntarias o involuntarias, lo que por ser contrario a la igualdad, debe ser rectificado o corregido.⁷⁶

Para el autor de la Teoría Pura del Derecho: "To free the concept of Law from the idea of justice is difficult because both are constantly confused in non-scientific political thought as well as in general speech, and because this confusion corresponds to the ideological tendency to make positive Law as just. If Law and justice are identified, if only a just order is called Law, a social order which is presented as

⁷² KANT, Emmanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. UNAM, México, 1968, p. 32.

⁷³ *Ética*, citada, p. 111.

⁷⁴ GARCIA MAYNEZ. *Doctrina*, citada, pp. 64 y ss.

⁷⁵ GARCIA MAYNEZ. *Doctrina*, citada, p. 67.

⁷⁶ GARCIA MAYNEZ. *Doctrina*, citada, pp. 75 y ss.

Law -at the same time- presented as just; and that means it is morally justified. The tendency to identify Law and justice is a tendency to justify a given social order.⁷⁷

Durante un prolongado período se conoció lo afirmado por el afamado iusfilósofo Kelsen (celeberrimo fundador de la Escuela de Viena, pero nacido en Praga el 11 de octubre de 1881, fallecido en abril de 1973 en Berkeley, California) en los siguientes párrafos:

La justicia es, ante todo, una característica posible pero no necesaria del orden social. Sólo secundariamente, una virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo. Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional.

Comencé este estudio con la pregunta: ¿qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin, sé perfectamente que no la he contestado. Mi disculpa es que en este caso estoy en buena compañía. Sería más que presunción hacer creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que los más grandes pensadores no lograron. En realidad, yo no sé, ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad.

Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la democracia, la justicia de la paz, la justicia de la tolerancia.⁷⁸⁻⁷⁹

Años más tarde publicamos una carta, un documento poco conocido del profesor Kelsen a un discípulo suyo, Edmond Cahn, quien le cuestionaba sobre el uso de la palabra absoluta, antes de la voz justicia, en una conferencia pronunciada por el maestro de Viena.

Para su mayor fidelidad transcribo la contestación del profesor Kelsen: "en mi libro *¿Qué es la justicia?*, página 21 la palabra "absoluta" se ha insertado antes de la palabra "justicia" con el objeto de hacer más claras mis expresiones anteriores acerca del carácter irracional de la justicia. Permítame llamar su atención sobre de que mi "Teoría General del Derecho y del Estado", página 13, inmediatamente antes de la declaración de que "la justicia constituye un ideal irracional", se hace referencia o la afirmación de un "orden absolutamente bueno" en relación a la justicia, de tal manera que no hay duda de que por "justicia" se quiere significar la justicia como un bien absoluto.

Cuando en escritos anteriores discutí la relación entre el Derecho y la "justicia", usé ese término con el mismo sentido que posee ordinariamente en la ciencia jurídica tradicional se hace si solamente hubiera una idea de la justicia. Esto supone que el

⁷⁷ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg. 20th. Century Legal Philosophy series. Vol. I. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1945, p. 5.

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoría*, citada, pp. 5 y ss.

⁷⁹ KELSEN. *¿Qué es la justicia?*, citada, pp. 85-86.

término en cuestión designa un valor absoluto. Si se acepta que no existe una idea única de la justicia sino muchas ideas diferentes y contradictorias, sólo es posible que se quiera hablar de un valor relativo y el escritor que postula la conformidad del Derecho con la justicia está obligado a indicar en cuál de las muchas ideas de la justicia está pensando y no debe hablar de la justicia como si únicamente existiera una, esto es, "la" justicia.

La justicia absoluta, es decir, la justicia como valor absoluto, solamente puede estar constituida por una norma que emane de una autoridad absoluta, tanto vale decir que de Dios o, de un ser divino, sobrehumano. De ahí que tenga un carácter metafísico y, como tal, que sea irracional no accesible al conocimiento racional, esto es, empírico. Si los valores en general y el valor justicia en particular están constituidos por normas establecidas por voliciones de seres humanos, únicamente pueden ser valores relativos. Toda vez que las normas que forman estos valores representan en el sentido de estas normas y los valores que encarnan son objetos posibles del conocimiento racional. Esto es perfectamente compatible con el hecho de que el acto volitivo cuyo significado está representado por la norma, posee carácter emocional y no racional.⁸⁰

El acreditado iusfilósofo italiano Del Vecchio, en el especializado libro que redactó sobre La Justicia, se inclina a opinar que la Justicia es, no cabe negarlo, igualdad, armonía, orden, proporción: pero es todo eso no solamente en el sentido genérico en el que se manifiesta como sinónimo de perfección en general, o de virtud comprensiva de todas las demás virtudes, sino también en sentido específico y como regla determinada de la convivencia, en las relaciones que se producen de sujeto a sujeto. Todo ello con independencia de aquello que se verifica o puede verificarse en las relaciones entre pluralidad de personas, es principio de coordinación entre seres subjetivos.⁸¹

II. Coing reafirma que como valor objetivo la justicia se orienta a nuestra actitud y nuestra relación con el prójimo. Ella nos exige que reconozcamos al prójimo del mismo modo que deseáramos nosotros ser reconocidos, vivir y desarrollarnos. La justicia obliga a reconocer al otro... excluye un determinado tipo de actitud respecto del prójimo: el trato arbitrario, caprichoso y la violencia.⁸²

El principio esencial radica en la primacía de la justicia y del Derecho; es decir, del Derecho como encarnación de la justicia, proclama Carlyle.⁸³ Como antes declaraba Santo Tomás, que el Derecho se llama así porque es justo (*Summa Theologica*, IIa, IIae, 57, 1). Villoro, en México, se pronuncia porque el Derecho es el instrumento, incesantemente renovado para realizar la justicia; y es el mínimo de amor exigido en sociedad.⁸⁴ Legaz y Lacambra asentaba que si el Derecho es realización de la justicia en la vida social, su contenido se traduce formalmente en una delimitación

⁸⁰ Kelsen, Hans. *Carta al profesor Edmond Cahn*. "Un documento poco conocido de Kelsen". "Revista de la Facultad de Derecho de México". UNAM, México, T. XXIV, núms. 95-96, julio-diciembre de 1974, pp. 769-773.

⁸¹ DEL VECCHIO, Giorgio. *La Justicia*. Traducción de Francisco P. Laplaza. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1952, pp. 3-55, 82-90.

⁸² *Fundamentos*, citado, pp. 124-125.

⁸³ *Los fines*, citado, p. 81.

⁸⁴ VILLORO TORANZO, Miguel. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Proceso de la razón y el Derecho. Ed. Porrúa, S.A. México, 1973, pp. 480-481.

de las esferas correlativas de licitud y deber, conjugando las exigencias institucionales del bien común y las de la autonomía individual.⁸⁵

Cualquiera que sea el conjunto de elementos o argumentos que se acepten para configurar la finalidad, la meta, el ideal y la aceptación de la justicia, al que se le ha confundido con la preceptiva jurídica, es innegable que su importancia se acentúa en su aplicación que ahora nos interesa. Ya se acuda a una imagen paralela a la de ser humano, que se dice tiene un aspecto material corpóreo y otro espiritual, el alma; así, el Derecho tiene una estructura doble: una somática, el conjunto de normas y otra su basamento estimativo, la justicia. Ello nos llevaría a la ambicionada organización estatal, en la que el aparato jurídico fuera justo. (Esta es nuestra premisa mayor del silogismo).

Ese Derecho objetivo tiene, o mejor dicho, deber ser aplicado por las personas, por los sujetos de derechos y obligaciones, por sus destinatarios, al realizar su intercambio de conductas con respecto de otras personas. En este punto vislumbro dos posibles rutas: Una, seguida por *los justos*, o sea, por los seres que obedecen las normas justas; dos, el camino adoptado por *los injustos*, por los violadores de los mandamientos jurídicos, por los que provocan la controversia de intereses (este es el caso concreto del litigio incoado y que se debe arreglar, y que integra la premisa menor del silogismo). Por fortuna, aquí es donde se agiganta la función social de la preceptiva instrumental o procesal, que es encarnada por los juzgadores, por los heterocomponedores judiciales; y, además, como ya en repetidas ocasiones mencioné, que indica y ordena el proceder de los combatientes hasta llegar a la, también justa solución, que en la sentencia de fondo se expresaría en sus puntos resolutivos (ésta será la conclusión del silogismo imaginado). Con estas hipótesis y planteamiento sin duda se enaltecen el valor de justicia, como finalidad perseguida tanto por el Derecho en general, como por el sector de normas adjetivas; y, por desgracia se multiplican las muestras de las garras destructoras de las confrontaciones de intereses.

Después de este interesante recorrido por los policromos y luminosos pensamientos vertidos acerca de la Justicia, comprendemos el porqué de la eterna dificultad para llegar a un concepto unívoco de ella, de lograr una idea que tenga la aceptación generalizada del sustento ético del instrumental jurídico. ¡Qué ardua y compleja tarea!

No obstante, cada uno de los humanos tiene un "sentimiento", una apreciación subjetiva, una valoración personal de lo que es "justo" o por lo contrario, de lo que cataloga como "injusto" al presenciar un hecho, o al realizarlo en la vida real, o, aún al leer una argumentación cualquiera. ¡Qué indignación se siente y se vive al contemplar el ataque que un abusivo adulto fortachón comete contra una frágil menor!; y, ¡qué satisfacción y hasta felicidad nos brinda la realización de un acto noble o caritativo de socorrer a un indigente!; o, llanamente el regocijo espiritual que compartimos en los festejos de la Navidad, en los que apreciamos mayormente el dar que el recibir. ¡Qué grato es ver felices a los nuestros y reciprocarnos los cuidados y dones que nos han otorgado desinteresadamente!

Y en materia jurídica, nos enorgullece la supresión legal del agio; de la protección a los derechos humanos. O bien, en materia judicial, nos embarga la emoción y nos llena de complacencia el dictado de la sentencia que absuelve a un injustamente

⁸⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*, BOSCH, Casa editorial, Barcelona, 1972, p. 293.

acusado; o la que condena (no a la muerte) a un cobarde secuestrador, o a un país agresor.

Sí, en efecto allí está cobrando vida la Justicia!

Sí, a pesar de los obnubilados pesimistas o de los obcecados materialistas, *La Justicia sí existe*.

Pero, el pero que persiste y nos agobia, como en los otros planteamientos forjados en torno a las demás finalidades del Derecho revisadas, también respecto de la Justicia tenemos que lamentar que en veces y más veces, en inúmeras oportunidades, el surgimiento del maldito (perdón, por lo soez de la expresión, pero me quedé corto) litigio, hace desvanecerse la virtud de la Justicia y la espléndida, aunque complicada función del Derecho. Y para no caer en el caos permanente de la injusticia, habremos de reiniciar la tarea reparadora social e individual del orden jurídico.

Por eso, creo haber justificado los epítetos con que rubiqué el apartado 3 de este ensayo. El litigio es un fáctico fenómeno pernicioso, antijurídico, antisocial e inhumano. Es antijurídico porque aniquila, porque anula o en el menor de los perjuicios, aletarga la teleología jurídica, haciendo inoperante los beneficios magníficos del quehacer del Derecho. Es antisocial porque ataca a la comunidad al impedirle alcanzar sus ideales de bienestar y progreso (razón básica de la vida colectiva). Es inhumano debido a que crea incertidumbre, quebranta la paz; entorpece el bien común (que abarca a los individuos particulares), puede lesionar la libertad, la igualdad y la dignidad humanas; resquebraja el orden, y hace peligrar la equidad y la justicia. Enfrenta a sujetos, a agrupaciones y a naciones, llevándolos a la violencia y al exterminio.

Es el litigio, es el conflicto de intereses una auténtica lacra de la humanidad.

13. MEDIOS COMPOSITIVOS DE LOS LITIGIOS CIVILES

Ante la gravedad de las crisis ocasionadas por la multiplicidad aciaga de las contiendas de intereses, de la conflictiva internacional, social y entre particulares aparecida, surge de manera urgente la necesidad de contrarrestar sus malévolos efectos y la humanidad ha procedido a través del Derecho para subsanar, para ajustar, para "componer", la descomposición, el desorden, la disgregación litigiosa.

El arreglo, solución o "composición" del conflicto de intereses jurídicos es una función social que históricamente ha tenido varias desembocaduras: A) La primitiva, aunque por infortunio, todavía presente, como en los problemas bélicos, crueles, nefastos, como la autodefensa⁸⁶, autotutela⁸⁷ o defensa extrajudicial o privada de un derecho⁸⁸ que para fortuna de nosotros, ha sido prohibida tajantemente por la Carta

⁸⁶ CARNELUTTI, *Sistema* cit. T.L., P. 168 la denomina autocomposición del litigio y la concibe como un *genus, intro il quale e possibile disconoscere delle specie diverse*. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1970, pp. 35-70.

⁸⁷ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 3a. edición (póstuma), 1996, donde el autor distinguido uruguayo señala: vale decir la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias. p. 9.

⁸⁸ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. En reseña del libro *Proceso, autocomposición y autodefensa*, de ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia". Tomo X, núm. 38, abril-junio, 1948; p. 172.

Magna mexicana en su espléndido artículo 17: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho". Solución caracterizada por la falta de un juez distinto de las partes, la carencia de un verdadero procedimiento y la imposición del interés propio de una de las partes generalmente la hegemónica, sacrificando el de la ajena.

B) La autocomposición en sentido restringido, caracterizada por llegar a solventar el enfrentamiento, con el sacrificio propuesto (uni o bilateral) del interés propio, dejando subsistir el interés ajeno: la donación, la cesión de derechos, la renuncia o desistimiento de la pretensión (no de la demanda, de la instancia o de la acción), el allanamiento.

C) La fórmula mejor y más utilizada, creada por la criatura humana racional, inteligente, consciente de la necesidad de la aplicación correcta de la norma jurídica para lograr la convivencia, ha culminado con el proceso jurisdiccional, bien llamada por el genial autor Carnelutti que ha pasado a ser universal, "la justa composición del litigio" o un operazione, mediante la quale si ottiene la composizione de la lite.⁸⁹

El estudio acucioso e indispensable de esa vital figura jurídica ha provocado la aparición justificada del Derecho Procesal⁹⁰ y más recientemente de la Teoría General del Proceso de la que (de antemano ofrezco mis excusas, por la actitud que pudiera calificarse de jactanciosa), me tocó en suerte establecer como asignatura obligatoria en los Planes de Estudio de la Facultad de Derecho de la máxima Casa de Estudios de mi país y de otros centros de enseñanza jurídica americanos.⁹¹ Otros

⁸⁹ CARNELUTTI, *Sistema*, citada, T. I, p. 44. En Italia, CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Según el nuevo Código. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prólogo de Hugo Alsina. EJEA. Buenos Aires. 1962, donde explica el porqué de la utilización del título "Instituciones", pp. 74-78. Asimismo, FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Trad. de L. Prieto Castro. BOSCH, Barcelona s/f. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. 1980. ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*, trad. de Santiago Sentís Melendo. EJEA. Buenos Aires, 1963 en p. 223 habla también de Ciencia Procesal pp. 9 a 48.

⁹⁰ En México son numerosos los libros intitulados Derecho Procesal; así, a guisa de ejemplo: PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1961, en el que el reconocido autor dedica un capítulo a la Ciencia del Derecho Procesal; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989. BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho Procesal*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1969. MALDONADO, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Teoría y Legislación Federal, del Distrito y Mercantil, antigua librería Robledo, de José Porrúa e hijos, México, 1947. En España GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961, destina el título segundo a la distinción entre Derecho Procesal y Derecho Procesal Civil. Por su parte PRIETO CASTRO FERRANDIZ. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. En el T. Primero, estudia el proceso y el Derecho Procesal. pp 1 a 21. En Argentina, ODERIGO, Mario A. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Procesal Civil. Traducción de L. Prieto Castro. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1932. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Angela Vera Romero. Supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin. EJEA. Buenos Aires, aunque hay que advertir que el Libro Primero del Tomo I, se denomina Teoría General.

⁹¹ GÓMEZ LARA, Cipriano. *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza Jurídica*. México, 1975, menciona al Profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo como sembrador de inquietudes sobre la Ciencia Procesal y a continuación sostiene: "El segundo gran maestro al que debo referirme es el Dr. Fernando Flores García, porque fue él, el que con su tesón, con su positiva terquedad sobre esto, movió, empujó y removió los obstáculos que

tratadistas hablan de una Doctrina o Teoría General del Proceso⁹² pero todos aluden a la sistematización y actualización de ese instrumento procesal fundamental en la regulación de la compleja sociedad moderna.

D) El sector de soluciones semejantes al juzgamiento procedente del órgano oficial judicial, que han sido clasificados como "equivalentes jurisdiccionales" o denominados también "equivalentes procesales" por Carnelutti, en una amplia lista que abarca el proceso extranjero, el reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera, el proceso eclesiástico, la autocomposición de la litis, la renuncia, el reconocimiento, la transacción, la composición procesal, la conciliación y el compromiso, o así como los excluyentes o sustitutivos del proceso.⁹³

El experto jurista mexicano Cortés Figueroa, después de calificar al proceso como la más adecuada manera de lograr la composición del litigio, con acierto manifiesta: Pero acontece que el proceso no es la única manera de solucionar situaciones y estados conflictivos, porque, con la historia de la humanidad en una mano y la realidad cotidiana en la otra, hay que admitir que los hombres -sujetos mismos y autores de los conflictos- han buscado diversos caminos "solucionadores", entre los que hay que tener presentes desde la más ruin venganza de propia mano, hasta el más respetable arbitraje privado. Las otras formas suelen consistir en el sometimiento a las querencias extrañas, la renuncia de las pretensiones mantenidas, la interven-

había para la implantación de la materia Teoría General del Proceso, en nuestra Facultad de Derecho. Esto ocurrió en 1968..." p. 7.

De entonces a la fecha, por ventura, se han multiplicado las obras sobre esta temática; así FLORES GARCÍA, Fernando. *Sobre la Teoría General del Proceso*. "Jurídica" IUA. México, 1969. Tomo 1, núm. 1, pp. 111 -124 . GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Facultad de Derecho, UNAM, México, en varias ediciones y con posterioridad con Ed. Trillas, CORTÉS FIGUEROA, Carlos. *Introducción a la Teoría General del Proceso*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1974. DORANTES TAMAYO, Luis. *Elementos de Teoría General del Proceso*. Ed. Porrúa, S.A. México. 1983, ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Teoría General del Proceso*. Ed. Porrúa, S.A. México. 1980, OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. Ed. Trillas, México, 1990. En estas referencias bibliográficas es menester destinar un capítulo particular a un verdadero pionero en la materia, el profesor Ignacio MEDINA LIMA, quien desde 1940 en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM, enseñaba la Ciencia Procesal, como entidad doctrinal superior al Derecho Procesal, con sus principios generales, con sus ideas doctrinales. con sus métodos de interpretación normativa, con sus conclusiones científicas, con todo lo que integra el cuerpo de una maciza construcción científica. Alguna vez, vaticinaba el recordado maestro, se establecerá en esta Escuela un curso de Teoría General del Proceso. Lecciones de Derecho Procesal Civil (versión mimeográfica), México, 1944, pp. 16- 17. Y en los países hermanos de Sudamérica DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. I. Teoría General del Proceso. Ed. ABC. Bogotá, 1976. VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Ed. Temis, Bogotá, 1984. VESCOVI, Enrique. *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1978. BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Teoría del Proceso*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979. DE LA RUA, Fernando. *Teoría General del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1991. De España, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992. De Brasil, PELLEGRINI GRINOVER, Ada y otros. *Teoría General del Proceso*. Editoria dos tribunales, Sao Paulo, 1991.

⁹² FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales. Librería BOSCH. Barcelona, 1990; y, más tarde el mismo autor hispano, *Teoría General del Derecho Procesal*. Instituto Mexicano de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 1992.

⁹³ *Sistema*, citada, T. I. pp. 154-179.

ción de conciliadores (improvisados o hasta con oficio de tales), la transacción (como arreglo de "toma y daca") y aun el duelo y la guerra misma. Tan disímboles formas exigen, obviamente, un mínimo tratamiento sistemático. Líneas después alude a las figuras excluyentes y las equivalentes, que ajenas al proceso son también compositivas de la lite.⁹⁴

Como es de observarse el denominador común de estas tres especies es que son fórmulas para solventar las contiendas de intereses jurídicos. Si esto se transplanta a una disciplina que comprenda a todas ellas: 1. Autodefensa (dentro de la autocomposición (interpartes) en sentido lato); 2. La autocomposición restringida a: transacción, renuncia de la pretensión, una forma de la conciliación y allanamiento; 3. Proceso jurisdiccional (aunque cabe señalar que en México hay juzgamiento material de conflictos, llevados a cabo por órganos no pertenecientes al Poder Judicial); y 4. El campo de medios alternativos de solución de los litigios distintos del proceso civil (en nuestro caso me refiero a la mediación, al avenimiento, a la amigable composición; y naturalmente al arbitraje y a otra suerte de la conciliación, de carácter heterocompositivo), de los que intentaré desarrollar sólo el arbitraje privado. Dicha asignatura (académica) o campo de estudio, reglamentación y aplicación jurídica, será más amplio que la actual Teoría General del Proceso, que únicamente involucra (obvio) al proceso jurisdiccional y la que constituiría una ramificación de esa nueva estructura jurídica.

Si por un lado pensamos que es lógico y correcto el razonamiento de la existencia y necesaria distinción de esta más amplia área especulativa jurídica; por otro extremo, de antemano reconozco la dificultad de encontrarle una nomenclatura idónea, ya que mis intentos (más bien, intentonas) van desde Teoría de la Composición Litigiosa, Teoría General de las Soluciones a los Conflictos de Intereses, hasta Teoría del Litigio y de su composición, y debo admitir que no los encuentro satisfactorios. No sé si sería mucho solicitar la inapreciable ayuda que significarían las sugerencias de mis ilustres colegas para bautizar a esta criatura innominada jurídica.

14. LÍMITES DEL DESARROLLO TEMÁTICO

Planteada la ubicación del tópico a estudiar, conviene aclarar que la construcción reglamentaria me conduce a referirme al arbitraje privado (civil), y dejar para otra oportunidad, el comercial y el internacional.

15. ARBITRAJE. CONCEPTO

Hace un tiempo se me encargó redactar para el *Diccionario Jurídico Mexicano* la voz arbitraje. Lo hice tomando en cuenta el arbitraje privado civil, acorde a la legislación procedimental local del Distrito Federal Mexicano con una versión que ahora aumentó. Del latín *Arbitratus*, de *arbitror*, albedrío, decisión, parecer, juicio. *Arbitro, as are (arbitro)* decidir, juzgar⁹⁵. Es una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio dado por un tercero imparcial, juez privado o varios, generalmente

⁹⁴ *Introducción*, citada, pp. 93-93.

⁹⁵ BLANCO GARCÍA, Vicente. *Diccionario abreviado Latino-Español y Español-Latino*. Madrid, 1944. p. 37.

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 menor que el del procedimiento del proceso jurisdiccional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina (laudo) en ocasiones la ley instrumental local mexicana le equipara con la sentencia, como en el caso de Cooperación Procesal Internacional (artículos 605 al 608 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal), cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten.⁹⁶

Aunque el arbitraje que desde muy antiguo se empleó para dirimir contiendas de repercusiones jurídicas, afirma Briseño Sierra, una institución que puede contemplarse tanto en el Derecho Internacional como en el Procesal, alcanza amplio desarrollo en Grecia y en Roma.⁹⁷ Basta recordar que es citado como el inmediato antecedente del proceso jurisdiccional, por ejemplo Arangio Ruiz apunta que existía desde el primer período del procedimiento civil romano la acción de la ley por petición de un juez o de un árbitro (*legis per iudicis arbitrive postulationem*).⁹⁸

16. VENTAJAS DE SU EMPLEO

Después del florecimiento generalizado del proceso jurisdiccional, en épocas recientes el arbitraje ha cobrado nuevos bríos y la frecuencia, por qué no decirlo, la preferencia con que se ve favorecido, especialmente en el orden internacional y en el privado, va en aumento, considerándosele un instrumento práctico y útil debido a que permite no caer en la avalancha de negocios que se ventilan en los tribunales estatales (aunque con el sacrificio de la justicia gratuita) que prolonga hasta una penerosa longevidad a los millares de juicios sometidos a su conocimiento.

También se argumenta en favor del arbitraje privado la posibilidad de elección de un auténtico juzgador imparcial seleccionado, calificado (por razones éticas y de preparación profesional jurídica), confiable por sus condiciones subjetivas; además de no estar involucrando ni presionado por el cúmulo judicial o las potenciales influencias de superiores en la judicatura o de otros factores tales como la economía de tiempo y trabajo, no propicia la publicidad o aun el escándalo de determinados negocios; también aleja el peligro de las maniobras ilegales o retardatorias de los litigantes. Asimismo, se estima como un factor conveniente del arbitraje que en él se desarrolla un ritmo procedimental más acelerado que en el del proceso judicial. Las solemnidades y los formulismos no existen en el procedimiento arbitral.

Empero, como es natural en el desarrollo gigantesco del poder público del moderno Estado de Derecho, que deviene celoso guardián de sus atributos y finalidades en campos como el penal y otros en que trasciende el interés público y social, así en las hipótesis legales de recibir alimentos; el divorcio -salvo en sus aspectos pecuniarios; la nulidad de matrimonio; los referentes al estado civil de las personas- de nue-

⁹⁶ FLORES GARCÍA, Fernando. *Voz. ARBITRAJE. "Diccionario Jurídico Mexicano"*. Instituto Mexicano de Investigaciones Jurídicas. UNAM, Editorial Porrúa, S.A. México, 1982, T. I. pp. 178-179, después 1993. A-CH. pp. 198-200.

⁹⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Sobre arbitraje. Estudios*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1995. p. 2.

⁹⁸ ARANGIO RUIZ, V. *Las Acciones en el Derecho Privado Romano*. Trad. de Faustino Gutiérrez-Alváz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1945, pp. 37-42.

vo con exclusión de los derechos patrimoniales de la filiación legal, no permite que la justicia sea administrada por los particulares, es por ello que el numeral 615 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal señala los negocios que no se pueden comprometer en árbitros.⁹⁹

En el Código Procesal Civil que redacté para el Estado de Morelos, en el artículo 601 a la letra se señala: Negocios en que no se permite el arbitraje. No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios:

- I. El derecho de recibir alimentos; pero sí lo relativo a pensiones vencidas;
- II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y las demás diferencias puramente pecuniarias;
- III. Las pretensiones de nulidad de matrimonio;
- IV. Lo concerniente al estado civil de las personas con la excepción de los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida puedan deducirse;
- V. Los negocios que versen sobre derechos irrenunciables; y,
- VI. Los demás en que lo prohíba expresamente la ley.

Briseño Sierra en una magnífica y reciente obra sostiene que el arbitraje está estructurado por cuatro cuerpos: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y su ejecución. Estas partes no aparecen siempre, pero si no fueran mencionadas en la teoría, en lugar de arbitraje se estaría hablando de figuras limítrofes o paralelas.

El arbitraje estructurado de esta manera representa para la práctica un arquetipo. Lo corriente es que se altere la composición y lo deseable es que se disminuya su cantidad, para favorecer el cumplimiento espontáneo del laudo.¹⁰⁰

17. NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Acerca de la naturaleza jurídica de esta heterocomposición son ya famosas las dos principales tendencias doctrinales, que como corrientes impetuosas de caudaloso río, en ocasiones arrastran a los legisladores a adoptar posturas contrastantes en las reglamentaciones positivas.

En esa opinión dual se coloca Alcalá-Zamora al aseverar que en lo tocante al arbitraje sólo cabe, en puridad, hablar de tendencias publicistas y privatistas; aunque más tarde, señala que en cuanto al arbitraje, se enfrentan, como es sabido, dos teorías: la contractualista, que tiene en Mattiolo y Chiovenda sus más prestigiosos paladines, y la jurisdiccionalista de Mortara a la que sin vacilar nos adherimos.¹⁰¹

Semejante consideración hacia Carnacini al escribir sobre el cuadro de las opiniones acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje bajo el imperio del Código ítalio anterior (1865): dos eran las corrientes principales que se enfrentaban en doctrina y en jurisprudencia; una, que atribuía al arbitraje ritual naturaleza jurisdiccional (o por lo menos publicista), y otra, que negándole tal naturaleza, le atribuía naturaleza meramente privada. Luego al analizar los criterios respecto del Código vigente adiciona la llamada teoría mixta.¹⁰²

⁹⁹ FLORES GARCÍA. *Voz. ARBITRAJE. Diccionario*, cit. Ed. 1987, pp. 198- 198.

¹⁰⁰ *Sobre arbitraje*, cit. pp. 6 y 7.

¹⁰¹ *Proceso*, cit. p. 74.

¹⁰² CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. EJEA. Buenos Aires, 1961, pp. 17 y 27.

Briseño anota la clasificación ofrecida por Ottolenghi, que divide las posturas doctrinales acerca del arbitraje en: a) contractual, b) jurisdiccional y c) las que sin llegar al anterior, ven en el arbitraje el desarrollo de un proceso.¹⁰³

Antes condicioné que para tomar partido en la interminable polémica en cuanto a la esencia jurídica del arbitraje es indispensable determinar los conceptos de la cláusula compromisoria, del compromiso arbitral y del contrato de arbitraje.¹⁰⁴

Λ) *Cláusula Compromisoria*, que para algunos autores es un segmento; un apartado de un contrato (¿cabe interrogar, principal o único?)¹⁰⁵, en cambio, personalmente creemos que es un contrato por sí (que puede estar ligado a otro, pero que tiene un objeto propio distinto de aquél), por virtud del que las partes estimulan que en caso de surgir una contienda jurídica entre ellas, se someterán para su arreglo a un arbitraje.¹⁰⁶ Aunque hay quienes como ya apunté no admiten este carácter exclusivo, la cláusula compromisoria que contiene el acuerdo de voluntades es, sostiene Briseño Sierra, anterior a toda discrepancia.¹⁰⁷ Cronológicamente es un acuerdo previo a la aparición del litigio, es simplemente, una medida precautoria para propiciar la futura solvencia de la diferencia o diferencias por venir. Becerra Bautista enuncia: *lis aut nondum nata*.¹⁰⁸

Redenti asienta que la cláusula compromisoria encomendada a priori (es decir, previa (hipotéticamente) que deben resolver los árbitros (no funcionarios judiciales, sino particulares)¹⁰⁹ nombrados o por nombrar, la decisión de eventuales controversias que puedan "nacer" (tal vez sí, tal vez no) entre partes. Amén de que estima que la cláusula no es una obligación sino una sujeción.¹¹⁰

El afamado procesalista colombiano Devis Echandía comenta la posibilidad de caracterizar a la cláusula compromisoria como presupuesto procesal del procedimiento (naturalmente diferente de los presupuestos procesales de la acción, de la demanda, de la denuncia, o de la querrela), aunque no mira a la forma o ritualidad, sino al fondo de la litis.¹¹¹

Briseño Sierra transmite lo dicho por Luis Cabrera en México y Jean Robert en Francia, de que la cláusula se justifica como tal, para facilitar el arbitraje en el momento más adecuado de la convención. Surge cuando las partes no conocen el carácter exacto del litigio que pueda surgir y, por otro, resulta imprudente amedrentar a

¹⁰³ *Sobre Arbitraje*, cit. p. 10.

¹⁰⁴ FLORES GARCÍA, Fernando. *Reflexiones sobre algunas normativas procesales mexicanas*. Memoria de las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Mérida, 5 a 11 de mayo de 1990. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 733.

¹⁰⁵ PINA, Rafael de, CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Ed. Porrúa, S.A., México, 1963, p. 402. El profesor de la U. de Bolonia, REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerna Redía. Prólogo por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. EJEA, Buenos Aires, 1957 la concibe como un negocio no autónomo, sino accesorio, o mejor adjetivado a un contrato principal.

¹⁰⁶ FLORES GARCÍA. *Voz. ARBITRAJE. Diccionario*, cit. p. 199.

¹⁰⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el Derecho Privado*. Situación internacional. Instituto de Derecho Comparado. UNAM, México, 1963. p. 44.

¹⁰⁸ BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986, pp. 406-407.

¹⁰⁹ La posible pertinente aclaración es del autor de este ensayo.

¹¹⁰ REDENTI, *Derecho*, cit. T. III, pp. 114 y 55.

¹¹¹ *Compendio*, cit. p. 295.

las partes con la determinación minuciosa de los requisitos y circunstancias del arbitraje meramente probable en estos momentos.¹¹²

Hay que añadir que la cláusula no se agota en un solo juicio y subsiste mientras haya posibilidad de contiendas futuras, siempre que sean sobre su mismo objeto. La cláusula no suspende la prescripción porque no imposibilita el proceso, aunque inhiba para concurrir ante la justicia judicial, lo que hace es conminar a la producción del compromiso que puede suspender la prescripción; por ello, otorgar una cláusula no significa comprometer.¹¹³

B) Compromiso arbitral; ya con prioridad lo conceptué como el acuerdo pactado entre las partes, una vez que ya se suscitó una controversia jurídica entre ellos, para que su lid sea dirimida en el porvenir por medio del arbitraje, que provoca la inhibición tanto del Juez como de otros Jueces privados; es decir, el compromiso se conviene después de planteado el pleito actual, vigente.¹¹⁴

Para el preclaro De Pina, el compromiso es el contrato mediante el cual las partes entregan la resolución de sus diferencias al juicio de árbitros o a la amigable composición (C.P.C.D.F., artículos 609-636).¹¹⁵

Otro tanto encontramos en E. Pallares, distinguido procesalista de mi país, al especificar que compromiso arbitral es el contrato, consensual, formal, bilateral, a título oneroso y conmutativo, por el cual las partes se obligan: 1° A no acudir a los Tribunales para la decisión de un litigio que tienen pendiente; 2° Someten dicho litigio al conocimiento y decisión de uno o varios árbitros; 3° Estipulan la forma de tramitar el juicio arbitral; 4° Fijan sanciones para el caso de que alguno de los contratantes no cumpla lo convenido; 5° Nombran jueces árbitros o determinan la manera de designarlos; 6° Precisan el lugar en que ha de seguirse el juicio arbitral y su duración.¹¹⁶

Y en Uruguay el prócer Couture describe el compromiso como el documento previo e indispensable a todo juicio de árbitros y que contiene, además de las circunstancias normales, el nombre de los árbitros, la especificación del asunto sometido a decisión, el plazo para laudar y la multa para el caso de incumplimiento.¹¹⁷

Ahora es necesario denotar las diferencias entre una cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Sobre el particular se dice: Si subjetivamente el límite se encuentra en la cantidad de participantes en el convenio, objetivamente aparece en la temporalidad del litigio. En su ausencia debe hablarse de cláusula, en su presencia de compromiso. Asimismo, la cláusula fija genéricamente el objeto del arbitraje, estipula una clase de conflictos futuros, el compromiso especifica uno o más litigios actuales; con todo, Barrios de Angelis advierte que la cláusula implica renuncia al proceso judicial y que la designación de árbitros a través de ella no es efectiva, puesto que no elimina la posterior elección en el compromiso, el cual sí contiene una sumisión particular... Las diferencias entre la cláusula y el compromiso son relativamente internas, esto es, corresponden al contenido y efectos del compromiso y han sido

¹¹² Sobre arbitraje, cit. p. 114.

¹¹³ BRISEÑO SIERRA. *Sobre arbitraje*, cit. p. 16.

¹¹⁴ FLORES GARCIA. *Voz ARBITRAJE. Diccionario*, cit. p. 199.

¹¹⁵ PINA, Rafael de. *Diccionario de Derecho*. Ed. Porrúa, México, 1965, p. 67.

¹¹⁶ PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal*, cit. Ed. Porrúa, S.A. México, 1994, p. 469.

¹¹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991. D. 157.

especialmente sus caracteres los que han servido a Weil, autor del verdadero tono científico de la teoría contractualista, según Ottolenghi, para sostener su postura privatista.¹¹⁸

Corresponde el turno de asomarse a la problemática del compromiso arbitral, que para variar, como en la mayoría de los temas jurídicos, las opiniones se multiplican: así, el compromiso, dice Jean Robert siendo un contrato civil, se rige por las reglas generales de los contratos y por las especiales del Código de Procedimientos.¹¹⁹ Ya pasamos revista a lo sustentado en sentido *contractual* por De Pina,¹²⁰ por Pallares,¹²¹ por Becerra Bautista, quien de ello deriva que la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral tienen *naturaleza contractual* y, por ende, sólo deben ser otorgados por quienes estén en pleno uso de sus derechos civiles, C.P.C.D.F., artículo 612.¹²² También, Cabanellas de Torres.¹²³ Obregón Heredia se limita a manifestar que está regulado por los numerales 610 a 617, 620, 622 del C.P.C.D.F. y que consiste en *sujetar* (¿coincide con Redenti?) una futura (?) o presente controversia a juicio arbitral.¹²⁴

Para el notable Couture, es una promesa o convenio de contratar generalmente bilateral; o bien, acto jurídico bilateral cumplido en virtud de una disposición legal, de cláusula compromisoria o voluntad de partes, en el cual se conciertan los detalles relativos a la "sumisión" de un asunto a la "jurisdicción" arbitral.¹²⁵⁻¹²⁶⁻¹²⁷

Si continuamos con el desfile de pareceres alrededor del compromiso arbitral contemplamos el de Palomar de Miguel, para quien el convenio es un hecho entre litigantes, por el que comprometen su litigio en jueces árbitros (una o más personas) o amigables compondores, para que decidan sus controversias.¹²⁸ Para no prolongar este punto, señalaré que Carnelutti,¹²⁹ Redenti,¹³⁰ califican al compromiso como un

¹¹⁸ BRISEÑO SIERRA. *Sobre arbitraje*, cit. pp. 14 a 18.

¹¹⁹ BRISEÑO SIERRA. *Sobre arbitraje*, cit. p. 19.

¹²⁰ *Diccionario*. cit. loc. cit.

¹²¹ *Diccionario* cit. loc. cit. En semejantes términos es presentado por PEREZ PALMA, Rafael. *Guía de Derecho Procesal Civil*. Prólogo de Regional Davis. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994, p. 707.

¹²² *El Proceso Civil*. cit. p. 383.

¹²³ CANABELLAS TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, S.R.L. México, 1993, p. 79.

¹²⁴ OBREGÓN HEREDIA, Jorge. *Diccionario de Derecho Positivo Mexicano*. México, 1990; p. 101.

¹²⁵ *Vocabulario*. cit. p. 157.

¹²⁶ El colocar comillas es un abuso personal mío: el primero porque parece coincidir con Redenti al no considerarlo obligación; el segundo porque podría discutirse que es una postura publicista acerca del arbitraje.

¹²⁷ Derivado del razonamiento de la nota inmediata anterior, consultamos el contenido que para el profesor COUTURE, *Vocabulario*, cit. p. 359, le merece el *juicio arbitral*: proceso que por ministerio de la ley o por convención de las partes, no se dirime ante los órganos de la jurisdicción del Estado sino ante árbitros.

¹²⁸ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*. Mayo ediciones, S.de L.R. México, 1981, p. 283.

¹²⁹ CARNELUTTI, Francisco. *Estudios de Derecho Procesal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. EJE. Buenos Aires, 1959. V. II. Estudios sobre el arbitraje, p. 518, allí habla asimismo de un acuerdo procesal.

¹³⁰ *Derecho*. cit. T. III, p. 103. Donde el Profesor italiano recalca que el negocio con que las partes encomiendan la decisión de los árbitros, se considera acto de disposición y no

acto complejo o compuesto. No olvidemos que para este último autor el compromiso es un mandato conjuntivo y destaca el importantísimo significado que debe atribuírsele a la aceptación que del compromiso hagan los jueces privados o árbitros designados.¹³¹

C. *Contrato arbitral* o *contrato de arbitraje*, es el acuerdo de voluntades que celebran los contendientes (partes interesadas en la pugna) y el árbitro o árbitros designados en el que se consignan las atribuciones (obligaciones, derechos y facultades) de los árbitros en relación con las partes y el básico elemento de aceptación de los heterocomponentes: así, el plazo dentro del que deben resolver, los honorarios que se les cubrirán, etc.¹³²⁻¹³³⁻¹³⁴

Analizadas, aunque haya sido en forma meteórica, las figuras de la cláusula compromisoria, del compromiso arbitral y del contrato de arbitraje, me internaré, también sumariamente, en la determinación de los caracteres que una parte de la legislación mexicana (la del Distrito Federal, que es prácticamente reproducida por las de Entidades Federativas, con pocas excepciones como las de los Códigos instrumentales Civiles de Morelos -al que me tocó en suerte elaborar y dar la noticia en otro evento internacional (Mérida, España) y que ha tenido una espléndida acogida en la vida real, a partir de su vigencia, 1 de enero de 1993),¹³⁵ Puebla, (1988), Sonora y Chihuahua.

18. HIPOTESIS LEGISLATIVA DE ARBITRAJE DE NATURALEZA CONTRACTUAL.

Basta imaginar la concertación de I: una cláusula compromisoria (contrato previo a la aparición de la contienda intersubjetiva entre posibles y futuros sujetos del conflicto eventual porvenir), o bien, II: de un compromiso arbitral, cuando el litigio ya ha emergido y las partes pactan someter a los terceros imparciales elegidos directamente por los interesados, a esos árbitros escogidos y designados, la decisión de la pugna (para la gran mayoría de los tratadistas calificada como contrato) Becerra Bautista enfáticamente declara que tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral tienen naturaleza contractual.¹³⁶ III: otro necesario convenio es suscrito por las dos "partes contratantes": a) ambas "partes contendientes": activa y resistente; y, b) los árbitros designados que aceptan el nombramiento. Carnelutti con claridad meridiana sostiene que es un contrato y tiene por sujetos de un lado a los árbitros y por otro lado a las partes.¹³⁷ Contrato o de mandato, o figuras que recuerdan el Derecho Romano, "subespecie de la *locatio operaris*, no de la *locatio opera-*

puede consentírsele allí donde las partes no tengan el derecho o la legitimación (posibilidad-facultad-poder) a disponer de él libremente. (p. 101).

¹³¹ REDENTI, *Derecho*, cit. T. III, pp. 117 y 55.

¹³² FLORES GARCIA, *Diccionario*, cit. p. 199.

¹³³ OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*. Harla, México, 1980, p. 288.

¹³⁴ CARNACINI, *Arbitraje*, cit. P. 39.

¹³⁵ FLORES GARCIA, *Reflexiones*, cit. pp. 732-750.

¹³⁶ *El Proceso Civil*, cit. p. 407.

¹³⁷ *Sistema*. cit. T. II, p. 371.

rum, porque el desenvolvimiento del trabajo es enteramente independiente de la dirección de las partes.¹³⁸

Con ulterioridad al llevarse a cabo el procedimiento arbitral con algunas dudas doctrinales y jurisprudenciales, como previene Carnacini, como la de la rebeldía o del patrocinio profesional a las partes¹³⁹ a la luz de pacto contractual autorizado por el precepto adjetivo local del D.F. 619 que a la letra prescribe: las partes y los árbitros seguirán en el procedimiento los plazos y las formas establecidos para los tribunales, *si las partes no hubieran convenido otra cosa*. Cualquiera que fuere el pacto en contrario, los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos *si cualquiera de las partes lo pidiere*.¹⁴⁰

Por último, se alcanzaría el momento decisivo de la declaración arbitral; dicho en otras sencillas palabras, se arribaría el dictado del laudo, con lo que satisfaría el objetivo del arbitraje, fórmula convenida por las partes y por el árbitro, por la que se prescinde de juzgamiento judicial. Y aunque es interesante la ardiente discusión que pretende separar el laudo arbitral de la sentencia judicial;¹⁴¹ pasemos a la finalización de la hipótesis contractual planteada: En efecto, la parte vencida acepta y acata el laudo emitido, a sabiendas, se supone, de que está enterado y consciente de que los árbitros no tienen imperio; o sea, que carecen de fuerza vinculativa para compelir y hacer eficaz su resolución.

Ello se ha interpretado argumentando que la fuerza del laudo cumplido deriva de la voluntad de las partes al suscribir el compromiso arbitral. Es, ni más ni menos, el cumplimiento de un contrato. "Es un caso en el que el arbitraje nace, se desarrolla y se obedece su finalidad por la voluntad contractualmente exteriorizada por los combatientes."¹⁴²

Dentro de la doctrina contractualista se sitúan famosos procesalistas: Chiovenda, profesor símbolo del procesalismo italiano, que terminantemente sentencia: Arbitraje. Sólo puede constituirse por contrato... el que tiene sustento en un importantísimo contrato que es el compromiso, o sea, el acuerdo de las partes de diferir la definición de las controversias a uno o más particulares... no a la autoridad judicial... las partes substituyen su parecer por un juicio ajeno; pero, el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción ni propia ni delegada, no actúa la ley; sus facultades derivan de la voluntad de las partes expresadas de conformidad con la ley: su decisión (sentencia arbitral o laudo) es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva.¹⁴³

Con semejantes ideas partidistas contractuales se menciona a Wach, Weil, Mattiolo y Rosenberg, éste último postula que los tribunales arbitrales son de carácter privado y constituidos por uno o más jueces árbitros, a los que se transfiere por declaración de voluntad y en lugar de los tribunales estatales, la resolución de controversias de Derecho Civil. También su resolución, llamada laudo es un acto priva-

¹³⁸ CARNELUTTI, *Sistema*, cit. loc. cit.

¹³⁹ CARNACINI, *Arbitraje*, cit. pp. 45 y 55.

¹⁴⁰ El subrayado es nuestro.

¹⁴¹ Cf. BRISEÑO SIERRA, *Sobre arbitraje*, cit p. 30 y 55 en las que cita a Weil, para quien laudo y sentencia sólo tienen un punto de coincidencia: los intereses privados susceptibles de decisión, una interpretación de tercero.

¹⁴² FLORES GARCÍA, *Diccionario*, cit. p. 199.

¹⁴³ CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Trad. de José Casais Santaló, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980, T. I, pp. 143 y 55.

do.¹⁴⁴ De Couture se localizan estas expresiones: El arbitraje es una forma jurídica de contener la acción directa de las partes y el ejercicio de sus poderes de coacción propia, declinándose en órgano de decisión directa de las partes y el ejercicio de sus poderes de coacción propia, declinándolas en órganos de decisión presumiblemente idóneas para resolver el conflicto en vista de la justicia de las respectivas pretensiones.¹⁴⁵

Otro distinguido autor uruguayo Vécovi, destaca estas notas del arbitraje: implica la composición del conflicto por un tercero, que lo resuelve por su voluntad y conforme a un procedimiento predeterminado. Puede suponer un *órgano público* o *privado*... Generalmente encierra la sumisión voluntaria de las partes, quienes, a menudo, también lo eligen voluntariamente... También en el campo privado (o a un institucionalizado) se encuentra el arbitraje, donde el árbitro, que no es funcionario público queda investido de la facultad de juzgar, aunque no tiene *imperium*, que le permite ejecutar lo juzgado... Nuestras legislaciones establecen el juicio arbitral, permitiendo generalmente a las partes, mediante un contrato, resolver que cometan sus diferencias a esta jurisdicción.¹⁴⁶

En México, otro procesalista recién desaparecido recientemente, el erudito profesor Becerra Bautista, se coloca en la posición teórica contractualista y esgrime estas razones: La doctrina moderna admite que el proceso civil es, más y antes que otra cosa, instrumental, o sea, que sirve para la verificación de la verdad de los hechos e identificación de la norma legislativa que regula el caso concreto, sólo cuando las partes no cumplen y no se adaptan a la conducta prescrita por la norma abstracta.

Por eso la actividad de los jueces resulta ser subsidiaria de la actividad de las partes interesadas y por eso también pueden someter sus diferencias, no a los jueces estatales, sino a personas privadas de jurisdicción para que sean éstas las que resuelvan una determinada situación jurídica... La potestad de resolver una controversia por los árbitros deriva de la voluntad de las partes, reconocida por la ley... El origen contractual del arbitraje nos obliga a estudiar la naturaleza jurídica tanto del compromiso en árbitros, como en la cláusula compromisoria, su contenido, su forma y su terminación... Tanto uno como otro tienen naturaleza contractual así como el procedimiento arbitral que es preferentemente convencional... Al hablar más tarde del contrato de arbitraje, señala que no basta que las partes hayan comprometido válidamente el negocio en árbitros y hayan designado al o a los árbitros, es indispensable que éstos acepten su cometido.¹⁴⁷

19. HIPOTESIS LEGAL QUE PUEDE EXPLICARSE ATENTO AL CRITERIO JURISDICCIONAL ACERCA DEL ARBITRAJE

En contrapartida a la corriente contractualista antes expuesta, ahora indagemos el contenido y efectos que le dan los autores que alicentan la posición jurisdiccionalista.

De sobra se reconoce el valor aportado por Carnelutti al configurar los "equivalentes jurisdiccionales" entre los que enumera al arbitraje, como instituto

¹⁴⁴ *Derecho*, cit. Tomo II, pp. 584-485.

¹⁴⁵ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, T. III, El juez, las partes y el proceso, p. 263.

¹⁴⁶ *Teoría*, cit. pp. 6, 7, 132, 164-165.

¹⁴⁷ *El Proceso Civil*, cit. pp. 16, 17, 408, 409.

heterocompositivo, que cumple un quehacer compositivo que comparte en buena parte la función social del proceso jurisdiccional.¹⁴⁸

Carnacini, autor que desarrolla con preferencia el tema del arbitraje, declara que el arbitraje ritual se presenta como el instituto en que se concede el particular, en la mayor medida posible, que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que, en atención al fin que persigue y al resultado a que lleva, no puede menos de llamarse *jurisdiccional* y aquí acude a señalamientos de la jurisprudencia italiana considerando a los árbitros rituales como investidos de funcionarios jurisdiccionales y habla de substitutos del juez ordinario que, en el ejercicio y en virtud del poder procedente de la ley y no de la mera voluntad de quien les ha conferido el encargo.¹⁴⁹

U. Rocco, el conocido profesor de la Universidad de Génova, debe colocarse dentro del pensamiento jurisdiccionalista si se atiende a que expone que el arbitraje, disciplinado por las normas de Derecho Procesal, es esencialmente un *instituto jurisdiccional*: de carácter excepcional y complementario, frente al normal desarrollo de la función jurisdiccional civil, no puede inducir, por más esfuerzos que se hagan, a considerarlo como un instituto que pueda encontrar su sitio en el campo del derecho privado... Las normas que conciernen al ordenamiento de la jurisdicción civil son en su mayor parte normas de derecho imperativo o normas absolutas, que los particulares no pueden derogar... Ciertamente, si se quiere sacar el carácter de la función de los árbitros, del carácter del negocio jurídico creado por las partes, no puede lógicamente admitirse que la actividad de los árbitros pueda calificarse de ningún modo como actividad pública; pero aquí está justamente el error... Las partes no confieren a los árbitros un poder jurisdiccional que ellas mismas no tienen y porque, por lo tanto no podrían en ningún caso transmitir a otros.¹⁵⁰

Alcalá-Zamora declaraba que la substanciación de un litigio ante jueces privados origina, no ya un "equivalente" sino un auténtico proceso jurisdiccional con la peculiaridad orgánica de que intervienen jueces nombrados por las partes al amparo de la autorización estatal, sin la cual sólo podrían hacer el papel de mediadores.¹⁵¹

Palacio en la Argentina enumera los "procesos" judiciales y arbitrales.¹⁵²

En México, De Pina, que en pocas palabras, mucho decía, define el arbitraje como la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros para resolver el conflicto de intereses que le ha sido sometido por los interesados.¹⁵³

E. Pallares con firmeza aseguraba que en la actual legislación mexicana el juicio arbitral es un verdadero juicio y los árbitros ejercen jurisdicción a pesar de no ser autoridades. ¿Cómo puede ser esto? La doctrina de Rocco a la que me adhiero, lo explica fácilmente. Según este jurisconsulto, no son las partes que celebran el compromiso las que atribuyen jurisdicción a los árbitros, si no es la ley misma la que lo hace.¹⁵⁴

¹⁴⁸ Ver. *Supra*, nota 10.

¹⁴⁹ *Arbitraje*, cit. p. 34.

¹⁵⁰ ROCCO, U. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Felipe de J. Tena. Porrúa Hnos. y Cía. México, 1944, pp. 83-85.

¹⁵¹ *Proceso*, cit. pp. 74-75.

¹⁵² PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993. T. I. p. 92.

¹⁵³ *Diccionario*, cit. pp. 31-32.

¹⁵⁴ *Diccionario*, cit. p. 473.

Gómez Lara, recuerda una cita de otro profesor mexicano, Toral Moreno, quien sostiene que en nuestra legislación sí cabe el amparo contra resoluciones arbitrales (laudo), ya que el procedimiento arbitral es un genuino proceso y en él se desenvuelve propiamente hablando la función jurisdiccional. Empero, pocas líneas adelante manifiesta que la posición que se adopte en torno a la naturaleza jurídica del laudo estará inevitablemente vinculada y ligada a la naturaleza misma del arbitraje. Si nos adherimos a la posición doctrinal de considerar que el arbitraje no implica el desempeño de una función jurisdiccional plena, puesto que a los árbitros les falta el imperio, entendido como la facultad de hacer cumplir sus propias determinaciones, entonces resultará que de acuerdo con tal enfoque los actos del árbitro tienen naturaleza de privados, y contra los mismos no podría pensarse en interponer un juicio de amparo, que sólo cabe en contra de autoridades con plenitud de imperio soberano. Con todo, el juicio del amparo cabría en contra de la homologación y del *exequátur* y, obviamente, en contra de las resoluciones dictadas ya por tribunales estatales, en apelación del laudo arbitral.¹⁵⁵

Con independencia de las declaraciones doctrinales transcritas, es menester tener presente que en algunas codificaciones instrumentales consignan preceptos que orillan a meditar si tienen conexión con la tendencia jurisdiccionalista, con relación al C.P.C.D.F. Veamos:

"Cuando el compromiso en árbitros se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva sin ulterior recurso" (a. 619).

"El compromiso produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio en un tribunal ordinario" (a. 620).

"Los árbitros decidirán según las reglas de derecho, a menos que en el compromiso o en la cláusula se les encomendará la amigable composición o el fallo en conciencia" (a. 628).

Pero, sobre todo: "La apelación sólo será admisible conforme a las reglas del derecho común".

Contra resoluciones del árbitro designado por el juez cabe el amparo de garantías conforme a las leyes respectivas (a. 635); y, correlativamente, "Cuando no se hayan designado árbitros, se entiende que se reservan hacerlo con intervención judicial, como se previene en los medios preparatorios" (a. 616)) y en la preparación del juicio arbitral ante la ausencia de designación parcial del árbitro se ordena la celebración de una junta de los contendientes ante el juez judicial, quien procurará que se elija árbitro de común acuerdo de los interesados y, en caso de no conseguirlo, designará uno entre las personas que anualmente son listadas por el Tribunal Superior, con tal objeto" (a. 222).

En el moderno Código Procesal Civil para el Estado de Morelos están: a. 561, que distingue, compromiso (posterior al litigio), cláusula (anterior) y les declara contratos.

Artículo 565. Negocios en que no se permite el arbitraje, o que hace pensar en una diferencia y exclusividad judicial.

En el rubro (cada numeral está precedido por un epigrafe) del artículo 566. Expresión de los sujetos del arbitraje y nombre de los árbitros, y además exige que los árbitros deben ser licenciados en Derecho y de honorabilidad reconocida, tener título registrado en la Dirección General de Profesiones y formar parte de la lista que autorice el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado.

¹⁵⁵ *Derecho*. cit. p. 188-189.

Artículo 659. Obligatoriedad de las normas procedimentales en el arbitraje, donde se especifica que las partes podrán renunciar a la apelación y que cuando el compromiso en árbitros se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia (perdón, se me escapó) arbitral será definitiva sin ulterior recurso.

Artículo 570. Las defensas de incompetencia y litispendencia se producen si el mismo negocio se ventila en tribunales.

Artículo 573. Recusación de árbitros. Los árbitros designados por intervención judicial son recusables por las mismas causas que lo fueren los demás jueces. El nombrado por las partes no puede ser recusado.

La recusación con causa declarada procedente no da fin al compromiso arbitral.

Artículo 577. Los árbitros decidirán apegados a Derecho.

Artículo 578. Conocimiento de las recusaciones y excusas de los árbitros.

Artículo 579. Los árbitros resolverán incidentes y el negocio principal, en el que aclara que también pueden conocer de las defensas o contrapretensiones perentorias, pero no de las reconvencción, sino en el caso en que se oponga compensación.

Artículo 580. Los árbitros pueden condenar en costas, daños y perjuicios.

Artículo 583. Recursos contra las resoluciones del árbitro, en el que se admite la apelación y se reglamenta su interposición, sujetándola en todo al procedimiento dispuesto para los juicios en general.

Para nada se legisla acerca de la procedencia del amparo de garantías, pues se trata de una normativa local, que no puede pretender inmiscuirse u ordenar a la federal, son sólo la Constitución o su Ley propia de Amparo Reglamentaria las únicas idóneas para prevenir su aplicación.

En resumen, de estas líneas rectoras de la legislación mexicana, específicamente del numeral 635 del C.P.C.D.F., en caso de admitirse la apelación ordinaria ante el tribunal de alzada, el arbitraje privado se podría equiparar a la primera instancia ante un juzgado público. O bien, otra hipótesis que puede revestir tintes jurisdiccionalistas sería cuando ante la desobediencia del vencido respecto del laudo, la parte vencedora pudiera solicitar la "homologación" -denominación dada por la doctrina mexicana, a pesar de no consagrarse la expresión en nuestra ley adjetiva, en contraposición con la italiana- ante el juez público para el eficaz cumplimiento de la resolución arbitral.

Apartado particular merece el caso de la procedencia del amparo de garantías, que como es comúnmente sabido -este magnífico instrumento procesal constitucional recurso extraordinario, del que México y los mexicanos nos sentimos orgullosos- sólo procede contra actos de autoridad y no contra los de particulares.

En planteamientos o hipótesis reseñados hacen meditar el posible funcionamiento de la concepción jurisdiccionalista o publicista del arbitraje insertos en ciertos ordenamientos adjetivos mexicanos.¹⁵⁶

20. A TÍTULO DE CONCLUSION

Sin pretender sentar bases, que serían hartamente inciertas, de una tesis mixta o híbrida, entre las dos principales corrientes sobre la naturaleza jurídica del arbitraje descritas, con desaliño y brevedad que mucho lamento, me atrevo a creer que es conveniente escindir, por un extremo, entre el planteamiento teórico, doctrinal, especulativo,

¹⁵⁶ FLORES GARCIA. *Diccionario*. cit. p. 200.

ideal, que suscriben descollantes y renombrados juristas, que con construcciones altamente calificadas, argumentan (hasta con pasión), y defienden posiciones que pueden tildarse de unilaterales, cuando no de monistas; y, por otro, el movimiento legislativo y jurisprudencial, que acomete la problemática social, real, viviente, en las funciones estatales de prevenir la conducta de relación humana y de aplicación de las disposiciones legales para solventar de manera justa y apegada a Derecho los eternos e incontables conflictos de intereses que surgen y se multiplican en la compleja vida moderna.

Son plausibles los desinteresados esfuerzos doctrinarios realizados por los traductores que brindan generosamente sus ideas; pero, pueden producir la impresión de una innecesaria e irreal confrontación irreconciliable; no obstante, que encausen la literatura, la cátedra y en ocasiones influyan en la creación legislativa o en la interpretación judicial.

Por otro lado, hay que valorar que el hacedor de la norma hipotética y preventiva no está obligado a transplantar ninguna corriente doctrinal determinada al plasmar los preceptos en la tarea gubernamental asignada. Debe conocer a fondo esas tendencias, eso sí; pero, no tiene restricción alguna para seguirlas o no a fortiori. Su misión es tomar en cuenta en su preceptiva muchos factores sociales reales, vigentes o históricos, económicos, religiosos, políticos, etc., para prevenir mejor la conducta de los sujetos al acatamiento de la ley, aunque no corresponda a una exclusividad teórica.

Por lo que concierne a los jurisprudentes, jurisdicentes, estos están vinculados legalmente a aplicar, antes que nada, las normas que regulan los planteamientos sometidos a su conocimiento y resolución; y con relación al arbitraje, ya sean indistintamente de inclinación contractualista o jurisdiccionalista.

Cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se seleccione o se adopte, lo que resulta indiscutible es el importante desarrollo y empleo creciente en la vida moderna, ya en el plano local o internacional, ora en el campo civil, comercial, laboral e inclusive administrativo, que tiene el arbitraje en la actualidad.

Instrumento útil y conveniente, que además de sus virtudes intrínsecas, significa una vía instrumental que cumple una misión trascendente, ya no únicamente en arreglo confiable de los conflictos concretos, sino una tarea social de coadyuvancia y desahogo de los tribunales asediados por una complejidad y un cúmulo angustiantes.

21. IMAGINARIAS APORTACIONES

Con independencia de la concepción de una nueva disciplina jurídica que me permití proponer al principio del presente trabajo, que abarque todas las soluciones legalmente posibles al litigio, y que espero, confío y ansío la aprobación de los ilustres colegas asistentes a esta reunión académica; así como, se le dé un honorable bautizo: ahora en el plan idealista y de romántico soñador de los supremos valores del Derecho y de la Justicia, me atrevo a sugerir:

1. Se acuerde lanzar la iniciativa de una campaña (que ojalá encuentre el apoyo oficial), con la colaboración de los medios de difusión masivos, de que los profesores, alumnos y egresados de los Centros de Estudios Jurídicos, en cátedra, en conferencias, en congresos, etcétera, impartamos y expliquemos principios educativos, morales y jurídicos; y, recomendemos el cumplimiento sistemático de la ley, para evitar los descomunales perjuicios que originan los litigios, al atacar al Derecho, a la

Sociedad y al hombre mismo. Conflictos derivados en no pocas veces por ignorancia de la ley por soberbia, por vanidad, por orgullo mal entendido o simplemente por ligereza, o equívocos planteamientos.

2. Si se dieran las controversias de intereses jurídicos, cabría en esa campaña aconsejar que no sólo se acuda a los tribunales públicos, sino que se haga uso de los medios paralelos autorizados por la ley: el arbitraje privado, a la conciliación (tanto auto como heterocompositiva), a la mediación, a la amigable composición, para no atiborrar de expedientes a los tribunales oficiales (lo que coadyuva a la lentitud de la impartición de justicia, que cuando llega tarde es una especie de la injusticia).

3. Que en las Facultades o Escuelas de Derecho de nuestros países latinoamericanos se establezca (al lado de las carreras de la abogacía, del Ministerio público, Notarial y Judicial, ya existentes) la de *preparación de árbitros privados*.

Esta sería más breve en tiempo y en extensión curricular, ya que por ley los árbitros no pueden intervenir y resolver asuntos penales, y en materia civil, los relativos a Derecho de Familia y estado Civil de las Personas. Con ello coadyuvaríamos a la Administración de Justicia; y, a dar un nuevo cauce a jóvenes talentosos y dispuestos a servir a la Sociedad.

4. Se promueva la formación de un registro, primero local, más tarde, nacional; y, porqué no uno internacional (la ciencia electrónica sería nuestro eficaz aliado) de los litigantes (parte material) que provocaron pleitos judiciales con violación flagrante de la ley y fueron juzgados y sentenciados en definitiva como culpables. Es decir formar un catálogo de sujetos o empresas no confiables para la celebración de operaciones venideras.

5. Una manifestación elocuente del avance cultural y cívico de un país estriba en no únicamente imponer coactivamente sus disposiciones jurídicas, sino también, como desde el pensamiento luminoso de los filósofos griegos y orientales, *exista una justicia premial*, que nos ensalsa con acierto Del Vecchio.¹⁵⁷

Atentos a esa justificación es menester crear, también, Galerías de Honor al Mérito Cívico, donde, con jurados intachables (no jurados populares) se escogiera con escrupulosidad y buena fe, a los *ciudadanos* (servidores públicos, a personas o entes colectivos, no en actitud de sumisión, pleitesía o servilismo) *ejemplares*, por sus servicios desinteresados a la comunidad, a la ciencia; verdaderos benefactores (no los donadores convenencieros que lo hacen para conseguir descuentos fiscales). Sería un reconocimiento social y un estímulo a las personas de íntegra moralidad y afán de ayuda a sus semejantes.

6. Ante la inmoralidad generalizada en muchos lugares del planeta, también se creen catálogos nacionales e internacionales de funcionarios públicos o dirigentes de empresas, o pillos particulares, que con sus maniobras inmorales hayan lesionado a sus congéneres; naturalmente después de ser *oídos* y *vencidos* ante flamante(s) y necesario(s) *Tribunal(es) contra la corrupción*.

De antemano reconozco lo gigantesco de estas pretensiones, pero también es mi credo ferviente de que los estudiosos y amantes del instrumental jurídico y adoradores de la diosa Themis, tenemos la sublime misión de luchar por el respeto a las normas del Derecho y con ello propiciar la armonía y el progreso de la humanidad.

¹⁵⁷ *La Justicia*, citada; pp. 10, 61, 163-164, 240-243.

COROLARIO

Es mi confianza que en esta modesta ponencia, los amables y pacientes lectores anoten que se redactó (a falta de sabiduría y explosivas manifestaciones de originalidad y de talento genial) con alguna pequeña experiencia, con apasionado entusiasmo; pero, sobre todo con la buena fe de un enamorado de esta disciplina procesal y eterno devoto de la trascendente función social del Derecho.

Cuyo espíritu noble y generoso es insustituible guardián de los más elevados valores pasados, actuales y la cara esperanza de un futuro mejor y más justo de la raza humana.

BIBLIOGRAFIA

1. ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Traducción de Alfredo N. Galletti. Fondo de Cultura Económica. México, 1987.
2. ARISTOTELES. *Ética Nicomaquea*. Versión, prólogo y notas: A. Gómez Robledo. UNAM, México, 1972.
3. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1972.
4. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso. Autocomposición y Autodefensa*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1970.
5. ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEA. Buenos Aires, Argentina. 1963.
6. ARANGIO RUIZ, V. *Las Acciones en el Derecho Privado Romano*. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1945.
7. ARELLANO GARCIA, Carlos. *Teoría General del Proceso*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.
8. AZUARA PEREZ, Leandro. *Sociología*. Editorial Porrúa. S.A. México, 1982.
9. BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Teoría del Proceso*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1979.
10. BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986.
11. BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.
12. BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho Procesal*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1969.
13. BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. Situación internacional. Instituto de Derecho Comparado. UNAM, México, 1963.
14. BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Sobre Arbitraje*. Estudios. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1995.
15. BRUNNER, Emil. *La Justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*. Traducción de Luis Recaséns Siches. Centro de Estudios Filosóficos. UNAM, México, 1961.
16. BURGOA O. Ignacio. *Diccionario de Derecho Constitucional. Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.

17. CANABELLAS TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, S.R.L. México, 1993.
18. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Según el Nuevo Código. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Prólogo de Hugo Alsina. EJEA. Buenos Aires, 1962.
19. CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. EJEA. Buenos Aires, Argentina, 1961.
20. CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Traducción española de Carlos G. Posada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1942.
21. CARNELUTTI, Francisco. *Estudios de Derecho Procesal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. EJEA. Buenos Aires, Argentina, 1959.
22. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile. I. Funzione e Composizione del Processo*. Cedam-Casa Editrice dott. Antonio Milani, Padova.
23. CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción de José Casais y Santaló. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980.
24. COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Traducción de Juan Manuel Mauri. Ediciones Ariel. Barcelona, 1961.
25. CORTES FIGUEROA, Carlos. *Introducción a la Teoría General del Proceso*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1974.
26. COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1964.
27. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 3a. edición (póstuma). 1966.
28. COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina . 1991.
29. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. I. Teoría General del Proceso. Ed. ABC. Bogotá, 1976.
30. DEL VECCHIO, Giorgio. *La Justicia*, Traducción de Francisco P. Laplaza. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1952.
31. DE LA RUA, Fernando. *Teoría General del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1991.
32. DORANTES TAMAYO, Luis. *Elementos de Teoría General del Proceso*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1983.
33. D'ORS, Alvaro. *Una introducción al estudio del Derecho*. Ed. Rialp, S.A. Madrid. 1963.
34. FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales. Librería - BOSCH. Barcelona, 1990
35. FAIREN GUILLEN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 1992.
36. FLORES GARCIA, Fernando. *Autocomposición*. "Diccionario Jurídico Mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.
37. FLORES GARCIA, Fernando. *Breve Exposición del Proyecto de Código Procesal Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos*. "Memoria del XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal" Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1993.

38. FLORES GARCIA, Fernando. *El Derecho es para servir al hombre*. "Cátedras Magistrales". Facultad de Derecho. UNAM. México. 1994.
39. FLORES GARCIA, Fernando. *Sobre la Teoría General del Proceso*. "Jurídica". I.U.A. México, 1 1969.
40. FLORES GARCIA, Fernando. *Función social de las normas compositivas*. "Valores éticos tutelados por el Derecho Positivo Mexicano". Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 1996. (En prensa).
41. FLORES GARCIA, Fernando. *Reflexiones sobre Algunas Normativas Procesales Mexicanas*. Memoria de las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Mérida, 5 al 11 de mayo de 1990. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990. V.I.
42. FLORES GARCIA, Fernando. *Voz. Arbitraje*. "Diccionario Jurídico Mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.
43. FLORES GARCIA. *El Proceso y su Teoría*. México. (En prensa).
44. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Traducción de L. Prieto Castro. BOSCH. Barcelona, S/F.
45. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.
46. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Reseña sobre Alcatá-Zamora y Castillo, Niceto*. Proceso, Autocomposición y Autodefensa. "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", Tomo X, número 38, abril-junio, 1948.
47. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Doctrina Aristotélica de la Justicia*. Estudio, selección y traducción del autor. Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM, México, 1973.
48. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Discurso*. "Homenaje al doctor Eduardo García Máynez". Facultad de Derecho. UNAM, México, 1993.
49. GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
50. GOMEZ LARA, Cipriano. *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza Jurídica*. México, 1975.
51. GOMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Facultad de Derecho, UNAM, México, 1974.
52. GONZALEZ DIAZ LOMABARDO, Francisco. *Introducción a los problemas de la Filosofía del Derecho*. Ediciones Botas. México, 1956.
53. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961.
54. HEGEL, G.F. *Filosofía del Derecho*. Prólogo y nota bibliográfica: Juan Garzón Bates. UNAM, México, 1968.
55. HOBBS, Thomas. *Leviatan. O la materia, forma o poder de una República eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. México, 1992.
56. KANT, Emmanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. UNAM, México, 1968.
57. Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg. 20th. Century Legal Philosophy series. Vol. 1. Harvard University Press. Cambridge, Mass. 1945.
58. Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. 1968.
59. Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Máynez. Facultad de Derecho, UNAM. México, 1969.

60. KELSEN, Hans. Carta al profesor Edmond Cahn. "Un documento poco conocido de Kelsen". "Revista de la Facultad de Derecho de México". UNAM, México, T. XXIV, núms. 95-96, julio-diciembre de 1974.
61. KISCH, W. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Traducción de L. Prieto Castro. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1932.
62. LE FUR, DE LOS, RADBRUCH, CARLYLE. *Los fines del Derecho, Bien común, Justicia, Seguridad*. Traducción de Daniel Kuri Breña. Facultad de Derecho, UNAM, 1981.
63. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1972.
64. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEA. Buenos Aires, - Argentina. 1980.
65. MALDONADO, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Teoría y Legislación Federal, del Distrito y Mercantil, antigua librería Robledo, de José Porrúa e hijos, México, 1947.
66. MEDINA LIMA, Ignacio. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. (Versión mimeográfica) . México, 1944.
67. MONTERO AROCA, J. Ortells Ramos, M. y otros. *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Civitas. Madrid, España, 1990.
68. MOUCHET, Carlos y ZORRAQUIN BECU, Ricardo. *Introducción al Derecho*. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1970.
69. OBREGON HEREDIA, Jorge. *Diccionario de Derecho Positivo Mexicano*. México, 1992.
70. ODERIGO, Mario A. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1957.
71. OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*. Harla, México, 1980.
72. OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. Editorial Trillas, México, 1990.
73. PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1961.
74. PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.
75. PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1993.
76. PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*. Mayo Ediciones, S. de L.R. México, 1981.
77. PELLEGRINI GRINOVER, Ada y otros. *Teoría General del Proceso*. Editoria Revista Dos Tribunales, Sao Paulo, Brasil. 1991.
78. PEREZ PALMA, Rafael. *Guía de Derecho Procesal Civil*. Prólogo de Regional Davis. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994.
79. PINA, Rafael de, CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1963.
80. PINA, Rafael de. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa. México. 1965.
81. POUND, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven and London Yale University Press. 1953.
82. PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. UNAM, México, 1982.
83. PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Reflexiones sobre la diversidad de ideas acerca de la justicia*. Facultad de Derecho, SUA, México, S/F.

84. PRIETO CASTRO FERRANDIZ. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España. 1964.
85. RADBRUCH, Gustavo. *Filosofía del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1 959.
86. RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.
87. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1970.
88. RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Sociología*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1945.
89. REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerna Redía. Prólogo por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. EJEA, Buenos Aires, Argentina. 1957.
90. ROCCO, U. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Felipe de J. Tena. Porrúa Hnos. y Cía. México, 1944.
91. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Angela Vera Romero. Supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin. EJEA. Buenos Aires, Argentina. 1955.
92. STUART MILL, John. *Ensayo sobre la Libertad*. Editorial José María Cajica. Puebla, 1959.
93. VESCOVI, Enrique. *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1978.
94. VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis, Bogotá, 1984.
95. VILLORO TORANZO, Miguel. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Proceso de la razón y el Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México, 1973.
96. VINOGRADOFF, Sir Paul. *Introducción al Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
97. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Esbozo de Sociología Comprensiva. Edición preparada por Johannes Winkelmann. Nota preliminar de José Medina Echeverría. Fondo de Cultura Económica. México, 1969.