

DESAFÍOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO MEXICANO CONTEMPORÁNEO

**Alfredo Sánchez-Castañeda
Daniel Márquez Gómez
Beatriz Camarillo Cruz
Coordinadores**



Defensoría de los
Derechos
Universitarios



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura



Red de la Defensoría de los
Derechos Universitarios
en las
Instituciones de Educación
Superior en América Latina,
el Caribe y el mundo

DESAFÍOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO MEXICANO



**DESAFÍOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS
DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EN EL DERECHO MEXICANO CONTEMPORÁNEO**

ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

DANIEL MÁRQUEZ GÓMEZ

BEATRIZ CAMARILLO CRUZ

Coordinadores

DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS UNIVERSITARIOS

Serie: Los Derechos Universitarios en el siglo XXI, Núm. 9

DESAFÍOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO MEXICANO CONTEMPORÁNEO

2020

Colección Los Derechos Universitarios en el siglo XXI



DESAFÍOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO MEXICANO CONTEMPORÁNEO, es publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México, a través de su Defensoría de los Derechos Universitarios.

Los autores y coordinadores se hacen responsables por la elección y presentación de los hechos que figuran en la presente publicación y por las opiniones que aquí expresan.

ISBN OBRA COMPLETA: 978-607-02-7125-0

ISBN VOLUMEN: 978-607-30-3108-0

Cuidado de la edición: Adela Noemí Monroy Enriquez.

La presente obra se publica bajo el marco de la Cátedra UNESCO *La Defensa de los Derechos Universitarios en las Instituciones de Educación Superior de América Latina. La formación de un modelo* para la difusión de los derechos universitarios.

Desafíos de los Medios Alternativos de Solución de Controversias en el Derecho Mexicano Contemporáneo/ Alfredo Sánchez-Castañeda, Daniel Márquez Gómez, Beatriz Camarillo Cruz (coords.);

México, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Defensoría de los Derechos Universitarios, 2019.

264 páginas (Colección Los Derechos Universitarios en el siglo XXI)

ISBN: 978-607-02-7125-0

ISBN: 978-607-30-3108-0

1. Medios Alternativos de Solución de Controversias. 2. Justicia restaurativa. 3. Solución de conflictos. 4. MASC en el derecho laboral. 5. MASC en el derecho familiar. 6. MASC en el derecho penal.

Primera Edición: 2020

D.R. © Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, 04510, México, Cd. Mx.,

Defensoría de los Derechos Universitarios

Edificio “D”, 2° piso (a nivel de la rampa), Circuito Exterior,

Delegación Coyoacán, Tel. 5622 6220.

www.ddu.unam.mx

www.defensoria.unam.mx

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en México

Contenido

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	----------

CAPÍTULO PRIMERO	1
-------------------------------	----------

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.
HISTORIA Y DESARROLLO TEÓRICO – CONCEPTUAL EN MÉXICO

David Ulises GUZMÁN PALMA

I. INTRODUCCIÓN.....	2
II. CONCEPTO DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	3
III. HISTORIA EN MÉXICO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	9
IV. LOS RETOS ACTUALES DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MÉXICO.....	17
V. LA OBLIGACIÓN DE PRIVILEGIAR LA SOLUCIÓN DE FONDO DEL CONFLICTO, PUNTO DE PARTIDA PARA EL DESARROLLO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	21
VI. CONCLUSIONES.....	26

CAPÍTULO SEGUNDO	27
-------------------------------	-----------

LA CONCILIACIÓN LABORAL EN EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA
LABORAL: UN CAMINO COMPLEJO POR RECORRER

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

I. ANTECEDENTES Y BÚSQUEDA DE UNA CONCILIACIÓN LABORAL ORIGINAL	29
II. LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE	31
III. LA DEFENSA Y LA CRÍTICA AL MODELO DE CONCILIACIÓN LABORAL	35
IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2017 EN MATERIA DE JUSTICIA Y CONCILIACIÓN LABORAL	40

V.	EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO EN LA LFT.....	43
VI.	DESAFÍOS DEL CENTRO FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y DE LOS CENTROS LOCALES DE CONCILIACIÓN: LA NECESIDAD DE APUNTALAR SU AUTONOMÍA.....	53
VII.	EL NECESARIO PERFECCIONAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN.....	57

CAPÍTULO TERCERO.....67

LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR MEXICANA

Nuria GONZALEZ MARTÍN

I.	INTRODUCCIÓN.....	67
II.	MASC EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR MEXICANA.....	74
III.	CONCLUSIONES.....	100
IV.	ANEXOS.....	102

CAPÍTULO CUARTO..... 113

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS
PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: RETOS Y DILEMAS

Beatriz CAMARILLO CRUZ

I.	EL DERECHO ADMINISTRATIVO, UNA CONSIDERACIÓN GENERAL.....	113
II.	LOS MASC EN DERECHO ADMINISTRATIVO, PRINCIPIOS, TIPOS Y REGLAS.....	118
III.	LOS MASC EN MATERIA ADMINISTRATIVA EN MÉXICO.....	130
IV.	DEBATE ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS MASC.....	144
V.	CONCLUSIONES.....	151

CAPÍTULO QUINTO155

**LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC) DE
CARA A LA LEGISLACIÓN PENAL: CIRCUNSTANCIA Y PERSPECTIVAS**

Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	155
II.	DERECHO PENAL, JUSTICIA PENAL Y JUSTICIA ALTERNATIVA.....	157
III.	LOS MEDIOS ALTERNATIVOS Y SUS CIRCUNSTANCIAS	163
IV.	LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL EN EL DERECHO MEXICANO	171
V.	DERECHO COMPARADO	178
VI.	A MANERA DE CONCLUSIÓN: TEMAS EN TORNO AL USO DE MEDIOS ALTERNATIVOS EN LA MATERIA PENAL EN MÉXICO.....	182

CAPÍTULO SEXTO187

**EL DERECHO ACADÉMICO Y LOS MASC:
GÉNESIS Y PERSPECTIVAS DE ABORDAJE**

Pastora MELGAR MANZANILLA

I.	INTRODUCCIÓN.....	187
II.	BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS MASC.....	188
III.	ACERCAMIENTO AL DERECHO ACADÉMICO	193
IV.	LOS MASC EN EL DERECHO ACADÉMICO DE LA UNAM	199
V.	CONCLUSIÓN.....	213

CAPÍTULO SÉPTIMO225

**LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EN MATERIA MÉDICA**

Carina GÓMEZ FRÖDE

I. LOS LITIGIOS EN MATERIA MÉDICA.....226

II. LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO
(CONAMED) Y LOS SERVICIOS QUE OFRECE235

III. LOS MEDIOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS MÉDICAS240

IV. EJEMPLOS DE UNA MEDIACIÓN, UNA CONCILIACIÓN Y
UN ARBITRAJE EN MATERIA MÉDICA.....247

V. RETOS Y ASIGNATURAS PENDIENTES.....250

INTRODUCCIÓN

Los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) están previstos en la fracción V del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en donde se establece que: *“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias...”*. Su aparición obedece a la necesidad de garantizar, por la vía jurisdiccional o no jurisdiccional, el derecho de acceso efectivo a la justicia.

Al respecto, en la jurisprudencia 1a./J. 103/2017 (10a.) la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado que de la CPEUM y la Convención Americana sobre Derechos Humanos deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y, a los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y fundamentados constitucional y legalmente; siendo éstos últimos primordiales para garantizar el derecho de acceso efectivo a la justicia.

Agrega la SCJN en la misma jurisprudencia que el acceso a la tutela jurisdiccional es un derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella. Su finalidad es que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: previa al juicio, judicial y después del juicio.

La previa al juicio corresponde al derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del derecho de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva su

Desafíos de los MASC

pronunciamiento. La etapa judicial va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación a la que concierne el derecho al debido proceso. Finalmente, la posterior al juicio, se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas.

Tres etapas que se deben cubrir no sólo en los procedimientos ventitados ante Juzgados y Tribunales del Poder Judicial, sino también en todos aquellos realizados ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales. En ese sentido, los MASC constituyen una herramienta adicional para la impartición de justicia.

A pesar de que, en nuestro país, el estudio de los medios alternativos de solución de controversias ha estado presente en las facultades de derecho, nuestra tradición jurídica ligada al derecho continental europeo había provocado que su conocimiento quedara sólo en un estudio teórico, que resaltaba sus bondades, pero nunca eran aplicados en la práctica. Sin embargo, dicha situación ha cambiado, existe ahora un mandato constitucional con la reforma de 18 de junio de 2008 para la utilización de los medios alternativos de solución de controversias, entre los que se encuentran: la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Sin embargo, cabe señalar que los MASC no se agotan en la mediación, conciliación y arbitraje, sino que existen también formas mixtas: i) mediación–arbitraje (*med-arb*), ii) arbitraje–mediación (*arb-med*), tribunal multipuertas (*multidoor court-house*), iii) defensor del pueblo (*ombudsman*), iv) evaluación neutral previa, v) dictamen de expertos, vi) grupo asesor circunscrito, vii) juez de alquiler (*rent a judge*), viii) juicio abreviado (*summary jury trial*), ix) arbitraje delegado y x) el *mini trial*.

A través de ellos se busca descongestionar las cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales, así como buscar una participación de las personas involucradas en una controversia y, en ese sentido el realce

Introducción

de la autonomía de la voluntad. Aunque, lo cierto es que los MASC se ven más como un mecanismo para reducir la carga de trabajo de los tribunales ante la insatisfacción de los particulares por la calidad e imparcialidad en la impartición de justicia de los órganos jurisdiccionales. La solución implica al mismo tiempo un riesgo, al privatizarse la impartición de justicia.

Si bien es cierto que los MASC son procedimientos ajenos a los aparatos judiciales estatales que permiten a dos o más partes la superación de un conflicto; ello no significa, que no exista una participación de los poderes públicos, en el impulso de los MASC o incluso al establecerlos como un paso obligado antes de acudir a un órgano jurisdiccional.

Tal es el caso en materia laboral, donde las partes tienen la obligación de acudir a un organismo descentralizado para buscar solucionar su controversia. Los MASC son procedimientos extrajudiciales, pero esto no quiere decir que, no se puedan desarrollar con un conciliador, mediador o árbitro privados o públicos, además de que, en estricto sentido, en la práctica en ocasiones las fronteras entre la mediación, la conciliación y el arbitraje son difusas.

En su caso, lo anterior se puede reflejar en los diferentes capítulos que integran el presente libro, en donde los autores han buscado resaltar el papel cada vez más activo que desempeñan los MASC en la justicia restaurativa; en la conciliación en materia laboral, familiar, administrativa, penal, médica e incluso académica. El lector puede apreciar en el primer capítulo de la obra el nacimiento de los MASC en el derecho mexicano y como se han insertado en diferentes disciplinas jurídicas, como se puede constatar en los siguientes capítulos del presente libro.

Alfredo Sánchez-Castañeda
Daniel Márquez Gómez
Beatriz Camarillo Cruz

CAPÍTULO PRIMERO

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA. HISTORIA Y DESARROLLO TEÓRICO – CONCEPTUAL EN MÉXICO

DAVID ULISES GUZMÁN PALMA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de los Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC). III. Historia en México de los MASC. IV. Los retos actuales de los MASC. V. La obligación de privilegiar la solución de fondo del conflicto, punto de partida para el desarrollo de los MASC. VI. Conclusiones.

RESUMEN

La resolución de conflictos se basa en diversos métodos entre los que destacan la negociación, la mediación, la conciliación, la justicia restaurativa, las soluciones amistosas y la conflictología (como praxis). Así mismo, predominan en ellos diversas escuelas teóricas (la de Harvard, la transformativa, la circular narrativa y la conflictología).

El método de mediación fue impulsado desde el año 1997 en México como una política institucional de los poderes judiciales locales con diversos objetivos (reducción de número de expedientes judicializados y la promoción de la cultura de paz).

Después de 20 años de su implementación, las estadísticas muestran un escenario lejano al originalmente plateado, empero el mandato del artículo 17 constitucional publicado en el año 2017 ordena a las autoridades privilegiar la solución del fondo del conflicto o contro-

¹ Profesor de la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán.

Desafíos de los MASC

versia, lo que se traduce en una oportunidad para consolidar los métodos de solución de conflictos, ya que derivado de sus características de flexibilidad y voluntariedad son caminos viables para el abordaje del fondo o esencia de un conflicto interpersonal o una controversia jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

La historia en México de la resolución de conflictos por métodos diferentes al derecho se puede dividir en tres épocas, la primera dominada por la conciliación como fase previa de procedimientos arbitrales o administrativos y la segunda marcada por el impulso de la mediación y la justicia restaurativa como política institucional de los poderes judiciales locales entre los años 1997 al 2017.

La tercera fase surge en el año 2017 con la reforma constitucional en materia de solución de fondo al conflicto, toda vez que los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias no tienen los presupuestos de procedencia tan severos como los procesos jurisdiccionales, por tanto, es más fácil que por medio de ellos se aborde de forma directa el fondo del conflicto.

Por ello, es oportuno revisar el desarrollo conceptual, las fortalezas y las debilidades de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias a fin de consolidar su praxis ante retos tan grandes que tiene el país, como lo es la pacificación, la eficacia de los órganos jurisdiccionales y la necesidad de cumplir con parámetros convencionales de derechos humanos.

En este estudio encontrarás una conjunción de modelos conceptuales, historia, estadísticas y exégesis jurídica que busca colocar a los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en un marco de

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

realidad para afrontar el reto de consolidarse como la forma ordinaria, común y mayoritaria de resolución de conflictos interpersonales.

II. CONCEPTO DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En este capítulo se reflexiona entorno al concepto de Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), lo que implica auxiliarse de la teoría de la conflictología para comprender el concepto de conflicto, las escuelas clásicas en materia de solución de conflictos y los métodos alternativos de solución de conflictos más reconocidos en México.

1. *El conflicto sus escuelas y métodos*

Si entendemos al conflicto como un fenómeno en el que existe una confrontación de razones, reglas, sentimientos, intereses, necesidades e ideologías entre dos o más personas que tienen diferentes modos de ver o percibir un caso concreto, nos damos cuenta que está integrado por elementos interdisciplinarios y multidisciplinarios que incluso escapan a la juridicidad, como lo son los afectivos, los psicológicos, doctrinales, históricos y espirituales, entre otros.

Así como existe una multitud de causas que generan un conflicto, también hay diversas estrategias para solucionarlo, entre ellas destacan un grupo de métodos que creen que la solución del conflicto se “*encuentra, más bien, en el cambio mismo de la manera en que formulemos el problema, lo que implica cambiar la propia comprensión del problema*”.² A este cúmulo de estrategias se les conoce como resolución no jurisdiccional de conflictos o disputas.

² Véase Vinyamata, Eduard, *Manual de prevención y resolución de conflictos*, España, Ed. Ariel, 2002, p. 132.

Desafíos de los MASC

La otra estrategia de solución consiste en utilizar el derecho, el cual parte de presupuestos normativos e identifica hipótesis fácticas (hechos) y con su poder o imperium jurisdiccional decide aplicar al caso concreto la regla que corresponda. Sin embargo, este texto versa sobre el análisis de diversas formas de resolver conflictos sin utilizar el proceso jurisdiccional, por tanto, no se profundizará en su estudio.

Estas estrategias no jurisdiccionales se anuncian con las siguientes denominaciones:

- a) Resolución de disputas o controversias;³
- b) Conflictología;⁴
- c) Justicia Alternativa o extra-judicial.⁵

Independientemente de su nombre tienen las siguientes características en común:

- a) Son autocompositivas⁶;
- b) Utilizan un tercero imparcial con funciones de facilitador⁷.

³ Resolución de disputas. Es un término utilizado con bastante frecuencia en Estados Unidos para designar el ámbito de los conflictos mercantiles. Puede ser sinónimo de transformación y resolución de conflictos, o designar, simplemente, a las técnicas jurídicas que tradicionalmente se usan. *Ibidem.*, p. 144.

⁴ Es una disciplina que se auxilia de todas las ciencias y técnicas posibles para atender, gestionar o resolver un conflicto, su principal teórico es Eduard Vinyamata.

⁵ Se le denomina justicia alternativa a los modelos y métodos permitidos por las leyes vigentes e instituciones para resolver conflictos o disputas en base a la voluntad de las partes, esto fuera de juicio por ello también recibe el nombre de extra-judicial.

⁶ Se entiende por autocomposición la solución del conflicto por parte de las partes implicadas en el mismo.

⁷ El tercero es un facilitador imparcial y neutral que utiliza técnicas para permitir a las partes construir acuerdos que pongan fin a su conflicto.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

ESCUELAS DE RESOLUCIÓN CONFLICTOS

En este camino para alcázar un acuerdo, la disciplina alternativa de resolución de conflictos ha generado teorización a través de diversas escuelas, las más influyentes son:

- a) Harvard. En esta escuela *“el conflicto es una contraposición de opiniones; en consecuencia, debemos eliminarlo”*⁸.

Ello implica detectar los puntos divergentes y la generación de un modelo lineal de comunicación, basado en una negociación ganar-ganar.

- b) Escuela transformativa. Para ella *“el conflicto es un hecho inherente al ser humano, por lo que requiere que el individuo esté dispuesto a cambiar su reacción ante una situación de desacuerdo y se propone transformar el conflicto y las relaciones”*⁹.

Esta visión ayuda a disminuir la intensidad del conflicto y el pesimismo que envuelve a las partes que lo viven, ya que los conflictos se perciben como normales y con ello se disminuye la escalada conflictual reactiva. Más aún, propone trabajar en forma cualitativa las relaciones a fin de transformar la situación.

- c) Escuela circular-narrativa. Entiende *“el conflicto como un proceso mental, fruto del punto de observación que reconduce procesos mentales a través de la comunicación; está enfocada a la reflexión y al cambio en el sistema de comunicación”*¹⁰.

También considera que la realidad de las partes en conflicto, sus ideas y toma de decisiones está determinado por

⁸ Véase Rida Rodríguez, Susana, “Técnicas de mediación. reflexiones sobre su aplicación en contextos comunicativos interculturales”, *Aposta revista de ciencias sociales*, España, Núm. 47, octubre-diciembre de 2010, consultado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=495950243005>.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibidem.*, pp. 3-4.

Desafíos de los MASC

problemas de comunicación entre ellos, lo que genera distintos significados que en principio parecen opuestos. Además, busca la reflexión a través de técnicas que mejoran la comunicación.

- d) La escuela de Conflictología. Observa los conflictos como “*construcciones mentales y representaciones simbólicas sobre los fenómenos de la realidad que se detecta*”,¹¹ mismos que se califican de positivos o negativos derivado de la presencia de violencia y su intensidad.¹² Su tratamiento se decide previo a un análisis-diagnóstico¹³ y se auxilia para su implementación de todas las ciencias y todas las técnicas útiles y eficaces en el caso concreto.

La conflictología no tiene preconcebidas causas y soluciones, además aplica conocimientos científicos y técnicos que ya han sido efectivos en la solución de otros conflictos con una visión preventiva.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los métodos alternativos que normalmente acompañan a las escuelas de solución de conflictos son:

- a) La negociación;¹⁴

¹¹ Molina Luque, Fidel. *Et al.*, “Conflictología”, *Revista de Conflictología, una herramienta para la paz*, Barcelona, N°. 2, marzo 2001, p. 28.

¹² Vinyamata Camp, Eduard, *Conflictología, Curso de resolución de conflictos*, España, Editorial Ariel, 2005, p. 26.

¹³ Farré Salva, Sergi, *Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, España, Ed. Ariel, 2004, p. 194.

¹⁴ La negociación es un proceso comunicacional en el que ninguna de las partes se impone para alcanzar un acuerdo. Calderón Concha, Percy, “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista Paz y Conflictos*, Granada, España, 2009, p. 22.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

- b) La mediación;¹⁵
- c) La conciliación;¹⁶
- d) La justicia restaurativa;¹⁷y
- e) Soluciones amistosas¹⁸

Estos métodos se agrupan bajo el nombre de medios alternos de solución de conflictos o como constitucionalmente¹⁹ se les denomina en México: Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, los cuales el Poder Judicial Federal²⁰ ha descrito así:

- 1.- La Constitución Federal en el artículo 17 garantiza el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos

¹⁵ Es una técnica de resolución de conflictos que funciona apoyada sobre dos grandes ejes: el poder y la confianza por lo que con estos elementos el tercero facilita la negociación entre las partes”. Redorta, Josep, *Como analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, ediciones Paidós Ibérica, 2004, pp. 37 y 38.

¹⁶ Es un proceso facilitado por un tercero quien previo análisis del caso realiza a las partes propuestas de solución a su conflicto, las partes en pleno de ejercicio de su voluntad las aceptan o rechazan.

¹⁷ La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes. Márquez Cárdenas y Álvaro E, “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, Colombia, Universidad Militar Nueva Granada, vol. X, núm. 20, julio-diciembre de 2007, consultado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602012>.

¹⁸ El sistema de soluciones amistosas permite generar espacios participativos de diálogo entre peticionarios y Estados, donde estos pueden alcanzar acuerdos que establezcan medidas de reparación o conciliación beneficiosas para las presuntas víctimas de la situación denunciada y en ocasiones a la sociedad a nivel estructural, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Guía práctica, mecanismos de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos”, OEA, México, 2018. p. 28. Consultado en: https://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/guia-practica-sa-es.pdf.

¹⁹ Artículo 17 constitucional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, DOF 5 de febrero de 1917, pp. 16-17.

²⁰ Tesis: III. 2o. C.6 K (10a.), *Semanario Judicial e la Federación y su Gaceta, Décima Época*, t XXV, octubre de 2013, p. 1723.

Desafíos de los MASC

también se puedan resolver mediante los MASC, siempre y cuando estén previstos por la ley;

- 2.- Las partes son las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más;
- 3.- Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional.
- 4.- La exposición de motivos de la reforma constitucional al artículo 17, del dieciocho de junio de dos mil ocho, estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita.

La anterior interpretación “*cambia el paradigma de la justicia jurisdiccional a la justicia restaurativa y propiciarán una participación de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo*”.²¹

En conclusión (dice la tesis en cita), tanto la tutela judicial como los MASC, se establecen en un mismo plano constitucional, con la misma dignidad y tienen como objeto resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.

Estamos ante un reconocimiento pleno a los MASC como parte del sistema jurídico mexicano, por tanto, su desarrollo forma parte de la

²¹ *Idem.*

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

moderna tutela estatal, mejor entendida como acciones o mecanismos que el Estado desarrolla para proteger a sus gobernados, lo que en los Tribunales de Justicia se ha traducido con el nombre de justicia alternativa, aplicada a través de mediación, conciliación y justicia restaurativa, resaltando la reciente tendencia de promover el ejercicio de mediación por conducto de profesionistas privados (no servidores públicos).

III. HISTORIA EN MÉXICO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En este apartado se describe la historia moderna de los MASC en México tomando en cuenta la implementación de los centros de mediación o de justicia alternativa y su legislación, así como las estadísticas generadas a partir de ello.

La negociación, la mediación y la conciliación se han utilizado en México en diversas leyes y materias con el objetivo de permitir a las partes alcanzar un acuerdo, estos métodos se engloban en un modelo de justicia negociada, *“la cual descansa sobre el consenso más que sobre la certeza jurídica”*.²²

Definiendo así, el principal objetivo de los MASC, que lo es, alcanzar acuerdos en base al conceso de las partes sin necesidad de judicializar el conflicto.

Para efectos de este estudio dividiremos la descripción histórica entre las MASC en sede judicial y los que se ejercen fuera de instituciones de justicia.

²² Sbriccoli, Mario, “Justicia Criminal”, en Fioravanti, Maurizio, (coord.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid: Editorial Trotta, 2014, pp. 160-161.

Desafíos de los MASC

1. MASC FUERA DE SEDE JUDICIAL

Algunos preceptos que contemplan el uso de las MASC fuera de sede judicial²³ son:

a) Negociación

- o Ley Federal del Mar (art. 9).
- o Ley Federal de Telecomunicaciones (arts., 7, fr. VIII y 50).
- o Ley Federal de Derechos de Autor (art, 202, fr. III).
- o Ley de Capitalización de Procampo (art, 3º, fr. II).
- o Ley de Desarrollo Rural Sustentable (arts. 70, fr. I y 143, fracc. VI).
- o Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal (art. 43, fr. IV).
- o Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas (arts. 5, 6 y 9)

Un ejemplo de la eficacia y eficiencia de este método de solución de conflictos lo fue la construcción de los acuerdos de paz en Chiapas, México en 1995.

b) Mediación

Ante el auge de los MASC en el año 2005 diversas instituciones preexistentes en el sistema jurídico como la correduría pública, actualizaron sus funciones para incluir algún método alternativo, un ejemplo lo es la mediación, contenida en el artículo 15, fracción V de Ley Federal de Correduría Pública y en materia ambiental otro ejem-

²³ Se da preferencia en esta descripción a leyes anteriores al 2010 como ejemplo de la evolución histórica de los MASC.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

plo son los artículos 47 al 51 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

c) Conciliación

La conciliación tiene en el sistema jurídico mexicano un arraigo que data de la década de los años ochenta del siglo pasado en materia de derechos de consumo²⁴, mismo que se extendió a otras áreas del derecho como los servicios financieros y tiene por característica poner fin a la controversia mediante la firma de un convenio, algunos ejemplos son:

- o Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (arts. 11,60 y 68).

El precepto anterior describe el procedimiento de conciliación como una etapa dentro del procedimiento administrativo que permite a las partes acceder a un sistema de solución de conflictos que evite la judicialización del caso.

- o Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (art. 72).
- o Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, (arts. 46, fr. XIII y 78, fr. IV).
- o Ley de Concursos Mercantiles (art. 120).
- o Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (arts. 24 fr. III y el 36).
- o Ley de Fomento para la Lectura y el Libro (art. 10, fr. IX).
- o Ley de Aguas Nacionales (art. 13 Bis 3, fr. XIX).

²⁴ Este es competencia de la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO).

Desafíos de los MASC

Las leyes anteriores hacen referencia a la audiencia de conciliación, en estas se exhorta a las partes a que reflexionen y traten de resolver sus conflictos, de no ser así se da curso al procedimiento administrativo.

Esto sin olvidar que en materia de conciliación el derecho laboral mexicano tiene una larga historia y tradición.

2. MASC EN SEDE JUDICIAL

La justicia negociada en sede judicial tuvo su inicio en México como una política pública impulsada por los Tribunales Superiores de Justicia del fuero local, el primer caso fue “*Quintana Roo al implementar la conciliación, la mediación y el arbitraje*”²⁵ en la Ley de Justicia Alternativa de Quintana Roo en 1997²⁶ e inaugurar el primer centro de Justicia Alternativa en México en la ciudad de Chetumal, funciones que más tarde se extendieron a Cancún y Cozumel.

También, “*en septiembre del 2001, el LALIC-Consejo para las Iniciativas Jurídicas de Latinoamérica de la American Bar Association (ABA)-, la Sección de Resolución de Controversias de la propia ABA y Freedom House iniciaron un proyecto para incrementar el uso de la mediación en México*”.²⁷

Este proyecto tiene su origen en una estrategia del Banco Mundial para dar apoyo técnico y económico a países receptores de créditos como lo es México, a fin de generar reformas a sus gobiernos que den

²⁵ Castro Palacios, Juan, *Quintana Roo Origen de la justicia alternativa en México*, Poder Judicial del Estado de Quintana Roo, México, Editorial Estos días, 2017, p. 14.

²⁶ Ramírez, Garibay, Jesús Manuel, *Apuntes para la construcción de una ley que regule métodos alternativos de solución de conflictos agrarios. Un estudio de derecho comparado*, México, Estudios agrarios, 2000, p. 19.

²⁷ Shahani Moreno, Arjan, et al., “Proyecto para la mediación en MÉXICO ABA/USAID”, México-Estados Unidos, consultado en: https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/www_mediacionenmexico_org_PPMM_info.pdf.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

certidumbre a las inversiones y estabilidad a los mercados, lo que implica que la reforma económica impulsa una actualización judicial.²⁸

Este programa permitió la capacitación de los primeros mediadores durante los años 2002 al 2005 con los siguientes resultados:²⁹

- o 11 cursos de formación básica de mediadores, 294 participantes capacitados.
- o *4 talleres de Planeación, Diseño y Operación de Centros de Mediación, 83 participantes capacitados.*
- o *2 cursos de formación de instructores de mediadores, 24 participantes capacitados.*

Cursos que fueron útiles para la apertura de los centros de mediación o de justicia alternativa de la Ciudad de México, Estado de México, Querétaro, Oaxaca, Aguascalientes, Veracruz, Nuevo León, Durango, Chihuahua, Colima, Coahuila y Guanajuato.

Al inicio algunos centros funcionaban sin ley, basados en un acuerdo del pleno de su Poder Judicial como en el caso de Baja California Sur (2002) y otros operaban con un reglamento como en el Estado de México (2003).

Cabe aclarar que, en la Ciudad de México la praxis de los MASC inicia (2005) fundada en las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia.

Un caso que es necesario detenerse a estudiar ya que implica un modelo legislativo diferente a las otras Entidades Federativas, es el del Es-

²⁸ Juárez Ortiz, Guadalupe Irene, *Tesis: Mediación Judicial contextos, textos y pretextos, análisis de la mediación como fenómeno socio jurídico en el estado de Veracruz*, México, Centro de investigaciones y estudios superiores en antropología social, 2012, pp. 70-71.

²⁹ *Ibidem.*, p. 19.

Desafíos de los MASC

tado de México, toda vez que, en lugar de crear una ley única, se optó por reformar diferentes leyes para incluir sistemas de conflictología en diferentes materias, con el fin de acercar los MASC a un mayor número de habitantes (también se pensó evitar el riesgo del desuso en el que continuamente caen las leyes especiales).

Por virtud de esta estrategia se incluyó principalmente en el año 2003³⁰ el método de mediación y el de conciliación en las siguientes leyes:

- d) Artículo 132 fracción II del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México (establece la celebración de un convenio como método de solución del litigio administrativo).
- e) Artículos 2.19 y 2.160 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (se refiere la ejecución de los convenios que son celebrados en el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México).
- f) Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (permitió el ejercicio de la mediación en materia penal)
- g) Ley de Derechos y Cultura de los Pueblos y las Comunidades Indígenas y Originarias del Estado de México (establece la mediación como un método de solución de conflictos en materia indígena).
- h) Ley del Notariado del Estado de México (faculta a los notarios a realizar mediación).
- i) Artículos 31 fracciones XXXVIII y XXXIX, 148 y 150 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México (crean a las oficialías conciliadoras-mediadoras).

³⁰ Durante la LIV Legislatura Local en la cual tuve el honor de presidir la comisión de legislación y presentar diversas iniciativas en materia de MASC.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

- j) Artículo 24 de la Ley Para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar en el Estado de México (contempla a la mediación dentro de las controversias del orden familiar como parte de los servicios del DIF estatal y los municipales).
- k) Artículos 59 y 60 de la Ley que Regula el Régimen de Propiedad en Condominio en el Estado de México (otorgan a la mediación la posibilidad de ser una causa para la suspensión del procedimiento arbitral).
- l) Artículo 63 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México (faculta al pleno del Poder Judicial a supervisar a los Centros de Medicación y Conciliación).

En materia electoral, el Instituto Electoral del Estado de México diseñó un sistema de tratamiento de conflictos electorales con el Acuerdo No. 5, denominado Lineamientos para regular la propaganda electoral durante los procesos electorales del Estado de México del año 2000, mismo que en el artículo décimo segundo permitió la Conciliación.

REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 17 (2008)

Se modificó el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para incluir a la justicia restaurativa dentro del sistema penal mexicano, así se retoma la estrategia de Cooperación para el Desarrollo de USAID/México para fortalecer el Estado de derecho.

Desafíos de los MASC

Lo que detono que el Tribunal de Justicia de la Ciudad de México desarrollará cursos y concursos para el ejercicio de la mediación privada,³¹ cerrando el año 2018 con 571 mediadores certificados³².

Además, se generaron a partir del año 2006 estudios de investigación a nivel doctoral en torno a los MASC como los impartidos en la Universidad Autónoma de Nuevo León³³ y la Universidad Autónoma Juárez de Tabasco³⁴, además la UNAM imparte una especialización en mediación³⁵ y un curso en negociación³⁶.

Para finalizar este relato histórico-normativo e introducirnos al siguiente capítulo, es relevante describir los objetivos del Plan Institucional del Poder Judicial de la Ciudad de México 2017-2018 en materia de MASC:³⁷

³¹ TSJCDMX, *La mediación privada, al igual que la mediación pública, es un procedimiento voluntario mediante el cual las personas, con el apoyo de un Mediador Privado, pueden comunicarse y negociar*, Tribunal de Justicia de la Ciudad de México, Mediación, México, 2017, consultado en: <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/mediacion-privada-2/>.

³² Certificados con fe pública, y registrados por el centro de justicia alternativa del Tribunal Superior de justicia de la Ciudad de México, México, 2018, consultado en: <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/wp-content/uploads/DIRECTORIO-WEB-5-dic-18.pdf>.

³³ Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Facultad de Derecho y Criminología, UANL, México, 2018, consultado en: <http://posgrado.uanl.mx/doctorado-metodos-alternos-de-solucion-de-conflictos/>.

³⁴ Doctorado en métodos de solución de conflictos y derechos humanos, México, 2018, consultado en: <http://www.ujat.mx/dmscydh>.

³⁵ Saavedra, Diana, “Nueva especialidad para solucionar controversias”, *Gaceta Digital UNAM*, 06 de febrero de 2018, Número 4, 93, 2018, UNAM, consultado en: <http://www.gaceta.unam.mx/20180206/nueva-especialidad-para-solucionar-controversias/>.

³⁶ Curso Negociación. Una herramienta para el éxito profesional. Presencial 32 horas, UNAM-FES Acatlán, 2018, <https://www.acatlan.unam.mx/index.php?id=683>.

³⁷ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, Oficialía Mayor y Dirección ejecutiva de Planeación, “Plan Institucional 2017-2018 del Poder Judicial de la Ciudad de México”, México, 20017-2018, pp. 100-102.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

- *3.1. Eficientar la capacidad de operación del Centro de Justicia Alternativa.*
- *3.2. Desconcentrar los servicios de Justicia Alternativa.*
- *3.3. Impulsar acciones de modernización y mejoramiento para la Justicia Alternativa.*

Objetivos que expresan la apertura de una nueva etapa en la que se busca la consolidación, la eficacia y la eficiencia de los MASC como métodos de solución de conflictos o controversias, vislumbrando así un nuevo capítulo de la historia de las MASC en México.

IV. LOS RETOS ACTUALES DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MÉXICO

Este apartado intenta precisar los problemas que viven los MASC en México, esto basado en los datos estadísticos generados por instituciones oficiales y académicas.

A más de 20 años de la vigencia en México de leyes que regulan los MACS, es oportuno realizar un análisis de estos, para detectar sus aciertos y desaciertos, a fin de fortalecer su eficacia y eficiencia.

Unas herramientas útiles para descubrir las áreas de oportunidad que hoy tienen los MASC son:

- a) Las encuestas nacionales de justicia³⁸.
- b) La definición de los fines teóricos de los MASC³⁹.

³⁸ Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016.

³⁹ Que se abordó en el apartado II.

Desafíos de los MASC

- c) La descripción histórica de las leyes que contemplan MASC y la creación de los centros de justicia alternativa⁴⁰.
- d) El análisis de las reformas constitucionales al artículo 17.⁴¹

ENCUESTA NACIONAL DE JUSTICIA

Sin bien es cierto la metodología de las encuestas nacionales realizadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía presentan datos cuantitativos no cualitativos, estos son útiles para la comprensión de los resultados y problemas que enfrentan hoy las MASC en México en su relación con la justicia tradicional, elementos que permiten realizar las siguientes precisiones:

- a) Uso de las MASC en comparación con los órganos jurisdiccionales.

*“Durante 2016 ingresaron en primera instancia 1 millón 932 mil 729 asuntos a los órganos jurisdiccionales de las Entidades Federativas. Por su parte, a los órganos, centros o unidades especializadas en el Sistema de Justicia Alternativa y/o Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias ingresaron 156 mil 899 asuntos.”*⁴²

Lo cual representa porcentualmente alrededor de un 15% de los MASC con respecto de quienes acuden a los órganos jurisdiccionales para solucionar su controversia, esto resulta impactante cuando se consideran estos datos como resultado de más de 20 años de esfuerzos por el desarrollo de las MASC en México.

⁴⁰ Se desarrolló en el apartado III.

⁴¹ Es motivo de la exegesis del apartado IV.

⁴² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2017. Presentación de resultados generales”, México, 2017, p. 25.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

Ahora bien, la información también arroja un promedio de casos que se judicializan contra los que se abordan en MASC:

*“A nivel nacional, por cada expediente abierto por los órganos, centros o unidades especializadas en el Sistema de Justicia Alternativa y/o Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias durante 2016, se judicializaron en primera instancia 12.3 expedientes”.*⁴³

Lo que implica que solo una de cada doce personas físicas o morales elige a las MASC para la resolución de su conflicto.

b) Deficiencias en la información proporcionada al INEGI.

También en el 2011 el INEGI reporta que *los centros de justicia alternativa no presentan información desagregada que permitan la realización de un análisis profundo*,⁴⁴ además que los poderes judiciales de los estados de Chihuahua, Guerrero, Jalisco, Morelos, San Luis Potosí y Sinaloa refieren no contar con servicios de justicia alternativa.⁴⁵

c) Distribución del personal por funciones en los centros de mediación.

En el año 2013 existían en los centros de Justicia Alternativa en México 353 mediadores, 39 especialistas u orientadores, 65 desarrollaron funciones de otro tipo de mediación y 352 desempeñaron labores administrativas⁴⁶ y en el año 2015 *“el 9.4 por ciento fueron facilitadores; 3.3 por ciento, conciliadores; 32.7 por ciento, mediadores; 8.7 por ciento, notificadores; 4.9 por ciento, especialistas u orientadores; 7 por ciento*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Censo Nacional de Gobierno 2011, Poder Judicial Estatal. Impartición de Justicia, Resultados”, México, 2011, p. 19.

⁴⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2012. Resultados”, México, 2012, p. 13.

⁴⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2013. Resultados”, México, 2013, pp. 217-218.

Desafíos de los MASC

desempeñó otra función de mediación; 30.1 por ciento era personal administrativo o de apoyo; y 3.9 por ciento desempeñaba otras funciones.”⁴⁷

Lo que demuestra que la función de mediación, facilitación y conciliación está acompañada de la burocracia que toda administración pública conlleva, ya que en 2013 existían casi el mismo número de mediadores que auxiliares administrativos y en 2015 esta proporción se redujo al 40%.

Sin embargo, en el año 2016 para “*el desarrollo de la función de justicia alternativa se destinó un total de 1,114 personas*”⁴⁸ de los cuales “*La mayoría de ellos fueron personal administrativo (31 por ciento), seguidos de mediadores (29.2 por ciento) y los facilitadores (11.8 por ciento)*”;⁴⁹ lo que confirma la mayoritaria presencia de empleados administrativos en los centros de justicia alternativa y la existencia de una tendencia al crecimiento de burocracia.

d) Capacitación en materia de MASC.

Por primera vez la encuesta del 2016 considera el rubro de capacitación en materia de MASC, con los siguientes resultados:

Se capacitaron “*En Mediación, conciliación y/o justicia restaurativa 341 personas; Mediación y orientación para la solución de conflictos 206 personas; Mediación en materia penal de conflictos 146 personas; Introducción a la justicia alternativa 102 personas; Justicia oral 84 personas; Mediación familiar 64 personas; Mediación en materia civil mercantil 24 personas; Otros 452*”.⁵⁰

⁴⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2015. Resultados”, México, 2015, pp. 128-129.

⁴⁸ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2016. Resultados”, México, 2016, p. 37.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

Dato que es toral para fortalecer la profesionalización de las MASC, también se destaca que se empieza a medir el factor capacitación 19 años después de la creación del primer centro de mediación o justicia alternativa en México.

- e) Porcentaje de personas que piensan que es preferible que las personas arreglen por si mismos sus conflictos.

Otra dato relevante es la disminución entre el año 2003 (51.2%) y el 2015 (37.5) respecto al número de personas que consideran que las personas deben resolver por *sí mismas sus conflictos*,⁵¹ periodo que concuerda con los años de impulso a los MASC en sede judicial local, por lo que a priori parece incongruente que ante el diseño de políticas judiciales referentes al impulso de la mediación en sede pública y privada, se tenga una opinión colectiva más escéptica respecto a la autocomposición como forma de solución de conflictos.

En síntesis, las estadísticas reflejan que no hay un seguimiento institucional al cumplimiento de acuerdos, no hay estadísticas del nivel de satisfacción de los usuarios, los centros de justicia alternativa no generan información uniforme para obtener un adecuado seguimiento estadístico, no hay centros de justicia alternativa en la totalidad del país, además se vive un proceso de burocratización de los MASC y no se ha logrado obtener un alto porcentaje de personas que prefieran usar las MASC en lugar de los tribunales para resolver sus controversias y, el personal de los centros de justicia alternativa tiene un positivo proceso de capacitación que a futuro se verá reflejado en resultados.

⁵¹ FIX-Fierro, Héctor Felipe, *et al.*, *Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales. entre un buen arreglo y un mal pleito*, Encuesta Nacional de Justicia. México, UNAM, 2015, pp. 121-122.

V. LA OBLIGACIÓN DE PRIVILEGIAR LA SOLUCIÓN DE FONDO DEL CONFLICTO, PUNTO DE PARTIDA PARA EL DESARROLLO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En el año 2008 se reformó el artículo 17 Constitucional para reconocer la praxis de los MASC especialmente la Mediación, la Conciliación y la Justicia Restaurativa.

De esta forma las MASC ingresaron al sistema jurídico mexicano como expresión de los derechos humanos, al ser reconocidos como formas de Tutela Efectiva para que las personas resuelvan sus conflictos con una metodología autocompositiva.

Además, el 15 de septiembre del 2017 se volvió a modificar el artículo 17 de la Carta Magna para ordenar a las autoridades privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales ante un caso concreto, texto que a su letra dice:

“Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”⁵²

De tal forma que, este mandato se convierte en total para la aplicación de los MASC en México por las siguientes razones:

- a) Las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

Este precepto constitucional tiene por esencia alcanzar el fondo del conflicto o controversia con el objeto de resolverlo. Sin embargo,

⁵² Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares). Diario Oficial de la Federación 15 de septiembre del 2017.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

para llegar a ese objetivo, el propio mandato constitucional reformado condiciona a que se le de preferencia a las normas procesales.

En el texto de la iniciativa de reforma constitucional en materia de resolución de fondo del conflicto que presento el Presidente de la República, expresa:

“...se encontró que, en la impartición de justicia en todos los niveles y materias, las leyes se aplican de forma tajante o irreflexiva, y no se valora si en la situación particular cabe una ponderación que permita favorecer la aplicación del derecho sustantivo por encima del derecho adjetivo para resolver la controversia.”⁵³

Esto sucede en el derecho mexicano a pesar de que el artículo 25.1 de la Convención Americana ordena a los Estados garantizar la existencia de un recurso sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente.⁵⁴ Al respecto el Poder Judicial Federal mexicano ha pronunciado lo siguiente:

“Las normas vulneran el derecho a la tutela judicial si imponen requisitos que impiden u obstaculizan el acceso a la justicia.”⁵⁵

Además, *“el Tribunal Interamericano refiere que para que tal recurso efectivo exista, no basta con que esté previsto, sino que se requiere que sea realmente idóneo.”⁵⁶*

⁵³ Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de resolución de fondo del conflicto, Gaceta del Senado, 28 de abril de 2016.

⁵⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 63; y *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No 228, párr. 91.

⁵⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, diciembre de 2006, p. 181.

⁵⁶ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 136; y *Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones*

Desafíos de los MASC

Sin embargo, para llegar al estudio de fondo del conflicto se tendrá que superar el principio de estricto derecho aplicable en materia procesal, lo que se traduce en sujetarse a los supuestos de procedencia, las causas de improcedencia y las causas de sobreseimiento, mismas que al ser de orden público son *prima facie* (tienen preferencia) en su estudio y de facto dejan la solución de fondo del conflicto como un tema a discernir en un segundo plano.

Esto se confirma con la propia exposición de motivos de la iniciativa en estudio, ya que concluye así:

“Con esta reforma de ninguna manera se busca obviar el cumplimiento de la ley” y se concatena con el criterio judicial que afirma:

“La efectividad del derecho de acceso a la justicia no implica pasar por alto el mandato del párrafo segundo del artículo 17 constitucional de impartir justicia en los plazos y términos.”⁵⁷

En síntesis, por la vía del litigio judicial solo se puede acceder al análisis del fondo del conflicto si antes se cumplen todos los requisitos procesales que señalan las leyes.

Por tanto, estamos ante las siguientes tres hipótesis normativas:

- Aplicar el estricto derecho en materia procesal.
- Privilegiar la solución de fondo cuando así lo permita el estricto derecho procesal.
- La obligación del Estado para otorgar al ciudadano recursos efectivos e idóneos para resolver de fondo sus controversias o conflictos.

y *Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 199. Serie C No. 63, párr. 142.

⁵⁷ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, octubre de 2014, p. 99.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y la justicia restaurativa

- b) Una vez aclarado la posición del derecho procesal respecto al mandato de privilegiar el estudio del fondo del asunto, corresponde realizar una interpretación sistémica del multicitado artículo 17 de la Carta Magna, mismo que dispone en su párrafo 4°:

Las leyes preverán Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Esto relacionado con la obligación convencional del Estado de “*Asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes*”⁵⁸ y a la obligación constitucional de las autoridades a privilegiar el fondo del asunto, nos lleva a discernir, que una opción para alcanzar la atención del fondo del conflicto de forma idónea y sin violentar normas procesales, es el uso de los MASC, ya que al estar reconocidos por las leyes vigentes, son en sí mismos una forma de Tutela Estatal vigente en el sistema jurídico.

Luego entonces, es posible interpretar que, a través del uso de la negociación, la mediación, la conciliación, la justicia restaurativa, las soluciones amistosas y la conflictología se puede cumplir con dar prioridad a la solución del conflicto sin riesgo de violentar el debido proceso, generando así un derecho a privilegiar el uso de las MASC, a fin de alcanzar soluciones de fondo en una controversia.

Generándose así por mandato constitucional un relanzamiento de los MASC en México al privilegiar su uso como camino para la resolución de fondo del conflicto.

⁵⁸ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en el caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, de 30 de enero de 2014, p. 34.

Desafíos de los MASC

Esto implica grandes cambios culturales, normativos y en la praxis jurídica, para lograr que la atención de conflictos interpersonales se atienda ordinariamente a través de MASC y de forma extraordinaria por medio del proceso jurisdiccional.

VI. CONCLUSIONES

Primera. – Los métodos alternativos de solución de conflictos han desarrollado diversas teorías y técnicas basadas en la autocomposición, la comunicación, la reflexión y en el análisis-diagnostico que les permiten ser caminos reales para la atención de problemáticas interpersonales.

Segunda. – El desarrollo en México de la solución alternativa de conflictos, está ligada a la creación de los centros de justicia alternativa o de mediación en los poderes judiciales locales y de la reforma penal que incluyo el método de la justicia restaurativa. Sin embargo, la consecuencia de esta institucionalización se refleja en el crecimiento de la burocracia en su praxis.

Tercera. – La esencia flexible y autocompositiva de los MASC, los coloca como la primera opción para cumplir el mandato constitucional a privilegiar el estudio del fondo del conflicto y así consolidarse como una institución para tutelar derechos de las personas basados en un modelo de justicia negociada (que tiene por praxis la construcción de concesos que satisfacen la voluntad de las partes dentro del límite de los derechos disponibles y con ello ponen fin al fondo de la controversia).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONCILIACIÓN LABORAL EN EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA LABORAL: UN CAMINO COMPLEJO POR RECORRER

ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA¹

SUMARIO. I. Antecedentes y búsqueda de una conciliación laboral original. II. Las Juntas de Conciliación y Arbitraje. III. La defensa y la crítica al modelo de conciliación laboral. IV. La reforma constitucional de 2017 en materia de justicia y conciliación laboral. V. El procedimiento conciliatorio en la LFT. VI. Desafíos del Centro Federal de Conciliación y de los Centros Locales de Conciliación: la necesidad de apuntalar su autonomía. VII. El necesario perfeccionamiento del procedimiento de conciliación.

Desde el nacimiento de la justicia laboral mexicana se ha buscado un modelo más ágil para resolver las controversias obrero-patronales, que considere las particularidades del derecho del trabajo distinto al ofrecido por la justicia ordinaria. Con la intención de alcanzar tales fines se ideó una justicia laboral que tomara en cuenta la conciliación y el arbitraje. De hecho, en su momento la Ley Federal del Trabajo hasta la reforma de 2012, contaba con Juntas de Conciliación, que resultaban funcionales en las entidades federativas. Sin embargo, el desprestigio de la justicia laboral originó, exigir su tránsito de las Juntas de Conciliación y Arbitraje al Poder Judicial de la Federación y de los Estados, gracias a la reforma constitucional de 2017. Además, en la reforma en comento no se dejó de lado la conciliación, ya que se señaló la creación de un organismo federal y de organismos locales

¹ Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Desafíos de los MASC

encargados de la conciliación laboral. Bajo la idea de buscar la resolución de los conflictos de trabajo por la vía de la autocomposición. Aunque paradójicamente, a pesar de ser un mecanismo que debe depender de la voluntad de las partes, la reforma constitucional, obliga a conciliar, lo que le hace perder su naturaleza autocompositiva para acercarse a la heterocomposición.

Para entender los cambios propuestos necesariamente se requiere saber que en el caso mexicano había la pretensión de buscar una justicia especializada para los conflictos entre trabajadores y empleadores (I). Situación que originó la creación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje (II). Modelo laboral que fue defendido y cuestionado tanto desde el punto de vista jurídico como político (III), dando lugar, luego de 100 años de creación del modelo de justicia laboral mexicano, a una reforma constitucional que además de transitar de la justicia laboral del Poder Ejecutivo al Poder Judicial, creó un nuevo organismo encargado de la conciliación (IV), con un procedimiento conciliatorio desarrollado por la legislación secundaria (V). Cabe señalar que el modelo que propone la Constitución y que desarrolla la legislación secundaria, toma como referencia al órgano estadounidense encargado de la conciliación laboral, el reconocimiento de sindicatos y de negociaciones colectivas, mezclado con elementos que a diferencia del organismo estadounidense —que tiene cierta autonomía y un funcionamiento colegiado—, en el modelo mexicano, tiene muchos elementos que lo pueden atar nuevamente al Poder Ejecutivo, como se podrá ver más adelante (VI). Por su parte, el procedimiento de conciliación requiere perfeccionarse, aunque, la regulación desde la LFT de alguna manera lo hace rígido desde el inicio (VII).

I. ANTECEDENTES Y BÚSQUEDA DE UNA CONCILIACIÓN LABORAL ORIGINAL

Los antecedentes de las juntas de conciliación y arbitraje se encuentran principalmente en el siglo XIX (en Francia, Inglaterra, Bélgica, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda o Australia).² De hecho, pocos de ellos han subsistido hasta hoy en día, destacando el caso del *Conseil de prud'hommes* francés de composición paritaria (sólo un representante de los trabajadores y otro de los empleadores).³

En el orden nacional, destaca la Ley del Trabajo del Estado de Yucatán que crea las juntas de conciliación para cada distrito industrial, y el Tribunal de Arbitraje, con sede en Mérida. Dichas juntas tenían principalmente la función de conciliación. Integradas por cuatro representantes de cada sector. En el caso del Tribunal, cuyas resoluciones eran inapelables, estaba formado por un representante electo por las “uniones” de trabajadores, por un representante electo por las “uniones” de patronos y por patronos, así como, por un “Juez Presidente” nombrado por las juntas de conciliación o, en caso de no ponerse de acuerdo, por el Ejecutivo del Estado. Aunque, por decreto del 7 de enero de 1916, se determinó que los representantes de las Juntas y del Tribunal serían designados por el Ejecutivo del Estado. Las Juntas de

² García Félix, Pablo, “Tribunales Laborales”, *Cuarto Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*; Puebla, México, 1990, pp. 188 y ss.

³ El *Conseil de prud'hommes* ha cambiado recientemente, ya que hasta el año de 2015 los representantes de los trabajadores y de los empleadores eran electos por sus pares. A partir de enero de 2018, los consejeros son electos por el Ministro del Trabajo y el Ministro de la Justicia entre los trabajadores y los empleadores propuestos por las organizaciones patronales y sindicales, con un mandato de 4 años y con reglas relativas a la paridad de género. El *Conseil* tiene dos oficinas, una de conciliación (integrada por un consejero patronal y otro obrero) y, una de juicio (integrada por dos consejeros obreros y dos patronales), en caso de que no se ocurra la primera. Su competencia es la siguiente: Por diferencias que se desprendan de un contrato de trabajo; litigios de un trabajador de un servicio público, son empleados bajo las reglas del derecho privado y no son competentes para conocer litigios atribuidos por las leyes a otras jurisdicciones, particularmente en materia de seguridad social.

1915 de Yucatán buscaban la justicia pronta y expedita, estableciendo un término de 30 días hábiles para emitir una sentencia.⁴

El 28 de diciembre de 1916, el diputado Macías, durante su intervención en el Congreso Constituyente señaló que “en los países cultos, en los países adelantados, donde los gobiernos se han preocupado por la redención de la clase obrera, donde han venido en auxilio de esa clase desgraciada, han dictado este sistema de las juntas de conciliación y arbitraje”.

Finalmente, el proyecto aprobado en el Congreso Constituyente en la sesión del 13 de enero de 1917 establecía en la fracción XX y XXI del artículo 123 que:

XX.- Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno.

XXI.- Si el patrono se negare a someter sus diferencias al Arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo.

Como se observa, la fracción XXI abría la posibilidad de que el patrón se negara a someter las diferencias al arbitraje o aceptar el laudo pronunciado. Situación que generó inicialmente la idea de que el arbitraje era potestativo para al patrón, aunque con la obligación de indemnizar al trabajador.

⁴ Diario Oficial del Gobierno de del Estado de Yucatán. Decreto 59 de Salvador Alvarado. 17 de mayo de 1915.

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

Desde 1917 hasta 1924 hubo desconcierto en la doctrina y la jurisprudencia sobre el alcance de la competencia de las Juntas, ya que en 1924 las juntas no estaban facultadas para ejecutar coactivamente sus laudos, y su competencia se circunscribía a los conflictos de naturaleza colectiva. En dicho año, es justamente cuando dos ejecutarias de la Suprema Corte de Justicia, “La Corona” y “La Compañía de Tranvías, Luz y Fuerza de Puebla, S.A.,” que se reconocen a las juntas como *“tribunales competentes para conocer y resolver tanto los conflictos colectivos como los individuales, y que... no son tribunales especiales que violen el artículo 13 constitucional”*.⁵

II. LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Entendemos por impartición de justicia, a la labor realizada por los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional, con independencia de que se ubiquen dentro o fuera del Poder Judicial. En tal sentido, ya ha sido señalado por muchos tratadistas que las Juntas de Conciliación y Arbitraje son organismos jurisdiccionales, no obstante, con orígenes y facultades conciliatorias.

La Constitución prevé a los tribunales del trabajo, en su artículo 123, apartado A, fracción XX, y apartado B, fracción XII. Los fundamentos de los tribunales del trabajo se encuentran desarrollados en la Ley Federal de Trabajo de 1969 (LFT) y en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado del 27 de diciembre de 1963 (LFTSE).

Podemos distinguir tres clases de tribunales del trabajo:

1) Las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que son los tribunales encargados de resolver los conflictos laborales, sujetos al apartado A del

⁵ Carpizo, Jorge, “La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje”, *Naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje*, México, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, 1975.

artículo 123 de la Constitución y su ley reglamentaria, la Ley Federal del Trabajo;

2) El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, el que resuelve los conflictos laborales sujetos al apartado B del artículo 123 de la Constitución y su ley reglamentaria, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y,

3) Los tribunales de conciliación y arbitraje de los Estados, que deben resolver los conflictos laborales entre las autoridades estatales o municipales y los empleados públicos, de acuerdo con las leyes expedidas conforme en lo dispuesto por la fracción V artículo 116 de la Constitución Federal.

Si bien la facultad para legislar en materia de trabajo es una competencia federal, su aplicación se distribuye entre las autoridades federales y las estatales. Las primeras —dentro de ellas, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje— sólo conocen de asuntos laborales concernientes a las ramas industriales y empresas previstas en la fracción XXXI del citado apartado A. De los demás asuntos laborales conocen las autoridades estatales, es decir, las juntas locales de conciliación y arbitraje.

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje es un tribunal con plena jurisdicción, que tiene a su cargo la tramitación y decisión de los conflictos de trabajo que se suscitan entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos íntimamente ligados con ellas. Su naturaleza, integración tripartita y su competencia está determinada en la fracción XX del apartado A del artículo 123 constitucional, así como, por las disposiciones correlativas de su ley reglamentaria, la LFT. Su organización y funcionamiento se rigen por su propio Reglamento Interior, expedido por el Pleno del Tribunal y publicado en el Diario Oficial

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

de la Federación, el 18 de febrero de 1980, con reformas y adiciones en los años de 1981, 1982 y 1984.

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje cuenta con un presidente, designado por el presidente de la República, y con representantes gubernamentales, de los trabajadores y de los patrones designados por las ramas de la industria o de otras actividades, de conformidad con la clasificación y convocatoria que expide la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. La Junta funciona en Pleno, integrado por su presidente y la totalidad de los representantes de los trabajadores y de los patrones, y en Juntas Especiales, que se integran con el presidente de la Junta, cuando se trate de conflictos colectivos, o el representante gubernamental, presidente de la Junta Especial, y con los representantes de los trabajadores y de los patrones.

La Junta Federal cuenta con 55 juntas especiales, 21 se encuentran en el Distrito Federal, especializadas en una o varias ramas industriales; y 34 en el interior de la República, a las que les corresponde el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo, en todas las ramas de la industria y actividades de competencia federal, comprendidas en la jurisdicción territorial que se les asigne, con excepción de los conflictos colectivos, los cuales se ventilan en la Ciudad de México. Su integración también es tripartita, formada por un representante de los trabajadores, uno de los patrones y otro del gobierno, que es el presidente de la Junta Especial.

En observancia a las disposiciones legales, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje orienta sus actividades a lograr que la justicia que imparte a los trabajadores y patrones se realice de manera pronta y expedita, empleando prioritariamente para ello, la conciliación como mecanismo para armonizar a los factores de la producción y en su caso, el arbitraje con el cumplimiento de las formalidades y procedimientos establecidos en la ley. Su jurisdicción es de excepción, en vir-

tud de que sólo puede atender los conflictos de competencia federal expresamente consignados en la ley derivados de la relación laboral, de los contratos colectivos de trabajo, de los contratos-ley y de los conflictos intersindicales.

Las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje funcionan en cada una de las entidades federativas. Les corresponde el conocimiento y resolución de los conflictos que no sean de la competencia de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. Las Juntas Locales tienen la misma integración tripartita como la Federal, con la variante de que el Ejecutivo local puede establecer una o más Juntas en la entidad de que se trate (artículos 621-623 de la LFT). Además, es el Gobernador de cada entidad federativa quien elige al presidente de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

En noviembre de 2012 se reformó la LFT y en materia de justicia laboral, se dieron pasos importantes: Se crea un servicio profesional de carrera; se aumentan y precisan los requisitos para el personal jurídico de las Juntas (tener título de Licenciado en Derecho, tener experiencia en la materia, buena reputación, etc.); se crea el servicio público de conciliación y la figura de funcionarios conciliadores; los asesores de las partes deben acreditar ser licenciados en derecho; se admiten como pruebas relacionadas con las tecnologías de la información (fax, correo electrónico, firma electrónica, etc.); se establece que en los juicios ordinarios, la primera audiencia tendrá dos etapas, una de conciliación y otra de demanda y excepciones; se crea un nuevo procedimiento especial y expedito para reclamo de derechos al IMSS, INFONAVIT y AFORES; se establece que los procuradores del trabajo deben ser licenciados en Derecho con cédula para ejercer, y se les faculta para citar a las partes a procurar arreglos conciliatorios.

Sin embargo, que no se abordó el tema principal que tiene que ver con la impartición de justicia (independencia de las Juntas de Con-

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

ciliación y Arbitraje)⁶ ni con la administración de justicia laboral (mejoramiento de la infraestructura, mayores recursos económicos y humanos y mejores remuneraciones).⁷

III. LA DEFENSA Y LA CRÍTICA AL MODELO DE CONCILIACIÓN LABORAL

La conservación del modelo de las Juntas de Conciliación tenía importantes defensores, destacando las opiniones de Mario de la Cueva y de Rafael de Pina:⁸

- a) La presencia de los representantes de los obreros y de los patrones, crea confianza en esas clases sociales hacia las juntas y quiebra el escepticismo que los obreros han tenido en relación con la justicia común.
- b) Los representantes son escogidos entre los propios obreros y patrones por lo que poseen conocimientos y experiencia en esta clase de problemas y pueden encontrar mejores soluciones.
- c) El hecho de ser representantes de las partes y tener conocimientos jurídicos, así como de la realidad de las empresas y de las necesidades de la clase obrera, hace que los representantes interpreten el derecho con un contenido y una finalidad más humanos, logrando una democratización de la justicia obrera.

⁶ Algunas reflexiones críticas pueden encontrarse en: Sánchez-Castañeda, Alfredo y Reynoso Castillo, Carlos, *La nueva legislación laboral mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, 114 pp.

⁷ Para una distinción entre procuración, impartición y administración de justicia laboral, ver: Sánchez-Castañeda, Alfredo, “Una visión sistemática de la procuración de justicia laboral”, en Kurczyn Villalobos, Patricia, coord., *Las relaciones laborales en el siglo XXI*, UNAM, México, 2000, 370 pp.

⁸ *Ídem*, p. 68.

Aunque, impugnando las anteriores ideas, Jorge Carpizo ha señalado que:

La integración tripartita de las juntas es acertada porque no siempre los votos de los representantes de las partes se anulan; en la realidad mexicana acontece que a veces los votos de los representantes de los patronos y de los obreros coinciden en contra del voto del representante del gobierno, o uno de los representantes se abstiene de votar por percatarse que la razón no le asiste a su parte afín; la presencia de los representantes crea confianza en esas clases sociales; los conflictos del trabajo requieren del conocimiento y experiencia que tienen los representantes, quienes por este motivo pueden ponderar en forma mejor las distintas soluciones; con preceptos como los que contiene nuestra Ley Federal del Trabajo la integración tripartita no dilata el procedimiento laboral y esta integración en una gran mayoría de los casos hace que la justicia sea más humana, más cercana a los problemas y necesidades de los interesados.⁹

Mientras que, en el derecho mexicano del trabajo, no se suelen establecer mecanismos no jurisdiccionales para la solución de controversias, en algunas otras naciones constituye un elemento de importancia primordial. Como es el caso de Canadá y Estados Unidos. En estas dos naciones el establecimiento de mecanismos en los contratos colectivos de trabajo para solucionar controversias ocupa un lugar fundamental.¹⁰

En el caso de Canadá, simplemente señalaremos que la legislación federal —recuérdese que las provincias también tienen facultades para

⁹ *Ídem*, p.77.

¹⁰ *Cfr.* Art. 57 (1) Código Canadiense del Trabajo en *Lois du travail/Labour Laws*, elaborado por Jean, André, Matineau, Louises y Saintonge-Poitevin, Lise, edición actualizada al primero de julio de 1994, Montreal, Wilson & Lafleur, 1994, y Gould IV, William B., *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tenos, España, 1991, pp. 124-125.

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

regular las relaciones laborales—, deja a las partes la facultad de establecer libremente el contenido del contrato colectivo de trabajo. Sin embargo, la única obligación que establece es que los contratos colectivos contengan mecanismos para la solución de controversias. Como se muestra al ser el único tema obligatorio que contempla la legislación federal, refleja la importancia del mismo.

En Estados Unidos, la Ley Taft-Hartley o Ley de Relaciones Obreiro-Patronales de 1947, establece en su Sección 201, apartado A, que es política gubernamental, que la paz industrial, el progreso de la nación y los intereses de los empleados y de los empleadores, puedan asegurarse por medio del arreglo de los conflictos entre empleadores y empleados mediante negociaciones colectivas.

Situación que ha ocasionado, que actualmente cuatro de cada cinco contratos colectivos prevean algún tipo de mecanismo para la solución de controversias en la empresa, tales como el arbitraje privado. Su utilidad ha sido señalada, entre otras razones, porque: es un mecanismo que se adapta a los problemas de las partes; permite la resolución de los conflictos antes de que se tenga que convocar la realización misma del arbitraje; las resoluciones de los árbitros no se ven sujetas al principio de *stare decisis* de los tribunales; en comparación con la vía judicial, es un medio más rápido para la resolución de las controversias y, porque entre otros motivos, el arbitraje suele servir como un medio para evitar las huelgas, en la medida que los trabajadores se tienen que sujetar previamente a los mecanismos de arbitraje que se hayan acordado con el empleador.

En América Latina destaca el caso brasileño, que eliminó la representación sectorial en la justicia del trabajo, estableció procedimientos sumarísimos para cuestiones de bajo monto y para la ejecución de sentencias, limitó la intervención de los tribunales en la solución de los conflictos colectivos de intereses (*dissidios* colectivos) y, exten-

dió la competencia de la justicia laboral a los vínculos de trabajo no dependiente.

En Argentina, por su parte, se estableció un régimen de conciliación obligatoria en los reclamos individuales como condición para el acceso a la justicia. Sobresale también la oralidad de los juicios laborales en Venezuela y Chile. En este último país, el juicio monitorio comparte características con Brasil, ya que se trata de un procedimiento de baja cuantía. Se emplaza al demandado para que pague el monto establecido. En caso de que el demandado acepte pagar, se emite sentencia y se le da fin al proceso. Destacando el caso brasileño, que eliminó la representación sectorial en la justicia del trabajo, estableció procedimientos sumarísimos para cuestiones de bajo monto y para la ejecución de sentencias, limitó la intervención de los tribunales en la solución de los conflictos colectivos de intereses y, extendió la competencia de la justicia laboral a los vínculos de trabajo no dependiente.¹¹

No obstante, en México, no dejaba de insistirse por la doctrina, desde hace ya muchos años, de la composición corporativa de las Juntas de Conciliación, de haberse convertido en un medio de control del

¹¹ Navarro Albaña, René David, *El juicio monitorio en el derecho procesal laboral chileno, dogmática y praxis*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2011, 187 pp.; Pérez Ragone, Álvaro, “En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: Caracterización, elementos esenciales y accidentales”, *Revista de Derecho*, Vol. XIX, No. 1, Julio, Valdivia, Chile, 2006; Ortiz Pradillo, Juan Carlos, “La propuesta de procedimiento monitorio en Chile”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, T. XXI, No. 1, San Sebastián, España, 2009; Walter Díaz, Rodolfo, “Monitorio laboral como procedimiento de limitada cuantía: un nuevo actor protagonista del procedimiento laboral chileno”, *Revista de Ciencias Sociales*, No. 58, Valparaíso, Chile, 2011; Martínez, Oscar José, “El procedimiento monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, pp. 527-539.

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

gobierno, principalmente en asuntos de naturaleza colectiva¹² y de su modelo de integración tripartita:¹³

- a) Los representantes obrero-patronales son un juzgador-par-te y en ese sentido de juez-defensor, por lo que sus votos en los tribunales paritarios se compensan y anulan, siendo el juez quien resuelve la controversia.
- b) Los votos de los representantes obrero-patronales suelen otorgarse a favor del sector que representan.
- c) Los representantes de clase no son imparciales.
- d) Su actuar no se basa en la justicia sino en el antagonismo de clase.
- e) La integración tripartita demora el procedimiento, haciendo que los tramites se dilaten o se suele boicotear el proce-dimiento.

La reforma laboral del 30 de noviembre de 2012, si bien creó un ser-vicio profesional de carrera; aumentó y precisó los requisitos para el personal jurídico de las Juntas y, creó el servicio público de concilia-ción y la figura de funcionarios conciliadores. Lo cierto es, que no se abordó el tema principal que tiene que ver con la impartición de justicia, la independencia y autonomía de las Juntas de Conciliación y Arbitraje¹⁴ ni se mejoró la administración de justicia laboral.¹⁵

¹² Bensusán, Graciela y, Alcalde, Arturo, *El sistema de justicia laboral en México: situación actual y perspectivas*, Fundación Friedrich Ebert en México, México, 2013, 24 pp.

¹³ Carpizo, Jorge, “La naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en México”, *Bo-letín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 15, México, 1972, p. 67.

¹⁴ Algunas reflexiones críticas pueden encontrarse en: Sánchez-Castañeda, Alfredo y Reynoso Castillo, Carlos, *La nueva legislación laboral mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, 114 pp.

¹⁵ Para una distinción entre procuración, impartición y administración de justicia laboral, ver: Sán-chez-Castañeda, Alfredo, “Una visión sistemática de la procuración de justicia laboral”, en *Las*

Desafíos de los MASC

Se podría pensar que las Juntas de Conciliación y Arbitraje encuentran su razón de ser en la historicidad del derecho del trabajo y en particular en la manera en que se quería concebir la impartición de justicia laboral en México. Las Juntas fueron creadas con la intención de crear una justicia especializada; se decía, que no se trataba de tribunales ordinarios, sujetos a las reglas del derecho civil, sino de tribunales de equidad. La integración tripartita de estos tribunales quería manifestar su composición especial, ya que son los propios actores y no un juez quienes resuelven las controversias que se suscitan entre los factores de la producción. Desafortunadamente la visión de Mario de la Cueva de la composición tripartita de las Juntas como un elemento que beneficia a los trabajadores y a los empleadores no ha resultado así a la luz de los hechos.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2017 EN MATERIA DE JUSTICIA Y CONCILIACIÓN LABORAL

Posiblemente una de las reformas constitucionales más importantes que se ha dado en materia de justicia laboral es la del 24 de febrero de 2017, a los artículos 107 y 123 apartado A. Se trata de la reforma constitucional que cambia drásticamente, 100 años después, al trasladar la justicia laboral, de las Juntas de Conciliación y Arbitraje encargadas de la justicia laboral y dependientes del Poder Ejecutivo al Poder Judicial. La reforma modifica el artículo 107 constitucional que desarrolla las competencias de los Tribunales de la Federación, en donde se establece ahora que:

En materia laboral, cuando se reclamen resoluciones o sentencias definitivas que pongan fin al juicio dictadas por los tribunales laborales locales o federales o laudos del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado y sus

relaciones laborales en el siglo XXI, Coordinadora, Patricia Kurczyn Villalobos, UNAM, México, 2000, 370 pp.

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

homólogos en las entidades federativas...” Por su parte la reforma a la fracción XX del apartado A del artículo 123 establece que: *“La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III, y 122 Apartado A, fracción IV de esta Constitución, según corresponda, y deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia.*

Además del traslado de la justicia laboral del Poder Ejecutivo al Poder Judicial, la reforma constitucional de 2017 estableció la obligación de los trabajadores y de los patrones de acudir a una instancia conciliatoria, antes de dirigirse a los tribunales de trabajo. En el orden federal, la función conciliatoria va a estar a cargo de un organismo descentralizado y en el orden local o estatal de los Centros de Conciliación que se van a crear en cada entidad federativa. La reforma busca que a través de la conciliación resuelvan las controversias laborales sin tener que acudir a los tribunales.

La Constitución reformada establece en la fracción XX del artículo 123 constitucional apartado A que:

Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los Centros de Conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas. Dichos centros tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios. Contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalis-

mo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en las leyes locales.

La ley determinará el procedimiento que se deberá observar en la instancia conciliatoria. En todo caso, la etapa de conciliación consistirá en una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera expedita. Las subsecuentes audiencias de conciliación sólo se realizarán con el acuerdo de las partes en conflicto. La ley establecerá las reglas para que los convenios laborales adquieran condición de cosa juzgada, así como para su ejecución.

A nivel federal, la función conciliatoria estará a cargo de un órgano federal descentralizado, encargado además del registro de contratos colectivos de trabajo, de sindicatos y demás procedimientos administrativos relacionados. El organismo descentralizado debe contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Además, debe regirse por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad.

La designación del titular del organismo se realiza a partir de una terna propuesta por el Poder Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores, en donde previa comparecencia de los candidatos, debe realizar la designación correspondiente, la cual se hará por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara de Senadores presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. En caso de falta de designación durante dicho plazo, el Presidente de la República designa de la terna propuesta quien ocupará el cargo. Si el Senado rechaza la totalidad de la terna presidencial, el Ejecutivo Federal debe proponer una nueva terna, pero si la segunda terna también es rechazada, el cargo lo ocupará la persona que designó el presidente.

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

El nombramiento debe recaer en una persona que tenga capacidad y experiencia en la materia; que no haya ocupado un cargo en algún partido político, ni haya sido candidato para ocupar un cargo público de elección popular en los tres años anteriores a la designación; que goce de buena reputación y no haya sido condenado por delito doloso. Así mismo, debe cumplir los requisitos que establezca la ley.

La duración del cargo al frente del organismo descentralizado es por un período de seis años y puede ser reelecto por una sola ocasión. En caso de falta absoluta, el sustituto será nombrado para concluir el periodo respectivo. Sólo puede ser removido por causa grave en los términos establecido por la Constitución y no puede tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del organismo y de los no remunerados en actividades docentes, científicas, culturales o de beneficencia.

V. EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO EN LA LFT

El 2 de mayo de 2019 se reforman varias leyes, entre ellas, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la LFT para adecuar dicha legislación al mandato constitucional. La LFT regula tanto el organismo descentralizado encargado de la conciliación denominado Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCyRL) como los Centros Locales de Conciliación (CLC). Además, establece un procedimiento de conciliación y las reglas para elegir a los funcionarios conciliadores.

Es de señalar que el CFCyRL no va a entrar inmediatamente en funciones. Los Centros Locales de Conciliación y los Tribunales del Poder Judicial de las Entidades Federativas deben iniciar sus actividades dentro del plazo máximo de tres años a partir de la entrada en vigor de las reformas a la LFT (2 de mayo de 2019), en términos de lo que establezca su propia normatividad y posibilidades presupuestales,

conforme a lo que determinen sus poderes locales. Los Centros de Conciliación locales deben entrar en operación en cada entidad federativa, en la misma fecha en que lo hagan los Tribunales Locales. Lo que quiere decir que el funcionamiento de los CLC y de los Tribunales Locales debe ser al mismo tiempo.

A nivel federal, dentro de un plazo máximo de cuatro años a partir del 2 de mayo de 2019, cada delegación u oficina regional del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral debe iniciar la tramitación de solicitudes de conciliación que sean de su competencia al mismo tiempo que los Tribunales del Poder Judicial de la Federación inicien su operación en el circuito judicial al que correspondan. Cada circuito judicial debe iniciar sus funciones en el orden y secuencia en que se determine en las declaratorias que emita el Senado de la República, a propuesta del Consejo de la Judicatura Federal.

Obligatoriedad del procedimiento de Conciliación. Existe un procedimiento único de conciliación, salvo que la LFT establezca un mecanismo especial. Los trabajadores y los patrones antes de acudir a los tribunales de trabajo deben asistir al Centro de Conciliación¹⁶ correspondiente, para solicitar el inicio del procedimiento de conciliación, con excepción de aquellos supuestos que están eximidos de agotarla, conforme a lo previsto en esta Ley.

Requisitos de la solicitud de conciliación. La solicitud de conciliación debe contener los siguientes datos:

- a. Nombre, CURP, identificación oficial del solicitante y domicilio dentro del lugar de residencia del Centro de Conciliación al que acuda, para recibir notificaciones en el procedimiento de conciliación prejudicial. El

¹⁶ Centro de Conciliación: Los Centros de conciliación de las entidades federativas o el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, según corresponda.

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

Centro de Conciliación debe facilitar los elementos y el personal capacitado a fin de asignarle un buzón electrónico al solicitante. En caso de que el solicitante no cuente con identificación oficial, puede ser identificado por otros medios de que disponga el Centro;

- b. Nombre de la persona, sindicato o empresa a quien se debe citar para la conciliación prejudicial;
- c. Domicilio para notificar a la persona, sindicato o empresa a quien se debe citar, y
- d. Objeto de la cita a la contraparte.

Si el solicitante es el trabajador e ignora el nombre de su patrón o empresa de la cual se solicita la conciliación, basta con señalar el domicilio donde prestó sus servicios.

Los elementos aportados en la conciliación no constituyen prueba en ningún procedimiento. Los elementos aportados por las partes no pueden constituir prueba o indicio en ningún procedimiento administrativo o judicial. La información aportada por las partes en el procedimiento de conciliación, no puede comunicarse a persona o autoridad alguna, a excepción de la constancia de no conciliación y, en su caso, el convenio de conciliación que se celebre, en cuyo supuesto el Centro de Conciliación debe remitir en forma electrónica al Tribunal que corresponda los documentos referidos, mismos que deben contener los nombres y domicilios aportados por las partes, acompañando las constancias relativas a la notificación de la parte citada que haya realizado la Autoridad Conciliadora y los buzones electrónicos asignados.

De la notificación y la asistencia del solicitante en la misma. El solicitante debe ser notificado de la fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación o del acuerdo de incompetencia, al

Desafíos de los MASC

momento de presentar su solicitud. Para agilizar el procedimiento de conciliación, el solicitante puede auxiliar al Centro de Conciliación para llevar a cabo la notificación de la audiencia de conciliación a la persona, sindicato o empresa que se deba citar.

De hecho, cuando así lo requiera el solicitante, el Centro de Conciliación puede fijar la audiencia de conciliación dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, para lo cual le debe proporcionar el citatorio a la audiencia con el fin de que el solicitante se haga cargo de entregarlo directamente a la persona o personas citadas. En este caso, de presentarse ambas partes a la audiencia de conciliación, se debe proceder a su celebración. Si el solicitante no se presenta a la audiencia, se debe archivar el asunto por falta de interés, sin emisión de la constancia de haber agotado la conciliación, salvo que justifique su inasistencia, a juicio del conciliador. Si se presenta solamente el solicitante de la conciliación, se debe señalar nueva fecha y hora para la audiencia de conciliación dentro de los siguientes quince días, ajustándose a las reglas del procedimiento de conciliación y en dicha audiencia de conciliación, el Centro de Conciliación debe proceder a geolocalizar el domicilio de la parte citada con auxilio del solicitante; en caso de no poderlo encontrar, el Centro de Conciliación debe fijar una cita para que, acompañado del interesado, se proceda a realizar la citación correspondiente. Aunque por otro lado, se señala que cuando se trate del emplazamiento a juicio y de la primera notificación para la audiencia de conciliación prejudicial, las notificaciones deberán ser personales por actuario (art. 739 y 743 de la LFT).

A efecto de que el personal encargado de realizar las notificaciones actúe con eficiencia, eficacia e imparcialidad en el desempeño de sus funciones, la Autoridad Conciliadora debe definir rutas de notificación con base en la ubicación y proximidad geográfica de los domicilios a los que deben acudir, así como acorde con la urgencia de las

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

notificaciones a efectuar; la asignación de las rutas se hará diariamente y de forma aleatoria.

De la duración de la conciliación no mayor a 45 días naturales. El procedimiento de conciliación no debe exceder de cuarenta y cinco días naturales. La Autoridad Conciliadora debe tomar las medidas conducentes para que sus actuaciones se ajusten a dicho plazo.

La presentación de la solicitud de conciliación. Se debe iniciar con la presentación de la solicitud de conciliación ante el CFCyRL o al CCL que corresponda, firmada por el solicitante, agregando copia de la identificación oficial u otra que acredite la personalidad; tratándose de empresas o sindicatos será suscrito por su representante legal.

El Centro de Conciliación puede recibir las solicitudes de conciliación por comparecencia personal de los interesados, por escrito debidamente firmado, o en su caso, por vía electrónica mediante el sistema informático que para tal efecto se implemente.

Auxilio y asesoría del Centro de Conciliación. El Centro de Conciliación debe auxiliar a los interesados que así lo soliciten para elaborar su petición. Debe proporcionar asesoría jurídica de manera gratuita sobre sus derechos y los plazos de prescripción de estos, así como respecto de los procedimientos de conciliación y jurisdiccionales para solucionar los conflictos laborales.

Del citatorio y de la fijación de fecha y hora para la audiencia de conciliación. Al momento en que reciba la solicitud, la Autoridad Conciliatoria debe señalar día y hora para la celebración de una audiencia de conciliación que debe efectuarse dentro de los quince días siguientes. El citatorio se debe notificar personalmente al patrón cuando menos con cinco días de anticipación a la audiencia, apercibiéndole que de no comparecer por sí o por conducto de su repre-

sentante legal, o bien, por medio de apoderado con facultades suficientes, se le impondrá una multa entre 50 y 100 veces la Unidad de Medida y Actualización (UMA), y se le tendrá por inconforme con todo arreglo conciliatorio.

De la notificación electrónica al interesado. Al recibir la solicitud de conciliación, la Autoridad Conciliadora le debe asignar un número de identificación único y un buzón electrónico al interesado, que debe ser creado para comunicaciones en lo que hace al procedimiento de conciliación prejudicial. Finalmente, se debe designar por turno una sala de conciliación.

Incompetencia del Centro de Conciliación y remisión de la solicitud de conciliación. En caso de no ser competente, la Autoridad Conciliadora debe remitir la solicitud al Centro de Conciliación competente vía electrónica, dentro de las veinticuatro horas siguientes de recibida la solicitud, lo cual debe notificar al solicitante para que acuda ante ella a continuar el procedimiento. La Autoridad Conciliadora se debe pronunciar respecto de la personalidad cuando se trate de solicitudes de personas morales.

Presentación de la solicitud de conciliación por ambas partes. Si la solicitud de conciliación se presenta personalmente por ambas partes, la Autoridad Conciliadora les debe notificar de inmediato, fecha y hora de la audiencia de conciliación, misma que debe celebrarse dentro del plazo máximo de cinco días a partir de la fecha de presentación de la solicitud, sin menoscabo de que ésta pueda celebrarse en ese momento.

Asistencia personal del interesado, sin abogado y sólo con una persona de confianza. El trabajador solicitante de la instancia conciliatoria debe acudir personalmente a la audiencia y puede asistir acompañado por una persona de su confianza, pero no se reconocerá

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

a ésta como apoderado, por tratarse de un procedimiento de conciliación y no de un juicio. No obstante, el trabajador también puede ser asistido por un licenciado en derecho, abogado o un Procurador de la Defensa del Trabajo.

Asistencia del patrón personalmente o con apoderado. El patrón debe asistir personalmente o por conducto de representante con facultades suficientes para obligarse en su nombre.

Presentación de ambas partes y acreditación de la personalidad. Si las partes acuden a la audiencia, la Autoridad Conciliadora debe requerirles que se identifiquen con cualquier documento oficial y, en su caso, verificar que la persona que comparezca en representación de la persona moral acredite su personalidad.

Asignación de un buzón electrónico a la parte citada. Se le debe asignar también a la parte citada, un buzón electrónico para recibir notificaciones en el procedimiento de conciliación prejudicial.

Propuesta de convenio con arreglo conciliatorio. Se debe formular una propuesta de contenido y alcances de un arreglo conciliatorio, planteando opciones de solución justas y equitativas que a su juicio sean adecuadas para dar por terminada la controversia; de estar de acuerdo las partes, se debe celebrar convenio por escrito, que debe ratificarse en ese acto, entregándose copia autorizada de éste.

Papel del conciliador. Durante la conciliación, el conciliador debe comunicar a las partes el objeto, alcance y límites de la conciliación, exhortarlas para que presenten fórmulas de arreglo y evaluar las solicitudes de los interesados con el fin de determinar la forma más adecuada para formular propuestas de arreglo, sin que ello implique la imposición de acuerdos. Además, debe cuidar y verificar que en los acuerdos a que lleguen las partes no se vulneren los derechos de

los trabajadores, sin perjuicio de que busque la potencialización con perspectiva de derechos sociales.

Ausencia de arreglo conciliatorio. De no llegar a un acuerdo, la Autoridad Conciliadora debe emitir la constancia de haber agotado la etapa de conciliación prejudicial obligatoria. No obstante, las partes de común acuerdo pueden solicitar se fije nueva audiencia de conciliación, que debe celebrarse dentro de los cinco días siguientes.

Ausencia de una de las partes a la audiencia conciliatoria. Cuando alguna de las partes o ambas no comparezcan a la audiencia de conciliación por causa justificada, no obstante, al estar debidamente notificados, se debe señalar nueva fecha y hora para la celebración de la audiencia, misma que debe realizarse dentro de los cinco días siguientes. La parte que acuda debe ser notificada en ese acto, la contraparte que no acuda debe ser notificada por el boletín del Centro y, en su caso, por buzón electrónico.

Comparecencia sólo del solicitante. Si a la audiencia de conciliación sólo comparece el solicitante, la Autoridad Conciliadora debe emitir la constancia de haber agotado la etapa de conciliación prejudicial obligatoria. En este caso se deben reanudar los plazos de prescripción a partir del día siguiente a la fecha de la audiencia, dejando a salvo los derechos del trabajador para solicitar nuevamente la conciliación.

Comparecencia sólo de la parte citada. Si sólo comparece el citado, se debe archivar el expediente por falta de interés del solicitante. En este caso se deben reanudar los plazos de prescripción a partir del día siguiente a la fecha de la audiencia, dejando a salvo los derechos del trabajador para solicitar nuevamente la conciliación.

Imposibilidad de notificar a la parte citada. En el caso de que el notificador no haya logrado notificar a la persona, empresa o sindicato

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

a citar, no obstante, de haberlo intentado, la Autoridad Conciliadora debe dar por terminada la instancia y debe emitir constancia dejando a salvo los derechos del solicitante de la conciliación para promover juicio ante el Tribunal competente.

Conciliación en casos de acoso sexual, discriminación u otros actos de violencia. Cuando en la solicitud de conciliación se manifieste la existencia de acoso sexual, discriminación u otros actos de violencia contemplados por la ley, en los que exista el riesgo inminente de revictimización, la Autoridad Conciliadora debe tomar las medidas conducentes para que en ningún momento se reúna o encare a la persona citada a la que se le atribuyen tales actos. En estos casos el procedimiento de conciliación se debe llevar con el representante o apoderado del citado, evitando que la presunta víctima y la persona o personas a quienes se atribuyen los actos de violencia se reúnan o encuentren en un mismo espacio.

Calidad de cosa juzgada del convenio. Una vez que se celebre el convenio ante los Centros de Conciliación, adquiere la condición de cosa juzgada, teniendo la calidad de un título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación. Cualquiera de las partes puede promover su cumplimiento mediante el procedimiento de ejecución de sentencia que establece la LFT, ante el Tribunal competente.

Al celebrar un convenio, las Autoridades Conciliadoras deben entregar copia certificada del mismo para cada una de las partes. Así mismo, también se les debe entregar copia certificada de las actas donde conste el cumplimiento del convenio.

La Autoridad Conciliadora es responsable de que el convenio que se celebre cumpla con los requisitos y prestaciones que esta Ley establece, aplicables al caso concreto.

Cumplimiento voluntario del convenio o en pagos diferidos. Si las partes dan cumplimiento voluntario al convenio celebrado, certificará dicha circunstancia, dando fe de que el trabajador recibe completo y personalmente el pago pactado en el convenio.

En caso de que las partes establezcan pagos diferidos, en una o más parcialidades a cubrir en fecha diversa a la celebración del convenio, deberá fijarse una pena convencional para el caso de incumplimiento, ésta consistirá en una cantidad no menor al salario diario del trabajador por cada día que transcurra sin que se dé cumplimiento cabal al convenio.

Posibilidad de convenio fuera de juicio. Cuando trabajadores y patrones lleguen a un convenio o liquidación de un trabajador, fuera de juicio, podrán concurrir ante los Centros de Conciliación solicitando su aprobación y ratificación, para cuyo efecto se identificarán a satisfacción de la Autoridad Conciliadora.

Siempre y cuando en el acuerdo conciliatorio fuera de juicio, los trabajadores no renuncien a sus salarios devengados, indemnizaciones y demás prestaciones que deriven de los servicios prestados, cualquiera que sea la forma o denominación que se le dé. Todo convenio o liquidación además, para ser válido, debe hacerse por escrito y contener una relación circunstanciada de los hechos que lo motiven y de los derechos comprendidos en él. Convenio que debe ser ratificado ante los Centros de Conciliación o al Tribunal según corresponda, que lo debe aprobar siempre y cuando no contenga renuncia de los derechos de los trabajadores. Cuando el convenio sea celebrado sin la intervención de las autoridades, debe ser susceptible de ser reclamada la nulidad ante el Tribunal, solamente de aquello que contenga renuncia de los derechos de los trabajadores, conservando su validez el resto de las cláusulas convenidas (art. 33 de la LFT).

VI. DESAFÍOS DEL CENTRO FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y DE LOS CENTROS LOCALES DE CONCILIACIÓN: LA NECESIDAD DE APUNTALAR SU AUTONOMÍA

El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral fruto del mandato constitucional, necesita reafirmar su autonomía en su funcionamiento cotidiano, ya que la manera en que fue diseñado puede ser objeto de cierta sujeción a la STPS. Como se puede apreciar a continuación:

1. De todos los modelos de conciliación existentes en el mundo se optó por hacer una copia de la *National Labor Relations Board* (NLRB) de los Estados Unidos de América. Dado que al igual que la NLRB, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, realiza conciliación, celebra elecciones sindicales, reconoce sindicatos y otorga idoneidad a los sindicatos como unidades de negociación en vista de celebrar un contrato colectivo. Además, legitima un contrato colectivo negociado por un sindicato, luego de cumplir ciertos requisitos. Cabe señalar que la NLRB tiene un funcionamiento colegiado y autonomía en su funcionamiento, lejos del modelo mexicano que centraliza en un titular el organismo y que como se puede apreciar a continuación, con una serie de elementos que lo ligan al Poder Ejecutivo.
2. El Presidente del Centro, es nombrado por el Poder Ejecutivo, a través de una terna propuesta a la Cámara de Senadores. Se podría decir que el Senado lo va a nombrar, pero en realidad es el Ejecutivo quien selecciona a los integrantes de la terna, esto es, tiene tres candidatos y al Senado le corresponde la elección de uno de ellos. Incluso, en caso de desacuerdo en el Senado, es el Presidente de la República quien elige al titular del CFCyRL.

Desafíos de los MASC

3. La Ley Orgánica del CFCyRL, pendiente por publicar en el Diario Oficial de la Federación, establece que su Presidente debe ser abogado. Lo cual es paradójico, porque por un lado se busca que los abogados no intervengan en la conciliación, pero el Presidente si debe ser Licenciado en Derecho.
4. El Centro si bien es un organismo descentralizado, nace sectorizado a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Situación que le puede generar cierta dependencia o subordinación al ministro en turno.
5. Quien preside la Junta de Gobierno del Centro es el titular de la STPS.
6. Su Junta de Gobierno está integrada en su mayoría por representantes de Secretarías de Estado u organismos públicos; asemejándose más a un órgano desconcentrado y alejándolo de uno descentralizado. Incluso podría haber conflictos de interés, ya que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) forma parte de la Junta de Gobierno del Centro y al mismo tiempo conocerá de posibles violaciones de acceso a la información y de protección de datos personales. ¿Qué hará el INAI en esos casos? ¿Excusarse de todo lo que tenga que ver con su competencia? Entonces. ¿Cuál es la razón que justifique su presencia en la Junta de Gobierno del Centro?
7. Dado que el Centro pertenece a la Administración Pública, puede dar origen a recursos por la vía administrativa (al contar con facultades no estrictamente laborales), además de los jurisdiccionales, entorpeciendo y retardando la libertad sindical y la libre negociación colectiva. Gracias

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

al Centro vamos a iniciar el desarrollo del derecho administrativo del trabajo.

8. A pesar de que existe una tesis jurisprudencial que remite a los trabajadores de los organismos descentralizados al apartado A del artículo 123 constitucional (tesis 2ª./J. 180/2012), la Ley Orgánica del CFCyRL remite a sus trabajadores al apartado B del artículo 123 constitucional.
9. Si bien antes el registro sindical y de contratos colectivos era formalmente declarativo, pero realmente constitutivo, dado el control del Gobierno, ahora con la reforma el registro de sindicatos y contratos colectivos es eminentemente constitutivo. Un sindicato no existe y un contrato colectivo no es legítimo si no cuenta con el reconocimiento del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.
10. Por su parte, los Centros de Conciliación Locales creados por la reforma, al depender también del Poder Ejecutivo Estatal, pueden terminar realizando las mismas funciones de control político que hasta el día de hoy vienen desempeñando las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje.
11. Como se observa, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, puede realizar la misma labor de control sindical que desempeñaba la STPS, en materia de contratos-ley. Es decir, aquellos contratos que se firman a nivel de rama industrial (labor que hacía antes la Secretaría en comento, la va a hacer ahora el Centro). A pesar de que los sindicatos interesados hayan acreditado el requisito de mayoría (representen las dos terceras partes de los trabajadores sindicalizados, por lo menos, de una rama de la industria en una o varias entidades federativas, en una o más zonas económicas, que abarque una o más de dichas entidades o en

Desafíos de los MASC

todo el territorio nacional), previamente autorizados por el propio Centro. A juicio del Centro *si es oportuna y benéfica para la industria la celebración del contrato-ley, convocará a una convención a los sindicatos de trabajadores y a los patronos que puedan resultar afectados* (art. 409 de la LFT). No importa acreditar la mayoría en términos de la LFT, lo que finalmente importa es la opinión de la STPS. Además, que es la Secretaría quien conduce la negociación, no los interesados. Su labor de tutela parece más bien intervención.

El CFCyRL y los CLC tienen que reafirmar su autonomía inmediatamente que empiece a funcionar. De lo contrario, la viabilidad de su éxito puede correr riesgo. Desafortunadamente su Ley Orgánica no le ayuda mucho, dada su estructura tradicional, el carácter de facto que le han dado de desconcentrado, el control político al cual puede estar sujeto y la falta de un diseño de un modelo de conciliación laboral.

12. La manera apresurada de crear el CFCyRL, además de la clara influencia del modelo estadounidense de solución de conflictos, de registro de sindicatos y de validación de contratos colectivos, obedece a la necesidad de que el gobierno mexicano muestre que se encuentra en condiciones de ratificar el T-MEC. Si se hace una correlación a cada exigencia del gobierno de estados unidos en materia laboral, se puede encontrar una reacción del gobierno mexicano. Por ejemplo, ante las críticas del presupuesto insuficiente, se incrementaron los recursos para la implementación de la reforma laboral en el Presupuesto de Egresos de la Federación de 2020.

VII. EL NECESARIO PERFECCIONAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN

En nuestro país en la resolución de controversias se han privilegiado las vías jurisdiccionales, propio de los antecedentes europeos de nuestra tradición jurídica. Por el contrario, en los países de *Common Law*, particularmente en Estados Unidos los medios alternativos para la resolución de controversias han ocupado un papel preponderante.

Sin embargo, en materia laboral desde la Constitución de 1917 se buscaba darle un lugar preponderante a la conciliación y al arbitraje laboral. A pesar de la reforma constitucional de 2017 que transita la justicia laboral del Poder Ejecutivo al Poder Judicial, la conciliación laboral se mantuvo, ahora a través del CFCyRL. Se sigue apostando a los medios alternativos para la resolución de controversias, a pesar de que no forman parte de la raigambre mexicana para resolver disputas. De hecho, en materia laboral la etapa de conciliación siempre terminó siendo más bien una pregunta de mero trámite que se les hacía a los abogados en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, a pesar del impulso moderado que se les dio en 2012 con las reformas a la LFT.

De hecho, el país le ha apostado de manera general a los medios alternos de resolución de controversias. En nuestra nación, se sigue pensando aún que es una manera de reducir los tiempos para impartir justicia en caso de una controversia, toda vez que reduce la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, y disminuye también los costos de la impartición de justicia.¹⁷ Lo que explica la reforma constitucional de 2008 que hizo énfasis en los “medios alternativos de solución de controversias”, vía la reforma al artículo 17 de la Constitución:¹⁸

¹⁷ Marcos Aranda, Rafael, *La negociación y la mediación en los conflictos sociales*, España, Trama, 2005, p. 107.

¹⁸ En la exposición de motivos de la reforma se señala que: *Además de lo anterior, se comparte la idea de establecer mecanismos alternativos de solución de controversias que se traduzcan en una*

Desafíos de los MASC

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

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

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Sin embargo, uno de los principales motivos de su implementación tiene que ver con la necesidad de quitarle carga de trabajo a los órganos jurisdiccionales:

Al revisar los fundamentos y propósitos tenidos en cuenta para la incorporación en los sistemas de justicia de los MARC, constatamos que estos han sido incorporados por los diferentes países en el

garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, (entre otros la mediación, conciliación y arbitraje), permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; asimismo, servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho. (véase página 21 del Dictamen de Primera lectura de Senado del 13 de diciembre de 2007).

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

marco de los esfuerzos y programas oficiales de modernización de la justicia.

Los objetivos directos más expuestos entre los argumentos gubernamentales han sido la necesaria descongestión de los tribunales, la mayor celeridad en el conocimiento y resolución de las contiendas y el necesario mejoramiento del acceso a la justicia para las poblaciones.

En el ámbito de las organizaciones no gubernamentales (Universidades - Centros de Estudios Especializados - Organizaciones de Desarrollo - Organizaciones Asistenciales - Fundaciones) el propósito principal expuesto es el de mejorar el acceso a la Justicia y contribuir al mayor protagonismo ciudadano y a los esfuerzos de democratización.¹⁹

Una razón más burda, tiene que ver con la incompetencia de los órganos jurisdiccionales en la resolución de conflictos, así como la incompetencia, la corrupción, la lentitud, lo onerosa que resulta y la desconfianza hacia dichos órganos: “*en concreto, el recurso a los medios alternativos de solución de conflictos, se justifica ampliamente, además, por la impotencia funcional del sistema tradicional, reflejado en el alto nivel de insatisfacción y desconfianza de la comunidad en la administración de justicia.*” No implicando otra cosa, que la privatización de la justicia.²⁰ Aunque en el caso mexicano, la circunstancia es particular, puesto que es el mismo Estado que tiene una justicia lenta, corrupta, costosa y que genera desconfianza, la que se va a encargar de fomentar y encabezar los medios alternos de resolución de controversias. En

¹⁹ Consejo Permanente de la OEA, Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las recomendaciones de las reuniones de ministros de justicia o de ministros o procuradores generales de las américas, OEA/Ser.G, GE/REMJA/DOC.77/01 de 3 de diciembre de 2001.

²⁰ Jaramillo J. Carlos Ignacio, *Solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro*, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1998, p. 41. En cursivas en el original.

Desafíos de los MASC

el caso de la justicia laboral, el CFCyRL. El mismo Estado crítica su insuficiente y burocrática, justicia, creando mecanismos “diferentes” para resolver controversias dentro del propio Estado. La gran paradoja mexicana es que se sacó la justicia laboral del orden del Poder Ejecutivo para trasladarla al Poder Judicial y al mismo tiempo se estableció como obligatorio un medio alterno para la resolución de controversias, la conciliación, a través de un órgano del Poder Ejecutivo. La gran desilusión que puede ocurrir es que pareciera que cambiaron las cosas para quedar igual otra vez: un paso obligado para la justicia laboral, a través de la conciliación impartida nuevamente por el Poder Ejecutivo federal y Estatal.

El Estado establece una justicia alternativa obligatoria, controlada por el propio Estado. Estrictamente en materia de conciliación laboral, en el CFCyRL y los CLC existen una serie de interrogantes:

1. Si bien el CFCyRL y los CLC buscan fomentar la conciliación laboral prejudicial, lo cierto es que, si no se logra conciliar en el Centro de Conciliación, la conciliación no se cierra, puesto que puede continuar en la vía jurisdiccional. Lo cual, es buena noticia si se piensa que las partes en cualquier momento pueden buscar solucionar sus conflictos. Sin embargo, también es una mala noticia porque las partes no tienen incentivos o factores que motiven la conciliación judicial. Para el empleador, en el peor de los casos, si decide despreciar la vía no jurisdiccional, sólo se hace acreedor a una multa de \$8,500 pesos mexicanos.

Bajo esta tesitura ya hemos señalado que conservar la posibilidad de conciliar durante el juicio, puede llevar al CFCyRL, así como a los CLC a convertirse en grandes y costosos elefantes blancos de mero trámite, en donde las partes sólo van a acudir por su “acuse de recibo” que acredite que intentaron conciliar, sabiendo que tienen todo el juicio la-

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

boral para poder internarlo nuevamente en sede judicial. Desdibujando de esta manera el modelo planteado en la reforma constitucional de 2017. En el futuro como antaño, los abogados de las partes van a conciliar cuando consideren que van a perder en el juicio. El daño es enorme, en dos sentidos, se crea una enorme burocracia para conciliar, pero sin incentivos ni dientes para conminar a las partes a hacerlo y, por otro lado, a pesar de que en el país se litiga mucho, justo los acuerdos conciliatorios de último momento nos privan de criterios en materia de temas fundamentales, particularmente en materia de derecho individual del trabajo.

2. En el país van a existir una pluralidad de instancias para conciliar. Además del CFCyRL, se debe recordar que la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo y sus similares estatales, tienen entre sus funciones, justamente la de buscar la conciliación entre las partes. Al respecto no se ha señalado como van a trabajar en este tema.
3. El procedimiento de conciliación no aparece por ningún lado, por su importancia debería ocupar un papel central en el modelo del CFCyRL y de los CLC.
4. El CFCyRL, según establece la LFT tiene facultades para asesorar a los trabajadores, lo que impacta también con las funciones de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo y del Instituto Federal de la Defensoría Pública.
5. El CFCyRL, según establece en la LFT, tiene facultades para asesorar a los trabajadores que acuden al Centro. Sin embargo, a pesar de tratarse de un órgano no jurisdiccional, puede hacer que se conviertan en juez y parte y, en ese sentido dejar de guiarse por algunos de los principios que debe regir su actuar: la imparcialidad y la objetividad.

Desafíos de los MASC

6. Si bien existen fechas ciertas para que entren en función los Centros Locales de Conciliación, su operatividad dependerá de las posibilidades financieras de cada entidad federativa.
7. Además del costo del CFCyRL, en materia de registros de sindicatos y contratos colectivos, está destinado sólo para una población sindical, con datos del 2018, de aproximadamente el 8% (4,386,89) de la población económicamente activa del país (56,951,215).²¹ Sin considerar que la estadística contempla también a los trabajadores al servicio del Estado, que no son competencia del CFCYRL, pero que representan más del 50% de los trabajadores sindicalizados del país. Su productividad en ese sentido podría ser limitada, pero onerosa su operación.
8. Los Centros Locales de Conciliación, si siguen el modelo constitucional y legal federal para la designación de su presidente, puede originar que se conviertan en centros de control de los Poderes Ejecutivos Estatales. Aunque destaca el hecho que, en la integración de algunos de ellos, el tripartismo no desaparece, subsiste.
9. De igual manera al no haber definido qué se entiende por conciliación laboral, se puede caer en modelos heterogéneos en los Centros Locales de Conciliación, justo lo que pretendió evitar la reforma constitucional de 1929.
10. Quizás uno de los ejemplos que explica las limitaciones y deficiencias del Estado, es que el trabajador debe coadyuvar o incluso notificar en materia de conciliación. Con el argumento de acelerar la conciliación. Lo que implica reconocer *a priori* la lentitud en materia de notificaciones. El

²¹ Con datos del INEGI: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/tasa-de-sindicalizacion-derechos-sindicales-recepcion-del-derecho>

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

apoyo del trabajador al Estado nuevamente resulta paradójico, puesto que en lugar que el Estado apoye al trabajador, quien se es considerado tradicionalmente la parte más débil, es el trabajador quien debe apoyar al CFCyRL en la relación de las notificaciones.

11. La legislación arrastra incongruencias en materia de notificaciones. Por un lado, se dice que la primera notificación en materia de conciliación debe ser personal a través de un actuario y, por otro lado, se dice que el trabajador podrá notificar a la persona a quien se le solicite una conciliación, lo cual resulta ilógico.
12. Para acelerar el proceso de notificaciones se establece que al solicitante de una conciliación se le debe asignar un buzón electrónico. La finalidad si bien es positiva al permitir acelerar las notificaciones, ignora que de acuerdo con el INEGI en México hay 74.3 millones de usuarios de Internet de seis años o más y que hay 18.3 millones de hogares que disponen de Internet mediante conexión fija o móvil, 52.9% del total nacional.
13. En México los usuarios de computadora alcanzaron en 2018 los 50.8 millones, equivalentes al 45.0% del total de la población. Que la mayoría de las viviendas que no cuentan con acceso a internet, 16.4 millones de hogares, corresponde a la población con menores recursos. Además 49% de las viviendas que no tiene acceso a internet están concentradas en siete estados: Chiapas, Estado de México, Guadalajara, Jalisco, Oaxaca, Puebla y Veracruz. Por ejemplo, en Chiapas, sólo 25 de cada 100 hogares tiene acceso a internet y en Oaxaca 29 de cada 100 tiene acceso a internet. Además, según el INEGI en México 29.9 millones no cuentan con un teléfono celular. Además, el uso del internet es un fenó-

Desafíos de los MASC

meno urbano, puesto que el 73.1% del total de la población urbana son usuarios de este servicio. Lo que contrasta con el 40.6% de la población conectada en zonas rurales²².

14. En la LFT se establece que el conciliador debe formular una propuesta de contenido y alcances de un arreglo conciliatorio. Dicho actuar confunde el papel de conciliador a mediador. En lugar de promover el acercamiento de las partes para que ellas lleguen a un acuerdo, pareciera que debe sugerir una propuesta de solución, lo que lo coloca más en un papel de mediador que de conciliador.
15. El trabajador puede asistir personalmente o acompañado de una persona de su confianza o de un abogado de la Procuraduría Federal del Trabajo. Al respecto se debe tener cuidado que la persona de confianza no abra la puerta a una nueva industria del coyotaje, de “personas de confianza” dispuestas a “ayudar” a un trabajador. De igual manera, sin duda, los abogados de las procuradurías de la defensa del trabajo van a ser insuficientes en caso de que todos los trabajadores se quieran hacer acompañar de un abogado de dicho ente público.
16. Los términos tan cortos para resolver, notificar o citar a una nueva audiencia de conciliación, si bien loables, se ve difícil que en la práctica se puedan cumplir.
17. La interrupción de la prescripción para lograr un acuerdo conciliatorio puede ser parte de las estrategias legales de los trabajadores o de los empleadores para evitar que siga corriendo el tiempo y contar con por lo menos 45 días más de tiempo para preparar la estrategia legal.

²² INEGI, Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) 2018.

La conciliación laboral en el nuevo modelo de justicia laboral

18. La autoridad puede argüir la imposibilidad para notificar a la parte citada, para dar por terminada la instancia de conciliación. Puede ser un mecanismo a favor de la autoridad en caso de exceso de trabajo.
19. Partiendo del plan ideal que las conciliaciones laborales se puedan realizar y duren 45 días, queda de por medio la dificultad histórica que ha enfrentado la justicia laboral en materia de ejecución. De hecho, algunos países como Chile, si bien a través de los juicios monitorios o abreviados laborales, logran reducir los tiempos para resolver una controversia, tienen el gran problema de ejecutar sus sentencias, que puede implicar incluso dos años.
20. Existe cierta inocencia sobre las expectativas de conciliación que se van a lograr en el CFCyRL y en los CLC. Como ya se ha señalado, no es una práctica del litigio mexicano buscar la conciliación, antes de llegar a un órgano jurisdiccional. Además, como ya se anotó más arriba, no existen alicientes ni penalidades para promover la conciliación laboral, al contrario, se permite incluso durante el juicio.
21. Se olvida que los conflictos de seguridad social²³, más del 60% de los asuntos que se litigan actualmente en la JFCA no son objeto de conciliación. La reforma laboral de mayo de 2019 sólo señala en su artículo Décimo Noveno, relativo a la conclusión de conflictos de seguridad social, que los institutos de seguridad social deben adoptar las

²³ Los conflictos individuales de seguridad social son los que tienen por objeto reclamar el otorgamiento de prestaciones en dinero o en especie, derivadas de los diversos seguros que componen el régimen obligatorio del Seguro Social, organizado y administrado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, y de aquellas que conforme a la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, deban cubrir el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y las Administradoras de Fondos para el Retiro, así como las que resulten aplicables en virtud de contratos colectivos de trabajo o contratos-Ley que contengan beneficios en materia de seguridad social (art. 899-A de la LFT).

disposiciones administrativas necesarias para instaurar instancias internas para la autocomposición en los conflictos individuales de seguridad social. Situación que hoy en día no ha sucedido.

22. Se omite igualmente, el hecho de que son los entes públicos los que concentran el mayor número de litigios en la JFCA por prescripción legal no pueden conciliar o presupuestariamente están imposibilitados de conciliar. En la materia el artículo transitorio Décimo Octavo de la reforma laboral de mayo de 2019, además de reconocer el rezago existente en los entes públicos, señala que, los organismos y entidades públicas deberán establecer instancias internas de conciliación para concluir el rezago de juicios tramitados ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Procedimientos que requerirán reformas legales a sus ordenamientos y quizás lo más importante, suficiencia presupuestaria para estar en condiciones de conciliar.

Como se aprecia, el camino para recorrer de la conciliación laboral es largo y difícil. Requiere reformas legales y suficiencia presupuestaria. Como lo hemos señalado en otro momento, en materia de justicia laboral sólo se ven parte de los árboles, pero no todo el bosque. Además del necesario tránsito de la justicia laboral al Poder Judicial, se necesita de una poderosa administración de justicia: personal suficiente, recursos financieros, infraestructura, capacitación, uso de tecnologías, entre otros requerimientos. Esperemos que ahora sí, 100 años después del diseño de un modelo de justicia laboral en la Constitución de 1917, las buenas intenciones si den buenos resultados. No podemos salir de un modelo lento, deficiente y sujeto al control político a otro en donde el anhelado derecho de acceso a la justicia nuevamente se garantice formalmente, pero sea negado a la luz de los hechos.

CAPÍTULO TERCERO

LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR MEXICANA

NURIA GONZALEZ MARTÍN¹

SUMARIO. I. Introducción, II. MASC en la legislación familiar mexicana, III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) son herramientas coadyuvantes de la administración de justicia, que complementan al sistema de justicia tradicional con el objetivo de evitar, de inicio, la tensión generada en un proceso litigioso, buscando arreglos en pro de la convivencia pacífica². Una definición sencilla pero certera que perfila algo básico que incluso podría considerarse como una especie de vuelta al origen de los MASC como fuente natural de resolución de los conflictos³. Se traducen en una forma más directa,

¹ Doctora en Derecho Internacional Privado por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora Titular “C” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel III. Coordinadora del Proyecto editorial *Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia nacional*. Mediadora Certificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Asesora Externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Para la investigación de la presente contribución se agradece el apoyo de las becarias CONACyT, Claudia Ramos Pérez Olagaray y Victoria Rodríguez de Anda.

² González Martín, Nuria, “Un Acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos” en VVAA, *Sin derechos, exclusión y discriminación en el México actual*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, p. 103.

³ Redorta, Josep, “En torno a los métodos alternativos de solución de conflictos”, en *Memoria del foro regional: métodos alternativos de resolución de conflictos 'tendencias contemporáneas de la*

Desafíos de los MASC

fácil y eficaz de acercarse a la justicia por parte de la sociedad⁴, que posibilita una justicia más equitativa al no someterse a un proceso judicial que aplica estrictamente el derecho, en donde se aplican otros conocimientos y flexibilizan los procedimientos⁵.

En México, los MASC no son una novedad, pero tampoco lo es su regulación a nivel constitucional⁶ y local. En junio de 2008, la justicia alternativa vuelve a ser un derecho de todo ciudadano, en virtud de ese nuevo texto al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM),⁷ que establece que las leyes

mediación en sede judicial’, Morelia, Michoacán del 15 al 18 de mayo de 2006, PGR-UE, 2006, p. 21.

- ⁴ Cuéllar Vázquez, Angélica, *La justicia alternativa. Una mirada sociológica a la justicia restaurativa*, Tirant Humanidades, México, 2018, p. 62.

En torno a los pros y contras de los MASC y sus limitantes, ya que no todo es mediable, se subraya que no siempre son un mecanismo aplicable y en todos los ámbitos, véase Nava González, Wendolyn y Breceda Pérez, Jorge Antonio, “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la constitución mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 37, julio-diciembre 2017, p. 213.

- ⁵ Gorjón, Francisco y Steele, José, *Métodos alternos de solución de conflictos*, Oxford University Press, México, 2008, p. 3.

- ⁶ En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, su Título V Del poder judicial de la federación en su Sección VII. Reglas Generales a que se Sujetará en todos los Estados y Territorios de la Federación la Administración de Justicia, encontramos el antecedente de la justicia alternativa en el derecho constitucional mexicano. En particular en su Artículo 155, que estableció No se podrá entablar pleito alguno en lo civil ni en lo criminal sobre injurias sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación. <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1824.pdf>.

Véase, Hernández Mergoldd, Pacual; Bejarano Alfonso, Enriqueta; Navarrete Villarreal, Víctor Manuel y Garza Chávez, Juan Julio, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias en la historia constitucional de México”, *Revista. El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, D.F., agosto 2010, pp. 203 y ss.

- ⁷ Brena Sesma, Ingrid, Serna de la Garza, José María, González Alcántara Carrancá, Juan Luis y Ovalle Favela, José, “Mesa de trabajo. La reforma al artículo 17 constitucional. Los medios alternativos”, *Aspectos sociales, psicológicos y económicos de la queja médica; los medios alternativos en el marco constitucional y la rectoría del sector salud en la calidad de la atención médica, Memoria del Simposio 2012*, CONAMED, México, 2012, pp. 109 y ss, esp p. 125. Véase, Cabrera Dircio, Julio, *Estado y justicia alternativa. Reforma al artículo 17 constitucional*, México, Editorial Coyoacán, 2012.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.⁸ La reforma publicada el 15 de septiembre de 2017, al mismo artículo 17 constitucional, obliga a las autoridades a privilegiar la solución del conflicto sobre formalismos procedimentales, el impulso a los MASC, privilegiando la solución de conflictos por esta vía como un hecho.⁹

A través de dichas reformas constitucionales, se incorpora como un derecho de los gobernados la instrumentación y búsqueda de MASC, razón por la cual en el derecho positivo mexicano proliferan una diversidad de conceptos, tales como conciliación, mediación, arbitraje, justicia alterna, amigable composición, acuerdo entre partes, juntas de avenencia, negociaciones, entre otros.¹⁰

En este orden de ideas, es importante recordar también que México es una federación, dividida en 32 Entidades Federativas y prácticamente cada una tiene soberanía legislativa en un número importante de materias, entre las que destacamos la materia familiar, por el tema que nos atañe.

Como un ejemplo de la implementación de los MASC o justicia extrajudicial, en la Ciudad de México tenemos que en septiembre de 2003 se estableció el Centro de Justicia Alternativa dependiente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal¹¹ pero no fue hasta el 20 de diciembre de 2007 cuando se expidió la Ley de Justicia Al-

⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

⁹ Para visualizar un panorama de la mediación en México de manera general, recomendamos una contribución nuestra, con la debida consideración de la actualización necesaria, en González Martín, Nuria, "El ABC de la mediación en México", Vega Gómez, Juan (coord.), *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos. Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez*, México, IIJ-UNAM, 2014, pp. 203-245.

¹⁰ Díaz López de Falcó, Rosa María, *El Ombudsman de la Salud en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, *passim*.

¹¹ Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 2 de septiembre de 2003, que incluyen las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa.

Desafíos de los MASC

ternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la cual entró en vigor el 8 de marzo de 2008 y ello seguido de la mencionada reforma, de junio de 2008, al artículo 17 constitucional.

De esta manera, en cuanto a las leyes ordinarias de la Ciudad de México, la mediación encuentra sustento en: La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal; Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, el cual es la ley orgánica que tiene por objeto proveer en la esfera administrativa la ejecución y cumplimiento de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal y las demás disposiciones relativas a la mediación;¹²

el Código de Procedimientos Civiles para del Distrito Federal;¹³ el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal.¹⁴

¹² Artículo 1. Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Boletín Judicial No. 97, 27 de mayo de 2016.

¹³ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal con su última reforma de 18 de junio de 2018. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-ab814182c8da973b9fba2cabed6183b5.pdf>.

¹⁴ Véase las últimas reformas en *Gaceta Oficial del Distrito Federal* N° 1629, de 19 de junio de 2013. Decreto emitido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. VI Legislatura y en *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 8 de agosto de 2013, en relación con dichos cuerpos normativos: Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, artículos reformados 1, 2, 9, 14, 15, 18-20, 22-25, 27, 28, 32, 35, 36, 37 Bis, 37 Ter, 38-60; Código de Procedimientos Civiles, artículos reformados 42, 55, 137 Bis, 327, 426, 443, 444, 500 y 941. González Martín, Nuria y Navarrete Villarreal, Víctor M., “Comentarios a las reformas de 2013 en materia de mediación en el Distrito Federal”, TSJDF, México, 2014, pp. 165- 202. Pendientes aún del Proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y el Código de Comercio.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

Así mismo, tiene incidencia en la materia el Código Civil para el Distrito Federal, la Ley Registral del Distrito Federal¹⁵ y la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.¹⁶

Como vemos, salvo en la Constitución, no está prevista la mediación en el orden federal, no obstante, el 5 de febrero de 2017 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el “Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución, en materia de Mecanismos alternativos de solución de controversias”, iniciativa que fue presentada a fin de facultar al Congreso de la Unión, para expedir una ley general que establezca principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias para que los tres órdenes de gobierno tuvieran la posibilidad de implementar y facilitar el acceso a dichos mecanismos.¹⁷

De acuerdo con la iniciativa presentada y al Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (LGMASC) y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones al Código de Comercio, en materia

¹⁵ Ley registral del Distrito Federal, publicada el 21 de enero de 2011, su última reforma fue el 18 de diciembre de 2014. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-27a787604aeb14a7a5c1785ac8e6621c.pdf>.

¹⁶ A raíz de las reformas citadas, publicadas en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 19 de junio de 2013 y *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 8 de agosto de 2013, destacamos los artículos reformados de estos cuerpos normativos: Código Civil del Distrito Federal, artículos 287, 3,005, 3,043, 3,044; Ley registral del Distrito Federal, artículos 49 Bis y 79 y Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, artículos 61, 186 Bis 1, 186 Bis 5, su última reforma fue de 2 de junio de 2015, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-5e3d020a6a72b8aa0d75a5f7aee6f66f.pdf>.

González Martín, Nuria y Navarrete Villarreal, Víctor M., “Comentarios a las reformas de 2013 en materia de mediación en el Distrito Federal”, TSJDF, México, 2014, pp. 165- 202.

¹⁷ Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos de Solución Alternativa de Controversias. Publicada el 12 de diciembre de 2017. Ver en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/279886/INICIATIVA_DE_DECRETO_POR_EL_QUE_SE_EXPIDE_LA_LEY_GENERAL_DE_MECANISMOS_..pdf.

Desafíos de los MASC

de conciliación comercial;¹⁸ dicha Ley General tiene como objetivo homogenizar los MASC en todo el país, que sea de orden público y de observancia general en los tres órdenes de gobierno¹⁹. De igual forma, se establecen las finalidades y principios que deberán regir el uso o la prestación de servicios de los MASC, y establece la finalidad de que se proporcionen dichos servicios tanto el Poder Judicial de la Federación, como los poderes judiciales locales, así como instituciones privadas²⁰. Así mismo, dentro de las bases se establece que, con el fin de incentivar el uso de los MASC y en el caso de que el juez estime que, por la naturaleza del conflicto, éste sea susceptible de ser resuelto utilizando MASC, exhortará a las partes a que acudan a una sesión informativa para que éstas evalúen la posibilidad de resolver la controversia a través de los MASC.²¹

¹⁸ Publicación en la Gaceta del Senado, 30 de abril de 2018 del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones al Código de Comercio, en materia de conciliación comercial. Se aprobó por la Cámara de Diputados el 26 de abril de 2018 y se encuentra pendiente de discusión en la Cámara de Senadores.

http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/80918.

Por otro lado, véase en el ámbito internacional, lo concerniente a la solución de controversias comerciales, en el Convenio de Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación, conocido como Convenio de Singapur, previsto para su firma el 7 de agosto de 2019. Un tema complejo del mismo es la implementación de la no certificación de los mediadores que intervengan en este tipo de controversias comerciales internacionales.

¹⁹ Ver en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/279886/INICIATIVA_DE_DECRETO_POR_EL_QUE_SE_EXPIDE__LA_LEY_GENERAL_DE_MECANISMOS_...pdf.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*. Aquellos académicos y mediadores que estamos involucrados en grupos de trabajos conducentes al análisis del Proyecto de LGMASC y reformas al Código de Comercio en materia de conciliación mercantil, destacamos, en este momento, los artículos 6 de la LGMASC y 1390 Bis 35 del Código de Comercio, en donde “el juez **exhorta** a las partes a intentar...” mecanismos de solución de controversias. El debate de la obligatoriedad de esa primera sesión o el remitir a las partes para que desahoguen una primera audiencia es, pareciera, histórico pero no por ello menos importante sin que el motivo de una carga inminente en los centros de justicia alternativa, cuando se acude a la mediación pública, vaya en detrimento de los propios centros y en favor de la justicia tradicional, sino simple y llanamente hacia un verdadero acceso a la justicia, en donde no se exhorta sino que se remita como obligatoria esa primera sesión informativa.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

En México, la mediación en sede judicial -la cual es la más extendida- se practica desde 1998 cuando el Estado de Quintana Roo reformó su Constitución y sus leyes para introducirla²². A la fecha, operan 86 centros de mediación o centros de justicia alternativa en 31 entidades federativas,²³ con 31 leyes especiales para la utilización de estos medios de resolución de conflictos y centros de mediación –excepto Guerrero-.²⁴

Los mencionados centros dependen directamente de los estados, así como centros de mediación que funcionan dentro de las procuradurías de justicia estatales o incluso procuradurías, dependencias del sistema DIF, Desarrollo Integral de la Familia.²⁵ Sin embargo, existen casos en los cuales los centros de justicia alternativa dependen directamente de los municipios.²⁶

²² Aldana Ugarte, Gabriela, “Medios alternativos de solución de controversias: implementación en la administración de justicia local en México” en Fernández Fernández, Vicente (Coord.) *La impartición de justicia en México en el siglo XXI*, México, Porrúa-Tec de Monterrey, 2011, pp. 37 y ss.

²³ Según el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal, se cuenta con 86 centros de justicia alternativa a nivel nacional. Un caso de éxito lo ha constituido Guanajuato cuando en 2003 entró en funcionamiento su Centro de Justicia Alternativa con cinco sedes regionales y en 2005 consiguió un total de ocho sedes. Nava González, Wendolyn y Breceda Pérez, Jorge Antonio, “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la constitución mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*,... *op cit supra*, p. 205.

²⁴ Véase Anexo 1. Tabla enunciativa de cada legislación de justicia alternativa existente en cada una de las Entidades Federativas de la República mexicana.

²⁵ Saucedo Villeda, Brenda Judith y Martínez Pérez, Yahaira Berenice, “Los MASC desde el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en México”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, núm. 44, 2018, pp. 221 y ss.

²⁶ Gómez Fröde Carina X., “La Mediación en Materia Familiar”, *Revista de Derecho Privado*, edición especial 2012, pp. 165-179. Un panorama de la mediación en cada entidad federativa, pero actualizado hasta el 2009, lo podemos encontrar en Márquez Algara, María Guadalupe, “La nueva cara de la justicia en México: los medios alternativos de resolución de conflictos de las entidades federativas”, *De Jure. Revista de Investigación y Análisis*, Universidad de Colima, núm. 5, año 9, Tercera Época, Noviembre de 2010, pp. 65 y ss. Una actualización hasta el 2012, de la misma autora, en Márquez Algara, María Guadalupe, *Evaluación de la justicia alternativa*, Porrúa-Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2012, pp. 11-40 y en materia penal, Márquez

Desafíos de los MASC

Ante el panorama descrito y con dichos prolegómenos, presentamos en este capítulo la incorporación de los medios alternativos de solución de conflictos al derecho familiar mexicano, principios rectores, así como limitantes y aplicación tanto en la Ciudad de México como en los distintos estados de la república. Para llevar a cabo el análisis planteado, presentamos el marco teórico conceptual, propiamente en torno a la mediación familiar y de ahí derivamos las características de las mismas en México.

II. MASC EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR MEXICANA

En México, la manera de incorporar los MASC a la legislación familiar fue a través de la mediación.

Como apunte de inicio, queremos remarcar, por si fuera necesario, que la mediación forma parte de los denominados MASC o de los denominados, en el mundo anglosajón, *Alternative Dispute Resolution* (ADR), en donde destacan, igualmente, el arbitraje, la negociación y la conciliación, es decir, procedimientos de resolución de conflictos fuera de los tribunales.²⁷ Aunque por definición la mediación se considera un medio informal, frente a la formalidad de la justicia judicial tradicional, en la actualidad, no deberíamos dejar pasar que la mediación familiar debería considerarse como un elemento formal del proceso jurisdiccional, por contar con fundamento constitucional, en el caso mexicano, a través del citado artículo 17 constitucional.²⁸

Algara, María Guadalupe, *Mediación penal en México. Una visión hacia la justicia restaurativa*, Porrúa-Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2013, pp. 115 y ss.

²⁷ Dupla Marín, Teresa, “Parte I. Teoría de la mediación familiar” en Álvarez Torres, Manuel (Coord.) *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*, Edit. Dykinson. Colección Práctica de Mediación, Madrid, 2013, p. 10.

²⁸ Véase el excelente trabajo de Zaragoza Contreras, Laura Guadalupe y Macedo García, Héctor, “Hacia un nuevo modelo de justicia procesal familiar: una propuesta ante la demanda social mexicana”, *Lex Legibus*, Estado de México, Núm. 3, Octubre 2015, p. 85. Cuando los autores presentan sus comentarios en torno a un nuevo sistema de justicia familiar, no dudan en incluir a la mediación como elemento previo a la enunciación de la litis, ubicando perfectamente todas

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

En materia familiar, la mediación se dirige hacia las controversias que se deriven de las personas unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, o sin encontrarse en dicho supuesto, tengan hijos en común y en todo caso, las que surjan de las relaciones, ya sea por consanguinidad, afinidad o civil, respecto de terceros.²⁹ Son en estos contextos donde la mediación encuentra su razón de ser ya que incentiva prácticas de colaboración entre los miembros del grupo.³⁰

El concepto de la mediación familiar tiene diferentes variantes y éstas, a su vez, se perfilan un poco más dependiendo de si hablamos de mediaciones familiares en un contexto nacional o internacional.³¹

y cada una de las bondades que introduce la mediación y en donde se incluye como “beneficio adicional que “todos los jueces familiares tuvieran perfil de mediador”. Como sabemos la educación y formación continua, es parte de nuestros valores y obligaciones fundamentales como operadores de una sociedad que busca no solo acceso a la justicia sino la justicia que sea factible de cumplimiento y duradera en el tiempo.

²⁹ Mondragón Pedrero, Fabián, “Justicia Alternativa en Materias Civil, Mercantil y Familiar”, en Ferrer Mc-Gregor Eduardo (Coord.), *Procesamiento Científico, Tendencias Contemporáneas, Memoria del XI Curso Anual de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p. 110.

³⁰ Hernández García, Cilia María y Rosa Rodríguez, Paola Iliana de la, “Justicia alternativa y el fortalecimiento de los vínculos familiares. Una mirada a la mediación familiar en Argentina y México”, *Dike. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*, México, Año 8, Núm. 16, octubre 2014- marzo 2015, p. 72.

³¹ En el presente capítulo decidimos no incluir la mediación familiar internacional, por cuestiones de tiempo y espacio, pero no debemos dejar pasar por alto la urgente necesidad de atender mediaciones de esta naturaleza por el interés superior de la niñez, fundamentalmente. Tenemos normativa nacional e internacional sobre la materia, redes nacionales e internacionales de jueces dedicadas a la protección de la niñez y la imperiosa necesidad de actuar desde la teoría y la práctica, la docencia y la investigación en la materia internacional que involucra a la familia, la niñez y la mediación. En lo personal nos hemos dedicado, en los últimos años, a la creación de un programa binacional México-Estados Unidos en materia de mediación familiar internacional en casos de sustracción internacional parental de menores, así como a la certificación de mediadores públicos como mediadores familiares internacionales a través del servicio que damos desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Algunos de nuestros últimos trabajos al respecto pueden verse en González Martín, Nuria, “International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview”, *Family Law Quarterly*, vol. 48, Issue 2, Summer 2014, pp. 319-350 o González Martín, Nuria, “Sustracción internacional parental de menores y mediación”, *Derecho familiar internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké – Universidad del Rosario, 2014, pp. 883-965, entre otros.

Desafíos de los MASC

En general, se puede concebir dicha mediación familiar como “una intervención en un conflicto o una negociación por parte de una tercera persona aceptable a las partes, imparcial y neutral, sin ningún poder de decisión y que pretende ayudarles a que ellos mismos desarrollen un acuerdo viable, satisfactorio y capaz de responder a las necesidades de todos los miembros de una familia, en particular las de los hijos e hijas”.³²

Para Ovalle Favela, la función de este tercero puede limitarse a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes, para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. En este caso, el tercero será simplemente un mediador, que hace posibles las condiciones para que las partes intercambien sus puntos de vista sobre el litigio e invitarlas para que lleguen a un acuerdo, hace propicia la solución. A la función que desempeña este tercero se denomina mediación,³³ puntualizando que en la mediación, las partes conservan plenamente el poder de decisión sobre la solución de conflictos.³⁴

Igualmente, la mediación familiar se puede concebir como una medida de apoyo a la familia, un método de solución de conflictos, que trata de evitar -en la medida de lo posible y sin que se dejen de garantizar

En paralelo con lo anteriormente apuntado, no olvidemos, igualmente, la repercusión que tiene los cambios profundos por los que atraviesa la familia, en la concepción de nuevas estructuras familiares que han producido modificaciones no solo de forma sino estructurales. González Martín, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística” en Carbonell, José, Carbonell, Miguel, González Martín, Nuria, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, 2012.

En general y relacionado con la mediación familiar en México, véase, García-Longoria y Serrano, María Paz, “Capítulo III. Actualidad de la mediación familiar en España y México”, en Gorjón Gómez, Francisco y López Peláez, Antonio (Coords.), *Estado del arte de la mediación*, Aranzadi-UANL, 2013, pp. 83-89.

³² Romero Navarro, Fernando “La Mediación Familiar”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Palma, 2005. p. 35.

³³ Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 4ª. ed., México, Oxford University Press, 1998, p. 23.

³⁴ Herrera Trejo, Sergio, *La mediación en México*, México, FUNDAP, 2001, p. 25.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

los derechos reconocidos en la legislación civil a los miembros de la familia- el deterioro o agravamiento de los conflictos familiares, proveyendo a sus integrantes de elementos y herramientas para la pacífica resolución de los mismos y evitar la desintegración de la familia.³⁵

Por lo tanto, podemos concluir que la mediación familiar es un método alternativo de solución de conflictos, en el cual las partes involucradas en una controversia de familia deciden, de manera voluntaria, aceptar la intervención de un tercero neutral e imparcial. Dicho tercero tiene como función, asistir a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo pleno, viable y duradero. Se construyen puentes entre los parientes, generando la capacidad de obtener acuerdos con las características descritas.³⁶

El rol del mediador se centra en las necesidades del sistema familiar, en cuanto promueve el ejercicio de nuevos roles paterno-filiales y concentra su interés en las necesidades de los padres e hijos. Por lo tanto, la mediación familiar representa una nueva visión de resolver los conflictos conyugales y sus discrepancias de una forma más humana en donde se verificará que el acuerdo convenido por los mediados tiene el objetivo, más que nunca, de ser factible de cumplimiento y duradero en el tiempo, dado el factor “atemporal” de la familia y su esencia, apuntando, cuando hay menos involucrados, siempre en el interés superior de la minoridad.

³⁵ Pérez Contreras, María de Montserrat, “Mediación familiar en el Distrito Federal. Un acercamiento al procedimiento y a su regulación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número conmemorativo, sexagésimo aniversario, 2008, pp. 933-958.

³⁶ Hernández García, Cilia María y Rosa Rodríguez, Paola Iliana de la, “Justicia alternativa y el fortalecimiento de los vínculos familiares. Una mirada a la mediación familiar en Argentina y México”, *Dike. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, op. cit. supra, p. 86.

1. Mediación familiar en la Ciudad de México

a) ¿Dónde acudir para mediar?

La figura de la mediación en el Centro de Justicia Alternativa en la Ciudad de México depende del Tribunal Superior de Justicia de esta misma entidad, dentro del cual existe la Dirección de Mediación Familiar, desde 2003, como una unidad administrativa del Centro. Su procedimiento se basa, en primer término, en realizar una selección cuidadosa de casos que son vinculados al Centro de Justicia, con el objeto de enfocar las directrices hacia los asuntos que sean susceptibles de resolverse a través de esta vía.³⁷

El artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en el Título V, relativo a los actos prejudiciales y con relación a la separación de personas como acto prejudicial prevé lo siguiente:

El que intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge o concubino podrá solicitar por escrito al juez de lo familiar su separación del hogar común o acudir al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El Centro de Justicia Alternativa atenderá a las partes siempre y cuando no exista violencia familiar, en cuyo caso se abstendrá de intervenir, haciéndolo del conocimiento del C. Agente del Ministerio Público tratándose de menores.

Para el caso de violencia entre las partes se dará vista al Sistema de Auxilio a Víctimas, para los efectos correspondientes de conformidad con la Ley de Atención a Víctimas del Delito del Distrito Federal.

³⁷ Perea Valadez, María Clementina, "Matrimonio, Divorcio y Medios alternativos de solución de conflictos" en Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.) *Panorama Internacional de Derecho de Familia, Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, Tomo I, Universidad Autónoma de México, México, 2006.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

El mediador facilitará la solución del conflicto entre las partes teniendo como principio de sus actuaciones el interés superior del menor, en especial las obligaciones de crianza.

En el convenio, el mediador deberá promover que se garantice el bienestar, la seguridad física y mental de los hijos menores de edad, así como el derecho que les asiste de convivir con el progenitor que no vive con ellos. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el juez de lo Familiar en la vía de apremio.³⁸

b) ¿Entre quiénes y qué se media?

Por otra parte, según el artículo 61 del Reglamento interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, se consideran conflictos, y por tanto objetos de mediación familiar, una serie de supuestos:

- I. Para solucionar conflictos surgidos entre personas que tengan hijos en común o que estén unidos en matrimonio o concubinato:*
 - a) Por las crisis de la convivencia, para alcanzar los acuerdos necesarios que puedan evitarles llegar a la iniciación de cualquier proceso judicial;*
 - b) Con motivo de la modificación o terminación del régimen patrimonial a que esté sujeto su matrimonio;*
 - c) Para concretar los términos del convenio, en los casos de divorcio o separación, que regirá durante la tramitación de éstos y después de acaecidos los mismos;*

³⁸ Artículo 205, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Desafíos de los MASC

- d) *Con el objeto de modificar las medidas establecidas por sentencia dictada por juez familiar en los casos de circunstancias supervenientes;*
 - e) *Con la finalidad de establecer la forma de dar cumplimiento a las sentencias;*
 - f) *Para acordar cuestiones referentes a personas económicamente dependientes de la pareja, relativas a compensaciones o pensiones alimenticias, así como a su cuidado;*
 - g) *En los conflictos que surgen respecto del ejercicio de la patria potestad y la tutela; tratándose de acordar cuestiones referentes a los hijos comunes, los adoptados, los reconocidos menores de edad o los discapacitados, u otros económicamente dependientes; en casos de sustracción de menores, nacionales o internacionales, la mediación procederá siempre que exista petición expresa al Centro por parte de la autoridad competente, y*
 - h) *Tratándose de diferencias que afronten con motivo de la guarda y custodia de los hijos menos de edad o de la regulación del régimen de convivencias, al tenor de lo dispuesto por el artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y*
- II. *En los conflictos surgidos entre personas unidas por el parentesco o entre éstas y terceros:*
- a) *Por razón de alimentos entre parientes o de instituciones tutelares;*
 - b) *Por cuestiones patrimoniales derivadas de los juicios sucesorios, testamentarios o intestamentarios, y*
 - c) *Por cuestiones derivadas de la gestión oficiosa, filiación, adopción, tutela, o curatela, guarda, custodia y convivencia.*

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

Si bien es cierto que hay supuestos en los que no se aconseja mediar en materia familiar³⁹ y de ahí la contraindicación cuando un miembro de la pareja no ejerza control sobre su voluntad y, por ende, son incapaces de asumir compromisos por sí mismos o el tema de la violencia doméstica. Este último supuesto, amerita un análisis profundo y serio no solo porque pareciera haber un vacío legal en el ámbito de la mediación, sino porque puede redundar en una doble victimización cuando de lo que se trata es de integrar estos casos a la mediación, por parte de profesionales formados específicamente en la materia. Aunado a lo anterior, es importante subrayar que en materia familiar se media mucha violencia, pero con rótulos diferentes, como por ejemplo al mediar una pensión alimenticia a veces se media violencia económica, ello sin entrar en la dicotomía de aquellas relaciones con violencia y relaciones de violencia.

Si bien es cierto que en México, en general en materia familiar, la violencia es una imposibilidad para continuar con el proceso si el caso se hace vigente en el transcurso del proceso de mediación, y ello es porque constituye un delito en flagrancia y las partes no se encuentran en igualdad de condiciones, ni siquiera anímicas, para continuar con un proceso en el que la voluntad es todo. Como decimos, habrá que valorar qué manifestaciones de violencia son mediables y cuáles ni siquiera es recomendable mediar y todo en función, una vez

³⁹ Artículo 10, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango, Congreso del Estado de Durango, Durango, 2009, Disponible en: <http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/LEY%20DE%20JUSTICIA%20ALTERNATIVA.pdf>; Artículo 41 Bis, Ley de Métodos Alternos de Solución de Controversias, Congreso del Estado de Coahuila, Coahuila, 2005, Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/coahuila-ley-de-metodos-alternos-de-solucion-de-controversias.pdf>; Artículo 12, Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Sonora, Congreso de Sonora, Sonora, 2008, Disponible en: <http://contraloria.sonora.gob.mx/ciudadanos/compendio-legislativo-basico/compendio-legislativo-basico-estatal/leyes/342--257/file.html>; Artículo 29, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Hidalgo, Congreso de Hidalgo, Hidalgo, 2008, Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/hidalgo-ley-de-justicia-alternativa.pdf>.

Desafíos de los MASC

más, del caso concreto, de la formación del mediador o de su equipo multidisciplinar.

Por último, expresar que los jueces civiles y familiares pueden, exhortar a las partes a que acudan a mediación, desde las reformas de julio y agosto de 2013 y con la inminente LGMASC. Es responsabilidad de las partes notificar al juez que están intentando arreglar su conflicto a través de la mediación, para que se suspenda el procedimiento judicial. Lo anterior no implica que haya una denegación de justicia, pues todo el procedimiento se suspende y quedan a salvo los derechos para ser litigados posteriormente en juicio, si la mediación no prospera con un acuerdo⁴⁰.

A través de este mecanismo de solución de conflictos se busca mediar sobre aquellas situaciones de conflicto que por obvias razones generan dificultades, las cuales llegan a bloquear precisamente los procesos de acuerdos de la unidad familiar⁴¹. Como decimos, dichas controversias pueden ser conflictos entre hermanos, conflictos sucesorios, conflictos entre padres e hijos adoptivos, conflictos entre cónyuges, conflictos entre padres e hijos, entre otros tantos.

La misma naturaleza procesal de la mediación, como un mecanismo extrajudicial que favorece las soluciones pactadas en un marco de soluciones pacíficas de conflictos, y de ahí las mismas reglas de operación del Centro de Justicia Alternativa, establecen que la mediación, de conformidad con este ordenamiento, es independiente a la jurisdicción ordinaria y tiene como propósito auxiliarla⁴².

⁴⁰ González Martín, Nuria, “El ABC de la mediación en México”, Vega Gómez, Juan (coord.), *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos. Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez...*, op. cit. supra, p. 232.

⁴¹ Romero Navarro, Fernando “La Mediación Familiar” Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Palma, 2005. pp. 39-40.

⁴² Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, última reforma 20 de agosto de 2015.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

c) ¿Quiénes son las partes en un procedimiento de mediación?

Por lo que se refiere a las partes en un procedimiento de mediación tenemos, por un lado, los mediados, es decir, aquellas personas involucradas directamente en un conflicto, en este caso de naturaleza familiar, y que buscan resolverlo conciliando intereses y necesidades.⁴³ La regulación de la Ciudad de México en materia de mediación familiar establece:

*El procedimiento de mediación familiar tendrá por objeto solucionar o prevenir conflictos que se susciten derivados de las relaciones entre las personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato o, aun cuando no se encuentren en dichos supuestos, tengan hijos en común; entre personas unidas por algún lazo de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil; así como los que surjan de esas relaciones con terceros, así como por sucesiones testamentarias e intestamentarias.*⁴⁴

Por otro lado, el mediador o mediadora, es decir, aquel que por su actividad y los fines que se buscan de la misma, requiere de ser un profesional ético, mantener una actitud empática con los mediados, mantener una actitud imparcial, no presentarse como una figura de autoridad y de decisión, ser creativo y generar confianza, tener facilidad para ser un buen interlocutor y facilitar la comunicación entre los mediados.⁴⁵

⁴³ Pérez Contreras, María de Montserrat, “Mediación familiar en el Distrito Federal. Un acercamiento al procedimiento y a su regulación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número conmemorativo, sexagésimo aniversario, 2008, pp. 933-958.

⁴⁴ Artículo 60, “Reglamento interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.”, *Boletín Judicial*, No. 97, 27 de mayo de 2016.

⁴⁵ Pérez Contreras, María de Montserrat, “Mediación familiar en el Distrito Federal. Un acercamiento al procedimiento y a su regulación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, op. cit. *supra*.

Desafíos de los MASC

La legislación impone al mediador determinadas obligaciones, como realizar las actividades y funciones que le estipulan la ley; efectuar en forma clara, ordenada y transparente las actuaciones que les impone la mediación, a partir de sus principios rectores.⁴⁶

Un mediador que tiene la obligación de cuidar que los mediados participen de manera voluntaria, exentos de coacciones o de influencia alguna y de que libremente tomen sus propias decisiones para lograr acuerdos satisfactorios. Deben conducir el procedimiento con equidad, asegurándose que los acuerdos a los que lleguen los mediados estén apegados a la legalidad y sobre la base de la buena fe. Finalmente, el mediador tiene el deber de evitar influir en los mediados para acudir, permanecer o retirarse del proceso de mediación.

Al ser un procedimiento que busca soluciones específicas, es una vía con objetivos establecidos, razón por la cual el mediador estará obligado a dirigir la mediación, abordando la problemática planteada por los mediados, siempre respetando el carácter restringido de su actividad.

La legislación también contempla la facultad del mediador de dar concluida la mediación cuando exista falta de respeto a las Reglas para conducirse en la mediación por parte de alguno o ambos de los mediados, cuando exista falta de colaboración en uno o ambos mediados, cuando advierta que uno o ambos mediados faltan a más de dos sesiones consecutivas, sin justificación. Así como cuando la mediación se vuelva inútil o infructuosa para la finalidad perseguida o cuando alguno de los mediados o ambos lo soliciten.⁴⁷

⁴⁶ Artículo 21, Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, última reforma 20 de agosto de 2015.

⁴⁷ Artículo 21, Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, última reforma 20 de agosto de 2015.

d) Principios que rigen a la mediación familiar

Los principios se conciben como elementos fundamentales del procedimiento, importantes para la eficacia y eficiencia en el desarrollo de la mediación, contemplados en la legislación⁴⁸ y se pueden enunciar de la siguiente manera:

- I. *Voluntariedad: La participación en la mediación debe ser por propia decisión, libre y auténtica.*
- II. *Confidencialidad: La información generada por las partes durante la mediación no podrá ser divulgada.*
- II. *Flexibilidad: La mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados.*
- IV. *Neutralidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta exenta de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto de los mediados, que puedan influir en la toma de decisiones.*
- V. *Imparcialidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados.*
- VI. *Equidad: Los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios.*
- VII. *Legalidad: La mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres.*

⁴⁸ Un panorama general sobre los principios en diversas leyes de justicia alternativa de las entidades federativas lo encontramos en Cornelio Landero, Egle, *Mediación. Mecanismo para la solución de conflictos laborales en México. Horizontalidad de la justicia*, Porrúa, México, 2017, pp. 22-36.

*VIII. Economía: El procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal.*⁴⁹

El artículo 8 del Proyecto de LGMASC y la propuesta de reforma del artículo 1503 del código de comercio⁵⁰ mencionado en páginas arriba, tienen la misma enumeración de principios, en donde el principio de economía es el único que no es compartido en ambos sin que ello constituya un debate *per se*, más bien el tema, muy discutible, es acerca de la pertinencia de mantener los principios en el articulado de ambos cuerpos legislativos. Hay un sector que sostiene que la exhaustividad en la enunciación puede generar cierta ambigüedad en la interpretación y cumplimiento de los mismos y, por ende, ser materia de litigio con posterioridad al convenio acordado. No compartimos necesariamente esta opinión dado que lo concebimos como líneas de conducta básicas, principios rectores que desde la legislación debe quedar patente y claro para proyectar su respeto; la exhaustividad o no del mismo no debe generar ningún inconveniente al respecto.

¿Existen límites en la mediación familiar?

El mismo artículo 8 de la Ley Justicia Alternativa establece que sólo serán objeto de la mediación aquellos conflictos cuyos derechos en disputa se encuentren dentro de la libre disposición de los mediados.

Como se puede desprender del artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles citado en líneas anteriores, existen limitantes materiales para acudir a la mediación familiar, por ejemplo, los ascendientes y los tutores no pueden transigir en nombre de las personas que tienen bajo su potestad o su guarda, a no ser que la transacción sea necesaria o útil para los intereses de los incapacitados y previa au-

⁴⁹ Artículo 8 Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, última reforma 20 de agosto de 2015.

⁵⁰ Consultado en: http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/80918.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

torización judicial. Tampoco se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio; así como el derecho a percibir alimentos. Además, los legisladores determinaron excluir a la mediación si existen conductas de violencia intrafamiliar entre las partes,⁵¹ un tema al que ya hicimos referencia en las páginas precedentes.

En definitiva, tiene como límites lo que señale su *lex fori*, lo cual generalmente comprende lo que la ley establece como derechos irrenunciables, por ejemplo, el derecho a alimentos o resoluciones que competen a la jurisdicción emitir, por ejemplo, la declaración de divorcio. Además, como vimos en el apartado relativo a los principios, tampoco puede mediar conflictos que atenten contra el orden público y que tengan que ser denunciados.⁵²

Es importante considerar que los acuerdos alcanzados en una mediación familiar son muy complejos, debido a que implican planes a largo plazo. Así mismo, aunque no sean parte del conflicto, generalmente suelen involucrar a terceros, como a los hijos o distintos miembros de la familia; razón por la cual, gran parte de las actuaciones en una mediación familiar se encuentran principalmente relacionadas con la “reducción de los posibles daños de la separación en los hijos y el mantenimiento de las responsabilidades parentales”.⁵³

⁵¹ Gómez Fröde Carina X., “La Mediación en Materia Familiar”, *Revista de Derecho Privado*, edición especial 2012, pp. 165-179.

⁵² Fierro Ferráez, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, CIDE- Oxford, 2010, p. 111.

⁵³ Romero Navarro, Fernando “La Mediación Familiar”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Palma, 2005. p. 41

e) El procedimiento en la mediación familiar⁵⁴

Las personas que requieran el servicio podrán acudir al centro mediante carta, telegrama, fax o correo electrónico, así como en forma oral. En la solicitud que realicen deberán contener sus datos generales, la localización del solicitante y las del invitado. Podrán acudir las personas involucradas en el conflicto o en forma individual, en este último caso se le solicita “al invitado” que acuda a la cita que el centro les proporciona a las partes para que acudan a resolver sus problemáticas a través de las sesiones que realicen en el centro, la invitación podrá realizarse dos veces y en caso de que no acuda el “invitado” a la segunda cita, se tendrá por fallida la alternativa de solucionar el conflicto a través del procedimiento de mediación.⁵⁵

Una vez que acudan al centro de mediación, los involucrados tendrán la oportunidad de exponer por separado y en forma breve, el asunto controvertido. Así mismo, se les comunicará si, en términos de lo dispuesto por el reglamento, el conflicto planteado es atendible en el Centro.⁵⁶

⁵⁴ En torno al caso particular del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, de acuerdo a su metodología y disposiciones legales, en cuanto a los pasos a seguir para acudir al mismo, véase Anguiano González, Antonio, “Validez de la mediación para solucionar los conflictos (Una forma diferente de abordar la justicia y el derecho)”, *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, Núm. 2, Abril 2009, pp. 191 y ss; Rodríguez Santibañez, Iliana, “La mediación como medio de resolución en conflictos familiares” en Sosa Morato, Beatriz E., y Rabasa Gamboa, Emilio, *Problemas actuales del derecho privado mexicano*, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, México, 2005, pp. 30-32. Las etapas del procedimiento, propiamente dicho, las manejaremos en el apartado correspondiente a las Entidades Federativas en la segunda parte de este capítulo.

⁵⁵ Perea Valadez, María Clementina, “Matrimonio, Divorcio y Medios alternativos de solución de conflictos”, Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.), *Panorama Internacional de Derecho de Familia, Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, Tomo I, Universidad Autónoma de México, México, 2006. p. 231.

Véase, artículo 39 “Reglamento interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.”, *Boletín Judicial*, No. 97, 27 de mayo de 2016.

⁵⁶ *Ibidem*. Artículo 37.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

Posteriormente, los solicitantes deberán manifestar por escrito su voluntad de participar en el procedimiento de mediación, dicho documento se integrará al expediente que al respecto se abra.⁵⁷

Al momento en que los mediados sepan la fecha y hora de la cita para la sesión inicial, se les hará saber el nombre del mediador o facilitador que conducirá el procedimiento quien será, preferentemente, el mismo que realizó la premediación o, en su defecto, el mediador o facilitador que corresponda en turno.

*El mediador asignado, recibirá el expediente y tendrá obligación de emitir, dentro de los cinco días hábiles siguientes, su aceptación a través de la suscripción del escrito de autonomía, o de excusarse de conducir el procedimiento, por tener impedimento; en cuyo caso, deberá asignarse el asunto al siguiente mediador conforme a lo previsto en el presente Reglamento, y efectuarse los registros conducentes; el cambio de mediador o facilitador se hará del conocimiento de los mediados.*⁵⁸

Una vez que el procedimiento de mediación se encuentra abierto, el mediador deberá presentarse y hacer una breve reseña de sus calificaciones, usando un lenguaje sencillo y sin palabras técnicas. Luego procederá a identificar las partes y sus abogados, en su caso, usando los nombres completos de cada persona. Las partes deben acceder por propia voluntad, sin imposición, a la mediación, saber de los límites del proceso, el mediador debe presentar el proceso para que las partes sepan exactamente en qué consiste, que la finalidad no es resolver sino abrir la comunicación. Así mismo, durante la primera sesión, el mediador deberá recordar a los mediados la importancia del principio de confidencialidad, por lo que celebrará con ellos el convenio de confidencialidad.⁵⁹

⁵⁷ *Ibidem*. Artículo 38.

⁵⁸ *Ibidem*. Artículo 43.

⁵⁹ *Ibidem*. Artículo 45.

Desafíos de los MASC

El procedimiento de mediación tiene una duración limitada dependiendo de la complejidad de los temas, sin embargo, no podrá exceder de cinco sesiones, salvo que se considere necesario, a lo cual no podrá exceder otras cinco sesiones.⁶⁰

Finalmente, la mediación podrá terminar por decisión de los mediados, al haber construido acuerdos sobre la totalidad o parte de los puntos litigiosos del conflicto, o si conjunta o separadamente, no tienen interés o la posibilidad de continuar en el procedimiento. Así mismo, el mediador tiene la facultad de dar por terminado el procedimiento cuando se actualicen cualquiera de los supuestos descritos en el artículo 21 de la Ley: a) Cuando exista falta de respeto por las reglas para conducirse en la mediación, por parte de uno o ambos mediados; b) Cuando exista falta de colaboración en uno o ambos mediados; c) Cuando uno o ambos mediados falten a dos sesiones consecutivas sin justificación o, uno de ellos a tres sesiones sucesivas sin causa justificada; d) Cuando la mediación se vuelva inútil o infructuosa para la finalidad perseguida; y, e) Cuando alguno de los mediados o ambos lo soliciten.⁶¹

2. La mediación familiar en las entidades federativas

Una vez realizada la exposición de las reglas básicas que cubren a la mediación familiar en la Ciudad de México, en el Anexo 1 se presenta una tabla enunciativa de cada legislación de justicia alternativa existente en cada una de las entidades federativas de la República Mexicana, donde podremos apreciar aspectos diversos desde su nombre, entrada en vigencia, si existe una institución pública para la mediación en el estado, si la legislación contempla la prestación de los servicios

⁶⁰ *Ibidem*. Artículo 48.

⁶¹ *Ibidem*. Artículo 52.

Artículo 21 Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, última reforma 20 de agosto de 2015.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

de mediación por instituciones privadas y en qué entidad federativa se contempla la mediación familiar.

Con dicha información y con el abordaje de las particularidades de las legislaciones de justicia alternativa estatales, elaboramos una síntesis de los rasgos esenciales del proceso de mediación familiar, como resultado de un análisis comprensivo de todas las legislaciones antes mencionadas y, en casos que así lo ameriten, haremos mención expresa de particularidades de ciertos estados que nos pueden diversificar y ampliar nuestro conocimiento dentro del contexto temporal en el que se creó la ley, así como un análisis de las posibles vertientes en la intención del legislador en comparación con los principios de la mediación familiar que se abordaron anteriormente.

Como se desprende de la tabla, Anexo 1, no todas las legislaciones estatales contienen expresamente la mediación familiar como un proceso especial, por lo que para cumplir con el objetivo mencionado, expondremos el estudio de los elementos básicos comunes a todas estas legislaciones dando especial atención en el procedimiento de mediación, sus partes, así como sus derechos y obligaciones.⁶²

a) Procedimiento de Mediación

A lo largo del análisis de las legislaciones estatales, podemos percibir que a pesar de la diferencia de estilos de los legisladores e incluso los posibles tonos políticos que permean las leyes, el procedimiento de mediación es esencialmente común comparándolos entre sí y con el procedimiento de la Ciudad de México, alineándose con los elementos aceptados en otros contextos.

⁶² Para un panorama similar en torno a España, véase Duplá Marín, María Teresa (Coord.) *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la normativa autónoma*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, España, p. 441. Véase Anexo 2. Enlaces legislación mexicana en materia de mediación, en donde se detallan todas y cada una de las leyes de justicia alternativa de la República mexicana.

La mediación comienza de manera voluntaria por algún interesado en instaurar este procedimiento, para ejemplificar, en el Estado de Guanajuato, en el artículo 7 de la Ley de Justicia Alternativa, define a la mediación como el trámite iniciado a petición de uno de los interesados y aceptado voluntariamente por el otro, a través del cual uno o más mediadores intervienen para facilitar la comunicación directa, respetuosa y confidencial entre las personas en controversia, con el propósito de que éstas lleguen por sí a un acuerdo voluntario que le ponga fin.⁶³

Antes del inicio formal de la Mediación, se establece una *etapa previa*, que identificaremos como *premediación*. Esta sesión es grupal, por lo que todos los participantes deben estar presentes. El mediador se presenta ante los participantes y éstos con el mediador. Su objetivo es que el mediador instruya en el proceso de la mediación a los participantes y aclare cualquier duda que éstos tengan al respecto.

Posteriormente, ya sea en sesiones individuales o con todas las partes del procedimiento, se da inicio a las etapas siguientes:

I. Inicial:

Después de un previo encuentro entre el mediador y sus mediados, el primero les da conocimiento a los segundos de las reglas de la mediación y del convenio de confidencialidad para su firma. Posteriormente, se les deberá indicar a las partes las formas posibles por las cuales este proceso pudiera llegar a su fin, de igual manera el mediador, deberá recabar una narración bastante concisa del conflicto de las partes. En algunos estados, este es el momento en donde se

⁶³ Artículo 7, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato, Congreso del Estado de Guanajuato, Guanajuato, 2003, Disponible en: https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/ley/pdf/36/LEY_DE_JUSTICIA_ALTERNATIVA_DEL_ESTADO_DE_GUANAJUATO.pdf

puede construir la agenda para el cómodo cumplimiento de las sesiones por las partes,⁶⁴ tomando en cuenta las posibles complejidades del asunto y la *mediabilidad* del mismo.⁶⁵

II. Análisis del caso:

En esta etapa, el objetivo principal es la identificación de los puntos en conflicto, y el reconocimiento de la corresponsabilidad. El mediador tiene como tarea la identificación de los intereses controvertidos y de las necesidades reales generadoras del conflicto, en todo momento dando una atención del aspecto emocional de los mediados. En caso de ser necesario, la agenda podrá ser modificada de común acuerdo.

En ciertos Estados, como en San Luis Potosí, Tlaxcala o Zacatecas, en caso de ser necesario, se podrán invocar las opiniones de peritos expertos para hacer un estudio comprensivo y profesional del conflicto. En dicho caso se podrá suspender el procedimiento hasta que el dictamen del profesional sea proporcionado y estudiado por el mediador;

⁶⁴ Entre otros, véase artículo 21, Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca, Congreso del Estado de Oaxaca, Oaxaca, 2004, Disponible en: <https://www.osfeoaxaca.gob.mx/documentos/marcolegal/estatal/18LeyMediacion.pdf>.

⁶⁵ Entre otros, véase artículo 10, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango, Congreso del Estado de Durango, Durango, 2009, Disponible en: <http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/LEY%20DE%20JUSTICIA%20ALTERNATIVA.pdf>; Artículo 41 Bis, Ley de Métodos Alternos de Solución de Controversias, Congreso del Estado de Coahuila, Coahuila, 2005, Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/coahuila-ley-de-metodos-alternos-de-solucion-de-controversias.pdf>; Artículo 12, Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Sonora, Congreso de Sonora, Sonora, 2008, Disponible en: <http://contraloria.sonora.gob.mx/ciudadanos/compendio-legislativo-basico/compendio-legislativo-basico-estatal/leyes/342--257/file.html>; Artículo 29, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Hidalgo, Congreso de Hidalgo, Hidalgo, 2008, Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/hidalgo-ley-de-justicia-alternativa.pdf>.

sesiones individuales para promover un diálogo fluido⁶⁶ están contempladas, y este puede ser un momento idóneo.

III. Construcción de soluciones:

En la tercera etapa se da la aportación de alternativas, estimuladas por el mediador, pero con el objetivo de que sean propuestas por las partes, mismos que plantearán sus posibles soluciones en atención a las necesidades comunes. El mediador deberá hacer una evaluación objetiva de la selección de alternativas de solución.⁶⁷

IV. Final:

Una vez que se estudiaron las posibilidades y si se eligió el acuerdo que cumpla con los elementos deseados por las partes y que el evaluador-mediador la apruebe como una solución efectiva, se procederá a la redacción del convenio. Este convenio, deberá ser establecido por escrito y con la manifestación de la voluntad expresada por medio de la firma, o en su caso, huella dactilar en presencia de testigos. El acuerdo deberá contener datos relativos al mediador, la hora, lugar y fecha de su celebración, los datos generales de los mediados, así como el documento oficial con el que se

⁶⁶ Artículo 93, Ley de Mediación y Conciliación de Estado de San Luis Potosí, Congreso del Estado de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2014, Disponible en: <http://sanluis.gob.mx/wp-content/uploads/2016/08/Ley-de-Mediacion-y-Conciliacion-para-el-Estado-de-San-Luis-Potosi.pdf>; Artículo 54, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas, Congreso de Zacatecas, Zacatecas, 2009, Disponible en: <http://www.congresoza.gov.mx/coz2/imprime.php?cual=144>; Artículo 78, Ley de Mecanismos Alternativos para la solución de Controversias del Estado de Tlaxcala, Congreso del Estado de Tlaxcala, Tlaxcala, 2016, Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/tlaxcala-ley-de-mecanismos-alternativos-de-solucion-de-controversias.pdf>.

⁶⁷ Artículo 2 fracción XIX, Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, Congreso de Nuevo León, Nuevo León, 2017, Disponible en: http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/LEY%20DE%20MECANISMOS%20ALTERNATIVOS%20PARA%20LA%20SOLUCION%20DE%20CONTROVERSIAS%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

identifiquen; la descripción del conflicto y demás antecedentes que resulten pertinentes; los acuerdos a que hubieren llegado los mediados, dejando claras las obligaciones de dar, hacer o no hacer.⁶⁸ En la mayoría de los estados, el acuerdo de mediación se puede elevar como cosa juzgada.⁶⁹

Es importante destacar el tema de la re-mediación y un ejemplo de ello lo tenemos cuando en la legislación poblana se expresa que con la re-mediación se retoma el expediente originario a fin de modificar de él, una o varias de sus cláusulas o, inclusive, elaborar y suscribir un nuevo convenio que responda a las actuales necesidades, inquietudes o circunstancias de los mediados.⁷⁰

Además de la mediación pública, en los centros de justicia alternativa, de los datos derivados de la tabla, Anexo 1, la mayoría de los Estados contemplan la mediación privada, aún en casos de mediación familiar y en sus leyes también se establecen, de acuerdo con los princi-

⁶⁸ Artículo 35, Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Chihuahua, Congreso de Chihuahua, Chihuahua, 2015, Disponible en: <http://www.congresochihuahua2.gob.mx/biblioteca/leyes/archivosLeyes/1164.pdf>.

Hay una tendencia, de acuerdo con los tiempos más actuales, hacia la digitalización del acuerdo mediado para darle eficiencia y economía.

⁶⁹ Artículo 46, Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California, Congreso de Baja California, Baja California, 2007, Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacional-MASC/download/baja-california-ley-de-justicia-alternativa.pdf>; Artículo 74, Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Campeche, Congreso del Estado de Campeche, Campeche, 2011, Disponible en: <https://poderjudicialcampeche.gob.mx/transparencia/descargas/ley%20de%20mediacion%20y%20conciliacion%20del%20estado%20de%20campeche.pdf>; Artículo 32, Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes, Congreso del Estado de Aguascalientes, Aguascalientes, 2004, Disponible en: <http://www.poderjudicialags.gob.mx/images/Archivos/PDF/Estatales/Ley%20Mediacion%20y%20Conciliacion%20del%20Estado%20de%20Aguascalientes.pdf>; Artículo 49, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Chiapas, Congreso del Estado de Chiapas, Chiapas, 2009, Disponible en: <http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/Ley%20de%20Justicia%20Alternativa%20del%20Estado%20de%20Chiapas.pdf>.

⁷⁰ Artículo 35, Ley del Centro Estatal de Mediación del Estado de Puebla, Congreso del Estado de Puebla, Puebla, 2013, <http://ojp.puebla.gob.mx/index.php/leyes/item/ley-del-centro-estatal-de-mediacion-del-estado-de-puebla>.

pios que rigen estos medios alternativos, los requisitos mínimos del procedimiento.

b) Las partes de la Mediación

Si bien en estados como Michoacán, Puebla, Quintana Roo y Tabasco no se contempla la existencia de la mediación por instituciones privadas, el perfil del mediador es común en los dos ámbitos, público y privado.⁷¹ Los requisitos comunes para ser mediador son los siguientes:

- a) Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos;⁷²
- b) Ser de reconocida honradez, gozar de buena reputación y haberse distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes personales;
- c) No tener antecedentes penales;
- d) Acreditar haber recibido capacitación especializada en mediación y conciliación;

⁷¹ Se puede decir que, en general, en México tenemos tres tipos diferentes de mediadores: 1. mediadores públicos que son servidores públicos que dependen del Centro de Justicia Alternativa de su correspondiente Tribunal superior de justicia; 2. mediadores privados certificados que son formados, acreditados y supervisados por el Centro de Justicia Alternativa del órgano jurisdiccional correspondiente y 3. mediadores privados que actúan de manera independiente como profesionales de la mediación. Tanto los mediadores públicos como los mediadores privados certificados, sus acuerdos tienen fuerza vinculante y en caso de incumplimiento, los acuerdos mediados se pueden ejecutar vía de apremio.

⁷² En ciertas leyes, como la de los Estados de Campeche, Chihuahua, Ciudad de México, Guanajuato, Michoacán o Oaxaca, no se establece de manera expresa si los mediadores requieren ser mexicanos por nacimiento; sin embargo, en la legislación de Colima, en su artículo 34 fracción I, establece dicha condición, por lo que los naturalizados no podrán fungir como mediadores. Artículo 34 fracción I, Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima, Congreso de Colima, Colima, 2003, Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/colima-ley-de-justicia-alternativa.pdf>.

- e) Acreditar que se cuenta con un espacio apropiado para celebrar las sesiones de mediación y conciliación.⁷³

El perfil del mediador se basa en ser un facilitador el proceso de comunicación entre quienes tienen un conflicto de intereses y ayuda a comprender las posiciones de los involucrados.⁷⁴ No existe regla general en México para que cualquier persona pueda desempeñarse como mediador, sin embargo, en atención al perfil expuesto, la mayoría de los Estados hacen mención explícita de requisitos para su capacitación en la conducción del procedimiento de mediación; no se puede dejar de mencionar que en otras entidades, así como en la Ciudad de México, se exigen requisitos más específicos.⁷⁵ Ni que decir tiene que

⁷³ El artículo 18 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia en la Ciudad de México, tiene una relación muchísimo más amplia que la expuesta en este momento en el cuerpo de esta contribución. La idea que permea este apartado no es tener un listado exhaustivo de requisitos sino de exponer aquellos generales que la mayoría de las entidades federativas contemplan.

⁷⁴ Artículo 8, Ley de Mediación del Estado de Tamaulipas, Congreso de Tamaulipas, Tamaulipas, 2007, Disponible en: http://po.tamaulipas.gob.mx/wp-content/uploads/2017/03/Ley_Mediacion.pdf.

⁷⁵ A manera de ejemplo: Aguascalientes: exige que sus mediadores-conciliadores sean licenciados en Derecho, Sociología, Pedagogía, o en cualquier ciencia social afín; también contempla a los mediadores privados. Baja California: Los especialistas (mediadores) deben contar con constancia de capacitación especializada en mediación, conciliación o proceso restaurativo. Baja California Sur: Cuenta con mediadores públicos y privados. Campeche: Los mediadores pueden ser públicos o privados y deben tener título y cédula profesional en alguna carrera de ciencias sociales o humanidades. Chiapas: existen especialistas públicos e independientes y deben contar con título profesional en ciencias sociales. En Durango se requiere tener título y cédula profesional en derecho o ramas de humanidades con al menos tres años de antigüedad. En Guanajuato, al igual que en Michoacán, se solicita ser profesionista, con preferencia explícita a los licenciados en derecho. En Jalisco, mediadores públicos y privados y solamente se requiere que cuente con título profesional, sin especificar cuál, sin embargo, cuando la carrera profesional no sea derecho, se tiene la obligación de consultar a un abogado para implementar los convenios por suscribir. San Luis Potosí: Requiere de título y cédula profesional sin especificar en qué, con al menos dos años de antigüedad. Tamaulipas: No requiere de grado universitario, sino solamente que acredite su capacitación en mediación por medio de un documento certificado ante notario público. Yucatán: Los mediadores deben contar con título profesional, pero no se especifica de qué carrera. Un tema que venimos cuestionando de manera reiterada, en nuestros escritos, al hacerse inadecuado que ante la globalización y cruce de fronteras apabullante en el que nos vemos inmersos, aún se solicite, en alguna entidad federativa, cédula profesional para ejercer como mediador/a,

Desafíos de los MASC

en materia familiar un profundo conocimiento de los mediadores derivará en beneficios hacia las familias y la convivencia en general.⁷⁶

El mediador como tercero neutral e imparcial, capacitado en las técnicas de la mediación, ayuda a encontrar una solución, en forma cooperativa, mutuamente aceptada, buscando una cultura de la legalidad y de paz social. Por lo mismo, aun y cuando jurídicamente no tienen un papel de juzgador, tendrán que excusarse en los siguientes casos:⁷⁷

- a) Tener interés directo o indirecto en el resultado del conflicto;
- b) Ser cónyuge, concubina o concubino, pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad, por afinidad o civil de alguna de las partes;
- c) Mantener o haber mantenido, durante los seis meses inmediatos anteriores a su designación, relación laboral con alguna de las partes, o prestarle o haberle prestado, durante el mismo periodo, servicios profesionales independientes;
- d) Ser socio, arrendador o inquilino de alguno de las partes;

un documento que sólo se expide para grados obtenidos en la República Mexicana, concretamente para el caso particular para la Licenciatura en Derecho, y en el que se obliga a solicitudes largas, tediosas e incomprensibles e inalcanzables si no es a través de un Amparo.

⁷⁶ García-Longoria y Serrano, María Paz, “Capítulo III. Actualidad de la mediación familiar en España y México”, en Gorjón Gómez, Francisco y López Peláez, Antonio (Coords.), *Estado del arte de la mediación... op cit supra*, p. 78.

⁷⁷ La propuesta de LGMASC y las reformas al código de comercio citadas, reiteran en el artículo 32 de la LGMASC y 1507 del Código de Comercio, las mismas limitantes, no obstante, hay algún sector profesional que expresan que se debería eliminar todas las fracciones citadas con excepción de la primera “por tener un conflicto de interés o tener un interés directo o indirecto en el resultado del asunto”, ya que bastaría que, si así lo desean las partes, el mediador revele la relación con las partes, siempre manteniendo la imparcialidad en el asunto. Se arguye que quizás la confianza en los mediadores pudiera hacer la diferencia en un proceso de mediación exitoso. El tema no es fácil, la tendencia es mantener las limitantes dando esa connotación fundamental de imparcialidad y neutralidad que amerita cualquier proceso de solución de conflictos.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

- e) Cuando exista un vínculo de afecto o desafecto con alguno de las partes, sus parientes dentro del cuarto grado por consanguinidad, por afinidad o civil;
- f) Haber sido o ser abogado, persona de confianza, apoderado o persona autorizada de cualquiera de las partes en algún juicio anterior o presente; y
- g) Cuando por la especial naturaleza o complejidad de la controversia planteada reconozcan que la limitación de sus capacidades puede afectar el procedimiento.

Los mediadores, en todas las legislaciones estatales, están expresamente obligados a dar un seguimiento estrictamente apegado a los principios de la mediación, así como el cumplimiento al procedimiento establecido por la ley.

Las partes, o mediados, por su propio derecho, o en caso de menores de edad o incapaces por medio de sus representantes legales, tendrán derecho a:

- a) Solicitar el proceso de mediación;
- b) Nombrar libremente y de común acuerdo al mediador en caso de que opten por Instituciones Privadas;
- c) Intervenir personal y libremente en el procedimiento;
- d) Dar por terminada el procedimiento en cualquier momento, aún sin haber llegado a algún acuerdo;
- e) Solicitar a su costa, peritos y otros especialistas;
- f) En caso de que sea mediación pública, solicitar la recusación o sustitución del mediador cuando se actualice alguno de los supuestos de excusa o exista causa justificada para ello; y

Desafíos de los MASC

- g) Acordar de manera autónoma la solución a su conflicto.

De igual manera, al someterse al procedimiento de mediación, las partes tendrán las siguientes obligaciones:

- a) Asistir a la primera sesión del procedimiento, si hubo la suscripción previa a un acuerdo o cláusula para tal efecto, sin que ello implique la obligación de resolver su controversia;
- b) Conducirse con respeto y observar buen comportamiento durante el desarrollo de las sesiones y, en general, en el transcurso del procedimiento;
- c) Firmar y respetar tanto las reglas del procedimiento como el respectivo convenio de confidencialidad;
- d) Cumplir en sus términos con el convenio, así como con las obligaciones de dar, hacer o no hacer, establecidas en el convenio que se llegare a celebrar; y
- e) Cuando se haya recurrido a la mediación onerosa por instituciones privadas, pagar los honorarios respectivos.

III. CONCLUSIONES

A más de una década de la reforma constitucional de 2008, los MASC siguen buscando su consolidación.

La LGMASC y las reformas propuestas a los diferentes códigos que rigen en México, es denotativo de la solicitud de la sociedad civil hacia la búsqueda de otras formas, no necesariamente ajenas a la justicia tradicional sino complementarias, de solución de diferencias y de ahí la voluntad del legislador en la propuesta de una ley general que armonice la dispersión normativa que reina en la materia.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

Prueba de ello lo vemos en el análisis de las legislaciones específicas, donde podemos percibir la diferencia entre la estructura legislativa y los supuestos en los que se contempla o no, en este caso, la mediación en la materia familiar.

No obstante, cabe resaltar que si bien la mediación familiar no está regulada de manera exhaustiva en ninguna de las legislaciones, los principios rectores coinciden en todos los Estados, mismo que da certeza jurídica al usuario de que independientemente de qué tan explícito es el legislador, se le garantiza una estructura esencialmente similar.

No hay tiempo para dilatar más, porque las familias siguen aún sin considerar la posibilidad de resolver sus diferencias a través de la mediación cuando, con rotunda convicción, sostenemos que la mediación familiar es un instrumento útil no solo para solventar situaciones conflictivas –e incluso de violencia- sino para fortalecer lazos entre los familiares dada su naturaleza idónea de continuidad y compromiso, hablamos con más énfasis en aquellos casos de ruptura de pareja y máxime cuando hay menores involucrados. Un método efectivo y colaborativo por definición.

En definitiva, los principales objetivos que se pretenden alcanzar con el uso de la mediación familiar son:

- Auxiliar o bien facilitar la comunicación y, por ende, el diálogo;
- Brindar los medios para que las partes en conflicto lleguen a un acuerdo;
- Alcanzar acuerdos duraderos en el tiempo y factibles de cumplimiento porque la relación familiar debe ser permanente cuando hay hijos.

Desafíos de los MASC

IV. ANEXOS

Anexo 1. Tabla enunciativa de cada legislación de justicia alter-nativa existente en cada una de las Entidades Federativas de la República Mexicana

Entidad Federativa	Ley de Mecanismos Alternos Vigente	Año de Entra-da en Vigencia	Órgano Mediador del Estado	Autorización expresa de mediar en Instituciones Privadas	Contempla expresamente un proceso de Mediación Familiar
Aguascalientes	Ley de Me-diación y Conciliación del Estado de Aguascalientes	2004	Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judi-cial del Estado de Aguasca-lientes	Sí, con cer-tificación y registro.	En casos fami-liares se requie-re una declara-ción expresa de la inexistencia de violencia familiar en el conflicto.
Baja California	Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja Cali-fornia	2007	Centro Estatal de Justicia Alternativa	Sí, con autori-zación previa.	No.
Baja California Sur	Ley de Me-canismos Alternos de Solución de Controversias del Estado de Baja California Sur	2016	Centro Estatal de Justicia Alternativa de Baja California Sur	Sí, con ca-pacitación, certificación y registro.	No. Se contem-pla a la materia familiar separa-da de la civil.
Campeche	Ley de Me-diación y Conciliación del Estado de Campeche	2011	Centro de Justicia Al-ternativa del Poder Judicial del Estado de Campeche	Sí, con certifi-cación.	No expresa-mente, sin embargo contempla la materia fami-liar separada de la civil.
Chiapas	Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Chiapas	2014	Centro Estatal de Justicia Alternativa	Sí	No expresa-mente, sin embargo contempla la materia fami-liar separada de la civil.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

Chihuahua	Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Chihuahua	2015	Instituto de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Chihuahua	Sí	No expresa-mente, sin embargo contempla la materia fami-liar separada de la civil.
Ciudad de México	Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal	2011	Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal	Sí	No. Se contem-pla a la materia familiar separa-da de la civil.
Coahuila	Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza	2005	Centro de Me-dios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza	S.	No. En caso de violencia familiar con menores, se atenderá la ley de Justicia para Adolescentes.
Colima	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima	2003	Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Colima	Sí, con cer-tificación y registro.	No. Se contem-pla a la materia familiar separa-da de la civil.
Durango	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango	2009	Centro Estatal de Justicia Alternativa	Sí.	En asuntos familiares no se permite la representación legal, ya que son asuntos personales.
Estado de México	Ley de Media-ción, Concilia-ción y Promo-ción de la Paz para el Estado de México	2010	Centro de Mediación, Conciliación y de Justicia Res-taurativa del Poder Judicial del Estado	Sí.	No. Se contem-pla a la materia familiar separa-da de la civil.
Guanajuato	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato	2011	Centro Estatal de Justicia Alternativa	Sí, con autori-zación previa.	No.
Guerrero	Únicamente se cuenta con legislación para la materia penal.	N/A	Centro Estatal de Justicia Alternativa	N/A	N/A

Desafíos de los MASC

Hidalgo	Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Hidalgo	2013	Centro de Justicia Alternativa	Sí, con certificación y registro.	La violencia familiar es causa de terminación del proceso de mediación.
Jalisco	Ley de Justicia Alternativa del Estado Libre y Soberano de Jalisco	2007	Centro de Justicia Alternativa	Sí, con acreditación y certificación.	No. Se contempla a la materia familiar separada de la civil.
Michoacán	Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán de Ocampo	2014	Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de Michoacán	No.	No.
Morelos	Únicamente se cuenta con legislación para la materia penal	N/A	Centro de Justicia Alternativa de la Procuraduría General de Justicia	N/A	N/A
Nayarit	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Nayarit	2011	Centro Estatal de Justicia Alternativa	Sí, con acreditación y certificación.	No. Se contempla a la materia familiar separada de la civil.
Nuevo León	Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León	2017, sin embargo en el artículo transitorio tercero establece que para asuntos familiares se aplica desde el 2019	Instituto de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias	Sí, con acreditación y certificación.	Los acuerdos hechos por instituciones privadas y posteriormente se registren, no constituirán cosa juzgada.
Oaxaca	Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca	2004	Centro de Justicia Alternativa	Sí, con aprobación de un examen, acreditación, certificación y registro.	Casos de violencia familiar no son mediables, además es causal de terminación del proceso de mediación.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

Puebla	Ley del Centro Estatal de Mediación del Estado de Puebla	2013	Centro Estatal de Mediación del Estado de Puebla	No	No
Querétaro	Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro de Arteaga	2006	Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro de Arteaga	Sí	No
Quintana Roo	Ley de Justicia Alternativa para del Estado de Quintana Roo	2014	Centro de Justicia Alternativa	No	En asuntos familiares no se permite la representación legal, ya que son asuntos personales.
San Luis Potosí	Ley de Mediación y Conciliación para el Estado de San Luis Potosí	2014	Centro Estatal de Mediación y Conciliación del Poder Judicial	Sí, con autorización previa.	No. Se contempla a la materia familiar separada de la civil.
Sinaloa	Acuerdo de Creación del Centro de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Familiar del Poder Judicial del Estado de Sinaloa, y su Reglamento	2016	Centro de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias	Sí, con certificación.	Sí.
Sonora	Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Sonora	2008	Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Sonora	Sí, con autorización previa.	No.

Desafíos de los MASC

Tabasco	Acuerdo del Consejo de la Judicatura para la Creación del Centro Integral de Medios Alternativos de Solución de Conflictos	2008	Centro Integral de Medios Alternativos de Solución de Conflictos	No.	No.
Tamaulipas	Ley de Mediación para el Estado de Tamaulipas	2007	Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Tamaulipas	Sí, con autorización y registro.	No.
Tlaxcala	Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Tlaxcala	2016	Centro Estatal de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala	Sí, con acreditación y certificación.	Se establecen expresamente los supuestos de mediabilidad en materia familiar.
Veracruz	Ley Número 834 de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave	2013	Centro Estatal de Justicia Alternativa de Veracruz	Sí, con acreditación y registro.	No.
Yucatán	Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Yucatán	2009	Centro Estatal de Solución de Controversias del Poder Judicial Estado de Yucatán	Sí, con certificación y registro.	No. Se contempla a la materia familiar separada de la civil.
Zacatecas	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas	2008	Centro Estatal de Justicia Alternativa	Sí, con acreditación y registro.	Casos de violencia familiar no son mediables, además es causal de terminación del proceso de mediación.

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

Anexo 2. Enlaces legislación mexicana en materia de mediación.

Aguascalientes: Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes. Publicación inicial: 27 de diciembre de 2004. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/2/17/default.htm?s=>

Baja California: Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California. Publicación inicial: 19 de octubre de 2007. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/3/58/default.htm?s=>

Baja California Sur: no hay ley especial, pero sí cuenta con mediación en sede judicial. <http://www.tribunalbcs.gob.mx/mediacion.htm>

Campeche: Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Campeche. Publicación inicial: 4 de agosto de 2011. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Campeche/wo65360.pdf>

Chiapas: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Chiapas. Publicación inicial: 18 de marzo de 2009. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/8/254/default.htm?s=>

Chihuahua: Ley de Mediación del Estado de Chihuahua. Publicación Inicial: 7 de junio de 2003; Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua. Publicación inicial: 9 de diciembre de 2006. <http://docs.mexico.justia.com/estatales/chihuahua/ley-de-mediacion-del-estado-de-chihuahua.pdf>

Coahuila: Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza. Publicación inicial: 12 de julio de 2005. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/178/default.htm?s=>

Desafíos de los MASC

Colima: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima. Publicación inicial: 27 de septiembre de 2003. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/7/213/default.htm?s=>

Distrito Federal: Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal. Publicación inicial: 8 de enero de 2008; Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal. Publicación inicial: 14 de noviembre de 2007; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Publicación inicial: 1º de septiembre de 1932; Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Publicación inicial: 29 de agosto de 1931. http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Normatividad_Justicia_alternativa <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/322/default.htm?s=> <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/323/default.htm?s=>

Durango: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango. Publicación inicial: 14 de julio de 2005. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/11/385/default.htm?s=>

Estado de México: Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México. Publicación Inicial: 22 de diciembre de 2010. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/16/606/default.htm?s=>

Guanajuato: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato. Publicación inicial: 27 de mayo de 2003. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/12/431/default.htm?s=>

Guerrero: No hay regulación en materia de mediación.

Hidalgo: Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo. Publicación inicial: 21 de abril de 2008. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/14/511/default.htm?s=>

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

Jalisco: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco. Publicación inicial: 30 de enero de 2007. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/15/555/default.htm?s=>

Michoacán: No tiene ley, pero sí un Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del estado de Michoacán.

Morelos: Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Morelos. Publicación inicial: 18 de agosto de 2008. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/18/691/default.htm?s=>

Nayarit: Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Nayarit. Publicación inicial: 23 de abril de 2011. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/19/732/default.htm?s=>

Nuevo León: Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León. Publicación inicial: 14 de enero de 2005. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/20/775/default.htm?s=>

Oaxaca: Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca. Publicación inicial: 12 de abril de 2004. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/21/813/default.htm?s=>

Puebla: Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Puebla. Publicación inicial: 9 de agosto de 2004. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/843/default.htm?s=>

Querétaro: No tiene ley, pero posee el Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro de Arteaga.

Quintana Roo: Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Quintana Roo. Publicación inicial: 16 de diciembre de 2009. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/24/928/default.htm?s=>

Desafíos de los MASC

Sinaloa: No hay regulación en materia de mediación.

San Luis Potosí: Ley de Mediación y Conciliación para el Estado de San Luis Potosí. Publicación: 16 de octubre de 2012. <http://www2.scjn.gob.mx/le/Reformas.aspx?idEdo=23&idLey=90048>

Sonora: Ley de Mecanismos Alternativos para el estado de Sonora. Publicación inicial: 7 de abril de 2008. [http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/27/1059/default.htm?s=](http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/27/1059/default.htm?s=Tabasco) Tabasco: No cuenta con ley, pero sí con un Acuerdo del Consejo de la Judicatura para la Creación del Centro Integral de Medios Alternativos de Solución de Conflictos.

Tamaulipas: Ley de Mediación para el Estado de Tamaulipas. Publicación inicial: 21 de agosto de 2007. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/29/1138/default.htm?s=>

Tlaxcala: Ley que Regula el Sistema de Mediación y Conciliación en el estado de Tlaxcala. Publicación inicial: 13 de abril de 2007. <http://docs.mexico.justia.com/estatales/tlaxcala/ley-que-regula-el-sistema-de-mediacion-y-conciliacion-en-el-estado-de-tlaxcala.pdf>

Veracruz: Ley Número 256 de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave. Publicación inicial: 15 de agosto de 2005. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/31/1214/default.htm?s=>

Yucatán: Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en el Estado de Yucatán. Publicación inicial: 27 de julio de 2009. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/32/1263/default.htm?s=>

Los medios alternos de solución de conflictos en la legislación familiar mexicana

Zacatecas: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas. Publicación inicial: 31 de diciembre de 2008. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/33/1298/default.htm?s=>

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: RETOS Y DILEMAS

BEATRIZ CAMARILLO CRUZ¹

SUMARIO: I. El Derecho Administrativo, una consideración general. II.- Los MASC en Derecho Administrativo, principios, tipos y reglas. III. Los MASC en materia administrativa en México. IV. Debate sobre la constitucionalidad de los MASC. V. Conclusiones.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO, UNA CONSIDERACIÓN GENERAL

Los ciudadanos que forman parte de una comunidad política organizada bajo los ejes del constitucionalismo democrático, tienen como base los principios del contractualismo liberal al delegar parte de su libertad, con el fin de conformar un cuerpo político que en esta lógica ha sido investido por el poder de cada uno, creando un cuerpo autónomo y coherente, que se constituye gracias a la voluntad de sus partes; siendo precisamente bajo esta unidad de voluntades que los ciudadanos de manera indirecta se procuran el bien común, buscando que este “cuerpo intermedio” actúe en su favor, bajo la idea de la búsqueda del interés general. Bajo esta construcción teórica, el ciudadano que ha cedido voluntariamente parte de su poder de decisión, espera al menos que este cuerpo político jurídico identificado gene-

¹ Abogada, Politóloga y Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de asignatura en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales.

ralmente bajo la idea de Estado, le garantice seguridad, paz y respeto a su propiedad privada. Tal como lo describió Juan Jacobo Rousseau:

*Cómo encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes. He aquí el problema fundamental cuya solución proporciona el contrato social.*²

Ahora bien, el cuerpo político denominado Estado echa mano de diversos medios o instrumentos para materializar la voluntad general y lograr el bien común, y uno de ellos por excelencia es la administración pública, que se encuentra estrechamente vinculada con el Derecho Administrativo, sin que se entienda que la primera se reduce al segundo o viceversa, ya que son ámbitos de lo público, que si bien relacionados, tienen lógicas y actores específicos que corren por canales separados, aspecto que no pretende ser desarrollado en este espacio.

Tal como lo señala Juan Alfonso Santamaría Pastor, la Administración del Estado social y democrático que hoy existe, es una estructura que en el plano material realiza centenares de actividades de una diversidad abrumadora, por ejemplo, funciones genéricas como la gestión de las relaciones exteriores hasta las de alcance más individual, como la atención de los enfermos, la promoción de la investigación, la eliminación de residuos, la elaboración de planes de urbanismo, la recaudación de impuestos, la gestión del servicio penitenciario,³ entre muchas otras.

² Rousseau, Jean Jaques, *El contrato social*, España, Prol. Mauro Armiño, Ed. Biblioteca Edef, 2012, p. 55.

³ Cfr. Santamaría, Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I. España, 5ª edición, Ed. Iustel, 2018, p. 33

El derecho administrativo y los MASC

Bajo este argumento, el Derecho Administrativo por su parte nace como un derecho diferente al que regula la relación entre particulares, al menos es así en el derecho europeo, “y con el que se intenta dotar a la Administración de los poderes necesarios para su adecuado funcionamiento – y también imponerle limitaciones al uso de dichos poderes-”.⁴ En este sentido resulta sumamente interesante la reflexión de Santamaría Pastor, en torno al contenido fundamental del Derecho Administrativo, ya que traer a cuenta su clasificación nos permitirá más adelante ubicar el ámbito en que pueden entenderse los mecanismos alternativos de solución de controversias, sus alcances y limitaciones. Para este autor español su contenido se desarrolla fundamentalmente en dos bloques: 1) regulaciones generales y transversales y, 2) regulaciones sectoriales.⁵

1) El ámbito del Derecho Administrativo referido a las regulaciones generales y transversales, divididas a su vez en 4 ámbitos.	Derecho de la organización: la configuración de las administraciones públicas como personas jurídicas, su estructura organizativa interna, las relaciones entre los diferentes tipos de personas, órganos y el régimen del personal que las conforma.
	Procedimiento administrativo: el régimen de las formas y procedimientos a través de los cuales la Administración debe ejercer sus potestades.
	Régimen del tráfico patrimonial de las Administraciones: comprende la regulación de los contratos que celebra, de los bienes de su titularidad la responsabilidad en que pudiera incurrir por daños a terceros.
	Sistema de Garantías de Legalidad, se refiere al conjunto de recursos administrativos (ante órganos de la propia administración) y recursos jurisdiccionales (ante los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso -administrativa).

⁴ *Ibidem.*, p. 36

⁵ *Cfr. Ibidem.*, p. 37

Desafíos de los MASC

2) El ámbito del Derecho Administrativo referido a las regulaciones sectoriales, que se extienden en un gran número de conjuntos normativos. Algunos ejemplos.	Sanidad
	Educación
	Urbanismo
	Energía
	Turismo

Ahora bien, para Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, el “Derecho Administrativo es un Derecho Público, siendo la Administración Pública la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos... [por lo que] es el Derecho Público interno por excelencia del Estado”.⁶ La importancia de identificar las distintas dimensiones o esferas en las que se plasma este derecho especial, se considera crucial para reflexionar acerca de los instrumentos que es posible implementar o no en materia de solución de las controversias que se presenten entre los ciudadanos y la administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones, así como las posibles vías para su inclusión en el sistema normativo de un Estado determinado.

Ahora bien, en un Estado de Derecho existen una serie de principios fundamentales para el ejercicio del poder público, entre los que se encuentra el principio de legalidad de la Administración, la división de poderes y el respeto a los derechos de las personas. De hecho, baste recordar el contenido del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el sentido de que “toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.⁷ Respecto

⁶ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás– Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, España, 18ª edición, Ed. Thomson Reuters- Civitas, 2017, pp. 68-69.

⁷ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1789, consultable en línea en http://tratadoseuropeos.eu/Documentos/Declaracion_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano.pdf.

El derecho administrativo y los MASC

de las administraciones públicas, Santamaría Pastor⁸ señala que los principios integrantes que les atañen directamente son el principio de legalidad, el principio de tutela judicial y el principio de garantía patrimonial.

El principio de legalidad, como se verá más adelante entraña uno de los elementos y retos más importantes en la búsqueda de aplicación de los medios alternativos de solución de controversias en el ámbito del derecho administrativo, por lo que dicho principio debe valorarse en su doble vertiente, por un lado se refiere a la actuación a que está obligada la administración o en un enfoque más amplio, la autoridad estatal para realizar estrictamente aquello para lo cual se encuentra facultada en el ordenamiento jurídico; y por el otro, desde la perspectiva del ciudadano, en el sentido de que puede realizar todo aquello que el sistema normativo no le prohíbe hacer, bajo la máxima de que todo lo que no está prohibido para el ciudadano, está permitido.

Adicionalmente, el mecanismo de control que generalmente los particulares tienen para hacer frente a una controversia con las administraciones públicas cuando consideran que han sido trastocados determinados derechos, bienes, o sufrido alguna afectación por la acción u omisión de la autoridad administrativa, es el de la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual conlleva tiempos, actores y procedimientos específicos que no necesariamente suelen ser pronto y expedito, de ahí uno de los argumentos para favorecer la implementación de los MASC en la esfera administrativa y en otros ámbitos del Derecho.

En este sentido, resulta pertinente una breve referencia al principio de tutela judicial, otra de las directrices propias de los Estados de Derecho y que se encuentra vinculada estrechamente al principio de le-

⁸ Cfr. Santamaría, Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 47.

Desafíos de los MASC

galidad, por lo que, continuando con Santamaría Pastor, “la vigencia efectiva del principio de legalidad impone la existencia de mecanismos de control a través de los cuales pueda asegurarse el sometimiento de la Administración al sistema normativo y corregir sus incumplimientos. En los sistemas jurídicos occidentales, el mecanismo primordial de garantía está constituido por el control jurisdiccional”.⁹ El principio de división de poderes se encuentra materializado cuando los tribunales que forman parte del poder judicial tienen la posibilidad de revisar los actos de las administraciones públicas,¹⁰ ya sea porque la denuncia provenga de particulares o bien, de una instancia distinta a la que llevo a cabo la acción administrativa que se intenta combatir.

II. LOS MASC EN DERECHO ADMINISTRATIVO, PRINCIPIOS, TIPOS Y REGLAS

En este contexto, podemos decir que los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, también conocidos como MASC, son instrumentos que paulatinamente se han incorporado al campo del derecho público, estando a disposición de los ciudadanos para posibilitar el derecho de acceso a la justicia, bajo un argumento de prontitud y eficiencia basados en reglas de procedimientos de naturaleza auto-compositiva, con plazos que se estiman más breves en comparación con los procedimientos jurisdiccionales ordinarios, regularmente de naturaleza heterocompositiva. Se dice también que los MASC no están plagados de formalismos y formulismos que provocan que las

⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 53.

¹⁰ Se hace énfasis en la existencia de una pluralidad de administraciones públicas, ya que como lo ha analizado Eduardo García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández, en el sentido de que “no hay una sola Administración Pública, sino una pluralidad de administraciones públicas, titulares todas ellas de relaciones jurídico-administrativas”, ya que en el análisis que realizan del sistema español, identifican la administración del Estado, la administración de las comunidades autónomas y las administraciones locales (provincias, municipios, entre otras) las cuales cuentan con su personalidad jurídica propia. Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás- Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Op. Cit.*, pp. 64-65.

El derecho administrativo y los MASC

partes inviertan demasiado tiempo y recursos en la atención de sus conflictos con las administraciones públicas.

Los MASC en el presente trabajo se entienden como los medios o mecanismos a los cuales pueden tener acceso los ciudadanos para solucionar sus controversias, y que se consideran alternativos a los procedimientos judiciales ordinarios y cuya actuación responde a una serie de principios, como lo son el principio de prontitud, inmediatez y economía.

La historia de los MASC se remonta a Estados Unidos, a partir de 1975 tras la promulgación de la *Alternative Dispute Resolution Act* (ADRA), se comenzaron a utilizar los mecanismos denominados *Alternative Dispute Resolution*, también conocidos como ADR, con extensa aplicación en el ámbito laboral a través del arbitraje y con un uso que se extiende a la resolución de conflictos territoriales, civiles y administrativos bajo la figura de la mediación, cuya aplicación tiene como objetivo simplificar los procedimientos, reducir los plazos y minimizar los costes de un litigio.

ADR “es el término genérico por el que en Estados Unidos se identifica a la resolución informal de disputas entre dos partes en conflicto mediante la intervención de una tercera parte que les ayuda a solucionar la disputa sin recurrir a los procedimientos previstos por vía procesal”. En 1998, el Congreso de Estados Unidos aprobó la ley *Alternative Dispute Resolution Act* para regular el procedimiento para resolver conflictos por vías alternativas a la procesal, y en 1996 en el ámbito administrativo, se promulgó la *Administrative Dispute*

Resolution Act.¹¹ Por su parte, en Inglaterra y Alemania¹² también se aplica la *Alternative Dispute Resolution Act*, la cual contempla tres mecanismos de resolución de controversias: la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Ahora bien, también vale la pena señalar que algunos “instrumentos de resolución de litigios propios del Derecho Civil, como la transacción o el arbitraje, han tenido en muchos lugares un reconocimiento legislativo en el ámbito del Derecho Público”, y observando a países como Francia, Alemania y Gran Bretaña, los han incorporado en sus legislaciones como procedimientos que se siguen para la atención de controversias de manera previa a la atención de los conflictos por la vía jurisdiccional; algunos ejemplos son los *recours administratifs préalables*,¹³ el *Vergleichsvertrag*¹⁴ y los *panels, authorities y tribunals*, en Francia, Alemania y Estados Unidos, respectivamente.¹⁵

¹¹ Cfr. Morán, M. Gloria, *La mediación en EEUU. Vías alternativas de negociación y resolución de conflictos: Una nueva cultura socio-jurídica. La experiencia estadounidense*, pp. 4-10, visible en: https://www.researchgate.net/publication/303481169_VIAS_ALTERNATIVAS_DE_NEGOCIACION_Y_RESOLUCION_DE_CONFLICTOS_UNA_NUEVA_CULTURA_SOCIO-JURIDICA_La_experiencia_estadounidense.

¹² Cfr. Huergo. Lora, Alejandro, “Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo”, *Círculo de Derecho Administrativo. Revista de derecho Administrativo*, No. 7, 2009, Perú, P. 99, visible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14015/14637>.

¹³ Los recursos administrativos previos obligatorios en Francia, son un tipo de procedimiento por medio del cual una persona desea hacer frente a una decisión administrativa que no le favorece, presentándose para tal efecto, ante la autoridad administrativa competente y de manera previa al conocimiento del asunto por parte del juzgador. Algunas de sus aplicaciones tienen que ver con asuntos relacionados con permisos de conducir, derecho de los extranjeros y materia penal. Para abundar sobre este tema y ejemplos puede verse: Conseil d'État. *Les recours administratifs préalables obligatoires à la saisine du juge : un mode souple de règlement des conflits*, Conferencia de Prensa del Consejo de Estrado francés, 16 de septiembre de 2008, visible en <file:///E:/ACADÉMICOS%20BCC/MASC%20DERECHO%20ADMINISTRATIVO/Recursos%20administrativos%20prealables%20Francia.pdf>.

¹⁴ Contrato de derecho público de transacción, entre administración pública y ciudadano.

¹⁵ Masucci, Alfonso. “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, en *Revista de Administración Pública* No. 178, Madrid, España, enero-abril de 2009, pp. 11 y 12. Consulta en línea, visible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2979639.pdf>.

Respecto de las posibles causas del surgimiento de los MASC, generalmente se apunta a la necesidad imperiosa de garantizar el acceso a la justicia de los gobernados en plazos más razonables y con una mayor eficacia en la atención de los conflictos. Actualmente subsiste la idea de que los países atraviesan una etapa histórica en la que el litigio entre partes, y de éstas con el poder público, ha provocado una suerte de “aluvión de procesos”, que experimentan de manera dramática muchos de los países a escala mundial. Bajo este planteamiento, el fenómeno casi patológico de la labor jurisdiccional pone en riesgo la “razonable duración del proceso”,¹⁶ y con ello posiblemente la propia naturaleza de la administración al verse el Estado rebasado, en lo que Juan Alfonso Santamaría Pastor ha identificado como el “Sistema de Garantías de Legalidad” del Derecho Administrativo.

Bajo esta tesitura, posiblemente el incremento de procesos jurisdiccionales puede tener una explicación en el aumento de la actividad en la administración pública, por una deficiente legislación administrativa o por una práctica administrativa no siempre coherente”.¹⁷ En otras palabras, la organización de las administraciones públicas, el cumulo de acciones y procedimientos administrativos que se realizan en el día en su interior, la manera en que se desarrollan con la ciudadanía, por ejemplo, vía contratación pública y las garantías de legalidad ante la propia administración y las autoridades jurisdiccionales se asumen como rebasados.

No pasa desapercibido que en el proceso de formación y auge de los denominados ADR en el derecho anglosajón, ha derivado del empoderamiento de luchas de grupos centrados en la defensa de determinados derechos, tal como lo destaca Gloria M. Morán, al referir que el auge de los ADR en Estados Unidos cuando menos, ha sido “gracias al impulso de los movimientos a favor de los derechos civiles desde los

¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 10.

¹⁷ Cfr. *Idem*.

Desafíos de los MASC

años sesenta, que han facilitado un mayor grado de sensibilidad social en la tutela de los derechos individuales, los derechos de las minorías, de los menores, de las mujeres, y en la lucha contra la discriminación y segregación en sus múltiples variantes, sexual, racial y religiosa”.¹⁸

En este contexto, existen razonamientos que tratan de explicar el auge de la implementación de los MASC en diversos campos del derecho, existiendo con ello argumentos a favor y en contra de su aplicación, sin que hasta el momento por unanimidad se aplaudan o se reprueben unos u otros de manera absoluta.

Para poner en perspectiva este tema, he identificado bajo la categoría de **argumentos del tipo razonabilidad de los recursos**, al conjunto de voces que apoyan la implementación de los MASC basados en la idea de que representan por sí mismos un abaratamiento de costos, primero para los particulares que deciden optar por esta vía de solución de controversias, lo mismo que para las administraciones públicas y de justicia por el ahorro en el empleo de recursos humanos y materiales para su tramitación y eventual conclusión, en comparación con los recursos invertidos en el proceso contencioso ordinario, donde se invierte en principio demasiado tiempo por las diversas etapas procesales que deben agotarse. Esta ventaja en la eficiencia de las actuaciones, por tanto, podría tener como resultado soluciones más coherentes, pues en teoría son pocas las personas que intervienen en su atención y generalmente no necesitan diversas instancias para resolverlo, empleando por lo mismo, una menor cantidad de recursos públicos en su atención. A decir de Ricardo Rivero Ortega, la implementación de mecanismos alternativos acarrea una “reducción de la litigiosidad”, principalmente en actos en materia de personal y o ejercicio de la potestad sancionatoria.¹⁹

¹⁸ Cfr. Morán, M. Gloria, *La mediación en EEUU. Vías alternativas de negociación*, Op. Cit., p. 6.

¹⁹ Cfr. Rivero, Ortega, Ricardo, *Derecho Administrativo*, Salamanca, España, Ed. Ratio Legis, 2016, p. 174.

En este hilo argumentativo, se atribuye a los MASC el empleo de tiempos más breves para atender y resolver los conflictos de la administración con la ciudadanía, pues se reconoce que llevan a cabo su labor de una manera pronta, deseablemente completa y de manera imparcial; no obstante, debe quedar claro que la expedites en la atención de los casos no necesariamente se traduce en una mayor efectividad, en otras palabras, rapidez y efectividad no son variables necesariamente coincidentes, menos aún en contextos en donde la implementación de mecanismos hasta cierto punto novedosos suele estar acompañada del ensayo y el error.

Una consideración adicional en favor del empleo de los MASC como instrumentos para lograr la solución de conflictos, es que se asegura que con su implementación se favorece la promoción de la cultura de la paz como una consecuencia de la aplicación de métodos, estrategias, procedimientos y principios que promueven la solución de diferencias en un contexto de paz y no agresión, por encima del fomento de las pretensiones absolutas de las partes, que generalmente pueden derivar en el denominado “juego de suma cero” donde una parte gana aquello que la otra ha perdido. Los MASC así vistos, podrían entenderse como una modalidad del arte de la conciliación de intereses desde la perspectiva política y sociológica, aspecto que es compatible con la resolución de conflictos desde el punto de vista jurídico.

Por otro lado, existen duras críticas al empleo de los MASC, que he identificado bajo la categoría de **argumentos de razonabilidad realista - legalista**, en el sentido de que no existe evidencia comprobable que haga suponer que migrar la atención de conflictos de la vía contencioso administrativa a la vía de medios alternativos de solución de controversias permitirá hacer más eficiente la atención de los propios conflictos en el espacio público, o bien llegar a una buena administración, ya que posiblemente los múltiples problemas que atraviesa la justicia administrativa pudieran encontrar su solución en una refor-

ma que mejore su funcionamiento y no necesariamente “en la creación de sistemas paralelos que no ofrecen las mismas garantías y que se colapsarían enseguida si se pretendiera desviar a través de ellos una porción significativa de asuntos”.²⁰ Hay partidarios de esta posición que aseguran que la demora en la resolución de los asuntos sólo se solucionararía con una mayor inversión en materia de recursos humanos y materiales en las instituciones administrativas reconocidas para la atención de los casos por la vía litigiosa, con una búsqueda en la regulación del proceso, auge de la labor jurisprudencial y con medidas que disuadan a particulares y a la administración de la iniciación de pleitos innecesarios”,²¹ vistos en perspectiva, estos argumentos suelen ser similares a los argumentos de la razonabilidad de los recursos, pero volcados a reforzar el sistema jurisdiccional. Así se critica la pretensión de querer instaurar un sistema paralelo al actual, con los mismos problemas, pero sin enfocarse a atender los puntos críticos del sistema jurisdiccional actual para optimizar su funcionamiento.

Los detractores del empleo de los MASC en la administración pública para la solución de conflictos con los particulares generalmente argumentan que se trastoca el principio de legalidad y el control judicial, como se verá en los siguientes apartados. Aquí basta señalar que en la “transacción” y “arbitraje”, la resolución pudiera estar fuera del control judicial. En la transacción, por ejemplo, la Administración pacta con un interesado la solución del asunto, excluyendo el control judicial, aunque no necesariamente el control administrativo, mientras que en el arbitraje la solución de la controversia queda en manos de árbitros codesignados por la propia Administración, eludiéndose también el control judicial.²²

²⁰ Cfr. Huergo Lora, Alejandro, “Los medios de resolución extrajudicial de conflictos”, *Op. Cit.*, p. 95.

²¹ Cfr. *Idem.*

²² *Idem.*

El derecho administrativo y los MASC

En el ámbito del Derecho Administrativo, y ante los argumentos de la “eficacia escasa” de la justicia administrativa, los MASC son vistos como una serie de filtros previos para que, en el largo plazo, el procedimiento jurisdiccional sea la excepción y no la regla, y para “superar la antigua herencia de la cultura de la litigiosidad judicial”.²³ Resumiendo, ambas posturas, lo que para los partidarios del uso de los MASC resulta benéfico en términos de flexibilidad y abandono de formulismos, para sus detractores su empleo significa falta de seguridad jurídica y discrecionalidad.

Las anteriores posturas son una muestra del contexto en la implementación de los MASC en los Estados Democráticos de Derecho, y bajo esta tesitura sería equivocado inclinarse exclusivamente por unos u otros argumentos, sino debe ser todo lo contrario, pues deben verse con la mayor objetividad de cara a la construcción o mejora para su adecuada implementación y control.

Ahora bien, como se ha señalado, los ADR en el derecho anglosajón establecen generalmente como medios para la solución de conflictos a la conciliación, la mediación y el arbitraje.

La **conciliación**²⁴ consiste en el acuerdo alcanzado entre las partes en disputa, por el que conviene solicitar los servicios de un conciliador, quien se entrevistará separadamente con los interesados para obtener con la mayor objetividad posible, los diversos puntos de vista, e intentar mejorar la comunicación entre las partes al reducir la tensión creada por la disputa.

Alfonso Masucci señala que en la conciliación “el tercero se limita a «coadyuvar» a las partes en su búsqueda de una solución consensual del conflicto, mientras que en la mediación el tercero (el mediador)

²³ Cfr. Masucci, Alfonso, *El procedimiento de mediación como medio alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 14.

²⁴ Cfr. Morán, M, Gloria, *La mediación en EEUU. Vías alternativas de negociación*, *Op. Cit.*, p. 10.

se enfrenta a la tarea de promover activamente la solución consensual del litigio...”²⁵

La aplicabilidad de la conciliación en el derecho administrativo no resulta del todo común, ya que podrían concederse “ciertos márgenes de discrecionalidad a la Administración, lo cual no parece tan fácil ni para muchas perspectivas conveniente, pues de descarta considerar a la Administración como si fuera un particular”.²⁶

La **mediación** “suele considerarse como una modalidad de la conciliación, en la que el mediador facilita el acuerdo a través de la mediación evaluativa, por la que se evalúa la disputa y se canaliza la mediación siempre bajo reglas de confidencialidad e imparcialidad... El concepto nuclear de la mediación es la noción de consentimiento informado, por el que las partes conocen el contenido de la mediación y consienten en la participación en el proceso mediador”.²⁷

Alfonso Masucci refiere que la mediación “es un procedimiento que busca la composición de un litigio con la intervención activa de un tercero (mediador) imparcial e independiente. Consiste en una sucesión de actos... que se desarrollan en presencia de un tercero (mediador), el cual trata de «facilitar» la solución del conflicto”,²⁸ en otras palabras, se trata de una negociación incitada.

En el **arbitraje**, “las partes aceptan formalmente la intervención de un tercero, árbitro, que actúa unipersonal o pluripersonalmente, cuya decisión acatan. El arbitraje ha sido el medio más habitual de resolución de conflictos de índole mercantil, tanto en el ámbito estatal como federal estadounidense y en la esfera internacional. El árbitro

²⁵ Cfr. Masucci, Alfonso, *El procedimiento de mediación como medio alternativo*, Op. Cit., p. 16.

²⁶ Cfr. Rivero, Ortega, Ricardo, *Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 174.

²⁷ Cfr. Morán, M, Gloria, *La mediación en EEUU. Vías alternativas de negociación*, Op. Cit., p. 11.

²⁸ Cfr. Masucci, Alfonso, *El procedimiento de mediación como medio alternativo*, Op. Cit., p.16.

El derecho administrativo y los MASC

no se involucra en la negociación de un modo tan directo como el mediador o el conciliador, sino que procura ofrecer una solución razonable para ambas partes. Las cláusulas de arbitraje en caso de disputas suelen incorporarse a los contratos”.²⁹

Respecto del arbitraje, subsiste las reservas para que se incorpore sin restricciones o especificaciones de operación, ya que finalmente lo que está en juego o lo que motiva la controversia son asuntos que tienen relación con lo “público”, siguiendo a Ricardo Rivero, existe “...una tendencia a la sospecha respecto de los administradores, de los que tal vez se piensa abusarían de estas vías discriminando sujetos y relativizando el respeto al principio de legalidad”.³⁰

En México la figura del arbitraje está extensamente desarrollada en materia laboral, en parte como consecuencia de la posición “parternalista” del Estado mexicano frente a los factores de la producción, es decir, los patrones y los trabajadores, posteriores al fenómeno político y social conocido como “corporativismo mexicano” y que tiene su inicio y consolidación a partir del sexenio de Lázaro Cárdenas.³¹

²⁹ Cfr. Morán, M, Gloria, *La mediación en EEUU. Vías alternativas de negociación*, Op. Cit., p. 11.

³⁰ Cfr. Rivero, Ortega, Ricardo, *Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 174.

³¹ A pesar del desarrollo del corporativismo mexicano y la intervención del Estado en materia laboral, en México tras la aprobación de la reforma constitucional de 2014 y la reforma legal de abril de 2019, la facultad de las Juntas de Conciliación y Arbitraje se traslada al Poder Judicial al decretarse la desaparición de las primeras, y se crean Centros de Conciliación en la esfera local y el respectivo organismo descentralizado en la materia. Cfr. *DICTAMEN EN SENTIDO POSITIVO A LA MINUTA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, DE LA LEY FEDERAL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA, DE LA LEY DEL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES Y DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, EN MATERIA DE JUSTICIA LABORAL, LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA*, Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y de Estudios Legislativos, Segunda, Senado de la República, LXIV Legislatura, 24 de abril de 2019, consulta en línea en http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2019-04-25-1/assets/documentos/Dict_er_dictamen_senado_definitivo.pdf.

La Suprema Corte de justicia de la Nación en México ha señalado que el arbitraje pudiera tener la modalidad de ser un medio autocompositivo y heterocompositivo, atendiendo a si se lleva a cabo por voluntad de las partes enmarcada en los convenios o contratos que llegaren a celebrar, o bien si el denominado arbitro interviene no por voluntad de las partes sino porque así está establecido en disposiciones estatales prestables.³²

Además de la conciliación, la mediación y el arbitraje, otras legislaciones reconocen la figura de la **transacción**, por ejemplo, en la legislación civil española la transacción “es un contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una algo, evitan la provocación de un pleito o ponen términos al que había comenzado”³³ y es

³² **ARBITRAJE. SUS MODALIDADES GENÉRICAS.** Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, **desde una perspectiva procesal** los mecanismos para la solución de conflictos se clasifican en autocompositivos (como el desistimiento, el allanamiento, la transacción y en general el convenio) y heterocompositivos (donde interviene un tercero como la jurisdicción, la conciliación y algunas formas de arbitraje); ... Así, **resulta inconcuso que el arbitraje es autocompositivo si se basa únicamente en la voluntad de las partes y en la contractualidad; y heterocompositivo cuando el árbitro, más que intervenir por voluntad de los contratantes, tiene una actuación determinada por la ley.** Por ello, si el arbitraje se presenta por una decisión voluntaria, libre y concertada (como ocurre en los arbitrajes privados civiles o comerciales puros) sus fundamentos tendrán naturaleza meramente contractual; y, por otra parte, quienes solucionen sus conflictos mediante arbitrajes regidos por disposiciones estatales preestables, componen sus diferencias a través de procedimientos arbitrales pero con una naturaleza casi jurisdiccional o al menos próximos a ésta, aunque mediante su voluntad, las partes también pueden acudir a autoridades estatales para que funjan como árbitros y las leyes en ocasiones facultan a estas entidades para actuar como tales, conformando verdaderos arbitrajes intermedios entre el contractualmente establecido y el estatalmente erigido, **por lo que se advierte que básicamente existen tres clases de arbitrajes: a) el voluntario o contractual, b) el forzoso o necesario, y c) el intermedio.** (Tesis 1a. CLXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo XXX, septiembre de 2009, p. 434). El subrayado es de la autora.

³³ Cfr. Huergo. Lora, Alejandro. *Los medios de resolución extrajudicial de conflictos Op. Cit.*, p. 96. A decir del autor, y tomando como base la legislación española, son tres las condiciones que deben concurrir para que las partes acudan al Consejo de Estado para dictaminar los proyectos de transacción: 1) la existencia de una relación jurídica dudosa, controvertida o al menos, tenida como tal por las partes; 2) la voluntad de las partes para eliminar la controversia, y 3) las partes deben otorgarse concesiones recíprocas, como medio para poner fin a la situación controvertida. Así, la transacción puede darse respecto de cualquier cosa, derecho real o de crédito o relación jurídica.

El derecho administrativo y los MASC

precisamente en esta forma de conclusión de las relaciones jurídicas potencialmente litigiosas, donde se crea una nueva relación jurídica con prestaciones recíprocas.

La transacción se materializa en un convenio, a través del cual las partes logran la resolución extrajudicial de la controversia, que no es otro que las concesiones o sacrificios recíprocos. “El único control que el juez puede llevar a cabo sobre las prestaciones pactadas en la transacción se reduce a verificar que se da la causa del contrato (es decir, que existía un pleito o peligro de que surgiese uno), que también se dan sus presupuestos (en particular, la disponibilidad de la materia), y que se han pactado prestaciones recíprocas”.³⁴

En países como Francia y Alemania se han introducido de manera paulatina las figuras del contrato de transacción y arbitraje.³⁵ En México, por su parte, como se verá en el siguiente capítulo, en 2016 se publicó un Decreto presidencial³⁶ que posibilita expresamente la conciliación como un medio alternativo de solución de controversias que surjan entre la administración pública y los particulares y en general, la presencia de los MASC como se ha señalado es variada, ya que pueden estar presentes previo al inicio del contencioso administrativo, es decir en sede administrativa o bien, durante el procedimiento jurisdiccional.

³⁴ Cfr. Huergo. Lora, Alejandro, *Los medios de resolución extrajudicial de conflictos*. Op. Cit., p. 96.

³⁵ Masucci, Alfonso, *El procedimiento de mediación*, Op. Cit., p. 12.

³⁶ Cfr. Decreto por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previstos en las leyes respectivas como medios alternativos de solución de controversias que se susciten con los particulares. Diario Oficial de la Federación, 29 de abril de 2016.

III. LOS MASC EN MATERIA ADMINISTRATIVA EN MÉXICO

Los MASC en América Latina se consideran un fenómeno que lleva poco más de tres décadas, su aparición y desarrollo puede afirmarse ha sido desigual y combinado, pues “en un comienzo estos mecanismos fueron percibidos principalmente como herramientas idóneas para descongestionar los atiborrados e ineficientes tribunales administrativos, para aliviar la suerte de “aluvión de procesos” en términos de Masucci, pero también se basaron en el derecho de acceso a la justicia, en el entendido de que quienes no contaban con los medios necesarios para acceder a tribunales, pudieran obtener una solución a su conflicto a través de estos mecanismos alternativos sin mayor costo³⁷. Como puede apreciarse, la idea de que los MASC formen parte de los medios de acceso a la justicia en los países de la región cobra un sentido profundo en tanto pretenden coadyuvar con el derecho de acceso a la justicia, sin embargo este proceso ha sido gradual y en momentos se ha diferido, tanto por las materias en las que pudiera desarrollarse como por la voluntad política para su incorporación formal como parte de los medios reconocidos por el poder público para la resolución de conflictos, porque guste o no, su validez necesariamente deviene de una norma que forma parte del sistema jurídico.

En México, tras la reforma constitucional de junio de 2008, que impactó entre otros, al artículo 17 Constitucional, quinto párrafo,³⁸ se mandato al legislador para que en la esfera de su competencia, se expidan leyes que contemplen mecanismos alternativos de solución

³⁷ Mera, Alejandra. “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en América Latina. Diagnóstico y Debate en un contexto de reformas”, en *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*. Argentina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Cooperación Alemana, 2013, pp. 376 y ss., visible en <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1022/aportesparaundialogo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

³⁸ El Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, establece la obligación para que las leyes mexicanas contemplen estos mecanismos, tanto en el ámbito federal como local.

de controversias, es decir, que en su ejercicio cotidiano para legislar las distintas materias y dotar de leyes al país, federales o generales, también se incluya a los MASC como medios para solucionar las controversias.

Las leyes que el legislador está en posibilidad de expedir para incorporar a los MASC puede ser al menos en dos vías, la primera -y que ha prevalecido hasta ahora-, es que tales mecanismos se incorporen en las leyes atendiendo a su especialidad, por ejemplo, en la legislación en materia penal, civil, laboral, ambiental, de propiedad intelectual, entre muchas otras, o bien la segunda vía es mediante la expedición de una legislación federal o legislaciones estatales, especializadas en los MASC, en donde se sistematice todo lo relativo a las modalidades, tipos, actores y procedimientos inherentes a su operación. En este derrotero considero importante llamar la atención respecto de la ausencia en la Constitución para considerar materialmente la facultad del Congreso de la Unión para legislar a través de una ley general esta materia, probablemente sea uno de los temas a analizar próximamente en caso de que los mecanismos alternativos de solución de controversias se consoliden en los hechos, como una vía viable para atender los conflictos entre las partes, o bien, esperar a que las condiciones políticas y sociales demanden en su caso una reforma constitucional en este sentido.

En opinión de quien escribe, la emisión de una ley general para regular a los MASC podría permitir establecer directrices generales que normen y contemplen las actividades que en la federación y entidades federativas se realizarían como parte de las vías ordinarias de atención de los conflictos, lo cierto es que una ley general necesariamente tendría que fundamentarse en el artículo 73 Constitucional y hoy día esta facultad está ausente.

Ahora bien, debe señalarse también que previo a la reforma constitucional de 2008 se tienen registros del uso de los MASC en la legis-

Desafíos de los MASC

lación mexicana, por ejemplo, Luis Miguel Díaz³⁹ ha señalado que previo a la entrada vigor del artículo 17 constitucional, ya existían numerosos preceptos legales sobre MASC, por ejemplo los vocablos bajo los cuales se han identificado son conciliación, mediación, procedimiento de conciliación, conciliación de intereses, amigable composición, conciliación entre o de las partes, propuestas de conciliación, diálogo, negociación, avenimiento, composición amistosa, entre otros. Algunas de las leyes en materia administrativa que contemplan a los MASC están en materia de contrataciones la Ley de Adquisidores, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (conciliación arbitraje),⁴⁰ Ley de Petróleos Mexicanos,⁴¹ Ley Federal de Protección al Consumidor,⁴² Ley Federal de Derechos de Autor,⁴³ entre otras.

Lo anterior pone de manifiesto que en México contamos con ejemplos, hasta cierto punto desarticulados, en donde se contemplan uno o más medios alternativos de solución de controversias. Lo que acontece en nuestro país contrasta con lo que ocurre con su vecino latinoamericano, me refiero a Colombia, pues en ese país existe, por ejemplo, un mayor desarrollo institucional en la materia plasmado en

³⁹ Díaz, Luis Miguel, “¿Artículo 17 de la constitución como opción?”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX, 2009, p. 727, consultable en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/304/531>.

⁴⁰ Cfr. *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*, Título Sexto, última reforma del 10 de noviembre de 2014, Cámara de Diputados, consulta en línea. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/14_101114.pdf.

⁴¹ *Ley de Petróleos Mexicanos*, del 11 de agosto de 2014, Título Sexto, artículo 115 se establece que Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias, podrán pactar medios alternativos de solución de controversias. Consulta en línea. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPM_110814.pdf.

⁴² Cfr. *Ley Federal de Protección al Consumidor* contempla el procedimiento conciliatorio (art. 111 y ss.) y el procedimiento arbitral (art. 117 y ss.). Consulta en línea. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_120419.pdf.

⁴³ *Ley Federal de derechos de autor*, última reforma del 15 de junio de 2018, contempla el procedimiento de avenencia (art. 217) y el procedimiento arbitral (art. 219). Consulta en línea http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_150618.pdf.

El derecho administrativo y los MASC

el Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia,⁴⁴ integrado por representantes de los ministerios de justicia y derecho, trabajo, educación, el Procurador General de la Nación, Fiscal General, Defensor del Pueblo, entre otros, además de tener un Programa Nacional de Conciliación⁴⁵ y leyes específicas para su regulación, situación que muestra la manera en la que un país puede llegar a desarrollar este tema legal e institucionalmente hablando, sin omitir mencionar por supuesto, el diseño de los ADR en la visión del derecho anglosajón, plasmado en leyes, instituciones y en el fomento en la educación con áreas de especialización en *Alternative Dispute Resolution*⁴⁶, los cuales se han constituido ya como verdaderos mecanismos asimilados o normalizados en su sistema jurídico.

Por consiguiente, para aterrizar nuestro análisis de los MASC en México, y contextualizando los “argumentos del tipo razonabilidad de los recursos” a que me referí en el apartado anterior, valdría la pena dar una breve mirada al cúmulo de asuntos en materia contenciosa administrativa para inferir si fuese necesario la implementación y desarrollo en un sentido fuerte, de los MASC precisamente en materia administrativa.

⁴⁴ Cfr. Página oficial del Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia en Colombia, consultado el 18 de febrero de 2019, visible en <http://www.minjusticia.gov.co/MASC/%C2%BFQu%C3%A9esConciliaci%C3%B3nenDerecho/ConsejoNacionaldeConciliaci%C3%B3n.aspx>.

⁴⁵ El Programa Nacional de Conciliación tiene por objetivo el fortalecimiento e institucionalización de la conciliación en Colombia, y se encuentra adscrito al Ministerio de Justicia y Derecho, con repercusiones a nivel nacional. Cf. *Conciliación y Arbitraje, Normatividad, Jurisprudencia y Conceptos*. Colombia, Carvajal García Editores, 2ª edición abril de 2007, consultada el 18 de febrero de 2019, consultable en <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/MASC/Documentos/Libro%20conciliacion%20y%20arbitraje%20.pdf>.

⁴⁶ Por ejemplo, Gloria N. Morán da cuenta que, derivado del auge de los ADR, en Estados Unidos han proliferado escuelas de formación jurídica, como una muestra de la importancia que tienen los ADR desde hace décadas en ese país. Cf. Morán, M., Gloria. *La mediación en EEUU. Vías alternativas*, Op. Cit., pp. 16-17.

Desafíos de los MASC

En México, por ejemplo, la labor jurisdiccional en materia administrativa corresponde al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la cual en parte puede reflejarse en el total de asuntos radicados y sentencias emitidas, cuyo número ha ido en incremento, por ejemplo, en 2014, los asuntos radicados fueron de un total de 2,357, mientras que en 2017 aumentaron a 4,464 asuntos. De 2014 a 2017 las cifras son las siguientes:

Asuntos radicados en la Sala Superior del TFJA ⁴⁷			
2014	2015	2016	2017
2,357	2430	2,897	4,464

Por otra parte, el número de sentencia emitidas por la propia Sala Superior del TFJA, durante el mismo periodo es el siguiente:

Sentencias emitidas en la Sala Superior en el TFJA ⁴⁸			
2014	2015	2016	2017
2,624	2,066	2,439	4,166

Los indicadores de las Salas Regionales⁴⁹ dan una idea de los asuntos que se atienden en las mismas:

Año	Inventario inicial	Ingresos (demandas nuevas y expedientes dados de alta)	Concluidos (sentencias emitidas y expedientes dados de baja)	Inventario final
2014	48,909	128,225	122,770	53,735
2015	53,723	143,350	135,016	60,905
2016	60,899	173,385	167,022	68,082
2017	68,049	182,630	185,487	70,765

⁴⁷ Cfr. Tribunal Federal de Justicia Administrativa. *Memoria Anual 2017*, p. 48. Las cifras se refieren a los asuntos radicados tanto por el pleno como por las secciones de la Sala Superior. Documento consultable en línea en: http://transparencia.tfja.gob.mx/cesmdfa/01/memo_act/2017/mem_2017_princ.pdf.

⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 48 y 49, Las cifras se refieren a las sentencias emitidas por el pleno y las secciones de la Sala Superior.

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*., p. 67, Las cifras se refieren a las sentencias emitidas por las Salas regionales, tanto las Salas Regionales Metropolitanas como las Salas Regionales Foráneas.

El derecho administrativo y los MASC

Con lo anterior no se pretende evidentemente realizar un análisis cualitativo de la labor jurisdiccional del TFJA, sino que se trata de evidenciar el número de asuntos que llegan a este órgano para su atención, constituyendo una verdadera vorágine litigiosa, y lo enuncio de esta manera no como una justificante en las líneas siguientes para la implementación de MASC en la materia, pues bajo este razonamiento concluiríamos de inmediato que los MASC en la materia no solo son necesarios sino que son urgentes. El mostrar estas cifras solo tiene como cometido el dar cuenta de la importancia de los asuntos contenciosos administrativos en el orden jurídico mexicano.

Las cifras resultan por decir lo menos, abrumadoras, lo anterior en lo que respecta al ámbito federal. En lo que toca al ámbito local, por ejemplo, en la Ciudad de México, el Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, durante 2017, registro 19,684 demandas de juicio de nulidad, de las cuales 15,680 corresponden a la materia administrativa y 4,004 a materia fiscal.⁵⁰ En materia administrativa, el primer tipo de asuntos tiene que ver con multas de tránsito (6,791 casos), seguido de las visitas de verificación, multas y clausura relacionadas con establecimientos mercantiles (1,586 casos) y los concernientes a la demolición de construcciones (660 casos).

Ahora bien, en el ámbito de la administración pública federal en México, los MASC ya cuentan con cierto desarrollo y sistematización, pues fue precisamente mediante el Decreto Presidencial del 29 de abril de 2016, que fueron publicadas en el DOF, las acciones que debían implementarse en la Administración Pública Federal (APF) así como las Empresas Productivas del Estado (EPE), para la aplicación

⁵⁰ *Informe de Actividades correspondiente al año 2017*, del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, pp. 97, 100, 202 y 205, visible en http://www.tcadf.gob.mx/images/informe_actividades2017/informe2017.pdf.

de los medios alternativos de solución de controversias que se llegarán a suscitar con los particulares.⁵¹

Dentro del referido decreto, en su parte considerativa se establece:

*“La conciliación, el convenio o los acuerdos que las leyes establecen como medios alternativos de solución de controversias se justifican en aquellos casos en que se presenten elementos valorativos objetivos que pronostiquen un resultado adverso en un litigio o controversia y que, a la luz de un análisis costo-beneficio y de riesgos predecibles, permitan establecer las mejores condiciones para el Estado y, con ello, evitar erogaciones mayores al erario federal, pero sobre todo, con el propósito de alcanzar una justicia expedita que resuelva los conflictos de la administración con la ciudadanía de una manera pronta, completa e imparcial”*⁵²

De lo anterior se desprende que los criterios principales dentro de la APF, para determinar el empleo de los MASC son: 1) **el costo beneficio ante riesgos predecibles en favor del Estado**, es decir, el análisis del costo beneficio tiene sentido en tanto que la administración pública, en la concepción moderna de la actividad estatal, se considera como un medio que posibilita el cumplimiento del bien común, por lo que la posición del servidor público o funcionario gubernamental en su concepción más remota no representa (o debiera representar) intereses privados, y resulta coherente que la aceptación de un medio alternativo en lugar del seguimiento de la vía contenciosa administrativa y/o judicial, solo sería posible en tanto esta situación resulta más benéfica para la propia administración y con ello se procura indirectamente el bienestar general, y 2) **una justicia expedita en la resolución de conflictos** entre la administración pública y la ciuda-

⁵¹ Cfr. Decreto por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previstos en las leyes respectivas como medios alternativos de solución de controversias que se susciten con los particulares. Diario Oficial de la federación. 29/04/2016.

⁵² *Idem*.

El derecho administrativo y los MASC

danía, aspecto que da cuenta de la necesidad de hacer más eficientes los procedimientos administrativos que pretenden una solución de controversias con los particulares.

De acuerdo con el Decreto, estos mecanismos pueden ser de dos tipos, 1) administrativos⁵³ y 2) jurisdiccionales. Los administrativos son definidos como los procedimientos que culminan en convenios que se formalizan y suscriben en sede administrativa, respecto de los asuntos sobre los que se haya presentado formalmente una controversia, pendientes de resolución al interior de la misma.

Ahora bien, el citado Decreto establece la obligación a cargo de las dependencias y entidades de la APF, además de las empresas productivas del Estado, de realizar una serie de acciones para concretar la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos específicos. La primera consiste en dictaminar la viabilidad de aplicación de un MASC al caso concreto, es decir, determinar a través de los dictámenes de las áreas jurídica, de responsabilidades y presupuestaria –en ese orden-, si el asunto cumple con los criterios de costo beneficio, es decir, si se considera que puede generar ahorros y evitar costas por litigio.

La solicitud del análisis de viabilidad podrá realizarse a solicitud de las áreas administrativas (debiendo acompañar un proyecto de convenio y propuesta de cálculo de los costos y beneficios), o por el particular en cualquier etapa del procedimiento formal (que acompañará también una propuesta de convenio). En cada etapa del análisis de viabilidad cuentan con plazos específicos, por ejemplo, una vez que el Titular del Órgano Interno de Control (área de responsabilidades) recibe el dictamen técnico jurídico, cuenta con un plazo máximo de 10 días hábiles para emitir su dictamen de responsabilidades, sin de-

⁵³ Cfr. *Ibidem*, Artículo Quinto.

Desafíos de los MASC

merito de que la propia Secretaría de la Función Pública ejerza sus facultades de control si así lo determina. Para la determinación de disponibilidad presupuestal a cargo del área especializada en la dependencia, también se cuenta con un plazo máximo de 10 días hábiles.

Destaca en estos casos, que mientras en países como España el análisis de las pretensiones para determinar la viabilidad jurídica en las “transacciones”, por ejemplo, corresponde al Consejo de Estado, en México el control de esta decisión es de tipo interno, pues involucra directamente a las áreas de la entidad o dependencia y no a agentes públicos o privados externos, o al menos esto es así hasta el momento, aspecto que sin duda representa un espacio para reflexionar acerca de la pertinencia de que el análisis de viabilidad sea hecho por la propia dependencia o por un ente externo. Lo primero, tal como ahora se contempla, supone una ventaja en detrimento del particular, porque finalmente las áreas dictaminadoras forman parte de la dependencia con la cual se tiene la controversia.

Sin embargo el fondo del problema no necesariamente es que las áreas dictaminadoras internas de las dependencias administrativas dictaminen en favor de sí mismas, de hecho sería bastante ingenuo pensar que podría ser de otra manera, sin embargo lo grave es que el nivel de análisis y valoración de los asuntos públicos se quede en el espacio local o “aldeano” por decir lo menos, ya que en todo caso, la valoración de la viabilidad de un conflicto susceptible de atenderse vía MASC debiera responder a criterios cualitativos de otro nivel de prioridades, me refiero, al criterio en donde imperen las directrices de interés general, de bien público, de respeto al medioambiente o de desarrollo de una región o comunidad y de respeto a los derechos humanos, por mencionar algunos, y no favorable a los intereses del titular de la dependencia en turno, o del funcionario en turno que analiza el caso, bajo el argumento de guiarse por consideraciones de costo

El derecho administrativo y los MASC

beneficio ante riesgos predecibles, en favor del Estado, cualquier cosa que se entienda por éste último.

Prosiguiendo con el análisis del Decreto presidencia en mención, en caso de existir un dictamen de viabilidad positivo, en sus tres vertientes –legal, de responsabilidades y presupuestal-, como uno de los primeros filtros, se informará al particular el inicio del procedimiento de medios alternativos de solución de controversias, acompañando el proyecto de convenio contando con 10 días hábiles para manifestar lo que en derecho le convenga, o bien, en caso de que lo acepte con modificaciones, podrá realizar una “contrapropuesta” en una única ocasión al área jurídica. Destaca que, si existe un proyecto de convenio consensuado entre las partes, me refiero con la anuencia de las tres áreas administrativas señaladas y el particular, es entonces que el convenio debe pasar otro filtro, es decir, deberá presentarse al titular de la entidad, dependencia o empresa productiva del Estado, o en quien se delegue esa responsabilidad, para su autorización, tercer filtro. Una vez que se suscriba el convenio entre las partes, el mismo se remitirá a la autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda, para que dé por concluido el asunto.

Destaca en el análisis del Decreto que no existe en estricto sentido la figura de un tercero ajeno a la controversia para que intervenga en el asunto. Recordemos que en la definición de “conciliación”, “mediación” o el “arbitraje” que se han señalado en el presente texto, la presencia del tercero es muy importante en aras de fomentar la objetividad, la comprensión de los alcances y para coadyuvar o proveer a las partes en su búsqueda de una solución consensual del conflicto. Como se aprecia este tercero objetivo tal como se incluye en el Decreto simplemente está ausente. La pregunta entonces es si en materia administrativa, con el embrionario desarrollo de los MASC y el incipiente desarrollo de la cultura de la implementación de los MASC,

Desafíos de los MASC

en la sociedad en la materia, un tercero objetivo o “ajeno” es deseable. En mi opinión aún no estamos suficientemente preparados.

En el marco del mencionado Decreto, la “conciliación” se define como el medio a través del cual las partes gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, un medio que permite dar por concluido un juicio o procedimiento mediante la suscripción de un convenio. En esta línea de análisis se estima que el decreto describe pobremamente los MASC, ya que los define como *“la conciliación y los convenios que estén previstos en las leyes con tal carácter”*, es decir, identifica en concreto solo un mecanismo alternativo dentro de la APF y EPE, la conciliación, y pareciera que la equipara con el documento en el que se plasman los acuerdos de las partes, es decir los convenios. Esta falta de precisión en las tipologías de medios alternativos susceptibles de emplearse, aunado a la multiplicidad de conceptos integrados ya en la legislación para referirse a algún medio alternativo, genera incertidumbre en las reglas de aplicación e instrumentación, vacíos que, por su importancia, habrá que subsanar, pues no es lo mismo hablar de arbitraje, que de mediación, negociación o convenio. En Colombia, por ejemplo, la conciliación en materia contencioso administrativa se realiza únicamente ante los Agentes del Ministerio Público, es decir, sí existe un tercero ajeno que forma parte de la administración pública que procura la participación en las controversias.

Continuando con el Decreto presidencial, se establecen ocho supuestos bajo los cuales no procederá la aplicación de un medio alternativo de solución de controversias en la APF y las Empresas Productivas del Estado:⁵⁴

1. **Se afecten los programas o metas** de las dependencias, entidades o empresas productivas del Estado;

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, Artículo Sexto.

El derecho administrativo y los MASC

2. Se atente **contra el orden público**;
3. **Las leyes de la materia no establezcan la conciliación o la facultad para convenir como un medio alternativo de solución y/o terminación de controversias**;
4. Se tenga por objeto llevar a cabo un **acuerdo conclusivo en materia fiscal**;
5. Se puedan **afectar derechos de terceros**;
6. La controversia verse sobre la ejecución de una sanción impuesta por resolución que implique una **responsabilidad para los servidores públicos**;
7. **Se controvierta la constitucionalidad de una ley o acto de autoridad** violatorio de la CPEUM o tratado internacional en materia de derechos humanos.
8. Si se trata de **controversias laborales**, cuando los servidores públicos hayan tenido injerencia, influencia, o cualquier otra forma de participación en este tipo de conflictos.

De la lista de supuestos anteriores, destaca el numeral 3 que coloca como condición previa para su aplicación, que las leyes en distintas materias lo permitan, por lo tanto, si las leyes específicas no contemplan esta posibilidad en determinados asuntos o controversias, definitivamente los MASC tendrán una imposibilidad de aplicación de origen en la Administración Pública Federal. Este elemento, limitativo, sin embargo, es coherente con una interpretación del contenido del artículo 17 Constitucional que reza “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”, es decir que, si las leyes no contemplan los MASC en una legislación específica, por ejemplo, la medioambiental, simplemente es imposible aplicación de los MASC.

Desafíos de los MASC

En la implementación de los MASC en la esfera administrativa, bajo el esquema de la APF analizado, las áreas jurídicas de las entidades o dependencias o de las EPE, deberán determinar si se atenta o no en contra del orden público, pero no se establece expresamente si existe algún recurso que permita revisar esta conclusión o ante quien debe acudir en caso de que llegare a existir una controversia. Así mismo, pareciera que lograr una conciliación, por ejemplo, dependerá finalmente del visto bueno que otorgue el Titular de la entidad o dependencia, por lo que se considera que actualmente existe un amplio margen de discrecionalidad en la implementación de los MASC en la administración pública en México. Al respecto, Alejandro Huergo señala que “el ejercicio de potestades administrativas no puede convertirse en moneda de cambio, ni siquiera para obtener una finalidad digna de tutela como es evitar un pleito o ponerle fin. La Administración incurriría en desviación de poder si dictara un acto, no con la finalidad legalmente prevista, sino para obtener la retirada de un recurso”.⁵⁵

Finalmente, la manera en que este Decreto Presidencial de 2016 se aplique atendiendo a las leyes especiales, es una cuestión aún pendiente de dirimirse, ya que además de lo que se encuentra establecido, las particularidades de su implementación aún son poco conocidas y peor aún, evaluadas.

Como se señalado, una postura a favor o en contra de la utilización de los MASC en materia administrativa no podría ser absoluta, y una reflexión en torno a su función en el Derecho Administrativo mexicano necesariamente debe tomar en cuenta ambas reflexiones y enfocar parte del análisis hacia temas que en la etapa actual de desarrollo resultan pertinentes de cara a la conformación de un sistema jurídico que incorpore de una manera pertinente y dentro de los márgenes

⁵⁵ Cfr. Huergo. Lora, Alejandro, *Los medios de resolución extrajudicial de conflictos*, Op. Cit., p. 101.

El derecho administrativo y los MASC

de respeto a la legalidad y a la defensa de los derechos humanos, los medios alternativos para la atención de diferencias entre particulares y la administración pública.

Un tema importante que habrá que colocar en la mesa es la figura del neutral o del tercero que interviene en la atención de la controversia, es decir, cuáles deben ser sus características, si debe ser o no independiente, especialista en determinadas áreas, imparcial, hasta qué grado. No se podrá obviar el análisis de viabilidad de si este tercero imparcial debería ser un funcionario o es preferible un especialista sin adscripción a la administración pública federal o local, según se trate, es decir, no debe ser un funcionario público, y si fuese independiente, debería pertenecer a alguna organización o estar colegiado, o simplemente ser privado, ajeno a la función estatal.

La respuesta a las preguntas previas subsisten muchas otras relacionadas con la naturaleza del que interviene para solucionar una controversia entre la administración pública (a través de los funcionarios) y los particulares (por ejemplo ciudadanos de a pie, organizaciones colegiadas o empresas corporativas multinacionales privadas), así que si no fuese un servidor público, ¿podría intervenir y formular acuerdos vinculantes entre las partes sin estar mandatado por el poder público legítimo para actuar en su nombre?, ¿podría o debería la administración pública acatar lo propuesto (en su caso) por un tercero ajeno que incide en la función pública sin tener responsabilidades o facultades para ello?

La Ley Federal del Procedimiento Administrativo establece una serie de supuestos tras los cuales se pone fin al procedimiento administrativo, entre los que se encuentra la figura del “convenio de las partes”, acatando una serie de condiciones:⁵⁶

⁵⁶ *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*, artículo 57, fracción VI, consulta en línea en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/112_180518.pdf.

Desafíos de los MASC

1. Que el convenio no sea contrario al ordenamiento;
2. que no verse sobre materias que no sean susceptibles de transacción;
3. que tengan por objeto satisfacer el interés público;
4. que se prevean los alcances y efectos del régimen jurídico especializado.

Sin lugar a dudas este no es un tema acabado, existen puntos pendientes de análisis y desarrollo en la propia legislación, por ejemplo la posibilidad de incluir un abanico más amplio de tipos de MASC, la eventual experiencia y/o especialidad de los que participan como terceros, el manejo y uso –con sus consiguientes riesgos- de información confidencial en los procedimientos alternativos y su uso o “re-uso” en un procedimiento jurisdiccional posterior, en sede administrativa o judicial, la eventual reparación del daño en caso de que se llegará a revelar información sensible por cualquiera de las partes; o aspectos tan elementales como si los terceros participantes, pudieran ser sujetos de responsabilidades administrativas.

IV. DEBATE ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS MASC

Retomando lo señalado en el primer apartado de este texto, el principio de legalidad evoca la idea de que la Administración está obligada a basar toda su actuación con sujeción al sistema normativo vigente, el cual está conformado tanto por la Constitución de un país, como por el conjunto de leyes emanadas del órgano legislativo legitimado y por los reglamentos dictados generalmente por el titular del Poder Ejecutivo en cuestión, o los ejecutivos locales, aunado a las normas supranacionales que se considera también forman parte del sistema jurídico de un Estado nacional, como lo son los tratados, convenciones y acuerdos internacionales en determinadas materias.

El derecho administrativo y los MASC

Bajo esta perspectiva, Santamaría Pastor señala que:

*“...la plenitud de la sujeción a las normas alude a la completa juridicidad de la acción administrativa; ello significa que el Derecho es un parámetro constante de toda la actuación de la Administración Pública: nada puede hacerse en la Administración al margen del Derecho, que ha de constituir un criterio permanente (aunque desde luego no el único) de toda su actividad... Ello no significa, desde luego, que la Administración solo deba actuar para la aplicación del Derecho: obviamente, su norte debe ser la más adecuada satisfacción de los intereses generales...”*⁵⁷

Una de las grandes críticas proveniente de los partidarios de los MASC es que la propia función contenciosa del Estado, sea en sede administrativa o en sede judicial es sumamente lenta, costosa y burocrática, por ello proponen la implementación de medios alternativos para despresurizar al Estado en esta labor que parece rebasar al funcionariado. Ahora la pregunta que resulta pertinente para analizar los alcances de esta crítica puede radicar en los siguientes elementos:

Primero, derivada de las facultades de la autoridad administrativa, revestida en las siguientes dimensiones en el Derecho Administrativo: 1) derecho de la organización institucional; 2) derecho del procedimiento administrativo; 3) régimen del tráfico patrimonial de las administraciones y 4) el sistema de garantías de legalidad.⁵⁸ Es precisamente en este último rubro, el “sistema de garantías de legalidad” de donde podría realizarse el análisis para determinar si los MASC podrían constituirse como una verdadera vía de atención de las controversias entre un particular y la administración, para que ambas partes opten por dirimir o no sus controversias, es decir, se considera que una reflexión de esta naturaleza podría llegar a dilucidar si estos mecanismos alternativos forman parte o podrían llegar a serlo, del

⁵⁷ Santamaría, Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Op. Cit., pp. 48-49.

⁵⁸ Al respecto véase el primer apartado de este escrito.

Desafíos de los MASC

sistema de garantías de legalidad que reviste a la Administración, de manera estricta, en los distintos ámbitos o especialidades del derecho administrativo.

Al respecto y poniendo como ejemplo uno de los MASC comúnmente empleado en la administración, el arbitraje retomo la definición que Ignacio Granado Hijelmo: “es la institución por la que unas personas convienen previamente en aceptar la decisión que otras, denominadas árbitros, adopten sobre cuestiones litigiosas sometidas a su disponibilidad”.⁵⁹

Cuando la facultad del árbitro se encuentra contemplada en la legislación estatal y este actúa por virtud del órgano administrativo, el problema de la legitimidad de su actuación parece superada. Sin embargo, cuando tras la aplicación del arbitraje el tercero encargado de dirimir los conflictos establece alternativas para resolver la controversia entre un particular y la administración, y tales alternativas no se adecuan a lo establecido en las leyes de la materia, definitivamente se entra en un sendero sumamente resbaladizo que puede considerarse ilegal incluso, trastocando los límites de la discrecionalidad administrativa. En este ejemplo se ilustra que la legitimidad de la función de árbitro no necesariamente es idéntica a la legalidad de las funciones o propuestas que realiza.

El problema es más complejo cuando además del tercero que interviene en una controversia entre la administración y un particular, además de no ser parte de la administración estatal, y con ello carente de toda la potestad estatal de la administración por la ausencia de un nombramiento como funcionario o autoridad estatal, se pretende que las

⁵⁹ Granado Hijelmo, Ignacio, “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, en *Revista Jurídica de Navarra*, España, Año 2005, No. 39, p. 41, consulta en línea en <https://docplayer.es/46771993-El-arbitraje-en-derecho-administrativo-algunas-reflexiones-sobre-su-fundamentacion.html>

El derecho administrativo y los MASC

“propuestas” de soluciones que realiza a las partes sean vinculantes, combinándose en este supuesto dos elementos: no formar parte del servicio público y hacer obligatorias sus alternativas de solución. Tal como se ha señalado en distintos momentos, “...toda acción singular del poder está justificada por una acción previa, [partiendo de la idea] de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria... [materializando también] el principio técnico de la división de poderes: el Ejecutivo se designa así porque justamente su misión es <ejecutar> la Ley; particularizar sus mandatos en los casos concretos...”⁶⁰

Así mismo, uno de los dilemas más interesantes en torno a la constitucionalidad de los ADR es el que subyace en la doctrina estadounidense respecto al arbitraje vinculante y al cuestionamiento de la constitucionalidad de que en las decisiones públicas, intervenga un privado como tercero, y resuelva lo que le compete. El principio de legalidad en la Administración Pública implica que ésta debe sujetarse a la ley ya que es precisamente sobre ella que debe circunscribir su actuación.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández refieren por su parte que el principio de legalidad debe entenderse no respecto de una ley específica, sino en alusión al ordenamiento entero, y citando a Hauriou lo identifican como el “Bloque de legalidad” (leyes, reglamentos, principios generales, costumbres).⁶¹ En este sentido, este no es un problema menor, el solo hecho de hacer alusión a que la administración pública en su actuar pudiera estar alejada del principio de legalidad iría en contra de los principios rectores de los estados contemporáneos, principalmente del constitucionalismo.

⁶⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, Madrid, 18ª edición, Ed. Thomson Reuters, 2017, pp. 479-480.

⁶¹ *Cfr. Ibidem*, p. 481.

Desafíos de los MASC

La aplicación de los MASC en materia penal, por ejemplo, coloca una serie de reglas para su operatividad, por ejemplo, en México entre los requisitos que se exigen es que la materia de la controversia no afecte derechos de terceros, debe ser a solicitud de las partes primando el principio de voluntariedad, la cuantía involucrada, que si se trata de la posible comisión de un delito, que su naturaleza atienda a los que se persiguen por querrela o bien en determinados casos que la conducta tipificada permita que el agraviado otorgue el perdón a quien cometió la conducta. Bajo esta perspectiva, en materia administrativa es muy complejo el análisis que debe realizarse respecto de la voluntariedad, por ejemplo, ya que en un caso de esta naturaleza no bastará la voluntad del funcionario estatal y el particular para desear transigir un asunto, el criterio cualitativo debe determinarse invariablemente atendiendo al bien común, la pregunta que queda en el aire es si un funcionario estatal tiene la convicción de lo que significa y los alcances de tal razonamiento.

Derivado de lo anterior suscribo la afirmación de Alfonso Masucci, ya que “resulta por ello del todo evidente la «problemática» que acompaña el empleo de la mediación en los litigios entre Administración pública y ciudadano. No es necesario ocultar, en efecto, que la Administración pública... está vinculada por el respeto del principio de conformidad a la ley y de primacía de la ley”.⁶²

Al respecto y para dar claridad al problema inicial de la aplicación de los MASC en materia administrativa la siguiente tesis es ilustrativa, ya que por mandato constitucional los MASC tienen igual aplicabilidad que los procedimientos contenciosos administrativos y judiciales tradicionales.

⁶² Masucci, Alfonso. *El procedimiento de mediación como medio alternativo Op. Cit.*, p. 18.

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y **además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley.** Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias «son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo»; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, **se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que**

Desafíos de los MASC

*es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.*⁶³

Si las resoluciones de los tribunales estatales compelidos para impartir justicia “se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen por objeto, idéntica finalidad”, luego entonces debe destacarse que la condición establecida en la propia Constitución es que los MASC son aplicables en la impartición de justicia del Estado mexicano, siempre y cuando estén previstos en la ley. Así, no se puede estar más de acuerdo que la legalidad es la que otorga potestad a la administración, ya que “la legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta, así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella está delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”.

Dada la naturaleza de este tema, parece insuficiente que en cada legislación administrativa especializada se contemple algún MASC para la atención de los asuntos, como ya existe en México, por ejemplo, en materia de propiedad intelectual, comercio exterior, etc., ya que si se considera al mismo nivel ambos tipos de procedimientos, el tradicional y el alternativo, lo deseable es que en la legislación procedimental también estuviesen presentes los MASC y desarrollados en cuanto a su alcance, y como ya se ha dicho, el Decreto Presidencial de 2016 que se analizó en este artículo, aún resulta embrionario.

Recordemos que la discrecionalidad de la administración debe entenderse más como una elección entre alternativas igualmente justas, ya que la decisión precisamente se fundamenta normalmente en cri-

⁶³ Tesis Aislada: III.2o.C.6 K (10a.) Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época. Tomo 3, Octubre de 2013, p. 1723.

El derecho administrativo y los MASC

terios extrajurídicos como pueden ser de oportunidad o económicos, entre otros, que no necesariamente se encuentran previstos exhaustivamente en la Ley, sino remitidos al juicio subjetivo de la Administración”.⁶⁴ Sin embargo, parece pertinente recordar que la discrecionalidad en estos términos no es equivalente a arbitrariedad de la administración.

Lo cierto es que “... el principio de legalidad, si bien permite que la Administración transija en asuntos en que puede ser dudosa la legalidad de su posición (...) no es compatible con una transacción en la que la Administración se comprometa a efectuar alguna cesión, a fin de evitar un pleito sobre un acto nulo de pleno derecho, pues la Administración está obligada a depurar los actos afectados por esta clase de vicios”, Huergo Lora.

V. CONCLUSIONES

1. A pesar de que en el texto constitucional en el artículo 17, se han sentado las bases de incorporación de los medios alternativos de solución de controversias y su reconocimiento como procedimientos no jurisdiccionales, con la misma fuerza e impacto que una determinación obtenida por vía jurisdiccional, lo cierto es que aún existe un camino importante por recorrer para ver materializado un verdadero sistema, institucional y legal que permita visualizarlos operando en las distintas áreas del Derecho con la misma o similar incidencia a los procedimientos tradicionales.

2.- Se considera que en la medida en que existan avances en el desarrollo normativo e institucional en materia de medios alternativos de solución de controversias, el desarrollo jurisprudencial podría

⁶⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Op. Cit., p. 505.

Desafíos de los MASC

aumentar y con ello el establecimiento de precedentes que orienten la actuación de las diversas partes involucradas, ya que con independencia de que se trate de conflictos entre particulares o de éstos con la administración pública, en todo momento lo que debe buscarse es contribuir en el incremento de la seguridad jurídica de todas las partes involucradas, incluidos los actores encargados de operar los procedimientos, ello a pesar de que contradictoriamente se busca la atención de los conflictos por otra vía que no sea la jurisdiccional.

La ausencia de un programa nacional de implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, podría reforzar el desarrollo desigual de los esfuerzos y eventualmente rezagar áreas específicas de atención, por ejemplo pudiese estar más desarrollada su implementación, por ejemplo, en materia penal, familiar o de comercio, y abandonarse otras áreas del derecho, sin dejar fuera los esfuerzos impulsados por las legislaturas locales, los centros creados para promover los MASC los trabajos realizados por organizaciones de la sociedad civil que se han especializado en la materia.

3.- En el caso concreto del Derecho Administrativo, en nuestro país existen MASC contemplados en distintas áreas o sectores de la administración pública, y se estima insuficiente tener aisladamente mecanismos alternativos de solución de controversias en determinadas materias del sector público (energía, propiedad intelectual, comercio, etc.), pero carecer de una normatividad, al menos procedimental en la materia. Por ello, sería deseable tener un replanteamiento estructural y un diagnóstico acerca de la viabilidad de la aplicación de los MASC, en determinadas áreas potestativas de la Administración Pública, la dinámica de sus actores, alcances, desarrollo legislativo, federal y local. De seguir ausente este diagnóstico se corre el riesgo de tener en los años futuros un problema de dispersión normativa, que contrario a lo que se busca, reste en certeza y operatividad a la administración en su conjunto.

El derecho administrativo y los MASC

Así mismo, se considera que todo esfuerzo de análisis y reflexión que persiga una sistematización de los MASC en el Derecho Administrativo, no puede dejar de lado temas de alcance estructural, como por ejemplo el análisis de la voluntariedad de las partes y sus alcances, sobre todo si colocamos a la administración pública como una de ellas, las áreas estratégicas sobre las cuales se posibilitará su implementación, el respeto irrestricto al principio de legalidad de la Administración Pública, los mecanismos de control que deben estar presentes en la implementación de los MASC y su coherencia en el sistema jurídico mexicano, así como los temas relacionados con la confidencialidad en el manejo de la información, acordes con principios de derecho público como son el de interés general, bien común, servicio público, entre otros, siempre a la luz de la pregunta ¿es posible que el Estado transija en determinado tema?

4.- Un reto adicional que se tiene en la implementación de los MASC en materia administrativa, se centra en la eventual formación de mediadores profesionales en materia administrativa, cuya lógica necesariamente es diferente a otras materias. La proliferación de los discursos en favor de MASC y del apoyo de diversos sectores de la sociedad se centra en una premisa básica, es decir, en el argumento de la existencia de una crisis de la justicia, y en particular, una crisis de la justicia administrativa. Los MASC no son necesariamente la panacea con la que se hará frente a la denominada crisis que se presenta en la administración de justicia de los Estados, en lo que Alfonso Masucci ha denominado “aluvión de procesos”, de ahí la importancia de valorar en su justa dimensión la creación de modelos que engrosen la ya pesada burocracia administrativa en la atención de los asuntos.

5.- Finalmente, el tema de la legalidad en los procesos administrativos, es crucial si se pretende que existan responsabilidades y control a los actos de naturaleza no jurisdiccional, derivados de la implementación de los MASC, ya que sería poco deseable que los

Desafíos de los MASC

sujetos encargados de su implementación, a pesar de recibir recursos públicos, eventualmente no fuesen sujetos de responsabilidades administrativas, por ejemplo.

CAPÍTULO QUINTO

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC) DE CARA A LA LEGISLACIÓN PENAL: CIRCUNSTANCIA Y PERSPECTIVAS

DANIEL MÁRQUEZ GÓMEZ¹

SUMARIO. I. Introducción, II. Derecho penal, justicia penal y justicia alternativa, III. Los medios alternativos y sus circunstancias, IV. Los medios alternativos de solución de controversias en materia penal en el Derecho Mexicano, V. Derecho comparado, VI. A manera de conclusión: perspectivas del uso de medios alternativos en la materia penal en México.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de 18 de junio de 2008 no sólo transformó la justicia penal del país a una de carácter “garantista”, también eliminó el llamado sistema “inquisitivo” y lo sustituyó por uno “acusatorio” e instauró los “juicios orales”.² Uno de los aspectos significativos de esta reforma penal es la inclusión de los “medios alternativos de solución de controversias”, en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹ Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

² Márquez Gómez, Daniel y Sánchez Castañeda, Alfredo, *Las falsas divergencias entre los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México*, México, IIJ-UNAM, 2012, hacemos una reflexión en torno al proceso que culminó en la reforma penal de 2008. Estas líneas me permiten declarar mi conflicto de intereses: soy un crítico de esta reforma, en término de los argumentos destacados en el libro mencionado.

Desafíos de los MASC

Con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía se puede destacar que el total de solicitudes recibidas en Centros de Justicia Alternativa es del 149,716, lo que muestra un incremento moderado de 12,704 solicitudes comparado con las 137,012 recibidas en 2013. Sin embargo, la cantidad disminuye cuando vemos la estadística relacionada con la materia penal, porque: “*Las solicitudes de procedimientos recibidos y procedentes en los centros de justicia en la materia penal*” en 2014 sólo es de 12,645. Lo que, al compararlo con 2013, muestra un modesto incremento de 1,956 solicitudes. Lo anterior adquiere relevancia si se compara con las 998,493 “*Averiguaciones previas iniciadas por las procuradurías y fiscalías generales de justicia*” en 2014, o con las 124,795 “*Causas penales ingresadas en los órganos jurisdiccionales estatales en materia penal en el sistema tradicional (primera instancia)*” en 2014 y las 39,841 “*Causas penales ingresadas en los órganos jurisdiccionales estatales en el sistema acusatorio (primera instancia)*”, que hacen un total de 164,636 causas penales.³

Como se advierte, las 12,645 solicitudes de conciliación en materia penal de 2014 equivalen al 1.266% del total de averiguaciones previas, o si tomamos como indicador de comparación las 164,636 causas penales, entonces equivalen al 7.6%. Lo que pone en evidencia la poca penetración social de estos medios. Como límite al análisis es importante mencionar que este análisis no incluye los expedientes federales, sólo contiene los estatales.

Por lo anterior, para abordar el tema sobre las circunstancias y perspectiva de los “medios alternativos de solución de controversias en la legislación penal, trazaremos una ruta o plan de trabajo en donde abordaremos los siguientes temas: 1) el derecho penal, su idea de justicia y su relación con los medios alternativos de solución de controversias; 2) destacaremos la posibilidad de la autocomposición en la

³ Véase: INEGI, “Expedientes y asuntos judiciales”, en: <https://www.inegi.org.mx/app/indicadores/?ind=6200009578#divFV6200009578#D6200009578>, consultado el 14 de enero de 2019.

Los MASC de cara a la legislación penal

materia penal, 3) abordaremos el diseño de los medios alternativos en la legislación penal mexicana, 4) realizaremos un breve ejercicio de derecho comparado y 5) cerraremos nuestros argumentos ocupándonos de la posible evolución de los medios alternativos de solución de controversias en la materia penal, con lo anterior cumpliremos con el plan de trabajo general de la obra y agregaremos, desde la circunstancia y perspectiva de estos medios alternativos, una visión de futuro.

II. DERECHO PENAL, JUSTICIA PENAL Y JUSTICIA ALTERNATIVA

Para Edmund Mezger el Derecho Penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido. También, el Derecho Penal es el conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el Derecho Penal, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros.⁴ Como se advierte para el autor el Derecho Penal está delimitado en términos estrictamente jurídicos. Refrendado el argumento, Mezger destaca que una acción es punible sólo si es antijurídica y esa antijuridicidad (injusto) significa el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico.⁵ Así, el juicio “objetivo” sólo puede realizarse desde las normas jurídicas de signo penal.

Desde la dimensión sociológica, Enrique Bacigaluzo argumenta afirmando que:

“...el derecho penal es un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad. Se diferencia de los otros instrumentos de control social que tienen por medio la sanción o el castigo, por la manera formal en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma.

⁴ Cfr. Mezger, Edmund, *Derecho Penal*, 2ª ed., Cárdenas Ed. y Dist., México, 1990, p. 27.

⁵ *Ibidem*, p. 131.

Desafíos de los MASC

Otras sanciones (éticas, por ejemplo) se manifiestan de una manera casi informal y espontánea; las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración, derechos que afecta, etc.⁶

Así, el fin del Derecho Penal es el control social lo que logra a través de mecanismos de orden formal, como son los procedimientos, y el establecimiento de las condiciones de aplicación de las sanciones o castigo.

Desde la idea de teleológica del Derecho Penal, Hugo Mario Sierra y Alejandro Salvador Cantaro, destacan que la Ley penal pretende una función de motivación y la protección de bienes jurídicos. Para ellos los bienes jurídicos son aquellos intereses sociales relevantes que surgen de los núcleos básicos de coincidencias de la sociedad democrática y que se plasman en los derechos y garantías constitucionales y los tratados internacionales, cuyos titulares son el individuo, la comunidad y el propio Estado, que cumplen la función de limitación para el legislador, garantía para el ciudadano y una función sistematizadora.⁷ Para estos autores el Derecho Penal protege bienes jurídicos sociales derivados del orden jurídico interno y externo con tres ámbitos de impacto: limite al poder del Estado, protección ciudadana y orden estructural.

Según Udo Ebert, el Derecho penal sirve a la protección de la convivencia pacífica de los seres humanos en sociedad, para él, la misión del derecho penal consiste en la lucha contra la conducta socialmente dañosa, o sea, proteger por medio de la pena los bienes jurídicos in-

⁶ Bacigalupo Z. Enrique, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 3ª. Reimp., Colombia, Temis, 1996, p. 1.

⁷ Sierra, Mario y Cantaro, Alejandro Salvador, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Bahía Blanca, Argentina, Universidad Nacional del Sur, 2005, p. 23.

Los MASC de cara a la legislación penal

dispensables para la coexistencia pacífica.⁸ Como se advierte, el autor destaca la pretensión de que el derecho se relaciona con la paz social y la protección de bienes jurídicos asociados con ella.

Con una delimitación más formal, Luigi Ferrajoli, sostiene que el Derecho penal asume como fin una doble función preventiva de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias.⁹ En este autor el derecho penal tiene como fin la función preventiva de evitar los delitos y las penas arbitrarias, de lo que se destaca que esta rama del conocimiento jurídico tiene una utilidad precautoria en el ámbito social relacionado con el delito y revisar penas voluntaristas o caprichosas.

En otra forma de entender al Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa sostiene que está limitado a garantizar públicamente los intereses protegidos por el Derecho con el fin de justicia, mediante una sanción punitiva o aseguradora de índole afín.¹⁰ Lo anterior implica que el Derecho Penal, en sus fines, se encamina al logro de la justicia.

Lo antijurídico es lo que viola o contraviene al derecho, en este contexto, Fernando Castellanos Tena destaca que en materia penal se estima que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad.¹¹ Raúl Plascencia Villanueva sostiene que el tipo es la descripción elaborada por el legislador de una conducta lesiva o peligrosa de los intereses de la sociedad cuya concreción trae aparejada una determinada consecuencia jurídico penal, por lo que afirma, si el tipo es una descripción legal

⁸ Ebert, Udo, *Derecho Penal. Parte General*, (tr.) Said Escudero Irra, México, Universidad Autónoma del estado de Hidalgo, 2005, p. 1.

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 334.

¹⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 5ª ed. actualizada, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 45.

¹¹ Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 28ª ed., Porrúa, México, 1990, pp. 169-170.

Desafíos de los MASC

resulta obvio ubicarlo en el nivel normativo.¹² Así, en su dimensión formal, nuestro Código Penal Federal destaca que “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.¹³

Sin embargo, en este trabajo no es de importancia aludir a una determinada teoría o forma del Derecho Penal, o sea, es intrascendente acreditar si una conducta es típica, antijurídica, culpable y, por lo tanto, punible. Los apuntes mencionados líneas arriba en torno a las diversas formas de entender al Derecho Penal, acredita que el poder punitivo es la *ultima ratio* del Estado para enfrentar la conducta antisocial y que dentro de sus fines se encuentra la “justicia”, sea esta social o individual. Además, es útil para destacar un elemento básico de la necesidad de la intervención penal: el conflicto expresado en la violación a la norma expresada en la conducta antisocial.

En este contexto, una hipótesis inicial es que el Derecho Penal tiene como fundamento el conflicto. Como lo destaca César Manzanos Bilbao:

“En los procesos de conflicto, el recurso de la violencia, las técnicas de persuasión y presión, es decir el combate con diversas armas se ve acompañado de técnicas de negociación, mediación y arbitraje en espacio de intercambio entre los agentes que son convenidos en determinados momentos del proceso en los que se pueden acordar las condiciones para la finalización temporal o definitiva del conflicto.

Es aquí donde cierto tipo de derecho, entendido como la codificación de una regulación normativa aceptada por las partes para llegar a acuerdos y establecer sistemas de control para el cumplimiento de los mismos, tiene una función

¹² Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, México, UNAM-IIIJ, 2004, p. 99.

¹³ Véase el artículo 7º, párrafo primero, del Código Penal Federal.

Los MASC de cara a la legislación penal

específica como uno de los medios alternativos para la resolución de los conflictos, siempre y cuando las partes se vean obligadas a aceptar esas normas legales establecidas”.¹⁴

En otro orden de ideas, existe una corriente que denominada del “Derecho Penal Mínimo” o “Teoría del minimalismo crítico” que pretende la reducción del control del Derecho penal a estos puntos: a) defensa de las garantías constitucionales, b) asegurar el orden social quebrantado por el delito, para evitar la venganza o restauración privada, y c) protección de los derechos humanos a través de remedios menos violentos.¹⁵

Otra corriente interesante, que no constituye una Teoría del Derecho Penal, es la llamada “justicia restaurativa”, que el Foro Europeo de Justicia Restaurativa considera como un enfoque amplio orientado a reparar, en la medida de lo posible, el daño causado por el crimen u otras transgresiones. Un elemento central de la justicia restaurativa es la participación activa de la víctima, el delincuente y posiblemente otras partes (la comunidad).¹⁶ La justicia restaurativa se define como un enfoque abierto e inclusivo, orientado a reparar, en la medida de lo posible, el daño causado por el delito u otros actos ilícitos, y/o reducir el riesgo de mayor daño. Ello se realiza mediante un proceso que involucra a todas las personas afectadas (víctima, infractor y comunidad), llegando a un entendimiento (y acuerdo) sobre la reparación, en que

¹⁴ Manzanos Bilbao, César, “Funciones del derecho frente a los conflictos sociales”, en Chávez, Arturo, y Cuéllar, Angélica, *La ley y los conflictos sociales*, México, UNAM-Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2006, p. 97.

¹⁵ Cfr. Washington Rodríguez, Agustín, y Galetta de Rodríguez, Beatriz, *Fundamentos de Derecho Penal y Criminología*, Argentina, Iuris, 2001, p. 62.

¹⁶ European Forum for Restorative Justice, Survey on Restorative Practices: <http://www.euforum-rj.org/>, *Restorative justice is seen as a broad approach oriented towards repairing, as far as possible, the harm caused by crime or other transgressions. A core element of restorative justice is active participation by the victim, the offender and possibly other parties (the community).*

Desafíos de los MASC

se tienen en cuentas las relaciones entre las personas y las necesidades de justicia, generalmente con ayuda de una persona facilitadora.¹⁷

Aunque existe una tendencia a considerar a la justicia restaurativa como parte del movimiento de *Alternative Dispute Resolution* o ADR, y la práctica de la mediación, la justicia restaurativa trasciende a este movimiento por sus antecedentes históricos que, en el caso de los primeros, su uso para disminuir la litigiosidad muy antiguo y en el caso de la segunda su vigencia se remonta a la década de los setenta del siglo XX, con su idea de hacer justicia y reparar a las víctimas.¹⁸

En este sentido hay que mencionar que la reforma penal de 2008, que incorpora los medios alternativos de solución de controversias en la materia penal en México, obedece a la lógica de mínima intervención y de justicia restaurativa. Como lo destaca la exposición de motivos de la reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“...en el texto que se propone del artículo 17, se establecen los mecanismos alternativos de solución de controversias que son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, entre otros la mediación, conciliación y arbitraje, permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán

¹⁷ Cfr. Varona Martínez, Gema, *Justicia restaurativa desde la criminología: Mapas para un viaje inicial*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 17.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 12.

Los MASC de cara a la legislación penal

para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho”.¹⁹

Así, los métodos alternos de solución de controversias se consideran, junto con los juicios orales y la justicia restaurativa, “figuras jurídicas novedosas” incorporadas a los esquemas de impartición de justicia, destacando como elemento “aún más novedoso a la “paz”, considerada como elemento *sine qua non* de todo sistema judicial “moderno”.²⁰ Por lo que es necesario destacar cuál es el papel de la mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Penal.

III. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS Y SUS CIRCUNSTANCIAS

Para Ignasi Terradas Saborit, en la divulgación histórica del derecho es común el esquema evolucionista según el cual primero habría existido la venganza, sin estar sometida a ningún procedimiento judicial, expuesta a todas las pasiones y caprichos del individualismo humano.

¹⁹ Véase: Dictamen de Primera Lectura, 1ª. Vuelta, Cámara de Diputados de 12 de diciembre de 2007, p. 30. Lo anterior también se refrenda en el Dictamen de Primera Lectura en la Cámara de Senadores, en los términos siguientes: *Además de lo anterior, se comparte la idea de establecer mecanismos alternativos de solución de controversias que se traduzcan en una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, (entre otros la mediación, conciliación y arbitraje), permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; asimismo, servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho.* (véase página 21 del Dictamen de Primera lectura de Senado del 13 de diciembre de 2007).

²⁰ Gorjón Gómez, Francisco Javier, Sánchez Vázquez, Rafael, “Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz”, en Gonzalo Quiroga, Marta, Gorjón Gómez, Francisco Javier (ed, dir.) y Sánchez García, Arnulfo (ed.), *Métodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia*, pt. José María Chillón Medina, México, UANL-Universidad Rey Juan Carlos-Dykinson, 2011, p. 19.

Desafíos de los MASC

Luego con el advenimiento de algunas autoridades habría surgido el talión para controlar y reducir los excesos de la venganza. Y finalmente las composiciones serían medidas establecidas por autoridades aún más civilizadas para avanzar en la dirección de una justicia exenta de derramamiento de sangre.²¹

Desde el punto de vista estrictamente conceptual, un “medio” es un recurso que las personas utilizamos para lograr alcanzar un objetivo que se sustenta en una necesidad que deseamos satisfacer; la palabra “alternativo” es una voz compleja, integrada por la agrupación de varias raíces del latín, donde *-alter*, significa otro, el sufijo *-anus*, que señala el origen o procedencia y el sufijo *-iva*, que puede indicar una relación activa o pasiva, esto es, poder optar entre dos o más elementos; por último, la palabra “solución” proviene etimológicamente del latín del término *solutio, solutionis*, que se conforma por el prefijo del verbo *solvere, solu-* y el sufijo *-tio-*, que refiere a la acción y efecto. El término “medio alternativo de solución de controversias” refiere a la respuesta a un problema, duda o cuestión no resuelta, o con algún tipo de resistencia, considerando las opciones disponibles, para obtener una respuesta, un desenlace, o sea, resolverlo.

En la práctica se alude indistintamente a “medios alternos de solución de litigios”, “medios alternativos de resolución de conflictos”, “mecanismos alternativos de solución de controversias” o “medios alternativos de resolución de controversias”, o a sus siglas ADR,

²¹ Terradas Saborit, Ignasi, Justicia vindicatoria, España, CSIC Press, 2008, pp. 297-298. Sin embargo, el autor rechaza este esquema “evolucionista”, menciona que: *No hallamos la ‘venganza privada’, si no es como corrupción o atropello de una institución de justicia que tenía en su poder ordenar lo que podríamos asimilar a ‘venganza’, y que por ser una venganza autorizada u ordenada por un tribunal denominamos vindicta cruenta. Pero no como la entendemos normalmente: sino la institución de todo un procedimiento con normas de actuación y audiencia, normas o dogmas sobre lo justo y lo ilícito, ficciones jurídicas, deliberaciones, términos temporales, apelaciones o súplicas y órdenes procedentes de autoridades con facultad de juzgar.*

Alternative Dispute Resolution, Appropriate Dispute Resolution o MASC.

En el campo de lo normativo, en general el Derecho Procesal reconoce una serie de etapas o estadios relacionados con la forma de solucionar los litigios: a) autodefensa o autotutela donde los sujetos resuelven sus diferencias mediante la acción directa, b) autocomposición entendida como la solución al conflicto de intereses que realizan una o las dos partes, y como el arreglo del litigio que proviene de las mismas partes, y c) la heterocomposición que requiere la intervención de un tercero ajeno e imparcial al litigio.

Como se advierte, en la autocomposición y en la heterocomposición encontramos las vías que incluyen a los medios o métodos alternos de solución de controversias. Así, estos medios designan de modo general a los procedimientos extrajudiciales aplicados por un tercero de forma imparcial. Entre ellos se incluye el arbitraje y aquellas medidas conocidas universalmente por el acrónimo de MASC o ADR: *Alternative Dispute Resolutions* o *Amicable Dispute Resolutions*, entre las que destacan la mediación y la conciliación.²²

Sobre los medios alternativos de solución de controversias se argumenta que suponen una proyección utilitaria, ampliada y profundizada del principio de autonomía de la voluntad, se diferencia de los métodos autocompositivos, en los que las partes en la controversia son los protagonistas bajo una u otra connotación, y de los heterocompositivos, que implican una decisión de un tercero destinada a

²² Cfr. Gonzalo Quiroga, Marta, “Métodos alternos de solución de conflictos MASC/ADR”, en Gonzalo Quiroga, Marta, Gorjón Gómez, Francisco Javier (ed, dir.) y Sánchez García, Arnulfo (ed.), Métodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia, pt. José María Chillón Medina, México, UANL-Universidad Rey Juan Carlos-Dykinson, 2011, p. 43.

Desafíos de los MASC

hacerse valer por sí misma, como en el arbitraje que, es en última instancia –o así debe serlo– una instancia o espacio de libertad.²³

Sin embargo, el argumento anterior es limitado, cuando hablamos de medios alternativos de resolución de conflictos, hacemos referencia a todos los procedimientos ajenos a los aparatos judiciales estatales (es decir, procedimientos extrajudiciales) que permiten a dos o más partes implicadas en un conflicto la superación del mencionado conflicto, por lo general por medio del acuerdo voluntario.²⁴ Como se advierte, nada impide que estos medios sean autocompositivos o heterocompositivos, las notas distintivas son la exclusión de los órganos jurisdiccionales y la participación activa de las partes en la solución del conflicto.

Por lo anterior, los MASC se definen como “todos los procedimientos ajenos a los aparatos judiciales estatales (es decir, procedimientos extra-judiciales) que permiten a dos o más partes implicadas en un conflicto la superación del mencionado conflicto, por lo general por medio de un acuerdo voluntario.”²⁵

En el mismo sentido, para distinguir a la mediación de la jurisdicción, el arbitraje y la conciliación, Marta Blanco Carrasco, cita a la Red Judicial Europea, para destacar: El mediador ayuda a favorecer la comunicación tanto durante los debates como durante el proceso destinado a encontrar un acuerdo. A diferencia de un juez, no dispone sin

²³ Cfr. Chillón Medina, José María, Prólogo, en Gonzalo Quiroga, Marta (et al), *Métodos alternativos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Madrid, España, Dykinson, Universidad Autónoma de Nuevo León, Universidad Rey Juan Carlos, 211, p. 18.

²⁴ Martí Mármol, Josep Lluís, *Perspectivas del derecho en la negociación de conflictos*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya. La Universidad Virtual, 2002, p. 20.

²⁵ *Idem*.

embargo de ninguna competencia decisoria y –al contrario del árbitro o del conciliador— no presenta tampoco propuestas de solución.²⁶

Ahora bien, los medios alternativos de solución de controversias no se agotan en la mediación, conciliación y arbitraje. En general, consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas pueden resolver sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional, al lado de la conciliación, la mediación, el arbitraje y la negociación, tenemos formas mixtas como: i) mediación–arbitraje (*med-arb*), ii) arbitraje–mediación (*arb-med*), tribunal multipuertas (*multidoor court-house*), iii) defensor del pueblo (*ombudsman*), iv) evaluación neutral previa, v) dictamen de expertos, vi) grupo asesor circunscrito, vii) juez de alquiler (*rent a judge*), viii) juicio abreviado (*summary jury trial*), ix) arbitraje delegado y x) el *mini trial*.

En cuanto a los aspectos o tendencias básicas en mediación, en función de su utilidad, sus objetivos y actitudes que generan entre aquellos que se manifiestan partidarios de una u otra:

1. La mediación como sistema de reducción de los costes de la práctica judicial, saturada por ingentes cantidades de normativas legales, procedimientos y litigios.
2. la mediación como mejor sistema de procurar satisfacción a las partes en conflicto. Reduce los costes emocionales y económicos de las prácticas judiciales y facilita los acuerdos directamente.
3. La mediación como sistema de reivindicación de cotas más elevadas de justicia social.

²⁶ Carrasco Blanco, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, Reus, 2009, p. 48.

Desafíos de los MASC

4. La medición como proceso transformativo de personas, como superación de sus actitudes y comportamientos violentos.
5. La mediación, desde la conflictología, como síntesis de todas las tendencias anteriores.²⁷

Así, los medios alternativos de solución de controversias, se presentan en cinco modelos: a) “despresurizador” o de reducción de la presión sobre los órganos jurisdiccionales tradicionales, que se constituye un sustituto de la política jurisdiccional e impide el crecimiento de ese órgano; b) vigencia de la autonomía de la voluntad, propio o característico de cierto sector del liberalismo económico, donde todo —hasta la justicia— es susceptible de negociación; c) ético, entendiendo a los medios alternativos como esquemas que permiten interiorizar la cultura de la paz en los integrantes de una sociedad; d) didáctico o formativo, donde los medios alternativos sirven como “escuela para la paz”; y e) sincrético o síntesis de los anteriores.

Sin embargo, podemos afirmar que el motivo más directo se encamina a “descongestionar” o reducir la carga de trabajo de los tribunales u órganos jurisdiccionales. Lo anterior se reconoce en el documento denominado: “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los Países Americanos”, elaborado por la Organización de los Estados Americanos, donde se lee:

Al revisar los fundamentos y propósitos tenidos en cuenta para la incorporación en los sistemas de justicia de los MARC, constatamos que estos han sido incorporados por los diferentes países en el marco de los esfuerzos y programas oficiales de modernización de la justicia.

²⁷ Marcos Aranda, Rafael, *La negociación y la mediación en los conflictos sociales*, España, Trama, 2005, p. 107.

Los MASC de cara a la legislación penal

Los objetivos directos más expuestos entre los argumentos gubernamentales han sido la necesaria descongestión de los tribunales, la mayor celeridad en el conocimiento y resolución de las contiendas y el necesario mejoramiento del acceso a la justicia para las poblaciones.

En el ámbito de las organizaciones no gubernamentales (Universidades-Centros de Estudios Especializados-Organizaciones de Desarrollo-Organizaciones Asistenciales-Fundaciones) el propósito principal expuesto es el de mejorar el acceso a la Justicia y contribuir al mayor protagonismo ciudadano y a los esfuerzos de democratización.²⁸

Con mayor crudeza, Carlos Ignacio Jaramillo destaca: “*in concreto*, el recurso a los medios alternativos de solución de conflictos, se justifica ampliamente, además, por la impotencia funcional del sistema tradicional, reflejado en el alto nivel de insatisfacción y desconfianza de la comunidad en la administración de justicia. (...). Es así, entonces, como se ha fortalecido la llamada ‘justicia privada’ (‘privatización’ de la solución de conflictos), creándose, en consecuencia, nuevos y efectivos canales de ‘*acceso ciudadano a la justicia*’, un preciado derecho de todos los consumidores *lato sensu*”.²⁹

Estos elementos para la integración de los medios alternativos de solución de controversias al Derecho Mexicano están presentes en la reforma penal de 18 de junio de 2008, contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como se desprende del Dictamen de Primera lectura de Senado del 13 de

²⁸ Consejo Permanente de la OEA, Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las recomendaciones de las reuniones de ministros de justicia o de ministros o procuradores generales de las américas, OEA/Ser.G, GE/REMJA/DOC.77/01 de 3 de diciembre de 2001.

²⁹ Jaramillo J. Carlos Ignacio, *Solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro*, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1998, p. 41. En cursivas en el original.

Desafíos de los MASC

diciembre de 2007,³⁰ donde de manera abierta se acepta que: a) los medios alternativos de solución de controversias son mecanismos de “garantía” para una “justicia pronta y expedita”; b) que entre éstos se encuentran la “mediación, conciliación y arbitraje”; c) que entre sus objetivos se encuentran: i) “cambiar al paradigma de la justicia restaurativa”; ii) participación social; iii) privilegiar la responsabilidad personal, el respeto al otro y el uso de la negociación y la comunicación; iv) despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales; y, v) que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño. De lo que podemos concluir que la reforma se arroja en la retórica de la “justicia”, permitiendo que las partes digan el derecho al caso concreto y para negar la acción del aparato jurisdiccional, paradójicamente, encargado de “hacer justicia”.

Así, en México, los medios alternativos de solución de controversias son mecanismos asociados a la “justicia restaurativa”. En este contexto: el actual artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prescribe:

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los

³⁰ Véase: Dictamen de Primera Lectura, 1ª. Vuelta, Cámara de Diputados de 12 de diciembre de 2007, p. 30. Lo anterior también se refrenda en el Dictamen de Primera Lectura en la Cámara de Senadores, en los términos siguientes: *Además de lo anterior, se comparte la idea de establecer mecanismos alternativos de solución de controversias que se traduzcan en una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, (entre otros la mediación, conciliación y arbitraje), permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa dela población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; asimismo, servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho.* (véase página 21 del Dictamen de Primera lectura del Senado del 13 de diciembre de 2007).

Los MASC de cara a la legislación penal

plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Como se advierte la idea básica es asegurar la reparación del daño. Así, se alude a lo que se denomina “derecho colaborativo” entendido en sentido amplio como una forma alternativa de resolución de conflictos, y en sentido estricto como la forma de resolución de conflictos que evita completamente los tribunales.³¹ Por lo anterior, es importante destacar cual es el diseño de las normas penales y el impacto de los medios alternativos en la materia penal.

IV. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL EN EL DERECHO MEXICANO

Líneas arriba destacamos que el contenido del artículo 17, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se prescribe que las leyes preverán mecanismos alternativos de

³¹ Cfr. Soletto, Helena, “Presente y futuro de la resolución de conflictos”, en Soletto, Helena (dir.), Carretero Morales, Emiliano, Ruiz López, Cristina (coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, pp. 31-41.

Desafíos de los MASC

solución de controversias, en la materia penal esas normas deben regular su aplicación, asegurar la reparación del daño y establecer los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Así, reiteramos, son tres los fines: a) su aplicación, b) la reparación del daño, y c) la supervisión judicial.

Además de este precepto, son aplicables a los medios alternativos en la materia penal el Derecho Mexicano el artículo 20, Apartados A y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Penal Federal, el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

El artículo 20, Apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,³² contiene uno de los principios generales de la materia penal, o sea, el de reparación de los daños causados por el delito. En el Apartado C de esa norma constitucional, en lo que se refiere a los derechos de las víctimas, la fracción IV plasma el derecho a la reparación del daño, la obligación del ministerio público de solicitar la reparación, sin que se limite el derecho de la víctima de exigir esa reparación directamente, también se impone el deber al juez de no absolver al sentenciado si existe sentencia condenatoria y, por último, se prescribe que el Estado debe contar con procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias de reparación del daño.

Por su parte, el artículo 29 del Código Penal Federal establece que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. El artículo 30 de ese código sustantivo penal prescribe que la reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, además, menciona que comprenderá: i) la restitución de la cosa, ii) la indemnización

³² Reforma de 18 de junio de 2008.

Los MASC de cara a la legislación penal

del daño material y moral, iii) resarcimiento de los perjuicios, iv) el pago de la pérdida de ingresos económicos y lucro cesante, v) el costo de la pérdida de oportunidades, vi) restablecimiento de la dignidad o reputación de la víctima, y vii) la disculpa pública, aceptación de responsabilidad, y la garantía de no repetición. El artículo 31 bis obliga a informar a la víctima sobre la reparación del daño. Además, la reparación del daño es pública y el ministerio público debe exigirla de oficio en términos del artículo 34 de ese Código Penal Federal.

El Código Nacional de Procedimientos Penales³³ en su artículo 109, fracción X, establece como derecho de la víctima u ofendido a participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias. El artículo 117 de ese código, en su fracción X, obliga al defensor a promover a favor del imputado la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal. Lo anterior se cierra con la obligación impuesta al ministerio público, en el artículo 131, fracción XVIII, de promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal. Además, en el artículo 432 de este código nacional, se destaca que, en el caso del ejercicio directo de la acción penal por parte de la víctima, se debe considerar los mecanismos alternativos de solución de controversias.

El 29 de diciembre de 2014 se expidió la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal,³⁴ que en su artículo 1º, párrafo primero, destaca que su objeto es establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los meca-

³³ Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, con reformas por declaración de invalidez al 25 de junio de 2018.

³⁴ Véase: “Decreto por el que se expide la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, se reforman diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales y se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales” publicado en el Diario Oficial de la Federación de 29 de diciembre de 2014.

Desafíos de los MASC

nismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las Soluciones Alternas, previstas en la legislación procedimental penal aplicable. También, en su párrafo segundo, define a los mecanismos alternativos en materia penal, como los que: *“tiene como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la posible comisión de un delito, mediante procedimientos de oralidad, la economía procesal y la confidencialidad”*.

En el artículo 3° “Glosario”, contiene una serie de definiciones, de las que destacamos, la fracción I, que se refiere al “Acuerdo” entendido como el acuerdo reparatorio celebrado entre los Intervinientes que pone fin a la controversia total o parcialmente y surte los efectos que establece la Ley; la fracción V, donde se alude al “facilitador” como el profesional certificado del órgano cuya función es facilitar la participación de los intervinientes en los procedimientos alternativos, y la fracción X de ese mismo precepto, se menciona entre los “procedimientos alternativos” a la mediación, la conciliación y el procedimiento restaurativo.

El artículo 4° contiene los principios rectores de los mecanismos alternativos, que son: voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad y simplicidad, imparcialidad, equidad y honestidad. En lo que se refiere a la “procedencia” en el artículo 5° se remite a la legislación procesal y en materia de oportunidad como lo destaca el artículo 6°, se pueden intentar desde el inicio del proceso penal hasta el auto de apertura a juicio o antes de que se formulen conclusiones.

La mediación se define en el artículo 19 de esa ley, *como el procedimiento voluntario mediante el cual los intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución total o parcial de ésta*, se destaca que el procedimiento se desarrollará con el auxilio de un

Los MASC de cara a la legislación penal

facilitador, cuya función es propiciar la comunicación y el entendimiento mutuo entre los intervinientes.

Los artículos 7° y 8° regulan los derechos y obligaciones de los intervinientes, entre los primeros destacan no ser objeto de presiones, intimidación, ventaja o coacción para someterse a un mecanismo alternativo, y dar por concluida su participación en el mecanismo alternativo en cualquier momento; en las segundas, conducirse con respeto y observar buen comportamiento, y cumplir con los Acuerdos a que se lleguen.

En el artículo 10 se destaca que el ministerio público puede derivar el asunto a los órganos adscritos, cuando la víctima u ofendido estén de acuerdo en solicitar el mecanismo alternativo. En los artículos 11, 12, 13, 14 y 15, 16, 17, 18 y 19, se regulan la elección del órgano, que puede ser el de la fiscalía o el del Poder Judicial, el examen de la controversia, su admisión, rechazo y reconsideración, y su turno al facilitador, el registro y apertura de expediente, la invitación al requerido y su contenido, la aceptación del solicitante y requerido de sujetarse al medio alternativo, la suspensión de la prescripción durante el trámite del medio alternativo, y las sesiones. Además, el artículo 20 regula el uso de medios alternativos en el caso de flagrancia o medida cautelar, permitiendo la libertad para participar en esos mecanismos.

El artículo 21 define a la mediación como el *mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta*. Al facilitador se le impone el deber de propiciar la comunicación y el entendimiento mutuo entre los intervinientes. Los artículos 22, 23 y 24 regulan el desarrollo de las sesiones, la oralidad de las mismas, por lo que sólo se registra el acuerdo alcanzado, y la pluralidad de sesiones.

Desafíos de los MASC

En lo que se relaciona con la conciliación, el artículo 25 la conceptualiza como el *mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados*. En este caso, el facilitador tiene el deber no sólo de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, además, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas. El artículo 26 se refiere al desarrollo de las sesiones.

Por último, el artículo 27 define a la junta restaurativa como el *mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social*. Los artículos 28 y 29 se refieren al desarrollo de las sesiones y al alcance de la reparación (reconocimiento de la responsabilidad, compromiso de no repetición y plan de restitución), respectivamente.

Los artículos del 30 al 32 establecen criterios para la sustitución de medios alternativos, cuando no se resuelva la controversia a través de uno de ellos; la salvaguarda de los derechos en caso de no llegar a un acuerdo; y la conclusión anticipada de estos mecanismos por voluntad de los intervinientes, inasistencia injustificada, posiciones irreductibles, falta de respeto, agresividad o el uso de tácticas dilatorias, o en los casos que determine la ley.

En el artículo 33 se establecen los requisitos formales de los acuerdos (lugar, fecha, nombre, edad, registro, descripción de las obligaciones, firmas y efectos del incumplimiento), también destaca que la solución puede ser total o parcial, y en el 34 se destaca que cuando los acuerdos tienen las formalidades de ley, serán válidos y exigibles.

Los MASC de cara a la legislación penal

En lo que se refiere al cumplimiento de los acuerdos, el artículo 35, menciona que el ministerio público o el juez resolverán de inmediato sobre la extinción de la acción penal o el sobreseimiento del asunto, y que la resolución emitida por el Juez tendrá efectos de sentencia ejecutoriada. Los artículos 36 al 39 establecen en el órgano especializado un área de seguimiento de los acuerdos.

El artículo 40 obliga a las procuradurías o fiscalías a contar con “órganos especializados en mecanismos alternativos de solución de controversias”, en el caso de los poderes judiciales es potestativo contar con esos órganos especializados. En los artículos del 41 a 47 se establece la estandarización de la capacitación, la interdisciplinariedad de estos órganos, el tema de las bases de datos, las autoridades auxiliares y sus redes de apoyo donde participan instituciones públicas y privadas, la coordinación entre la Federación y las Entidades Federativas, el consejo de certificación y la secretaría técnica en sede judicial y los criterios de certificación. Entre las obligaciones destaca la de contar con “facilitadores certificados de conformidad con los estándares mínimos en materia de capacitación, evaluación y certificación”.

Para ser facilitador, como lo prescribe el artículo 48, se requiere. i) poseer grado de Licenciatura afín a las labores que deberán desarrollar, con cédula profesional con registro federal; ii) acreditar la certificación que establece la Ley; iii) acreditar las evaluaciones de control de confianza que establecen las disposiciones aplicables para los miembros de instituciones de procuración de justicia; iv) no haber sido sentenciados por delito doloso, y v) los demás requisitos que establezca la Ley y otras disposiciones que resulten aplicables. En los artículos 50 al 52 regula los requisitos de ingreso y permanencia para los facilitadores, sus obligaciones (entre ellas, conducirse con respeto a los derechos humanos, actuar con prontitud, profesionalismo, eficacia y transparencia, vigilar que en los mecanismos alternativos no se afecten derechos de terceros, intereses de menores, incapaces,

Desafíos de los MASC

disposiciones de orden público o interés social y no ejercer la abogacía por sí o por interpósita persona, salvo en causa propia), y los impedimentos y excusas.

En este sentido, existe un marco constitucional y legal que muestra que es factible acudir a los medios alternativos de solución de controversias en los casos en donde se puede disponer del derecho sin comprometer el interés público, o sea, en los llamados “delitos sin víctima” o “cuando la víctima expresa su deseo de encontrarse con el victimario, para recibir una explicación o disculpa u obtener una reparación”.³⁵ También es evidente que esos medios alternativos estarían vedados en el caso de agresiones sexuales, violencia intrafamiliar, o cuando el acusado o el ofendido sean menores de edad, también debe prohibirse en delitos de impacto como son delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, como lo previene el artículo 19 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

V. DERECHO COMPARADO

Este apartado no pretende ser conclusivo, atendiendo a los límites de la obra, tiene la modesta pretensión de mostrar cómo se han incorporado los medios alternativos de solución de controversias en materia penal en otros sistemas jurídicos.

³⁵ Barroso, Inmaculada, Hermoso Rico, Blas, Morente Mejías, Felipe, “La mediación institucional ante el conflicto social: ¿articulación o desarticulación de la participación ciudadana?”, en Morente Mejías, Felipe (dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 255.

1. República de Chile

El artículo 241 del Código Procesal Penal regula la procedencia de los acuerdos reparatorios, permite al imputado y la víctima convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Estos acuerdos sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

2. República del Ecuador

El Código Orgánico Integral Penal destaca en su artículo 416 “Extinción del ejercicio de la acción penal”, numeral 3, que el ejercicio de la acción penal se extinguirá cuando se cumpla de manera íntegra con los mecanismos alternativos de solución de conflictos al proceso penal. En el artículo 595 destaca que la formulación de cargos contendrá, entre otros aspectos, la solicitud de salidas alternativas al procedimiento. Además, en el Título X “Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos”, Capítulo Primero “Normas Generales”, artículo 662 destaca que el método alternativo de solución de conflictos se regirá por los principios generales, determinados en este Código y en particular por las siguientes reglas: 1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima, del procesado. 2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado y la infracción. 3. La participación del procesado no se podrá utilizar como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. 4. El incumplimiento de un acuerdo no podrá ser utilizado como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. 5. Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesa-

do actúen con mutuo respeto, y 6. La víctima y el procesado tendrán derecho a consultar a una o un defensor público o privado.

Además, el artículo 663 “Conciliación” prescribe que la conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, en el caso de: 1) delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años, 2) delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, y 3) delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. Se excluyen las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

En lo que se refiere a principios, el artículo 664 destaca que la conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

3. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo

Como lo destaca en su numeral (13) se aplica en relación con los delitos penales cometidos en la Unión y con los procesos penales que tienen lugar en la Unión. Confiere derechos a las víctimas de infracciones extraterritoriales únicamente en relación con los procesos penales que tienen lugar en la Unión.

En términos del numeral (46) destaca que los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infrac-

Los MASC de cara a la legislación penal

tor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio. Los procedimientos de justicia reparadora han de ser, en principio, confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general. Se podrá considerar que factores tales como las amenazas o cualquier forma de violencia cometida durante el proceso exigen la divulgación por razones de interés general.

4. Estado de Sonora

En el derecho nacional destaca la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Sonora,³⁶ que en su apartado de definiciones del artículo 2º, fracción III, define a los mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación, la conciliación y los demás que permitan a las personas prevenir conflictos, o en su caso, solucionarlos, sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para garantizar la efi-

³⁶ Boletín Oficial No. 28, Sección II, de fecha 7 de abril de 2008

Desafíos de los MASC

cacia del convenio adoptado por los participantes y el cumplimiento del mismo.

En ese mismo precepto, pero en las fracciones IV y V, delimita a la mediación y a la conciliación, a la primera como el procedimiento voluntario en el cual un profesional imparcial y sin facultad para sustituir las decisiones de las personas involucradas en una controversia, las asiste con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo; a la segunda, como el proceso voluntario mediante el cual un tercero, de manera neutral e imparcial, ayuda a las personas en conflicto a buscar una solución consensual, y les propone soluciones, las cuales pueden ser aceptadas o rechazadas por las personas en controversia.

Por último, en la fracción VI de este artículo 2° define a la justicia restaurativa como el proceso en el que participan la víctima, el probable responsable o el delincuente, así como miembros de la comunidad afectados por el delito, para que se repare el daño provocado y se atiendan las necesidades de las partes con el fin de lograr su reintegración social. Lo que permite ampliar los medios alternativos de solución de controversias a la materia penal.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN: TEMAS EN TORNO AL USO DE MEDIOS ALTERNATIVOS EN LA MATERIA PENAL EN MÉXICO

En este apartado nos destacaremos exclusivamente algunos de los problemas que se advierten en torno al tema del uso de medios alternativos en la materia penal en México, los numeraremos para su mejor comprensión.

1. **El problema de la justicia.** Una primera reflexión se relaciona con la idea de justicia en el texto constitucional, que en su artículo 17 prescribe que la justicia la administran los

Los MASC de cara a la legislación penal

“tribunales”, por lo que se debería debatir sobre cuáles son los bienes jurídicos disponibles y si es prudente abandonar el criterio social vinculado al Derecho Penal para que los particulares, en ciertos casos, convengan en torno a lo justo en la materia penal a través de estos medios alternativos.

2. Otro tema se asocia a la renuncia del Estado a su obligación de “impartir justicia” a través de órganos especializados, cediendo a los particulares el poder de “conciliar” o “componer” sus controversias, lo que barrunta el *regressus ad infinitum* de la autodefensa o venganza privada, detrás de esta “justicia impartida por particulares”.³⁷ Lo que nos lleva a una dimensión interesante del problema, la “política de mano dura” en la justicia criminal, como lo menciona Angelina Snodgrass Godoy:

*La política de mano dura se expresa en tres formas a lo largo y ancho de América Latina. En primer lugar, existe apoyo a los actos de justicia privada, conocida a nivel local como justicia a mano propia. Estos incluyen ejecuciones públicas, como linchamientos, o el nebuloso trabajo de escuadrones de “limpieza social”, generalmente llevado a cabo bajo el manto de la oscuridad. (...). En los actos de justicia privada colectiva, las masas a veces de cientos o miles de personas, aprehenden y ejecutan a reales o presuntos criminales por lo general en hogueras públicas.*³⁸

3. La existencia de dos estándares de “justicia”, una aplicada por letrados en órganos especializados (juzgados o tribu-

³⁷ Para una conceptualización limitada del derecho primitivo, véase: Bialostosky, Sara, *Panorama de Derecho Romano*, 8ª ed., 3ª ed., en Porrúa, México, Porrúa, 2007, p. 69.

³⁸ Snodgrass Godoy, Angelina, “Una perspectiva ‘invertida’ de la justicia transicional: Lecciones de Guatemala”, en Beil Retterg, Angélica (comp. y ed.), *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Colombia, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política-Uniandes-IDRC, 2005, pp. 296-297.

Desafíos de los MASC

nales) y otra que se administran las partes (contractual), asistidas o no por un facilitador.

4. **La administración de justicia.** Otra cuestión a pensar es que el problema del rezago en la administración de justicia o las carencias e insuficiencias de los órganos jurisdiccionales para atender la demanda de justicia de la población, no se resuelven dejando en los particulares la búsqueda de la justicia en el área penal.
5. **La coordinación sistémica.** La necesidad de establecer una coordinación adecuada entre dos sistemas de “justicia”, uno público o social con todas las garantías (tipicidad, debido proceso legal, competencia, fundamentación, motivación y legalidad, juez imparcial, etc.), y el otro privado o particular en donde las partes, ante un tercero mediador, conciliador o árbitro, de manera “voluntaria” se obligan a crear de manera “convencional” el derecho para resolver la controversia que tienen. Adoptar la segunda solución no está exento de problemas, como lo destaca Ulfried Neumann, si se puede prescindir de la intervención del Derecho Penal, y ello ocurre siempre que éste renuncia a favor de otros medios alternativos, resulta injustificable su mantenimiento.³⁹
6. **La cuestión del interés público.** Otro tema de trascendencia se relaciona con el interés público y su disposición, involucrado en la materia penal, destacando que el artículo 8° del Código Civil Federal destaca que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo

³⁹ Neumann, Ulfried, “Alternativas al Derecho Penal”, en Zapatero, Luis Arroyo, Neumann, Ulfried, y Nieto Martín, Adán (coord.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 217.

Los MASC de cara a la legislación penal

contrario. Así, como lo destaca el artículo 6° del Código Civil Federal: *La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero*. Lo que implica que el interés público es “irrenunciable”, o sea, no puede ser materia de transacción o negociación.

7. **La necesaria armonización.** Un tema más práctico se relaciona con la necesidad de armonizar los contenidos de los códigos penales, tanto federal como de las entidades federativas, con las reformas constitucional y legal de 2008 y 2014, en materia de medios alternativos de solución de controversias, lo que nos lleva a la promesa pendiente de la emisión de un Código Penal Nacional.
8. **La necesidad de incorporar nuevos medios alternativos.** Si la pretensión del Estado Mexicano es impulsar de manera decidida los medios alternativos en la materia penal, otro tema se asocia al desarrollo de estos mecanismos, y la necesidad de superar la tríada clásica –mediación, conciliación y arbitraje—, para buscar en la experiencia internacional, nuevas alternativas, como ejemplos podemos mencionar i) el tribunal multipuertas (*multidoor court-house*),⁴⁰ ii) el juez de alquiler (*rent a judge*),⁴¹ iii) el juicio abreviado

⁴⁰ A través de este mecanismo de resolución de conflictos, el usuario pueda abrir la “puerta de resolución” apropiada para el caso concreto (mediación, conciliación, negociación, arbitraje, etc.). Puede elegir entre los métodos de autocomposición (resolver a través de un acuerdo consensuado, sin o con la ayuda de un tercero) o de heterocomposición (someter la disputa a un tercero con capacidad para imponer una decisión).

⁴¹ Este proceso es similar al arbitraje, es una modalidad más flexible en lo procesal. En general interviene un Juez retirado y con prestigio por su idoneidad y su imparcialidad. El dictamen del juez de alquiler no es vinculante, pero las partes se someten al fallo por el prestigio del juez de alquiler. La sentencia de un juez privado puede apelarse en una instancia superior. Para contratar a un juez privado se debe pedir autorización a la Corte y sus honorarios son pagados por las partes.

Desafíos de los MASC

(*summary jury trial*),⁴² y iv) el mini juicio (*mini trial*),⁴³ que podrían enriquecer las posibilidades de solución de controversias en el derecho mexicano.

En la circunstancia y perspectiva de los medios alternativos de solución de controversias los datos disponibles son de claroscuros y muestra un divorcio entre discurso y realidad. Como se advierte de lo expuesto, si se apuesta a la funcionalidad de estos mecanismos, todavía queda un gran trecho por resolver en el futuro de los medios alternativos de solución de controversias.

El candidato debe tener, por lo menos, seis años de experiencia y ser retirado o renunciado a la judicatura.

⁴² También llamado juicio por jurado abreviado, que facilita la búsqueda de una solución, dándole a los abogados y sus clientes una idea de lo que un jurado real haría, ante un caso dado, llevado concreta y realmente a los tribunales. (En México se podría adaptar a las características de los juicios orales).

⁴³ ADR Institute of Canada, Frequently Asked Questions, What is an executive mini trial?, in: <http://www.amic.org/>, *An executive mini trial is not really a trial—it's a negotiation where each party summarizes the dispute before senior executives from each side who aren't directly involved in the dispute. The parties may choose to have a neutral third party facilitate. The goal is for the parties to reach an agreement by focusing on the business issues.* [Un mini juicio ejecutivo no es realmente un juicio, es una negociación en la que cada parte resume la disputa ante los altos ejecutivos de cada lado que no están directamente involucrados en la disputa. Las partes pueden optar por tener un tercero neutral facilitar. El objetivo es que las partes lleguen a un acuerdo centrándose en los temas comerciales.]

CAPÍTULO SEXTO

EL DERECHO ACADÉMICO Y LOS MASC: GÉNESIS Y PERSPECTIVAS DE ABORDAJE

PASTORA MELGAR MANZANILLA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Breves consideraciones sobre los MASC. III. Acercamiento al derecho académico. IV. Los MASC en el derecho académico. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los medios alternos de solución de conflictos o de controversias (MASC) es un término general que abarca varias técnicas, diferentes a los procedimientos jurisdiccionales, para resolver conflictos. El término actual viene del inglés *alternative dispute resolution*, término que apareció en los Estados Unidos de América en las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX. Estas técnicas se aceptaron y expandieron debido a que aumentó la insatisfacción con el sistema judicial en la medida en que acrecentaban sustancialmente los casos y los presupuestos disminuían.² De ahí que la teoría contemporánea sobre resolución de conflictos se desarrolló en la segunda mitad del siglo XX.

La aceptación de estos medios dio paso a su uso, incluso por los órganos jurisdiccionales. Dicha tendencia también llegó a México. El artículo 17, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

¹ Profesora e Investigadora de la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán.

² Rowe, T. D. Jr., "Litigation, Alternatives, and Accommodation: Background Paper", *Duke Law Journal*, vol. 1989, Núm. 4, pp. 824 y 836-838.

Desafíos de los MASC

canos (CPEUM) establece, a partir del 2008:³ “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”.

El reconocimiento constitucional de los MASC es visto como el reconocimiento de un derecho a favor de los gobernados, de contar con vías institucionales que provean de los servicios de estos medios alternativos a los que puedan acudir para resolver sus controversias, además de los tribunales judiciales. En este sentido, se garantiza el acceso a los tribunales tradicionales previamente establecidos y se garantiza la posibilidad de acceso a medios alternativos previstos en ley. Si aceptamos esta postura, las partes en controversia deben contar con diversos medios de solución establecidos en leyes. Esto es cierto también para el derecho académico, por tanto, este trabajo es un primer acercamiento al tema de los MASC en el derecho académico, específicamente respecto de la Universidad Nacional Autónoma de México.

II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS MASC

Los MASC incluyen un conjunto de procedimientos, los más conocidos son: negociación, mediación, conciliación y arbitraje. Conforme a la teoría contemporánea sobre la resolución de conflictos, en la negociación, las partes en controversia se comunican directamente entre sí, intercambian promesas y contraen compromisos, para llegar a un acuerdo que resuelva sus diferencias. La negociación puede llevarse a cabo con o sin la asistencia de un tercero.

³ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf. Antes del 2008 ya existían varios preceptos legales en diversas normas jurídicas que preveían el uso de uno o varios medios alternativos de solución de controversias tales como la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, entre otros.

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

Por otra parte, la mediación es un proceso en el cual un tercero neutral interviene para llevar a las partes en disputa a un acuerdo consensual que resuelva la controversia. Normalmente el mediador no tiene autoridad para imponer una solución a las partes. Respecto de la conciliación, es un proceso mediante el cual un conciliador intenta ayudar a las partes a resolver una disputa mejorando las comunicaciones entre estos y brindando asistencia técnica. El conciliador generalmente es más intervencionista que un mediador.

Por último, el arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias que opera como un sistema tradicional jurisdiccional, pero privatizado. En este caso, un experto expide una resolución al final del procedimiento y las partes, al aceptar ir al arbitraje, quedan obligados por la decisión. El arbitraje, a pesar de su parecido con los procedimientos jurisdiccionales es consensual y conciliatoria, pues las partes pueden acordar el procedimiento y los términos.

Al observar las características de los diversos MASC, podemos advertir que los MASC son un espectro de procesos que tienen diferentes niveles de flexibilidad, algunos procesos son bastante similares a los procesos litigiosos tradicionales, mientras que otros son bastante distintos.⁴ Pero, la literatura sobre MASC acepta su carácter consensual y voluntario. Es decir, todos los MASC comparten dichas características, que son fuente de su legitimidad⁵ ya que permite a las partes confiar en el proceso. Así, los MASC rescatan la idea de que las partes son dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, son quienes deben decidir la forma de resolverlo. Esto es considerado uno de los principales beneficios de los MASC.

⁴ Goldberg, S.B (Ed.), *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration and Other Processes*, Estados Unidos de América, Aspen Publishers, 1999, pp. 4-5.

⁵ Shapiro, M., *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Estados Unidos de América, University of Chicago Press, 1986, pp. 2-5

Desafíos de los MASC

Otros beneficios de los MASC son: I. Su capacidad de obtener acceso rápido a un proceso barato que puede producir un resultado satisfactorio en un corto tiempo. Es decir, su eficiencia en términos de costos y tiempo para litigar. II. Su eficiencia en términos de la calidad del resultado y la satisfacción de las partes.⁶ Así, por ejemplo, la mediación es una herramienta poderosa para la satisfacción de las necesidades humanas que reduce el sufrimiento de las partes en las disputas.⁷ La consensualidad, flexibilidad y formalidad que lo caracterizan, permiten soluciones en donde ambas partes son beneficiados ya que puede atacar las necesidades reales. Por ello, con la introducción de algunos MASC, algunas autoridades buscaron cambiar el enfoque de las partes de una visión vinculada a los derechos a una visión centrada en las necesidades subyacentes de las partes, permitiendo a estas intercambiar ideas e idear soluciones creativas y eficaces.⁸ III. Su capacidad para transformar la calidad de la interacción del conflicto, de tal manera que los conflictos puedan fortalecer tanto a las partes como a la sociedad en su conjunto.⁹ Para esta postura, los MASC pueden ser un medio eficaz para construir estructuras que permitan comunidades más fuertes. Algunas críticas a los tribunales señalan que sus resoluciones no tenían un impacto significativo sobre la relación de las partes contendientes y la cooperación futura, o en la comunidad en general¹⁰.

Por todo lo mencionado, los MASC no solo son vistos como un apoyo a los medios formales de administración de justicia formal, sino

⁶ Menkel-Meadow, C., "Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-opted or 'The Law of ADR'", *Florida State University Law Review*, vol. 19, 1991, p. 3.

⁷ Baruch Bush, R.A., y Folger, J.P., *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, Estados Unidos de América, Jossey-Bass, 2005, pp. 9-19.

⁸ Riskin, L.L., "Mediation and Lawyers", *Ohio State Law Journal*, vol. 43, 1982, p. 34.

⁹ Baruch Bush, R.A. y Folger, J.P., *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, op. cit. p. 11.

¹⁰ Menkel-Meadow, C., *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p. 228.

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

como un complemento para el mejor desenvolvimiento de los medios formales estatales¹¹. En este sentido, Cappelletti establece que incluso hay situaciones en las que la justicia conciliatoria que proporcionan los MASC, puede producir resultados que son mejores cualitativamente que los de un juicio contencioso. Señala que esto es especialmente cierto en los casos en donde el litigio es solo un episodio en una relación compleja y continua, ya que tiene el potencial de preservar la relación en vez de ponerle un punto final¹².

Si bien los MASC han ganado aceptación, ello no implica que estén libres de críticas o que debamos ignorar dichas críticas. La principal crítica se relaciona con la privatización de la justicia y el resultado beneficioso para la parte más fuerte. Ello hace a los MASC peligrosos. Precisamente porque es un proceso informal y consensual, se puede utilizar para aumentar los desequilibrios de poder y abrir la puerta a la coerción y la manipulación por parte de los más fuertes.¹³

Aun si coincidimos en los posibles beneficios de los MASC, no debemos generalizar y suponer que los MASC son el mejor medio para resolver todo tipo de conflictos. Es decir, los MASC no deben ser vistos como una panacea para todas las disputas, pues tienen sus limitaciones y no siempre son apropiados. Los MASC pueden ser idóneos para aquellos casos en que las partes en disputa quieren o les convenga preservar las relaciones en curso.¹⁴ Sin embargo, en los casos en donde derechos irrenunciables estén en juego, o en donde exista

¹¹ Feldstein de Cardenas, Sara L. y Leonardi de Herbon, Hebe M., *El arbitraje*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1998. Aunque el libro se refiere específicamente al arbitraje, es aplicable a los MASC en general.

¹² Mauro Cappelletti, "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", *Modern Law Review*, núm 56, p. 289.

¹³ Baruch Bush, R.A., y Folger, J.P., *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, *op. cit.*

¹⁴ Cappelletti, Mauro, "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", *op. cit.*, nota 30, p. 289.

Desafíos de los MASC

algún desequilibrio entre las partes y, por tanto, una parte pueda ejercer presión indebida sobre la otra, puede no ser la mejor opción.

Si bien es difícil establecer categorías generales de casos que sean apropiadas para resolución a través de la mediación o la conciliación, o algún otro medio alternativo, algunos casos apropiados sugeridos incluyen: cuando las partes desean restaurar o mantener su relación con la otra parte (padres, socios comerciales, hermanos); reclamaciones donde los costos monetarios y no monetarios de los litigios son desproporcionadamente altos en comparación con los temas en disputa; reclamaciones donde una o ambas partes están buscando recursos que no están disponibles a través del sistema judicial tradicional (tales recursos puede incluir: una disculpa, una explicación; flexibilidad en relación con los reembolsos financieros; cambios en los procedimientos administrativos); y donde las partes deseen resolver la disputa de manera confidencial y privada.¹⁵

En suma, podemos aceptar que los ciudadanos deben tener a su alcance una variedad de opciones para la resolución de conflictos. Ello incluye la opción de un litigio en los tribunales tradicionales, incluyendo los procedimientos administrativos en forma de juicio, pero como parte de un amplio menú de opciones.¹⁶ Esto no es menos cierto para los conflictos que surgen en el ámbito del derecho académico. En el ámbito académico, antes de que los conflictos lleguen, en su caso, a instancias jurisdiccionales, también puede haber un menú de opciones entre procedimientos formales en forma de juicio y medios alternativos como la conciliación y la mediación, siempre y cuando estos medios aporten beneficios a ambas partes.

¹⁵ Bozimo, Isaiah, "Access to justice: Exploiting the use of alternative dispute resolution (ADR)", Ponencia presentada en el marco del: Refresher Course for Magistrates on Current Trends in Law and Administration of Justice, celebrado del 18 al 22 de abril en Abuja; Nigeria, http://nji.gov.ng/images/Workshop_Papers/2016/Refresher_Magistrates/s07.pdf.

¹⁶ *Ibidem*, p. 11.

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

III. ACERCAMIENTO AL DERECHO ACADÉMICO

El derecho académico es un derecho poco sistematizado y definido. De la revisión de diversas bases de datos,¹⁷ podemos advertir que a pesar de que hay referencias al derecho académico, de que se catalogan ciertos artículos o estudios como pertenecientes a la categoría de derecho académico, faltan estudios que precisen en qué consiste el derecho académico o que expongan de manera unívoca la comprensión del término. Es decir, falta una definición clara de lo que es el derecho académico.

Para el diccionario de la lengua española, uno de los significados de académico es: perteneciente o relativo a centros oficiales de enseñanza, especialmente a los superiores.¹⁸ Por otra parte, una de las definiciones más aceptadas del término derecho en su acepción objetiva es el conjunto de normas jurídicas que rigen la vida del hombre en sociedad, así como las relaciones de éste con los demás miembros de la sociedad. Por tanto, podemos definir al derecho académico como el conjunto de normas jurídicas relativas a los centros de enseñanza, especialmente los superiores, que rigen las relaciones entre los miembros de dichos centros.

El campo de las relaciones de los miembros de centros de enseñanza es vasto e incluye una gran variedad de temas. Para Marín Marín, incluye:¹⁹

¹⁷ Por ejemplo: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades y Elsevier.

¹⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del tricentenario, <https://dle.rae.es/?id=0Fp3xyj>.

¹⁹ Marín Marín, Álvaro, “El derecho académico en México en los albores del siglo XXI”, *Nómaditas*, núm. 1, 2000, Universidad Complutense de Madrid, España, <https://www.redalyc.org/pdf/181/18100114.pdf>. El autor señala que obtuvo dichos temas de una búsqueda en la base de datos de la Universidad de Washington en Estados Unidos a octubre de 1997. Si bien, han pasado ya casi tres décadas, los temas siguen siendo vigentes.

Desafíos de los MASC

Libertad académica	Claustro universitario	Responsabilidades
Procedimientos de evaluación	Estudiantes de la facultad	Convocatorias
Función de los asesores académicos	Procedimientos de promoción	Reglas para los comités de promoción
Procedimientos para las rutinas académicas	Compensaciones y estímulos	Procedimientos de contratación
Permanencia y abandono de la facultad	Acción afirmativa y lucha contra la discriminación por raza, preferencia sexual o género	Control de archivos de personal y de alumnos
Recursos de aprendizaje de que dispone la facultad	Sistemas de apoyo a la docencia	Seguridad y salud de los profesores
Procedimientos para cubrir vacantes	Interinos y definitivos	Calendario escolar
Creación de nuevas facultades	Acuerdos entre profesores y autoridades	Duración del contrato de trabajo
Procedimientos para distribución equitativa de las cargas de trabajo	Años sabáticos	Retiros
Salarios	Huelgas	Sindicatos
Contratación colectiva	Archivos confidenciales	Evaluaciones de los profesores
Promociones	Estímulos	Procedimientos de queja
Despidos	Abandonos o ausencias	Reducciones de personal o de salarios
Exclusividad	Definitividad	Derechos de asociación
Procedimientos de arbitraje	Derechos de los administradores	Acciones adversas o disciplinarias sobre los profesores o estudiantes
Principios	Inicio de la acción	Llamado a cuentas y revisión del trabajo del personal de confianza
Asociación y participación en los asuntos administrativos y académicos	Consultas a la comunidad para reformas trascendentales.	

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

El derecho académico también es amplio, ya que abarca las normas que regulan las relaciones entre los miembros de los diversos centros de enseñanza relacionados con los temas mencionados en el cuadro anterior. Para efectos de este trabajo, con derecho académico únicamente haremos referencia al conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los miembros de la UNAM: al derecho académico de la UNAM. En este sentido, el derecho académico está ligado a la autonomía que goza la UNAM como universidad pública y a las disposiciones constitucionales relacionadas con la universidad.

De conformidad con el artículo 3º, fracción IV, de la CPEUM, las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía tienen la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas. Esta disposición es el fundamento del derecho académico. La ley que otorga autonomía a la UNAM es la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.²⁰

La autonomía universitaria, se manifiesta de tres maneras, académica, de gobierno y financiera.²¹ La autonomía académica incluye la libertad de cátedra, de designación de personal académico, de formulación de planes y programas de investigación, y libertad para otorgar validez a estudios que se realicen en otros establecimientos. Por su parte, la autonomía de gobierno se refiere a la libertad en el nombramiento de sus autoridades y el otorgamiento de sus normas. Por último, la libertad financiera se refiere a la libertad para administrar su patrimonio.

²⁰ La Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México vigente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de 06 de enero de 1945, <http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/pdf/158.pdf>.

²¹ Marsiske, Renate, “La autonomía universitaria. Una visión histórica y latinoamericana”, *Perfiles Educativos*, 2010, XXXII, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13229958003>.

Desafíos de los MASC

Como se advierte, la libertad de gobierno incluye la facultad de las universidades con autonomía, como la UNAM, de otorgarse sus propias normas, por supuesto dentro del marco que establece la propia Constitución y su ley orgánica. Esto significa que la UNAM puede darse normas que regulan las relaciones entre universitarios (personal académico, personal administrativo y alumnado), inclusive normas relativas a la solución de controversias.²² No cabe duda de que de estas relaciones entre integrantes pueden surgir problemas y conflictos o faltas de acuerdos. Toda la normatividad jurídica que se expide en el marco de la autonomía de gobierno de la UNAM conforma el entramado jurídico que constituye lo que podemos llamar el derecho académico de la UNAM.

Como bien señalan González Pérez y Guadarrama López,²³ al interior del campus universitario se pueden presentar múltiples y variadas relaciones jurídicas, entre universitarios o con universitarios. Todas estas relaciones pueden agruparse bajo el rubro de relaciones jurídicas universitarias y encuentran sustento en la Legislación Universitaria.²⁴ Los autores identifican los tipos de relaciones jurídicas universitarias. Las relaciones jurídicas universitarias internas que se pueden dar dentro de una entidad académica o dependencia administrativa o en el ámbito general de la Universidad. En estas relaciones participen todo tipo de universitarios: personal académico, personal administrativo, órganos colegiados, autoridades unipersonales, personal académico-administrativo, egresados y alumnos.²⁵ El contenido de las relaciones puede ser: académica, laboral, disciplinaria, electoral,

²² Tesis 1ª. XI/2003, Semiaro Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, p. 239.

²³ González Pérez, Luis Raúl y Guadarrama López Enrique, *Tópicos de Derecho Universitario*, UNAM, México 2010.

²⁴ *Ibidem*, p. 31.

²⁵ *Idem*.

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

contractual, administrativa, intelectual y de protección de derechos universitarios.²⁶

Por otra parte, están las relaciones jurídicas mixtas que surgen al interior del campus, pero salen del ámbito espacial universitario, se presentan entre universitarios y no universitarios, o entre dos o más universitarios, pero respecto de aspectos regulados por la legislación federal o local. El origen de estas relaciones pueden ser instrumentos consensuales, ilícitos penales o faltas administrativas cometidos en espacio universitario o conflictos laborales individuales o colectivos.²⁷

Otro tipo de relaciones son las relaciones jurídicas mixtas que surgen en el exterior del campus, pero que tienen impacto en el ámbito espacial universitario. Estas se presentan fundamentalmente entre la Universidad como sujeto obligado por una ley federal o local y autoridades federales o locales, aunque también se pueden entablar con particulares.²⁸

El entramado jurídico que regula las relaciones universitarias y que forma parte del derecho académico, específicamente referido a la UNAM, incluye normas relacionadas con el marco general de la UNAM, la organización de la UNAM y cuestiones académicas y administrativas. Algunas contienen disposiciones relacionadas con la solución de controversias. Esto significa que es en este entramado jurídico donde pueden estar contemplados los MASC. El cuadro siguiente muestra algunas normas y temas regulados en los ámbitos mencionados:²⁹

²⁶ *Ibidem*, pp. 32-33.

²⁷ *Ibidem*, p. 34.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Cfr. Página electrónica de la Oficina de la Abogacía General de la UNAM, <http://www.abogadogeneral.unam.mx/legislacion/consulta/>.

Desafíos de los MASC

Marco General	Organización	Normatividad académica	Normatividad administrativa
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Estatuto General de la UNAM	Personal Académico	Personal Administrativo
Ley orgánica de la Universidad Nacional autónoma de México	Autoridades	Docencia y Planes de Estudio	Bibliotecas y publicaciones
Ley federal del Trabajo	Patronato Universitario	Escuela Nacional Preparatoria y Colegio de Ciencias y Humanidades	Administración Escolar
	Consejo Técnico de la Investigación Científica	Mérito Universitario	Incorporación y Revalidación
	Consejo Técnico de Humanidades	Egresados	Ingresos
	Cuerpos Colegiados	Planeación	Actividades Deportivas y Recreativas
	Justicia Universitaria	Escudo y Lema	Uso de Inmuebles Universitarios
			Licitaciones
			Disciplina y Justicia Universitaria
			Transparencia
			Procedimientos Electorales
			Seguridad en el Transporte Universitario y Vialidad en el Campus Universitario
			Manejo de Cuenta de Cheques
			Estacionamientos Controlados

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

			Actividad Editorial
			Lineamientos Control de Archivos
			Posgrado

IV. LOS MASC EN EL DERECHO ACADÉMICO DE LA UNAM

Debemos conocer si existen y en qué medida, medios alternativos en la legislación académica para la solución controversias universitarias. Si bien es cierto que no toda la legislación debe contener disposiciones adjetivas o procedimentales, la legislación sustantiva que contiene derechos y obligaciones puede contener alguna referencia a los procedimientos para dirimir controversias. Por ello, es importante una revisión de toda la legislación universitaria vigente,³⁰ aunque solo mencionemos la legislación que en efecto contiene disposiciones relativas a controversias o a procedimientos para solucionar controversias, sea alternativas o no.

1. Normatividad relacionada con el Marco General de la UNAM

El marco general de la UNAM se regula por tres instrumentos jurídicos, la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente el artículo 3º, la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Ley Federal del Trabajo.³¹ La Constitución en su artículo 3º, no hace referencia alguna a los MASC. Tampoco

³⁰ La legislación universitaria consultada en este trabajo es aquella que se encuentra en la página electrónica de la Oficina de la Abogacía general, bajo el rubro de “Legislación Universitaria”, visible en: <http://www.abogadogeneral.unam.mx/legislacion/consulta/>. No se consultaron los rubros de “Acuerdos del Rector”, “Criterios de interpretación”, Normatividad de obras” y “Normatividad en materia de adquisiciones”, para poner el énfasis en las controversias internas que surgen entre universitarios, o entre universitarios y la universidad.

³¹ Ley Federal del Trabajo, capítulo XVII.

Desafíos de los MASC

la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México,³² que precisa los fines y las funciones de la universidad pública, contiene disposición alguna relativa a los MASC.

En cuanto a la Ley Federal del Trabajo, el capítulo XVII, título sexto, se refiere al trabajo universitario. Esta ley regula las relaciones de trabajo entre los trabajadores administrativos y académicos y las universidades e instituciones de educación superior autónomas. El objeto del título es conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones de trabajo, de tal modo que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines propios de estas instituciones.³³ Establece que, en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, funcionarán Juntas Especiales que conocerán de los asuntos laborales de las universidades e instituciones de educación superior autónomas.³⁴

En este sentido, los asuntos laborales entre la UNAM y académicos o administrativos pueden resolverse a través de la conciliación y el arbitraje cuando llegan a instancia federal. Debemos recordar, sin embargo, que estas disposiciones, aunque puede considerarse legislación universitaria, no fueron expedidas en el marco de la autonomía de la UNAM.

2. Normatividad relacionada con la organización de la UNAM

En cuanto la normatividad jurídica que rige la organización de la UNAM, en primer término, está el Estatuto General de la Univer-

³² Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 6 de enero de 1945, <http://www.abogadogeneral.unam.mx/legislacion/consulta/#>.

³³ Ley Federal del Trabajo, artículo 353-J.

³⁴ Ley Federal del Trabajo, artículo 353-S.

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

sidad Nacional Autónoma de México.³⁵ Se trata del ordenamiento legal de mayor importancia expedida por la propia universidad. Este Estatuto contiene disposiciones relativos a responsabilidades de miembros de la comunidad universitaria, personal académico y alumnos, así como a sanciones en caso de responsabilidad. Así mismo, delinea el procedimiento para resolver controversias ante el Tribunal Universitario y la Comisión de Honor.³⁶ Este estatuto no hace mención de los MASC.

La normatividad jurídica que regula a las autoridades de la UNAM son: el Reglamento de la Comisión Especial de Seguridad del Consejo Universitario de la UNAM;³⁷ Las Normas de Aplicación de y Procedimiento de los Reglamentos para la Elección de Consejeros Universitarios y Técnicos, y para la Elección de Consejeros Académicos de Área y del Bachillerato, Representante de Profesores, Investigadores y Alumnos;³⁸ Reglamento de la Comisión Especial de Equidad de Género del Consejo Universitario de la UNAM;³⁹ Reglamento de Funcionamiento de la Comisión Especial Electoral del Consejo Universitario;⁴⁰ Reglamento para la Elección de Consejeros Universitarios y Técnicos;⁴¹ Bases para el Funcionamiento de las Comisiones

³⁵ Estatuto General de la Universidad Nacional Autónoma de México, en vigor desde el 12 de marzo de 1945.

³⁶ Estatuto General de la Universidad Nacional Autónoma de México, artículos 99-101.

³⁷ Reglamento de la Comisión Especial de Seguridad del Consejo Universitario de la UNAM, publicado en Gaceta UNAM el día 26 de noviembre de 1990.

³⁸ Las Normas de Aplicación de y Procedimiento de los Reglamentos para la Elección de Consejeros Universitarios y Técnicos, y para la Elección de Consejeros Académicos de Área y del Bachillerato, Representante de Profesores, Investigadores y Alumnos, publicado en Gaceta UNAM el día 14 de abril de 2005.

³⁹ Reglamento de la Comisión Especial de Equidad de Género del Consejo Universitario de la UNAM, publicado en Gaceta UNAM el día 17 de marzo de 2011.

⁴⁰ Reglamento de Funcionamiento de la Comisión Especial Electoral del Consejo Universitario, publicado en Gaceta UNAM el día 30 de octubre de 2006.

⁴¹ Reglamento para la Elección de Consejeros Universitarios y Técnicos, publicado en Gaceta UNAM el día 12 de enero de 2015.

Desafíos de los MASC

del H. Consejo Universitario;⁴² Reglamento Interior del Patronato Universitario;⁴³ Reglamento interior de la Junta de Gobierno;⁴⁴ y Reglamento del H. Consejo Universitario.⁴⁵ No todos se refieren a la solución de controversias.

El Reglamento de la Comisión Especial de Seguridad del Consejo Universitario de la UNAM, tiene por objeto señalar el marco en el que la Comisión Especial de Seguridad del Consejo Universitario actuará, para el reforzamiento de la seguridad y la lucha contra la violencia y otros actos ilícitos que ocurran en las instalaciones de la UNAM y en sus inmediaciones, siempre que en este último caso se afecte a la Institución o a su comunidad.⁴⁶ Este reglamento hace referencia al desahogo de denuncias o quejas de la comunidad universitaria y de las dependencias,⁴⁷ es decir, al desahogo de controversias, pero no explicita procedimientos para resolver controversias y no menciona a los MASC.

El Reglamento de la Comisión Especial de Equidad de Género del Consejo Universitario de la UNAM⁴⁸ tiene por objeto establecer el marco normativo a través del cual la Comisión Especial de Equidad de Género del Consejo Universitario impulsará la equidad de género

⁴² Bases para el Funcionamiento de las Comisiones del H. Consejo Universitario, publicada en Gaceta UNAM el día 12 de septiembre de 2011.

⁴³ Reglamento Interior del Patronato Universitario, publicado en Gaceta UNAM el día 30 de junio de 2011.

⁴⁴ Reglamento interior de la Junta de Gobierno, aprobado por la H. Junta de Gobierno en sesión del día 13 de marzo de 1945.

⁴⁵ Reglamento del H. Consejo Universitario, publicada en Gaceta UNAM el día 12 de septiembre de 2011.

⁴⁶ Reglamento de la Comisión Especial de Seguridad del Consejo Universitario de la UNAM, artículo 1.

⁴⁷ *Ibidem*, artículo 29.

⁴⁸ Reglamento de la Comisión Especial de Equidad de Género del Consejo Universitario de la UNAM, publicado en Gaceta UNAM el día 17 de marzo de 2011.

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

en los diversos ámbitos de la vida institucional de la UNAM.⁴⁹ Establece un procedimiento para la atención a la comunidad universitaria,⁵⁰ pero no menciona a los MASC en caso de alguna controversia.

El Reglamento de Funcionamiento de la Comisión Especial Electoral del Consejo Universitario, tiene por objeto establecer los lineamientos mediante los cuales, la Comisión Especial Electoral del Consejo Universitario, ejercerá sus atribuciones relativas a la elección de consejeros universitarios y técnicos, al dictamen y calificación de elecciones de consejeros universitarios, y a la declaratoria correspondiente de fórmulas ganadoras.⁵¹ En los procesos de elección que se mencionan pueden surgir controversias universitarias. Este reglamento regula los procesos de impugnación para resolver controversias que surgen en procesos electorales,⁵² sin embargo, no contiene mención de los MASC para la resolución de estas controversias electorales.

En cuanto al Reglamento para la Elección de Consejeros Universitarios y Técnicos, tiene por objeto garantizar la certeza, legalidad y transparencia de la elección de los consejeros universitarios y técnicos, y establecer las bases para los procesos electorales respectivos, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto General.⁵³ Este reglamento también se refiere a un recurso de impugnación en caso de controversias electorales,⁵⁴ pero sin hacer mención de los MASC.

Por otra parte, el Reglamento Interior del Patronato Universitario, señala que entre las atribuciones y obligaciones de la Junta de Patronos esta llevar a cabo el procedimiento para la determinación de responsa-

⁴⁹ *Ibidem*, artículo 1.

⁵⁰ *Ibidem*, artículos 16 y 17.

⁵¹ Reglamento de Funcionamiento de la Comisión Especial Electoral del Consejo Universitario, artículo 1.

⁵² *Ibidem*, artículos 13 y 14.

⁵³ Reglamento para la Elección de Consejeros Universitarios y Técnicos, artículo 1.

⁵⁴ *Ibidem*, artículos 32, 33 y 50.

Desafíos de los MASC

bilidades administrativas de funcionarios y empleados de la UNAM y recibir y atender las quejas y denuncias que formulen los particulares o el personal de la Institución, en la esfera de su competencia.⁵⁵ Sin embargo, no hace mención alguna de los MASC. Por último, el Reglamento del H. Consejo Universitario dispone que habrá lugar al recurso de reclamación en varios supuestos.⁵⁶ Así mismo, se refiere a las responsabilidades de los miembros del Consejo Universitario,⁵⁷ las sanciones aplicables⁵⁸ y al proceso que debe seguirse cuando exista alguna acusación en contra de algún Consejero Universitario,⁵⁹ pero no menciona a los MASC.

Las normas jurídicas que regulan los cuerpos colegiados son: Reglamento Interno de los Consejos Académicos de Área;⁶⁰ Reglamento Interno del Consejo Académico del bachillerato;⁶¹ Reglamento del Colegio de Directores de Bachillerato de la Universidad Nacional Autónoma de México;⁶² Reglamento del Colegio de Directores de Facultades y Escuelas;⁶³ Reglamento Interno del Consejo de Difusión Cultural;⁶⁴ Reglamento de Integración y Funcionamiento del Comité de Licitaciones del Patronato Universitario;⁶⁵ y, Reglamento

⁵⁵ Reglamento Interior del Patronato Universitario, Artículo 13, fracciones XII y XIII.

⁵⁶ *Ibidem*, artículo 26.

⁵⁷ *Ibidem*, artículo 31 y 32.

⁵⁸ *Ibidem*, artículo 33.

⁵⁹ *Ibidem*, artículo 34.

⁶⁰ Reglamento Interno de los Consejos Académicos de Área, publicado en Gaceta UNAM el día 21 de febrero de 1994.

⁶¹ Reglamento Interno del Consejo Académico del bachillerato, publicado en Gaceta UNAM el día 7 de febrero de 1994.

⁶² Reglamento del Colegio de Directores de Bachillerato de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicado en Gaceta UNAM el día 3 de junio de 1985.

⁶³ Reglamento de Colegio de Directores de Facultades y Escuelas, aprobado en sesión del Consejo Universitario el día 26 de enero de 1971.

⁶⁴ Reglamento Interno del Consejo de Difusión Cultural, publicado en Gaceta UNAM el día 24 de noviembre de 1994.

⁶⁵ Reglamento de Integración y Funcionamiento del Comité de Licitaciones del Patronato Universitario, publicado en Gaceta UNAM el día 11 de mayo de 1993.

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

para la Elección de Consejeros Académicos de Área y del Bachillerato, Representantes de Profesores, Investigadores, Técnicos Académicos y Alumnos.⁶⁶

De las normas mencionadas, el Reglamento Interno de los Consejo Académicos de Área se señala las responsabilidades de los consejeros y someramente se refiere al procedimiento para dirimir controversias.⁶⁷ De manera similar, el Reglamento Interno del Consejo Académico del Bachillerato menciona las responsabilidades del Consejo y el Procedimiento para dirimir controversias entre consejeros y el Consejo.⁶⁸ Por su parte, el Reglamento para la Elección de Consejeros Académicos de Área y del Bachillerato Representantes de Profesores, Investigadores, Técnicos Académicos y Alumnos, establece las bases para la elección de los consejeros académicos de área del bachillerato, representantes del personal académico y de los alumnos de facultades, escuelas y programas de posgrado, institutos y centros.⁶⁹ Este reglamento se refiere a ciertas controversias, que pueden suscitarse en el ámbito de las elecciones que regula y a los procedimientos para dirimirlo.⁷⁰ Ninguna de las normas sobre cuerpos colegiados menciona explícitamente a los MASC.

Los ordenamientos jurídicos relativos a la justicia Universitaria son: Reglamento del Tribunal Universitario y de la Comisión de Honor;⁷¹

⁶⁶ Reglamento para la Elección de Consejeros Académicos de Área y del Bachillerato, Representantes de Profesores, Investigadores, Técnicos Académicos y Alumnos, publicado en Gaceta UNAM el día 25 de marzo de 1996.

⁶⁷ Reglamento Interno de los Consejo Académicos de Área, artículos 45 y 46.

⁶⁸ Reglamento Interno del Consejo Académico del Bachillerato, artículos 44 – 46.

⁶⁹ Reglamento para la elección de Consejeros Académicos de Área y del Bachillerato Representantes de profesores, Investigadores, Técnicos Académicos y Alumnos, artículo 1.

⁷⁰ *Ibidem*, artículos 16 – 20 y 40-41.

⁷¹ Reglamento del Tribunal Universitario y de la Comisión de Honor, publicado en Gaceta UNAM el día 17 de diciembre de 1998.

Desafíos de los MASC

Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios;⁷² Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios;⁷³ y Lineamientos para la Igualdad de Género en la UNAM.⁷⁴

El Reglamento del Tribunal Universitario y de la Comisión de Honor establece que el Tribunal Universitario tendrá competencia para conocer y resolver sobre faltas a la Legislación Universitaria del personal académico y de los alumnos; que conocerá en revisión sobre las amonestaciones impuestas a alumnos; y conocerá sobre las resoluciones de los Consejos Técnicos que impongan sanciones al personal académico.⁷⁵ Así mismo, regula el procedimiento para dirimir controversias ante el Tribunal Universitario⁷⁶ y el procedimiento de revisión⁷⁷ extensamente, pero sin mencionar a los MASC.

El Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios señala que la Defensoría es el órgano de carácter independiente que tiene por finalidad esencial recibir las reclamaciones individuales de los estudiantes y de los miembros del personal académico de la UNAM, por la afectación de los derechos que les otorga la Legislación Universitaria; realizar las investigaciones necesarias y proponer, en su caso, soluciones a las autoridades de la propia Universidad.⁷⁸ Como se advierte, se trata de un órgano que resuelve controversias universitarias. Esta Defensoría conoce de reclamaciones, quejas, inconformidades o denuncias que formulen los estudiantes, profesores, investigadores y

⁷² Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios, publicado en Gaceta UNAM el día 3 de junio de 1985.

⁷³ Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios, publicado en Gaceta UNAM el día 11 de agosto de 1986.

⁷⁴ Lineamientos para la Igualdad de Género en la UNAM, publicados en Gaceta UNAM el día 7 de marzo de 2013.

⁷⁵ Reglamento del Tribunal Universitario y de la Comisión de Honor, artículos 4 y 5.

⁷⁶ *Ibidem*, artículos 7-18.

⁷⁷ *Ibidem*, artículos 19 -30.

⁷⁸ Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios, artículo 1.

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

técnicos académicos cuando en las mismas se alegue la infracción de sus derechos de carácter individual, por actos, resoluciones u omisiones contrarios a la Legislación Universitaria, cuando sean irrazonables, injustos, inadecuados o erróneos, o se hayan dejado sin respuesta las solicitudes respectivas dentro de un plazo razonable.⁷⁹

Este estatuto contiene normas que regulan extensamente el procedimiento de reclamaciones, quejas o denuncias.⁸⁰ Señala que en dicho procedimiento se debe evitar formalismos innecesarios y debe seguirse de acuerdo con los principios de inmediación, concentración y rapidez.⁸¹ Así mismo, dispone que la Defensoría promoverá que se llegue a una solución inmediata y, en su caso, se tomen las medidas para que se termine con la afectación a la mayor brevedad.⁸² El Estatuto no menciona explícitamente los MASC, sin embargo, si caben los MASC pues existe el mandato de evitar formalismos innecesarios y de llegar a soluciones inmediatas, lo que es posible con algunos MASC, especialmente con la mediación y conciliación.

En cuanto al Reglamento de la Defensoría de Derechos Universitarios, también señala que el procedimiento respecto a reclamaciones, quejas, inconformidad o denuncia se seguirá conforme a los principios de immediatez, concentración y rapidez y que la Defensoría debe tomar las medidas pertinentes para evitar formalidades innecesarias.⁸³ Regula el procedimiento de las reclamaciones, quejas, inconformidades y denuncias⁸⁴ y establece que, a fin de llegar a una solución inmediata, el Defensor puede promover el contacto personal entre el funcionario supuestamente considerado responsable, el quejoso o el

⁷⁹ *Ibidem*, artículo 7.

⁸⁰ *Ibidem*, artículo 9.

⁸¹ *Ibidem*, artículo 9, fracción 3.

⁸² *Ibidem*, artículo 9, fracción V.

⁸³ Reglamento de la Defensoría de Derechos Universitarios, artículo 11.

⁸⁴ *Ibidem*, artículos 11 -28.

Desafíos de los MASC

propio defensor o alguno de los adjuntos, proponiendo alternativas que permitan reparar la violación planteada.⁸⁵ Aunque no se menciona explícitamente a los MASC, podemos observar que esta disposición permite la conciliación pues permite que el defensor o adjunto proponga alternativas de solución a las partes de la controversia y de esa manera, se resuelva la controversia de manera inmediata. Puesto que se permite el contacto entre las partes, también es posible la mediación.

Por último, los Lineamientos para la Igualdad de Género en la UNAM, sí mencionan explícitamente a uno de los MASC, la mediación.⁸⁶ Estos lineamientos tienen como finalidad establecer las normas generales para regular la equidad de género, como una condición indispensable y necesaria para lograr la igualdad de género.⁸⁷ Se refiere a las denuncias relacionadas con la discriminación y la violencia de género⁸⁸ y señala que los afectados podrán acudir ante la Oficina del Abogado General, que, dentro del ámbito de su competencia, dará asesoría, apoyo, orientación y, en su caso, seguimiento a las denuncias presentadas ante la autoridad. De igual manera, señala que en caso de reclamaciones y quejas por discriminación y violencia de género, los afectados pueden dirigir su reclamación o queja ante la Defensoría de los Derechos Universitarios, en términos de su Estatuto y Reglamento.⁸⁹ Las reclamaciones y/o quejas que reciba la Comisión Especial de Equidad de Género del Consejo Universitario deben ser canalizadas a la Defensoría de los Derechos Universitarios para su atención procedente.⁹⁰ Además, estos lineamientos establecen textualmente que: “Las instancias universitarias involucradas en la atención y segui-

⁸⁵ *Ibidem*, artículo 23, fracción II.

⁸⁶ Lineamientos para la Igualdad de Género en la UNAM, artículo 14.

⁸⁷ *Ibidem*, artículo 1.

⁸⁸ *Ibidem*, artículos 11-14.

⁸⁹ *Ibidem*, artículo 12.

⁹⁰ *Ibidem*, artículo 13.

El derecho académico y los mas: génesis y perspectivas de abordaje

miento de las quejas presentadas, en el ámbito de su respectiva competencia podrán recurrir a la mediación en la solución de los asuntos planteados”.⁹¹

3. Normatividad Académica

Parte de la Normatividad académica de la UNAM se refiere al personal académico. De los ordenamientos jurídicos que regulan esta materia, el Estatuto del Personal Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México rige las relaciones entre la Universidad y su personal académico. Este Estatuto contiene reglas sobre el recurso de reconsideración que pueden interponer los miembros del personal académico ante el director de la dependencia de adscripción cuando no estén satisfechos con las decisiones de las autoridades universitarias.⁹² Igualmente, regula el recurso de revisión en los concursos de oposición⁹³ y las controversias que se susciten por motivo de sanciones al personal académico.⁹⁴

Respecto de la normatividad académica relacionada con la Docencia y los Planes de Estudio, los Lineamientos Generales para el Funcionamiento del Posgrado⁹⁵ que tienen como objetivo la regulación complementaria de los estudios de posgrado de la UNAM,⁹⁶ contiene disposiciones que regulan las controversias suscitadas por motivo de la baja del plan de estudios⁹⁷ y por votos en el caso de examen de

⁹¹ *Ibidem*, artículo 14.

⁹² Estatuto del Personal Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México, artículos 104 al 112.

⁹³ *Ibidem*, artículo, 106.

⁹⁴ *Ibidem*, artículos 108-112.

⁹⁵ Lineamientos Generales para el Funcionamiento del Posgrado, publicado en Gaceta UNAM el día 3 de septiembre de 2007.

⁹⁶ *Ibidem*, artículo 1.

⁹⁷ *Ibidem*, artículo 11 y 16.

Desafíos de los MASC

grado.⁹⁸ La normatividad no menciona a los MASC. Ninguna otra normatividad académica contiene disposiciones sobre procedimientos para la solución de controversias universitarias.

4. Normatividad administrativa

El Estatuto del Personal Administrativo al Servicio de la Universidad Nacional Autónoma de México⁹⁹ tiene por objeto reglamentar las relaciones de trabajo entre la Universidad Nacional Autónoma de México y su personal administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Universidad.¹⁰⁰ El Estatuto prevé el recurso de reconsideración en caso de que los trabajadores se consideren afectados por alguna resolución de la Comisión de Escalafón,¹⁰¹ sin embargo, no regula el procedimiento o menciona los MASC.

En cuanto al Reglamento de Responsabilidades Administrativas de las y los funcionarios y empleados de la Universidad Nacional Autónoma de México,¹⁰² tiene por objeto establecer el marco normativo en materia de responsabilidades administrativas de las y los funcionarios y empleados que se encuentren en el supuesto mencionado.¹⁰³ Este reglamento contiene disposiciones detalladas sobre los procedimientos para dirimir controversias como resultado de faltas administrativas, sobre el procedimiento de responsabilidad administrativa y sobre el recurso de revocación. No hace mención de los MASC.

⁹⁸ *Ibidem*, artículo 19-22.

⁹⁹ Estatuto del Personal Administrativo al Servicio de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicado en Gaceta UNAM el día 3 de noviembre de 1972.

¹⁰⁰ *Ibidem*, artículo 1.

¹⁰¹ *Ibidem*, artículo 46.

¹⁰² Reglamento de Responsabilidades Administrativas de las y los funcionarios y Empleados de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicado en Gaceta UNAM el 8 de febrero de 2018.

¹⁰³ *Ibidem*, artículo .1

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

En materia de transparencia, el Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Universidad Nacional Autónoma de México¹⁰⁴ que tiene como finalidad establecer los órganos, criterios y procedimientos institucionales que garanticen, a toda persona, la transparencia, el acceso a la información pública y la protección de datos personales en posesión de la Universidad,¹⁰⁵ dispone que los funcionarios y trabajadores universitarios serán responsables por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, de conformidad con las leyes del Estado Mexicano aplicables y se refiere a un recurso de revisión ante las instancias del estado mexicano que correspondan.¹⁰⁶ Por su parte, el Reglamento de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales para la Universidad Nacional Autónoma de México,¹⁰⁷ regula los recursos de revisión y reconsideración el Consejo de Transparencia Universitaria.¹⁰⁸

5. La presencia de los MASC en el derecho académico

La revisión de la legislación universitaria muestra que los MASC tienen cierta presencia en la legislación universitaria. Sin embargo, no existen criterios oficiales o alguna postura oficial acerca de los MASC, que sirvan para medir la suficiencia o insuficiencia de su uso en la solución de conflictos universitarios. Esta presencia se encuentra en la normatividad relacionada con la justicia universitaria. Existe una sola mención explícita de la mediación en la normatividad expedida

¹⁰⁴ Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicado en Gaceta UNAM el 25 de agosto de 2016.

¹⁰⁵ Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Universidad Nacional Autónoma de México, artículo 1.

¹⁰⁶ *Ibidem*, artículos 61- 63.

¹⁰⁷ Reglamento de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales para la Universidad Nacional Autónoma de México, publicado en Gaceta UNAM el día 12 de septiembre de 2011.

¹⁰⁸ *Ibidem*, artículos 42 y siguientes.

Desafíos de los MASC

por la UNAM, se encuentra en los Lineamientos para la Igualdad de Género en la UNAM. No obstante, la normatividad que regula la solución de controversias ante la Defensoría de Derechos Universitarios permite los medios alternativos, aunque no los menciona explícitamente. En cuanto a la solución de controversias ante el Tribunal Universitario, no aparecen los MASC.

De lo anterior se puede concluir que los MASC pueden utilizarse para resolver controversias, que son de la competencia de la Defensoría de Derechos Universitarios, pero no así del Tribunal Universitario. Por tanto, las controversias universitarias que pueden resolverse con los MASC son aquellas relacionadas con la infracción de los derechos universitarios, de carácter individual, por actos, resoluciones u omisiones contrarios a la Legislación Universitaria, cuando sean irrazonables, injustos, inadecuados o erróneos, o se hayan dejado sin respuesta las solicitudes respectivas dentro de un plazo razonable.

Si aceptamos que los MASC pueden ser útiles en ciertos tipos de conflictos, incluso más que los procedimientos tradicionales en forma de juicio, sin que los consideremos una panacea, entonces sería conveniente establecer la posibilidad de resolver los conflictos a través de medios alternativos desde el Estatuto General de la UNAM. También sería conveniente fijar una postura respecto de que tipo de controversias deben ser resueltas por MASC en el propio estatuto y, a partir de ello, hacer una revisión de las controversias universitarias en los que deba existir la opción de resolverse a través de medios alternos como la conciliación y la mediación. No debemos olvidar que puede ser conveniente que los universitarios en conflicto restauraren y mantengan su relación. Por tanto, debe hacerse una revisión de los procedimientos que son competencia de la Defensoría de Derechos Universitarios como del Tribunal Universitario o de cualquier otra instancia universitaria que resuelva conflictos. Con lo anterior, se po-

El derecho académico y los masc: génesis y perspectivas de abordaje

dría maximizar las ventajas de los MASC al utilizarlos en los casos apropiados, donde aporten mayores beneficios.

V. CONCLUSIÓN

Los MASC han ganado aceptación como medios útiles para resolver algunos tipos de controversias. Incluso, se acepta que pueden ser más útiles que los procedimientos tradicionales. Sin embargo, también se acepta que pueden ser peligrosos en ciertos casos.

El derecho académico, específicamente el de la UNAM incluye a los MASC en el caso de la resolución de controversias a cargo de la Defensoría de Derechos Universitarios. Sin embargo, no hay criterios objetivos que determinen o justifiquen que controversias deben resolverse por estos medios y así sacar la mayor ventaja de ellos. Por tanto, hacen falta criterios objetivos que determina que controversias deben resolverse por estos medios.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA MÉDICA

CARINA GÓMEZ FRÖDE¹

*El arbitraje significa un procedimiento
más rápido que el judicial, menos solemne
y formalista, y más privado o secreto
por contraste con el proceso público.
Suprime y abrevia plazos,
favorece la transacción y disminuye la litigiosidad.²*

SUMARIO: I. Los litigios en materia médica. II. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) y los servicios que ofrece. III. Los medios alternos de solución de controversias médicas: a) mediación b) conciliación c) arbitraje. IV. Ejemplos de una mediación, una conciliación y un arbitraje en materia médica. V. Los retos y las asignaturas pendientes.

I. LOS LITIGIOS EN MATERIA MÉDICA

En los últimos años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en nuestro país al resolver controversias relacionadas con el derecho a la protección de la salud (consagrado en el artículo 4º Constitucional)

¹ Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es actualmente Directora General de Arbitraje Médico en la CONAMED. Es miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano y Mexicano de Derecho Procesal.

² Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje en el Derecho Privado*, México, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, 1963, p.14

ha desarrollado una serie de criterios, para definir el quehacer de los médicos y la práctica médica. Ha establecido diversas reglas que contemplan los requisitos que deben cumplir los profesionales de la salud para garantizar a todos los mexicanos por igual el derecho fundamental para su protección.

Todos los días escuchamos en la radio o leemos en los periódicos y en las redes sociales que se cometen negligencias o impericias médicas. Muchas veces, las noticias de la mala práctica tienden a ser amarillistas y sensacionalistas, sin contar con la versión completa ni objetividad, para poder calificar de negligente o no la calidad de la atención médica. El acceso a los expedientes clínicos debe ser confidencial y es por ello que el tema se torna delicado.³

Entre algunas de las prácticas médicas que pueden dar lugar a responsabilidades por parte de los prestadores del servicio médico se encuentran las siguientes:

- a) El empleo de tratamientos que no han sido debidamente comprobados o la experimentación en pacientes sin su consentimiento.
- b) La prolongación excesiva de un tratamiento o persistir en éste cuando no mejora la salud del paciente. (Encarnizamiento terapéutico).
- c) El abandono de un paciente.
- d) El prescribir medicamentos contraindicados.
- e) El otorgar tratamientos que no forman parte de la especialidad del médico tratante.

³ Mureddu Gilabert, Mariana, *Regulación Jurídica del Expediente Clínico Electrónico*, Ciudad de México, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p.115.

Los medios alternos de solución de controversias en materia médica

- f) Las omisiones o los errores en las recetas médicas y en los expedientes clínicos.
- g) Las simulaciones de cirugías o la realización de cirugías innecesarias.
- h) Errores en el diagnóstico, tratamiento o procedimientos efectuados.

La sociedad siempre se ha preguntado, qué tipo de responsabilidades pueden asumirse al ejercer la práctica médica. En nuestras leyes en materia de salud, códigos, tanto civiles como penales, en las normas oficiales y reglamentos se definen exhaustivamente los conceptos bajo los cuales un profesional de la medicina puede incurrir en una mala práctica, en desapego a la *Lex Artis* concebida como “estado del arte médico”, es decir, un conjunto de normas o criterios valorativos que el médico, en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas, debe aplicar diligentemente en la situación concreta ante un enfermo y que han sido universalmente aceptados por sus pares.⁴ Como la definición misma señala, la *Lex artis* es un concepto que tiene su aplicación en el caso concreto y, por lo tanto, tiende a individualizarse según los caracteres propios de los pacientes y sus padecimientos, así como las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Es así que, dichos principios científicos y éticos en combinación con los conocimientos particulares del médico conforman la idea de *Lex artis ad hoc*.⁵

Sin embargo, si el médico se aleja y actúa en contra de dichos principios podrá incurrir en las siguientes responsabilidades:

⁴ Tesis I.4o.A.91 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, octubre de 2013, p. 1821. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/gaceta/documentos/tomos/2016-12/libro29t3.pdf>

⁵ Tesis I.4o.A.92 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, octubre de 2013, p. 1819. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/gaceta/documentos/tomos/2016-12/libro29t3.pdf>

Desafíos de los MASC

- 1.- Responsabilidad penal: (Sanción: prisión y reparación del daño).
- 2.- Responsabilidad civil: (Reembolso de gastos, indemnización de daños y perjuicios, daño moral).
- 3.- Responsabilidad administrativa: (Multas o destituciones).
- 4.- Responsabilidad ética/moral: (Sanción social, mala fama).

La responsabilidad civil médica⁶ consiste en un deber que tiene un médico de reparar los daños y perjuicios ocasionados a su paciente derivado de sus actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios realizados en el ejercicio de su profesión. Los requisitos para que se configure dicha responsabilidad civil son los siguientes:

A.- Conducta ilícita.- Realizar un acto contrario a lo que establece el derecho.

B.- Daño.- Causar un deterioro, ofensa, dolor (sufrimiento que se provoca en una persona o en sus cosas por la falta de cumplimiento de una obligación.)

C.- Relación de causalidad: Nexos o relación de carácter objetivo entre la acción y el resultado.

Es decir, debe haberse causado un daño (patrimonial, lesiones o daño moral) y una relación de causalidad, así como el requisito consistente en que el responsable del daño sea directamente el personal médico en el ejercicio de su profesión. Para evaluar la existencia de un nexo causal entre el padecimiento del paciente y la conducta del prestador del servicio médico se sugiere atender a estas complejas interrogantes:

⁶ Montoya Pérez María del Carmen, *La responsabilidad civil médica*, México, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/13.pdf>

¿El padecimiento ocasionaba daños, atendiendo a la historia natural de la enfermedad? ¿Cuáles? ¿El padecimiento por sí mismo explicaba la evolución del paciente? ¿El evento adverso era de esperarse en ausencia de mala práctica? ¿El evento adverso fue originado por la intervención del personal a cargo del paciente? ¿El evento adverso se debió a una acción voluntaria o contribuyente del enfermo o de terceros? ¿El evento adverso se debió a causas intrínsecas del paciente? ¿El evento adverso se debió a un accidente en el que no intervino personal de salud?⁷

Por regla general, la obligación del profesional de la medicina es de medios, y no de resultados. La primera clase de obligaciones supone que el profesionista no se obliga al logro de un resultado específico y concreto, sino al despliegue de una conducta diligente, cuya apreciación está en función de la denominada *Lex artis ad hoc*. En tal caso, la falta de diligencia y la negligencia del profesional médico son las que habrán de probarse. En cambio, algunas obligaciones de resultados son, por ejemplo; las cirugías plásticas estéticas, la colocación de aparatos anticonceptivos, los estudios de *Papanicolau*, la colocación de aparatos ortopédicos a un paciente, las prácticas dermatológicas o los tratamientos odontológicos.

Tanto del Código Civil Federal como el de la Ciudad de México en su artículo 2615 disponen lo siguiente: *El que preste servicios profesionales solo es responsable hacia las personas a quienes sirve por impericia, negligencia y dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.*

Si se produce un daño por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o cuidado, es decir, impericia o negligencia, surge la obligación

⁷ Fajardo Dolci, Germán. *et al.*, “Recomendaciones para prevenir el error médico, la mala práctica y la responsabilidad profesional”, México, <http://www.dgdi-conamed.salud.gob.mx/ojs-conamed/index.php/revconamed/article/view/297/546>

Desafíos de los MASC

para los profesionistas de la salud de restituir o pagar por los daños y perjuicios causados a sus pacientes, debiéndose entender por daño: el deterioro, pérdida o menoscabo sufrido por la falta de cumplimiento de una obligación y por perjuicio, la privación de cualquier ganancia lícita que se obtenga por el incumplimiento de la obligación.

Por otra parte, los médicos se obligan ante sus pacientes, contractual o extracontractualmente. Tratándose del caso contractual, surge la obligación de indemnizar al que ocasione un daño por incumplimiento de contrato. Con relación a la responsabilidad derivada de una situación extracontractual, ésta se da cuando sin mediar una relación jurídica entre el médico y el enfermo, el primero debe asumir las consecuencias económicas que se deriven por los resultados negativos que se le ocasionen al paciente.

Los médicos también pueden incurrir en responsabilidades penales. Entre los delitos que se llegan a cometer se encuentran los siguientes: homicidio, lesiones, cooperación o inducción al suicidio; omisión de socorro y denegación de auxilio, abandono de tratamiento, fraude o falsedad de declaración ante autoridad judicial, falsificación de documentos o expedientes clínicos.

Estas conductas o agresiones tipificadas como delitos pueden ser realizadas de manera dolosa o culposa. Si la acción se efectúa con la intención de provocar un daño, lo que se presenta es el dolo, pero si se actúa omitiendo la previsión de los resultados o con la esperanza de no sucedan, entonces hay culpa.

Todos aquellos trabajadores de la salud que presten sus servicios ante instituciones públicas de seguridad social relacionadas con la prestación del derecho a la protección de la salud,⁸ además de las respon-

⁸ (Institutos Nacionales, Hospitales Generales y Regionales de la Secretaría de Salud, Instituto Mexicano del Seguro Social, IMSS; Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los trabaja-

sabilidades antes señaladas pueden incurrir en responsabilidades de tipo administrativo, las cuales ocurren cuando el profesional de la salud infringe alguno de los preceptos establecidos en la Ley General de Salud, sus Reglamentos y demás disposiciones que se desprenden de dicha ley, independientemente de que se haya o no causado un daño en la salud del paciente.

Entre los deberes del médico se pueden mencionar los siguientes: Guardar confidencialidad, otorgar información al paciente, realizar por escrito el consentimiento informado y darle la debida explicación de los procedimientos que éste recibirá, llevar una historia clínica, actuar diligentemente, reducir riesgos, emitir certificados médicos cuando el paciente lo requiera, derivar a otro profesional, cuando no se trate de su especialidad, entre otros.

Sin embargo, el número de controversias entre los usuarios del servicio y los profesionales de la salud crece día con día. El litigio surge principalmente cuando se fractura la relación médico-paciente. Aunque formalmente exista una relación evolucionada no paternalista entre el médico y la paciente, distinta a la que prevaleció en otro tiempo, sustancialmente perdura la dependencia, fundada en el conocimiento científico y la experiencia de aquél, que implican una ventaja irreducible. En esa ventaja se funda la confianza y la esperanza del paciente. La relación médico paciente constituye dentro de las relaciones humanas, una de las más complejas e intensas. Es una relación entre iguales, pero no una relación horizontal. No lo es, porque a menos que el paciente sea un médico, otro tipo de paciente con otro oficio o profesión difícilmente podrá comprender el intrincado lenguaje médico. Cada ciencia posee su propio lenguaje. Como ciencia, la medicina exige un lenguaje especializado y riguroso, pleno de terminología nueva derivada de los avances tecnológicos y científicos que suceden

dores del Estado, ISSSTE; Instituto de Seguridad Social para las fuerzas armadas mexicanas, Sistema de Salud naval de la Secretaría de Marina, servicio de salud de Petróleos Mexicanos).

Desafíos de los MASC

con tal rapidez que resulta inevitable la introducción constante de tecnicismos y conceptos en distintos idiomas. En este último campo, el del lenguaje usual de la interactividad profesional del médico, se dice, por ejemplo: “se acuerda emprender un tratamiento agresivo”. Para los profesionales de la salud esto significa emplear la totalidad de los recursos terapéuticos y de soporte disponibles, una medida de máxima intensidad terapéutica en favor del paciente. Pero agresivo, viene de agredir, que significa cometer una agresión, y agresión es “acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño”, o “acto contrario al derecho de otra persona” según el Diccionario de la Real Academia Española. Para el paciente y su familia tratamiento agresivo puede significar un acto violento, hacerle daño.⁹

La profesión médica es una de las más sacrificadas, sin embargo, algunos profesionales de la salud han sido objeto de críticas intensas, en ocasiones propiciadas por la falta de conocimiento científico o por una actitud mercantilista al dejar de cumplir con los principios éticos hipocráticos. También influye en esta relación compleja, la aparición del internet y el fácil acceso a páginas médicas en las cuales los pacientes reciben información de sus padecimientos al instante, con la gran desventaja de no saber interpretar adecuadamente dicho conocimiento y en ocasiones tergiversando los padecimientos y lo que resulta más grave, automedicándose. (Doctor Google).

Si bien, la aparición de recursos tecnológicos ha permitido un mejor tratamiento y pronóstico de las enfermedades, no por ello se ha mejorado la relación médico paciente. La inconformidad de los pacientes irá en aumento, a menos que los médicos primero aprendan y sean

⁹ Patiño Restrepo, José Felix, *El lenguaje médico*, <http://www.scielo.org.co/pdf/rcci/v25n3/v25n3a1.pdf>

capaces de transmitir a los pacientes las probabilidades de éxito con sus intervenciones.¹⁰

En este espacio de posibles controversias no figuran en la actualidad solamente el paciente y el médico. Hoy día concurren otros sujetos que infunden a la relación el aspecto de un poliedro de múltiples caras, cada una con sus potenciales exigencias, complicaciones y soluciones. El triángulo visible se integra con pacientes, profesionales e instituciones de salud, pero a éstos es posible agregar otras categorías concurrentes: familiares del paciente, enfermeras, técnicos, auxiliares, dirigentes administrativos, todos ellos involucrados en una relación extraordinariamente compleja, de cuyo desenlace depende en buena medida la salud del enfermo.¹¹

El paciente ha reclamado su voz y ha expresado sus deseos, ha conquistado y sigue ganando derechos, con un fuerte significado, sobre todo la intención humana de declararse responsable de su propia vida y asumir lo que significa tal responsabilidad.¹² Al existir hoy una mayor conciencia de los derechos individuales y de la responsabilidad que puede derivar de una inadecuada prestación de servicios, aumenta la posibilidad de que surjan litigios derivados de la práctica profesional. Conviene insistir en la necesidad del constante mejoramiento de la relación médico-paciente y de adoptar las medidas necesarias para prevenir litigios.¹³ Los médicos colocados en una nueva situación “denunciados”, “demandados” o “inculpadados” se protegen a través de lo que se ha denominado la medicina defensiva, algo muy frecuente

¹⁰ Moragrega Adame, José Luis, “Inconformidad con los servicios médicos”, *Revista CONAMED*, Vol. 11, Núm.3, julio-septiembre, 2005.

¹¹ García Ramírez, Sergio, *La relación médico paciente: consenso y conflicto*, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/314657>

¹² *Cfr. Sobre la dignidad y los principios*. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, http://www.legisalud.gov.ar/atlas/docs/obd_dignidad.pdf

¹³ García Ramírez, Sergio, *El modelo de arbitraje médico*, file:///C:/Users/cgomez.SALUD/Downloads/Dialnet-PerspectivaDeGeneroEnLaCONAMED-4054677.pdf

en los Estados Unidos de Norteamérica. El médico busca reducir al mínimo posible los riesgos inherentes al diagnóstico y al tratamiento. Para evitar ser incriminado ordena la realización de infinidad de exámenes y estudios de laboratorio, algunas veces innecesarios, cuyo costo extraordinario recae en el bolsillo de los pacientes.

Con este complejo escenario, resulta inevitable que la prestación de los servicios de salud genere insatisfacciones, inconformidades, conflictos, quejas y demandas civiles, administrativas y denuncias penales. Las consecuencias nocivas de una demanda afectan tanto al paciente como al médico. En el caso del paciente, la demanda perjudica a su familia y a su entorno laboral, social, económico, y moral. Una consecuencia muy significativa es el “linchamiento social”. Los efectos profesionales, psicológicos, financieros y morales del personal de salud durante el proceso judicial pueden llegar a ser devastadores.¹⁴ El Síndrome Clínico Judicial (SCJ),¹⁵ se concibe como todas las alteraciones que modifican el estado de salud de un individuo que se ve sometido a una situación procesal desde un inicio (citación, demanda), durante sus distintas etapas (mediación, conciliación, juicio, sentencia) y/o después de haber concluido. Engloba a todas las alteraciones físicas, psíquicas y morales que se pueden producir. La gran mayoría presenta diferentes manifestaciones compatibles con estrés agudo o crónico. En la esfera psicológica se destacan: angustia, ansiedad, depresión, ideación paranoide, inestabilidad emocional, irritabilidad, disfunción sexual e insomnio. Como consecuencia de ellas el médico presenta frustración y alteraciones conductuales que modifican la relación familiar, social y/o profesional y pueden llevar al consumo de alcohol y enervantes para evadir la realidad que enfrentan.

¹⁴ Martínez Ramírez, Armando y otros, *Síndrome posdemanda* médico-legal, Revista CONAMED, Vol.21,Núm 1, enero-marzo 2016, p.21.

¹⁵ Síndrome clínico judicial, Medicina (B. Aires), vol.71, no.5, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, oct. 2011. Consultado en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0025-76802011000700021

Los medios alternos de solución de controversias en materia médica

II. LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO (CONAMED) Y LOS SERVICIOS QUE OFRECE

*LA CONAMED constituye
una especie de ombudsman
de los servicios médicos.
Es un agente de justicia.*

Sergio García Ramírez¹⁶

La solución adecuada a las controversias que se presentan en el ejercicio de la medicina contribuye a fortalecer la confianza social en la prestación de los servicios, lo que eleva el aprecio de todos por el trabajo de médicos y enfermeras.

El cuidado de la salud es una de las prioridades de las familias mexicanas, por ello, a partir de la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, los pacientes cuentan por primera vez con un organismo que vela por sus intereses. “La necesidad de establecer una relación ordenada, madura, seria entre los usuarios y los prestadores de servicios médicos, una relación a la altura de las necesidades y aspiraciones de la población nos llevó a instituir este organismo”.¹⁷

La CONAMED, creada en año de 1996,¹⁸ constituye en nuestro país una instancia que atiende a las expectativas y necesidades de sus usuarios, reúne especialistas de la medicina, así como a juristas expertos en derecho sanitario, con el fin de brindar una atención médico-jurídica a la población y de esta forma, coadyuvar en la solución de los litigios que se derivan de la prestación de los servicios médicos. Ofrece métodos alternativos para la resolución de conflictos derivados de la

¹⁶ “El modelo de arbitraje médico”, *Revista CONAMED*, Año 4, Vol.5, Núm 16, julio-septiembre, 2000.

¹⁷ Palabras del presidente Ernesto Zedillo Ponce de León al término del “IV Informe de actividades de la CONAMED”, *Revista CONAMED*, Año 4, Vol.5, Núm.16, julio-septiembre, 2000.

¹⁸ http://www.conamed.gob.mx/conocenos/pdf/decreto_creacion.pdf

Desafíos de los MASC

atención médica, lo cual alivia las cargas de trabajo de los órganos de procuración de justicia. Este modelo alternativo de resolución de controversias médicas permite atender de manera expedita las inconformidades planteadas por los pacientes y sus familiares, fortalece la calidad de la atención al sensibilizar a los prestadores del servicio de la responsabilidad que asumen en su actuación profesional; la cual debe estar apegada a los cánones de la medicina y la ética.

El impacto de su quehacer está reflejado no sólo en la orientación, la atención de quejas, conciliaciones y arbitrajes, sino también en la mejoría de la calidad de los servicios, e incluso en el costo y oportunidad de atención de los pacientes y las instituciones de salud. Con una clara orientación social la CONAMED ha consolidado un noble propósito: orientar a los usuarios de los servicios sobre sus derechos como pacientes.

La CONAMED¹⁹ representa una instancia positiva también para el gremio médico. No es una institución que persiga o criminalice a la comunidad médica ni mucho menos busca su desprestigio. Por lo contrario, se esmera en profundizar sobre las causas generadoras de inconformidad para provocar acciones que fortalezcan la calidad de los servicios. Lejos de vérselo como autoridad que actúa a manera de fiscalía especial en contra del gremio médico se trata de una institución amistosa para los profesionales de la salud y sus pacientes ya que contribuye en el gran esfuerzo nacional por elevar la calidad en la prestación de los servicios médicos. Prevalece la conciliación amigable, o en su caso el estudio científico, cuidadoso, exhaustivo y respetuoso, que otorga sustento médico y legal a los laudos que se emiten; con la convicción de que es posible evitar la repetición de errores médicos, si se utiliza la experiencia de los casos estudiados y con base en ella, se busca modificar los procedimientos y las conduc-

¹⁹ <https://www.gob.mx/conamed/acciones-y-programas/nuestros-servicios-43613>

tas inconvenientes. A veintidós años de haber iniciado sus actividades son significativos los avances en la proscripción de la conducta litigiosa a través de la gestión inmediata, aumento en el índice conciliatorio, incremento en la captación de asuntos, mejora de la gestión pericial y existe una disminución sensible en los estragos originados por la conducta litigiosa.

Para desarrollar sus tareas, debe coordinarse con la sociedad en general, en especial con las academias, colegios y consejos médicos, comités de ética y sociedades médicas, así como con instituciones educativas y de salud, públicas y privadas e informarles el resultado de sus deliberaciones sobre casos relevantes o de índole general, a fin de que instrumenten las medidas pertinentes y así mejorar la calidad de la atención médica.

El arbitraje médico debe considerarse como una estrategia nacional para contribuir a la mejoría de la práctica de la medicina de nuestro país y a la búsqueda de la solución de los conflictos derivados de la prestación de los servicios de salud en todo el país, que permita alejar la práctica de la medicina defensiva y promover la dignificación de la profesión médica. Es un compromiso de las comisiones de arbitraje médico, (actualmente cada Estado de la República cuenta con una Comisión Estatal de Arbitraje Médico, a excepción de los estados de Durango, Zacatecas y Quintana Roo) para encausar sus esfuerzos y quehacer y fortalecer, consolidar un Modelo Único de Atención de Inconformidades que les permita alcanzar en la medida de lo posible y con base en la voluntad de las partes, la mayor resolución de conflictos con eficiencia y satisfacción de los usuarios, así como reunir experiencias y conocimientos para retroalimentar el trabajo que realizan los profesionales de la salud. Se trata de influir en la mejora de la práctica de la medicina y brindar información a la población que apoye a crear una cultura de la salud. En consecuencia, los órganos que coadyuvan en la protección de los derechos humanos y princi-

palmente el derecho a la protección a la salud, tienen que ganarse la confianza social; acreditarse como organismos de buena fe.

A continuación, brevemente, se señalan los servicios que presta la CONAMED:

- a) **Orientación y asesoría.-** A través de las acciones de orientación se atienden los planteamientos que la población formula, ya sea de manera personal, telefónica o por correo tanto postal como electrónico, sobre diversos aspectos relacionados con la atención médica en general. Se informa a los usuarios y prestadores de servicios sobre los fundamentos médicos y jurídicos de su inconformidad y con base en ellos, se sugiere la mejor vía de solución conforme a sus pretensiones. Este primer acercamiento es de vital importancia porque constituye un filtro para la adecuada selección de asuntos y para que en su oportunidad se proporcionen los medios para la solución del conflicto planteado.
- b) **Gestión para la atención médica.-** Es un servicio que se ofrece a la población, cuando ésta requiere información o atención médica oportuna y no se le ha proporcionado a pesar de haberla solicitado al médico, al equipo de salud o a una autoridad de la unidad médica. El asesor médico analizará el caso y, de considerarlo necesario, gestionará la atención necesaria cuando exista la posibilidad de un riesgo en la salud o agravamiento de síntomas en el paciente.
- c) **Conciliación y Arbitraje.-** Para que inicie el proceso de conciliación con el prestador del servicio médico se deben cumplir algunos requisitos, como son entre otros, la exhibición de documentos que acrediten la relación médico paciente. Por lo general, el usuario cuenta con una percepción desfavorable de la atención médica recibida y exige al

Los medios alternos de solución de controversias en materia médica

prestador del servicio médico una o varias pretensiones de carácter civil, entre las cuales se encuentran el reembolso de gastos, el pago de indemnizaciones, daños y perjuicios ocasionados por negligencia o impericia. El artículo 49 del Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico establece que las quejas deben presentarse ante la CONAMED de manera personal por el paciente o a través de una persona autorizada para ello, ya sea en forma verbal o escrita. La CONAMED fijará una fecha para la celebración de una audiencia en la que convocará a las partes y las invitará, una vez analizados los hechos y las pruebas, a que resuelvan sus diferencias mediante una conciliación. En caso de que exista negativa para conciliar la CONAMED invitará a las partes a someterse a un proceso arbitral, por el cual suscribirán un acuerdo o compromiso arbitral, en el que designan a la CONAMED para que resuelva el conflicto mediante la emisión de un laudo arbitral. De no someterse al proceso arbitral, se les dejan a salvo sus derechos para que las partes acudan a otras instancias más onerosas en todos los sentidos, como son los tribunales o las agencias del Ministerio Público.

- d) **Recomendaciones.-** Son pronunciamientos dirigidos a los profesionales de la salud de las diversas especialidades, sus agrupaciones, instituciones de salud y educativas, así como a la autoridad sanitaria. La CONAMED puede intervenir de oficio en temas estimados de interés general cuya finalidad sea, en primera instancia, asegurar la atención médica de los pacientes en aquellos casos en que las irregularidades médicas sean del conocimiento público y que el servicio que se brinda es inadecuado; o bien cuando del análisis de las inconformidades, nunca a petición de parte, se observe

Desafíos de los MASC

el ejercicio de mala práctica. La intención consiste en hacer evidentes las deficiencias, carencias y fallas detectadas en los servicios, a fin de delinear acciones y desarrollar programas correctivos.

- e) **Gestión pericial.**- La CONAMED actúa como perito institucional en los procesos de procuración y administración de justicia. A través del juicio de expertos es probable determinar con precisión la existencia o no de mala práctica médica, a fin de las autoridades procedan en consecuencia, con lo que se proporciona a la procuración y administración de justicia un esquema que garantiza imparcialidad, objetividad y conocimiento científico especializado en el análisis de los hechos. Conviene destacar que el denominado perito de calidad lo constituye la CONAMED en su conjunto (médicos y abogados) y no la persona física que asume su representación al momento de pronunciarse sobre las peticiones que hacen las autoridades procuradoras y de administración de justicia.

III. LOS MEDIOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MÉDICAS

Se ha transformado la idea de que toda controversia necesariamente tiene que ser resuelta por los jueces en tribunales. Gracias a la mediación, la conciliación y el arbitraje en materia de salud, es posible resolver el litigio planteado de manera más ágil y sencilla, con un ahorro en tiempo y costos. El Artículo 17° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos postula que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. Los procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje realizados hoy, constituyen una alternativa extrajudicial válida para la resolución de los conflictos con claras ventajas sobre los procesos ordinarios, dentro de éstas destacan: la atención a los intereses de las partes en conflicto, y no solamente a

sus derechos y obligaciones; obteniendo con ello mayores beneficios; se tiene un impacto positivo en la relación futura de los participantes, porque se fomenta la transigencia, la tolerancia y la negociación ante la posibilidad de un futuro conflicto de intereses. Al no tener que comparecer ante un juez, las partes se desinhiben para poner en la mesa de las discusiones, toda la información necesaria sobre sus verdaderos intereses; intervienen en la solución especialistas en la materia, los procedimientos son más flexibles, más rápidos y con menor formalismo.²⁰

a) LA MEDIACIÓN.- La mediación es un mecanismo para la obtención de la autocomposición caracterizado por la participación de un tercero imparcial (mediador) que auxilia, facilita, incentiva a las partes para solucionar un conflicto. Este tercero imparcial y neutro no cuenta con poderes de decisión. Su misión es ayudar a los mediados a encontrar voluntariamente una solución mutuamente aceptable. El procedimiento de mediación es siempre voluntario y confidencial, con un método propio e informal. Para que exista mediación, las partes deben necesariamente negociar.

Para lograr verdaderamente que la mediación sea eficaz, esto es, que los mediados encuentren una solución de fondo a sus problemas y logren incluso la ejecución de sus acuerdos voluntariamente es necesario contar con el factor humano. Esto significa, disponer de personal altamente calificado y capacitado, que cuente con las técnicas necesarias para reducir la tensión y la agresividad de manera significativa. Los mediadores deben ser médicos y abogados sensibles, maduros, con un sano equilibrio emocional y lo más importante, que se interesen en las personas mediadas. Por lo general, toda controversia implica una lucha de poderes. El secreto en la mediación es colocar a los

²⁰ Salgado Ledesma, Eréndira, “Medios alternos de resolución de conflictos: una opción para coadyuvar con la administración de justicia”, *Revista CONAMED*, Año 5, Vol.7, Num.18, enero-marzo 2001, p.29.

mediados en un nivel igualitario, crearles conciencia de sus acciones y que ellos mismos evalúen su conducta ante el otro mediado.

El mediador debe ser asertivo y activo, mantener el respeto a las reglas del juego donde éste se desarrolla, interviniendo cuando se agrede verbalmente o se menosprecie al otro, cuando no se respeten los turnos de palabra o cuando se desvíen del análisis de los problemas que han originado la mediación, se mantendrá neutral en todo momento en cuanto al contenido de la disputa, sin deslizar opiniones y comentarios, expresiones, o gestos que impliquen una toma de partido por una u otra parte.²¹

b) LA CONCILIACIÓN.- Al contrario de la mediación, en la conciliación el conciliador adopta un papel mucho más activo, ya que propone a las partes estrategias para solucionar su conflicto. Es decir, el conciliador debe de conocer a profundidad la naturaleza de la controversia y proponer diversas formas para que las partes se otorguen recíprocas concesiones. Para ello, es importante reducir también la agresividad y la violencia que genera en las partes el conflicto. El conciliador deberá mostrarse estrictamente imparcial y cauteloso al evitar crear percepciones equivocadas a las partes que pretende conciliar. Los procedimientos conciliatorios pueden ser desgastantes y es necesario contar con mucha ecuanimidad, paciencia, resistencia, habilidad, astucia, aptitud y capacidad negociadora. En caso de que se logre una negociación, ya sea gracias a una mediación o a una conciliación las partes celebran un convenio, el cual adquiere categoría de cosa juzgada si es celebrado ante instancias como los Centros de Jus-

²¹ Moctezuma Carrillo, Raúl, “La mediación en el Derecho Sanitario Mexicano. La mediación en el proceso arbitral médico de la CONAMED”, *Revista Conamed*, Vol.21, Num 4, octubre-diciembre 2016.

ticia Alternativa de los Poderes Judiciales locales²² o ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.²³

La conciliación es una oportunidad para los pacientes o sus familiares inconformes, así como para los prestadores de servicios médicos involucrados, en la que se pueden analizar sus inquietudes, planear y reconsiderar sus puntos de vista y resolver de manera satisfactoria para ambos el conflicto.²⁴ Lo ideal en una conciliación médica es la presencia tanto de un médico conciliador, quien realiza una evaluación del caso clínico como de un abogado conciliador, quien verificará que los acuerdos a los que lleguen las partes estén ajustados al marco legal. De esta manera, a las partes se les pone sobre la mesa diversas posibilidades para concluir con el litigio y diversas fórmulas para resolverlo dependiendo de cada caso concreto. Es necesario, antes de fijar la celebración de la audiencia de conciliación, realizar una revisión exhaustiva de la documentación aportada por las partes, para valorar a quién le asiste la razón. Sin embargo, en la conciliación no necesariamente se logran acuerdos en base a la verdad de los hechos; ya que muchas veces con tal de solucionar el conflicto, el prestador del servicio puede ofrecer una compensación sin que ello signifique asumir responsabilidad alguna. Lo importante es solucionar el litigio, aunque los conciliadores deberán buscar la aceptación de soluciones justas y equitativas para ambas partes. Por otro lado, el papel del conciliador es reestablecer la relación médico-paciente fracturada y lograr que entre ambos fluya el razonamiento, la prudencia y la cordura. El conciliador debe lograr que en la audiencia se respire un ambiente de cordialidad y de respeto y evitar a toda costa enfrentamientos.

²² Artículo 426 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²³ Artículo 67 del Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

²⁴ Entrevista al Doctor José Julio Bustos Pérez. Director General de Conciliación: Diálogo por un acuerdo justo. *Revista CONAMED*, año 2, Número 7, 1998, p. 5

Si bien, las partes pueden acudir a la conciliación acompañados de sus abogados, el papel que éstos últimos desempeñen es fundamental para la composición del litigio. Existen todavía abogados que prefieren acudir ante las instancias judiciales que son más lentas y con más instancias, para de esa manera, cobrar más honorarios a sus clientes. Este tipo de abogado no se ha percatado de la importancia y satisfacción que se genera en pacientes y en médicos, el concluir pacíficamente sus controversias. Por el contrario, este tipo de licenciados en Derecho, sin ética alguna genera entre las partes más encono y desgaste, aprovechando la vulnerabilidad tanto de médicos como de pacientes para obtener beneficios injustificados e incluso ilícitos. Sin embargo, es preciso señalar que los operadores jurídicos estamos en proceso de cambio de paradigmas, entre éstos, la clara aceptación y entendimiento de las bondades que nos ofrecen los medios alternos de solución de controversias.

c) **EL ARBITRAJE.-** El arbitraje constituye la opción más viable para resolver el conflicto médico cuando las partes no han logrado llegar a un acuerdo a través de la mediación o la conciliación. Al ser un proceso más flexible y bajo la modalidad de un juicio de expertos, se garantiza un laudo arbitral cuyo pronunciamiento será objetivo e imparcial. Como medio alternativo para la solución de conflictos, de manera libre y voluntaria, las partes deciden someter sus diferencias al conocimiento de un tercero al que le reconocen capacidad y conocimiento científico médico, otorgándole facultades para resolver el conflicto, en definitiva, con el compromiso de cumplir su decisión en forma voluntaria en virtud de la buena fe expresada en el compromiso arbitral. El arbitraje es una figura jurídica ampliamente reconocida en nuestro derecho positivo por las ventajas que tiene respecto de los juicios que se desahogan ante los órganos de impartición de justicia, pues sin pretender sustituirlos, otorga a las partes la posibilidad de resolver sus diferencias en un tiempo más breve que el que usualmente se lleva en los tribunales. El arbitraje se produce cuando las partes en

conflicto pueden disponer de sus derechos, pactan que se sujetarán a la resolución del árbitro, quien emitirá una resolución denominada *laudo*. Así, se llega a la solución del litigio por medio de compromisos arbitrales o cláusulas arbitrales.

Lo importante es resolver de manera pacífica la disputa. Es posible lograrlo con buena fe y sin engaños. El poder de las partes al someterse al arbitraje es un instrumento precioso para la descentralización judicial refrendado en un sistema de cargas y responsabilidades.²⁵

El arbitraje implica siempre un procedimiento desarrollado que presenta innegables ventajas respecto del proceso judicial; generalmente, las exposiciones de las partes se hacen verbal y sin formalismos anacrónicos, no exige el aparato de una burocracia que demanda documentación y acreditamiento de cada acto, la comunicación entre partes y árbitro es siempre directa, no es tan oneroso ni dilatado en su duración, facilita interrogatorios, aclaraciones, se realiza a puertas cerradas y sin acceso de público (lo que permite hablar con toda confianza, llanamente y sin protocolo y cordialidad), pues ante todo se desea mantener la relación que provocó la desinteligencia contractual.²⁶ En el arbitraje, el particular renuncia al conocimiento del tribunal estatal; la razón que puede inducir a las partes a preferir este sustitutivo de la jurisdicción es el deseo de valerse de personas competentes o de especial confianza para que resuelvan su controversia en una forma más rápida, más justa y menos dispendiosa.²⁷

El árbitro cumple plenamente con sus obligaciones de escuchar a las partes, de estudiar a profundidad el expediente y emitir un laudo de-

²⁵ Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje comercial*, México, Universidad Iberoamericana, 1988, p.12

²⁶ Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 67.

²⁷ Uribarri Carpintero, Gonzalo, *El arbitraje en México*, México, Oxford University Press, 1999, p. 18.

Desafíos de los MASC

bidamente razonado y fundado, disminuyendo con ello las posibilidades de su impugnación ante los tribunales. La motivación tiene un papel justificativo, pedagógico, persuasivo y explicativo. Los dos requisitos y virtudes más importantes de los árbitros son: la independencia y la imparcialidad. La independencia es un criterio objetivo, el vínculo que puede existir entre el árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. La imparcialidad se entiende como un criterio subjetivo y difícil de verificar, es el estado mental de un árbitro pretende describir la ausencia de preferencia hacia una de las partes.²⁸ Los principios que rigen al arbitraje son los siguientes: autonomía de la voluntad, flexibilidad en el procedimiento, rapidez, confidencialidad, especialización, independencia e imparcialidad, disminución del trabajo para los tribunales.

Aquéllos que se someten al arbitraje para dirimir sus controversias deben contar con un espíritu elevado, en pleno conocimiento de la probabilidad de que el laudo que se dicte les sea desfavorable a sus intereses particulares y a pesar de ello; lo respeten, lo comprendan y lo acepten como seres altamente civilizados. La figura digna y noble del árbitro es necesaria para legitimar y enaltecer esta institución procesal.²⁹

IV. EJEMPLOS DE UNA MEDIACIÓN, UNA CONCILIACIÓN Y UN ARBITRAJE EN MATERIA MÉDICA

1.- MEDIACIÓN MÉDICA

Dentro de un procedimiento de mediación es posible también lograr alcanzar la justicia restaurativa, la cual tiene que ver con componer

²⁸ González de Cossío, Francisco, *Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*, <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/.pdf>

²⁹ Gómez Fröde, Carina, “El arbitraje civil previsto en los Códigos de Procedimientos Civiles de México. (Un análisis comparativo)”, *Nuevos Paradigmas del derecho procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.

el daño causado. Este ejemplo cobra un valor significativo para comprender la trascendencia de la composición de un litigio gracias a una mediación. A un gineco-obstetra, durante el trabajo de parto se le resbaló un recién nacido cayendo al suelo, se fracturó el cráneo y al poco tiempo falleció. La madre desconsolada reclamó al médico que, de nada le servía que estuviese preso el resto de sus días, ya que jamás recuperaría a su hijo. Una vez que fueron convocados a la mediación y ambas partes expresaron el inmenso dolor que les había causado la muerte del bebé; el médico además de mostrarse afectado y pedirle de manera suplicante perdón a la madre, le prometió que, lo que le quedase de vida lo dedicaría a capacitar y a entrenar a otros médicos obstetras para que jamás, otro bebé perdiera la vida por una negligencia y mala práctica al momento de su nacimiento. Lo rescatable en la justicia restaurativa es precisamente reparar el dolor de la víctima en la medida en que el ofensor tome conciencia del daño que le ocasionó, en este caso a la madre del bebé fallecido. La madre le otorgó el perdón y suscribieron un convenio por el cual se estipularon una serie de obligaciones a cargo del médico, así como el pago de una indemnización a favor de la madre.

La mediación fue efectiva gracias a la actitud humilde y sincera del médico gineco-obstetra, quien reconoció su falta y pidió perdón, propuso acciones a su cargo. Los mediadores se abstuvieron de dar soluciones, ya que las mismas fueron propuestas por los propios mediados. Por ello, se considera a la mediación como el mejor método autocompositivo para la solución de los litigios, sin embargo, para que la solución se presente se requiere de la buena disposición al diálogo por parte de los involucrados y contar con la clara voluntad de solucionar el conflicto.

2.- CONCILIACIÓN MÉDICA

La paciente se quejó en contra de un médico cirujano, exigía el reembolso de gastos médicos erogados y una indemnización; ya que ésta

le había llevado a su consultorio una radiografía proveniente de un laboratorio de poco prestigio, en la que se veían piedras en la vesícula. El cirujano sin más programó fecha para la realización de la cirugía y al momento de estarle realizando la operación se percató que la paciente carecía de vesícula, por lo que, para no provocarle lesiones, procedió a concluir la colecistectomía laparoscópica. Posterior a la cirugía, el cirujano ordenó a la paciente realizarse una tomografía y en efecto, se acreditó que la paciente carecía de vesícula. Es decir, el cirujano se percató que la paciente padecía de agenesia vesicular,³⁰ malformación congénita rara, cuyo diagnóstico es comúnmente transoperatorio. Ésta se confirmó plenamente con la tomografía abdominal realizada durante la estancia hospitalaria y posteriormente, el médico ordenó el egreso de la paciente por mejoría. Durante la audiencia de conciliación, una vez escuchadas las pretensiones de la paciente y los argumentos expresados por el cirujano, al revisar además las contradicciones entre la primera radiografía y la tomografía posterior, la paciente pudo comprender plenamente que el médico había actuado conforme al juramento hipocrático, es decir, beneficiar a la paciente y evitarle daños y sufrimientos. Así, quedaba demostrado el apego a la *Lex Artis* por parte del médico tratante. Los conciliadores, además, exhibieron la literatura médica relacionada con el padecimiento de agenesia vesicular. Se le explicó a la paciente la improcedencia de sus pretensiones y ante las exposiciones exhaustivas del caso, la paciente quedó satisfecha y conforme, por lo que procedió a desistirse de sus reclamaciones. El cirujano también quedó tranquilo y reconfortado al saber que el litigio en su contra había concluido.

3.- ARBITRAJE MÉDICO

El paciente demandó al médico el reembolso de los gastos ocasionados por el retiro con otro facultativo de un catéter doble J necro-

³⁰ Cano O, Talavera P, Domínguez I, *et al.*, *Agenesia de la vesícula biliar. A propósito de un caso*, Cir Esp. 2011; 89(7): 471-472.

sado, después de una cirugía laparoscópica por piedras en el riñón. El argumento del paciente consistió en que el médico se abstuvo de informarle después de la cirugía, que le colocaría un catéter doble J. Al desconocer que se encontraba dentro de su cuerpo se abstuvo de acudir con el demandado a retirarlo. Meses después el catéter se había necrosado y empezaba a afectarle otros órganos del cuerpo. El demandado, al dar contestación pretendió acreditar que sí le había informado al paciente con dos recetas escritas con su puño y letra, pero sin la firma del paciente, en el sentido de que hubiese recibido la instrucción de volver con el médico a retirar el catéter. En este caso, las recetas médicas exhibidas por el demandado no fueron suficientes para acreditar la obligación que tienen los médicos de informar a sus pacientes los procedimientos efectuados para el efecto de su aceptación y consentimiento. Es por ello que, el laudo condenó al médico al reembolso de los gastos exigidos por el paciente. Con una actitud digna y caballerosa, el médico estuvo conforme con el laudo arbitral emitido y cubrió al paciente la cantidad reclamada. Lo importante de la emisión de este laudo fue crear conciencia en el médico que voluntariamente aceptó el que un árbitro resolviera la controversia. El laudo posee aspectos pedagógicos importantes para el médico, ya que seguramente en sus posteriores cirugías será cuidadoso en recabar la firma de sus futuros pacientes, a efecto de que comprendan perfectamente que deberán de regresar con el facultativo para el retiro del catéter doble J.

V. RETOS Y ASIGNATURAS PENDIENTES

En algunos medios prevalece la idea de que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico tiene un carácter persecutorio, por lo que no ha disminuido el riesgo de la medicina defensiva dentro del gremio médico, ni menos el apetito lucrativo de las compañías de seguros. También se reciben críticas en el sentido de que la CONAMED al estar dirigida por médicos, defiende a los profesionales de la salud en contra de los

Desafíos de los MASC

pacientes, al ser juez y parte. Ambas percepciones son falsas. Lo cierto es que, de conformidad con la información básica sobre la atención de controversias en salud 1996-2017³¹ la CONAMED ha atendido 328,666 casos relacionados con atención médica proveniente tanto del sector público como del privado. Durante este periodo se han firmado gracias a la celebración de audiencias de conciliación 16,828 convenios que resolvieron conflictos médicos. Se han emitido 1003 laudos arbitrales: 518 con evidencia de mala práctica y 469 laudos en los cuales los profesionales de la salud se apegaron a la *Lex Artis*. Lo anterior pone de manifiesto que cada caso particular tiene su propia complejidad y que la institución ha mantenido la calidad científica y profesional al dictar resoluciones justas y convincentes con imparcialidad y confidencialidad ante las partes involucradas. Se han emitido en el mismo periodo 7,658 dictámenes: 56.7% fueron requeridos por alguna de las instituciones de procuración de justicia; 41.4% provenían de instituciones administrativas y el 1.9 % fueron solicitados por instancias de impartición de justicia.

Por otro lado, se han formulado recomendaciones a una serie de instituciones de salud, tanto públicas como privadas en México, en las cuales se ponen de manifiesto los errores cometidos, la mala práctica, así como la cuestionable calidad de los servicios que se ofrecen, sin embargo, continúa la necesidad de que los profesionales de la salud cuenten con un mayor conocimiento de las leyes y las normas oficiales que los rigen, a efecto de que éstas sean cabalmente cumplidas. De nada sirve la labor de vigilancia sobre el funcionamiento de las instituciones públicas de salud si no se contribuye realmente a su mejoría. Todavía falta mucho por hacer para mejorar la calidad de los servicios médicos, ya que gracias a los dictámenes médicos institucionales que emite la CONAMED es frecuente observar el incumplimiento con-

³¹ <https://www.gob.mx/conamed/acciones-y-programas/indicadores-relevantes-sobre-atencion-de-controversias-en-salud-1996-2017>.

tinuo a normas como, por ejemplo, la del Expediente Clínico³² así como deficiencias en el llenado de los consentimientos informados, sobre todo en los procedimientos de alto riesgo.

Pese a la nobleza que representa para las partes el procedimiento arbitral, muchas instituciones de salud en el país, entre las que se encuentra el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) tienen la política de no someterse al arbitraje que ofrece la CONAMED. Con esta actitud se tiene claro que un sector importante del sistema de salud en el país todavía no ha comprendido el gran papel que desempeña la CONAMED, que de manera imparcial, honorable y profesional no ha desistido en señalar irregularidades y malas prácticas, así como también ha reconocido a los médicos cuando su actuación ha sido impecable y apegada a la *Lex Artis*.

Una asignatura pendiente es incorporar a la CONAMED en la Ley General de Salud, a efecto de otorgarle mayores facultades y atribuciones a fin de que cumpla de mejor manera con la demanda ciudadana de mejorar los servicios de atención médica; así como promover entre los integrantes del sistema nacional de salud, campañas de difusión con información actualizada que oriente y auxilie acerca de los derechos con que cuentan tanto usuarios del servicio como los prestadores del mismo.

Es necesario, por lo tanto, renovar la confianza en la población en general y en las instituciones de salud públicas y privadas, así como en todo el gremio médico con el fin de garantizar el sentimiento de seguridad que debe prevalecer en una sociedad civilizada como la nuestra, en la que pretendemos convivir pacíficamente con el apoyo invaluable de los medios alternos de solución de controversias.

³² Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, del Expediente clínico.

DIRECTORIO

Dra. Guadalupe Barrena Nájera
Titular

Dr. Luis Ángel Benavides Hernández
Defensor Adjunto

Mtro. Israel Enrique Limón Ortega
Defensor Adjunto

Mtra. Rosa María Casasola González
Jefa de la Unidad Administrativa

*Desafíos de los Medios Alternativos de Solución de
Controversias en el Derecho Mexicano Contemporáneo.*

Se terminó de imprimir en enero de 2020 en los talleres de

**Lito Roda S. A. de C. V. Escondida, núm. 2,
col. Volcanes, Tlalpan, C.P. 14640, Ciudad de México.**

El tiraje consta de 300 ejemplares. Impresos en papel
cultural de 90 grs. y forros en papel couche de 250 grs.



DESAFÍOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EN EL DERECHO MEXICANO CONTEMPORÁNEO



Defensoría de los
Derechos
Universitarios

