

Mecanismos alternativos de solución de controversias para lograr el acceso a la justicia

Rosa María DÍAZ LÓPEZ
Angelina Isabel VALENZUELA RENDÓN
Pilar RODRÍGUEZ IBÁÑEZ
Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS PARA LOGRAR
EL ACCESO A LA JUSTICIA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 993

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Oscar Martínez González
Apoyo editorial

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PARA LOGRAR EL ACCESO A LA JUSTICIA

ROSA MARÍA DÍAZ LÓPEZ
ANGELINA ISABEL VALENZUELA RENDÓN
PILAR RODRÍGUEZ IBÁÑEZ

Coordinadoras



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2023

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

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

Primera edición: 25 de abril de 2023

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISBN 978-607-30-7551-0

CONTENIDO

Prólogo	IX
Alfonso Jaime MARTÍNEZ LAZCANO	
Presentación	XVII
Rosa María DÍAZ LÓPEZ	
Angelina Isabel VALENZUELA RENDÓN	
Pilar RODRÍGUEZ IBÁÑEZ	

PRIMERA PARTE BASES CONSTITUCIONALES Y TEÓRICAS

Base constitucional de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC). Una aproximación general	3
Aída FIGUEROA BELLO	
Aproximación al alcance de la autocomposición en el derecho procesal administrativo mexicano	19
Alonso CAVAZOS GUAJARDO SOLÍS	

SEGUNDA PARTE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Medios alternos de solución de conflictos internacionales en materia de propiedad intelectual	39
Gabriel de Jesús GORJÓN GÓMEZ	

Conflictos internacionales en materia ambiental y los medios alternos de resolución.	55
Fernando CARDOZO REI	
La mediación ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) como un puente para una política energética equilibrada en materia de electricidad en México	67
Miguel Ángel MARMOLEJO CERVANTES	
Pilar RODRÍGUEZ IBÁÑEZ	
La invalidez de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión: un comentario a la decisión de la Suprema Corte de Canadá en el caso <i>Uber Technologies Inc. vs. Heller</i>	87
Gabriel CAVAZOS VILLANUEVA	

TERCERA PARTE

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO FEDERAL

Los métodos alternos de solución de controversias (MASC) en el derecho fiscal mexicano.	103
Adriana CABEZUT URIBE	
Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) en el derecho a la salud en México: el proceso de arbitraje médico en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed).	115
Rosa María DÍAZ LÓPEZ	
Los adultos mayores y los métodos alternos para la solución de conflictos (MASC) en México.	131
Rosa María DÍAZ LÓPEZ	
Gladys de Jesús ALONSO ZÚÑIGA	
Gisela Janette SEGURA GARCÍA	
Medios alternativos de solución de controversias en materia ambiental	145
Rosa María DÍAZ LÓPEZ	
Juan Manuel ORTEGA MALDONADO	
Laura Elizabeth MÉNDEZ GARCÍA	

Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal en México	157
Julio César MARTÍNEZ GARZA	
Los medios alternos de solución de conflictos sobre reparación de daño al medio ambiente en México	169
Angelina Isabel VALENZUELA RENDÓN	
Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el contexto educativo mexicano	183
Reyna L. VÁZQUEZ-GUTIÉRREZ	
Zulgenis E. FORNARIS PAREJO	

CUARTA PARTE

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO LOCAL

La mediación familiar en el estado de Nuevo León y su eficacia para resolver conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial	199
Erick Alberto DURAND DE SANJUAN	
Medios alternos de solución de controversias en el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México. Las partes en los contratos administrativos pueden acceder al juicio de árbitros, en atención a los principios de autonomía de la voluntad y de la mínima intervención	231
Claudio GOROSTIETA CEDILLO	

PRÓLOGO

En México, el ordenamiento pionero en incluir la mediación como un mecanismo alternativo de solución de controversias (MASC) fue la Constitución del Estado de Quintana Roo, que al propio tiempo derivó en la expedición de la Ley de Justicia Alternativa (1997). Posterior a este evento, diversas entidades fueron realizando las modificaciones correspondientes a sus Constituciones, y a la par expidiendo las leyes locales respectivas.

En el ámbito federal, no fue hasta el 18 de junio de 2008 cuando se reformó el artículo 17 de nuestra carta magna para indicar en su párrafo cuarto que, de manera general, las leyes debían prever mecanismos alternativos de solución de controversias, y en forma específica estableció que en materia penal se debía regular su aplicación, asegurar la reparación del daño y establecer los casos en los que se requiriera supervisión judicial. Asimismo, en el artículo 18 de la Constitución también se hace referencia al empleo de las formas alternativas de justicia en el sistema penal siempre que resulte procedente.

En el caso de la Ciudad de México, fue el martes 8 de enero de 2008 cuando se publicó en su *Gaceta* el decreto en virtud del cual se expidió la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.¹ En ella se indicó que las disposiciones a través de las cuales se establecía la mediación² como método de gestión de conflictos para la solución de controversias entre particulares³ eran de orden público, interés general y observancia obligatoria en el Distrito Federal.

La Ley de Justicia Alternativa dispone que la mediación es un procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia —a las cuales se les denomina “mediados”—,⁴ buscan y cons-

¹ Hoy Ciudad de México.

² Basada en la autocomposición asistida.

³ Siempre que los conflictos recaigan sobre derechos de los cuales pueden disponer libremente, sin afectar el orden público.

⁴ Personas físicas o morales que, después de haber establecido una relación de variada naturaleza jurídica, se someten a la mediación, en busca de una solución pacífica a su controversia.

truyen una solución satisfactoria a la controversia, con la asistencia de un tercero imparcial denominado “mediador”.⁵

De acuerdo con el artículo tercero de la Ley de Justicia Alternativa, la mediación tiene como objetivo fomentar una convivencia⁶ social armónica,⁷ a través del diálogo⁸ y la tolerancia,⁹ mediante procedimientos basados en la prontitud, la economía y la satisfacción de las partes.

Dentro de este contexto, se debe visualizar a la mediación como método de gestión de conflictos que pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, además de poner fin a los ya iniciados. Asimismo, la mediación procede de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para solucionar una controversia común a través de un sistema de negociación asistida —con el auxilio de un tercero imparcial cuya función primordial es favorecer y conducir la comunicación—. En la mediación, los interesados deben ser los protagonistas en la búsqueda de la solución a su conflicto.

Todas estas características crean las condiciones apropiadas para que a través de la mediación nazca una nueva forma de hacer justicia, y en consecuencia los operadores jurídicos tenemos el deber, no sólo de aprenderla, sino también de aprehenderla. Incorporarla a nuestra vida profesional —y ¿por qué no? también a la personal—, para manejar y resolver los conflictos.

Por todo ello, es de celebrarse la publicación de este texto, que incita a la discusión, al análisis y a la difusión. Asimismo, es de reconocerse que

⁵ Especialista que habiendo cumplido los requisitos previstos por la Ley de Justicia Alternativa se encuentra capacitado, certificado y registrado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para conducir el procedimiento de mediación e intervenir como facilitador de la comunicación y la negociación entre particulares involucrados en una controversia, y que podrá ser público o privado.

⁶ El término “convivencia” es empleado para referirse a la acción de convivir, que a su vez tiene su origen en la voz latina *convivere*, que se usa para denotar que se vive en compañía de otro u otros.

⁷ Expresión que tiene su origen en la voz latina *harmonicus*, y del griego *ἁρμονικός*; es un adjetivo que indica que es perteneciente a la armonía. A su vez, este término tiene su origen en el latín *harmonia*, y se utiliza para resaltar, entre otras cosas, la amistad y buena correspondencia.

⁸ La palabra “diálogo” tiene su origen en la voz latina *dialogus* y en el griego *διάλογος*, y comúnmente se aprovecha para indicar la existencia de una plática entre dos o más personas, que alternativamente manifiestan sus ideas o afectos; asimismo, se usa para mostrar que hay una discusión o trato en busca de avenencia.

⁹ *Tolerantia* es la acción y efecto de tolerar, expresión usada para resaltar que se respetan las ideas, creencias o prácticas de los demás cuando son diferentes o contrarias a las propias. También es empleada para indicar que se soporta o se resiste algo.

como producto de este esfuerzo académico se haya originado una publicación que reúne las plumas de expertos en el tema.

Este texto versa sobre el análisis de los MASC desde diferentes campos jurídicos. A manera de tocar de forma somera algunos puntos de los abordados, me permito describir parte del contenido:

“Base constitucional de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Una aproximación general”, expuesto por la investigadora Aída Figueroa Bello, en el que dice:

Nuestro país en su conjunto normativo ha experimentado cambios, pero que en su mayoría se han traducido en modificaciones nominales, y en el área del sistema de administración de justicia resulta exponencialmente visible, lo que ha supuesto que los MASC aspiren, primero, a un cambio de mentalidad, no sólo de carácter jurídico, sino sobre todo, de tipo cultural, en donde los valores están más que presentes, constituyendo los ingredientes sustanciales que los configuran, que les dan su razón de ser: armonía, solidaridad, empatía, humanismo, altruismo, por decir algunos.

“Aproximación al alcance de la autocomposición en el derecho procesal administrativo mexicano”, del profesor Alonso Cavazos Guajardo Solís, cuya aportación versa sobre

...un análisis de las diversas disposiciones aplicables al Derecho procesal administrativo mexicano, que se conforma por las múltiples normas generales aplicables en el ámbito federal y en cada entidad federativa; pone de manifiesto que no existe una adecuada regulación de la autocomposición procesal en la justicia administrativa, específicamente en lo que atañe a la conciliación y a la mediación como MASC que derivan en acuerdos transaccionales. Este déficit normativo no es menor, pues la autocomposición podría utilizarse como un mecanismo oscuro que genere confusión en torno a las responsabilidades de las y los servidores públicos en ese ámbito, convirtiéndose en una vía para evadir esas responsabilidades.

En “Los medios alternos de solución de conflictos internacionales en materia de propiedad intelectual”, el investigador Gabriel de Jesús Gorjón Gómez señala que

...estas son disciplinas complementarias, que nos presentan matices muy complejos de talla internacional, brindando la gran oportunidad de entender y conocer que son campos de la ciencia jurídica poco explorados para muchos y muy rentables para pocos, por lo que la reflexión está solamente en incur-

sionar en ellos para formar parte de un área del conocimiento de vanguardia que son emergentes para algunas universidades y sociedades y que son parte de una agenda pendiente y son rentables para los operadores del derecho, asesores corporativos y el sector empresarial.

“Conflictos internacionales en materia ambiental y los medios alternos de resolución”, de Fernando Cardozo Rei, quien afirma:

...es cierto que no existen órganos judiciales o casi judiciales internacionales dedicados exclusivamente a las controversias ambientales, con la excepción parcial de la Cámara de Asuntos Ambientales de la Corte Internacional de Justicia y en contexto específico el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Sin embargo, la naturaleza polimórfica de los diferendos ambientales hace que una amplia variedad de foros sea potencialmente utilizable, que son casi imposibles de enumerar. Y este autor no comparte la idea de que sea necesaria la creación de un Tribunal Ambiental Internacional, por más que la idea encante a muchos colegas latinoamericanos.

En “La mediación ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) como un puente para una política energética equilibrada en materia de electricidad en México”, de Miguel Ángel Marmolejo Cervantes y Pilar Rodríguez Ibáñez, éstos afirman:

...la aplicación de las Reglas de Mediación del CIADI sería efectiva para resolver disputas entre México y los inversionistas extranjeros respecto a sus inversiones en el sector energético mexicano. El CIADI tiene vasta experiencia en la administración de disputas entre inversionistas y Estados a través de medios alternos de solución de conflictos. Las Reglas de Mediación del CIADI auxiliarían el procedimiento y consolidarían a la mediación como una alternativa al arbitraje y la conciliación. La pertinencia del CIADI para resolver conflictos sobre inversiones en el sector energético también se manifiesta a partir de su celebración de un acuerdo de cooperación con el Secretariado de la Carta Internacional de la Energía. Asimismo, la Conferencia de la Carta Internacional de la Energía adoptó una Guía para la Mediación sobre Inversiones que coadyuvaría a la resolución de estos conflictos. Por su parte, la Convención de Singapur facilitaría la ejecución de los acuerdos de solución de conflictos derivados de la mediación que México realizaría con los inversionistas.

“La invalidez de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión: un comentario a la decisión de la Suprema Corte de Canadá en el caso *Uber Technologies Inc. v. Heller*”, de Gabriel Cavazos Villanueva, precisa que

...la revolucionaria plataforma tecnológica de Uber ha tenido retos jurídicos muy significativos. Tal es el caso de las demandas presentadas contra Uber en el Reino Unido e incluso en los Países Bajos, el país en donde esta empresa está incorporada y donde su contrato de adhesión remite como lugar y ley aplicable en un arbitraje. En ambas jurisdicciones se determinó que los choferes de Uber sí tienen una relación laboral y por lo tanto deben recibir las prestaciones y demás prerrogativas que por ley les corresponden.

“Los métodos alternos de solución de controversias (MASC) en el derecho fiscal mexicano”, de la maestra Adriana Cabezut Uribe, explica que

...estos obedecen a la necesidad social de una impartición de justicia pronta y eficaz, por lo que corresponde su estudio a la Sociología Jurídica; la reforma constitucional de 2008 permitió la adopción de los MASC en diferentes ramas del Derecho Mexicano; sin embargo, en el Derecho Impositivo mexicano no se admiten los métodos alternos de solución de controversias. En cambio, respecto de las demás disposiciones fiscales, que no se refieren a cargas a los particulares, sí podrán interpretarse, aplicando cualquier método de interpretación jurídica, por esa razón se crea la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), para evitar la judicialización de las controversias y es en la PRODECON en la que se lleva a cabo la defensa no jurisdiccional del contribuyente, donde surgen los acuerdos conclusivos que constituyen un método alternativo de solución de controversias.

“Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) en el derecho a la salud en México” es presentado por la apreciable y destacada doctora Rosa María Díaz López, quien explica el proceso de arbitraje médico en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed).

El derecho a la protección de la salud tiene su máxima expresión en la Comisión mencionada. Es la objetivación de ese derecho, ya que todos los mexicanos pueden ir a resolver sus controversias en materia de salud y obtener una respuesta apegada a derecho de manera pronta y gratuita a través de los MASC, vía la conciliación y el juicio arbitral que se visualizan mediante el contrato de transacción, en el primer caso; y del laudo, en el segundo.

Pero la institución no es solo eso, es decir, no solo resuelve las controversias médico-paciente, sino que es un verdadero defensor de los derechos de los usuarios de los servicios de salud, ya que se ha convertido en un referente obligado por parte de las instituciones médicas del país, de la academia de medicina, de los colegios y los consejos médicos nacionales, quienes tienen que seguir y acatar las directrices que se les exigen por parte de la Secretaría de Salud Nacional y de las Estatales, siguiendo las opiniones que establece la CONAMED y las Comisiones Estatales.

“El tema los adultos mayores y los métodos alternos para la solución de conflictos en México” es abordado en coautoría por Rosa María Díaz López, Gladys de Jesús Alonso Zúñiga y Isela Janette Segura García, para quienes

...la justicia alternativa es un sistema que está revolucionando la solución de conflictos y que tiene como propósito lograr un acuerdo entre los involucrados a través de la voluntad, la cooperación y el diálogo, permitiendo a las personas involucradas resolver sus problemas sin necesidad de ir con un juez y además solucionar el conflicto de forma rápida y eficaz. Es un arduo trabajo el que se requiere para divulgar todos aquellos temas relacionados con la Justicia Alternativa a efectos de alcanzar el propósito de que sea un derecho efectivo para todas las personas que, bajo los principios de voluntariedad y flexibilidad las personas puedan solucionar su controversia en el marco de la Justicia Alternativa prevista en el artículo 17 Constitucional.

“Medios alternativos de solución de controversias en materia ambiental” por los investigadores Rosa María Díaz López, Juan Manuel Ortega Maldonado y Laura Elizabeth Méndez García, quienes precisan:

El derecho a un medio ambiente sano es primordial para poder desprender de ahí muchos otros que comúnmente se conocen, como el derecho a la salud, al esparcimiento, entre otros. Existen diversos métodos que los seres humanos en sociedad pueden utilizar para asegurarlo ante quienes lo vulneran, sin embargo, poco se ha escuchado hablar de los MASC en materia ambiental. Por lo anteriormente mencionado es que en este documento se habla de su fundamento constitucional, así como las maneras en que pueden llevarse a cabo en el contexto mexicano.

“Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal en México” de Julio César Martínez Garza, quien dice:

...existen los sistemas alternativos de solución de conflictos en materia penal, los cuales tienden a buscar el camino adecuado fuera de las instancias de procuración e impartición de justicia, para que sean los mismos protagonistas de los hechos los que propongan, busquen, encuentren, apliquen y resuelvan sus controversias; todo ello mediante las herramientas necesarias que un facilitador conocedor de la materia ponga a su disposición.

“Los medios alternos de solución de conflictos sobre reparación de daño al medio ambiente en México”, de Angelina Isabel Valenzuela Rendón, afirma:

...la autorización expresa de los MASC sobre reparación del daño al medio ambiente coadyuva al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, porque contribuye a preservar el medio ambiente y la salud, contar con ciudades y comunidades sostenibles, favoreciendo el acceso a la justicia y la construcción de la paz. No obstante, hemos dejado claro que es insuficiente el que la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental haya permitido explícitamente el empleo de los MASC ambientales, ya que existen múltiples retos para convertir a la justicia ambiental en una opción principal. En el presente escrito se han señalado algunos de esos retos e inclusive propuestas generales a desarrollar en futuras investigaciones sobre cada uno de los desafíos identificados.

“Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el contexto educativo mexicano” es presentado de forma interesante por Vázquez-Gutiérrez, de Reyna y Fornaris Parejo Zulgenis, quienes afirman:

Las escuelas representan un espacio de socialización que se responsabiliza por la formación integral de los estudiantes, incluyendo en lo integral la responsabilidad de atender las necesidades en formación de valores y de habilidades en el manejo de las emociones, de modo que se aporte a la evolución de la persona en favor del cuidado de las interacciones con el otro, las cuales deben ser de manera pacífica. La educación para la paz, en términos de los elementos de la mediación educativa en el marco de los MASC, evidencia el interés que existe por educar en la equidad, la igualdad y la voluntariedad, así como en la cooperación que se desprende de la interacción desinteresada con el otro. Propende por el desarrollo de habilidades comunicativas que contribuyan a la instalación del diálogo como el medio principal para la solución de los conflictos, diálogo que resulta fundamental y es reconocido como medio para lograr la sana convivencia a través de acciones pedagógicas intencionadas.

“La mediación familiar en el estado de Nuevo León y su eficacia para resolver conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial”, de Erick Alberto Durand de Sanjuan, quien

...propone un modelo de mediación que promueva las herramientas más básicas del modelo de mediación tradicional-lineal para que los conflictos patrimoniales derivados de la disolución del vínculo matrimonial sean resueltos ágilmente. Esto es así porque se trata de conflictos que requieren una solución más rápida y sus consecuencias son menos permanentes en la vida de los individuos, ya que atienden a aspectos económicos. Por tanto, las partes pueden trabajar colaborativamente para resolver el problema y celebrar un acuerdo

de voluntades que finiquite adecuadamente las obligaciones adquiridas frente a terceros por la sociedad conyugal.

“Medios alternos de solución de controversias en el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México”, de Claudio Gorostieta Cedillo, quien dice:

...las partes en los contratos administrativos pueden acceder al juicio de árbitros, en atención a los principios de autonomía de la voluntad y de la mínima intervención, Los medios alternos de solución de conflictos pueden pactarse por las partes en los contratos administrativos que celebren, no obstante que estos se distinguen por su finalidad de orden público y por el régimen exorbitante del derecho civil a que están sujetos. Las partes pueden pactar en sus cláusulas someterse a un juicio arbitral, pues se rigen por los principios de autonomía de la voluntad y de mínima intervención jurisdiccional ordinaria.

La mediación es un grito de respuesta a la ineficacia del proceso, el costo, la duración, la rigidez, la falta de seguridad jurídica, entre otros males, agravados por motivos del Covid-19, en la mayoría de las entidades federativas del país, porque no se ha tenido la capacidad de respuesta oportuna para garantizar el acceso a la justicia en los términos constitucionales y convencionales, sobre todo en la justicia cotidiana.

No me resta más que felicitar a todos quienes hicieron posible esta interesante obra de actualidad y de consulta.

Alfonso Jaime MARTÍNEZ LAZCANO

*Presidente del Colegio de Abogados
Procesalistas Latinoamericanos*

Abril, 2022

PRESENTACIÓN

La presente obra aborda los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) desde distintas perspectivas jurídicas, considerando su naturaleza no contenciosa en la solución de controversias.

La perspectiva implica una visión, y la diversidad en el abordaje conlleva un conocimiento más integral, dada la amplitud del tema objeto de la obra.

El libro tiene como objetivo hablar sobre el tema de los MASC de forma integral con orientación y perspectiva diversa, a fin de que se note su convergencia, y con ello su complementación, siendo en consecuencia éste el enfoque de la obra.

El tema de los MASC es tratado en la presente obra desde el derecho constitucional, el derecho a la salud, el derecho ambiental, el derecho fiscal, el derecho penal, por mencionar algunos de los quince diferentes campos jurídicos que contiene el texto. Y en esta multiplicidad de perspectivas radica su riqueza intelectual.

En ese sentido, su alcance es amplio, pues desde distintas perspectivas es posible una mejor comprensión, dada la existencia diversa de problemas legales a los que se tienen que enfrentar los MASC, y que en consecuencia tienen que resolver.

Considerando que la función social del derecho es resolver parte de la problemática social, es que en ese sentido los MASC son sin duda una forma para lograr el acceso a la justicia. El derecho de acceso a la justicia es la base de los derechos y sus garantías, por su naturaleza instrumental, atento a que este derecho puede ser entendido como la posibilidad de toda persona de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos, como son los MASC.

Rosa María DÍAZ LÓPEZ
Angelina Isabel VALENZUELA RENDÓN
Pilar RODRÍGUEZ IBÁÑEZ

PRIMERA PARTE
BASES CONSTITUCIONALES Y TEÓRICAS

BASE CONSTITUCIONAL DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC). UNA APROXIMACIÓN GENERAL

Aída FIGUEROA BELLO*

La verdadera paz no es simplemente la ausencia de guerra, sino la presencia de la justicia.

Jane ADDAMS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho humano al acceso a la justicia como fundamento de los MASC*. III. *La justicia alternativa. Una nueva justicia: distinta, eficiente y resolutive*. IV. *Conclusiones*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito fundamental de este trabajo es, en primer lugar, dar a conocer el fundamento constitucional de los métodos alternos de solución de controversias (MASC); así, planteamos la relación de éstos con el acceso a la justicia como derecho humano y sus implicaciones, que sin duda alguna han contribuido a lo que podríamos denominar *una nueva cultura en el acceso a la justicia* en México, tratándonos de enfocar *en lo alternativo* en el derecho mexicano en materia de procuración e impartición de justicia. Aludimos a este adjetivo de alternativo puesto que sabemos que a lo largo de nuestra vida jurídica el Estado mexicano, a través de sus instituciones, facultadas y obligadas para ello, lo han llevado a cabo representando el proceso judicial, que es la vía tradicional de la cuestión litigiosa.

* Profesora e investigadora de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Investigadora nacional, aida.figureroabl@uanl.edu.mx.

Pero como sabemos, ha sido a partir de 2008 cuando este paradigma debe asumir una visión de apertura a lo que justamente conocemos como los métodos alternativos de solución de controversias, o bien de conflictos. Un segundo objetivo corresponderá en dar a conocer algunas de las virtudes como elementos intangibles que suponen tales instrumentos; por ejemplo, mediación, arbitraje, negociación, conciliación, entre otros (MASC), y que nos pueden agilizar y resolver ciertos conflictos. Cabe mencionar que este trabajo se limitará a una aproximación general de lo que formalmente corresponde el acceso a la justicia, dando a conocer todos los impedimentos y vicios que la vía tradicional ha experimentado, constituyendo así los MASC una de las opciones de solución de conflictos; por ello, escapa de nuestros propósitos el analizar cada uno de los instrumentos. De ahí que nos abocaremos a destacar un estado de la cuestión de una manera generalizada y lo que han supuesto desde el punto de vista de su impacto y relevancia en materia de administración de justicia, sin dejar de lado las ventajas que supone optar por este tipo de vías, cuya base constitucional se expresa en el artículo 17 de nuestra norma suprema en el plano federal, y en el ámbito local, en el artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León.

II. EL DERECHO HUMANO AL ACCESO A LA JUSTICIA COMO FUNDAMENTO DE LOS MASC

Como sabemos, nuestra Constitución contempla un conglomerado de derechos humanos fundamentales que integran la conocida parte dogmática, siendo uno de ellos el derecho a acceder a una procuración e impartición de justicia a través de los órganos jurisdiccionales establecidos para ello, cuyo fundamento iusfilosófico es la dignidad humana como cualidad intrínseca del ser humano por el simple hecho de serlo.

Ahora bien, desde el plano constitucional, el fundamento de los denominados MASC se dispone en el artículo 17 de nuestra carta magna, al disponer que

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.

...

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.

Ahora bien, al referirnos a los denominados métodos alternativos de solución de controversias, hemos de mencionar que ha sido mediante la reforma del 18 de junio de 2008 cuando se marcó la apertura en la materia, así como también desde el punto de vista del garantismo judicial en materia penal. En lo que corresponde a los MASC, a través de su adición en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conformando su base constitucional. A partir de ese momento, de enorme significado, el aparato judicial experimentaría el inicio de una nueva ola, un nuevo paradigma en materia del derecho humano al acceso a la justicia, innovadora y de gran calado, así como también en la necesidad de experimentar un cambio desde el punto de vista de la cultura jurídica tradicional.

Dado que, como es bien sabido, a pesar de estar contemplado tal derecho humano fundamental en nuestro texto constitucional, en la praxis resulta bastante complicado hacerlo efectivo, por diversos factores y variables; por ejemplo, el cúmulo de tecnicismos que se deben atender para la elaboración de una demanda, el lenguaje jurídico, sumamente técnico, cuya comprensión resulta compleja para quienes no se encuentran familiarizados en el área, lo costoso que implica acudir a un abogado o asesor jurídico, y, sobre todo, el tiempo que en la mayoría de los casos iniciar un juicio o litigio conlleva para que llegue a buen puerto.

Aunado a lo anterior, y desde el punto de vista interpretativo, la tesis emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito con el rubro “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”,¹ a través de la cual se confirma la equiparación en el derecho mexicano, tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, en un mismo plano constitucional, y planteando un mismo objetivo: resolver los conflictos entre los individuos en la sociedad mexicana. Esta postura jurisprudencial posiciona a los MASC como otro de los instrumentos de administración de justicia, y fortalece su base y rango constitucional.

Además, se ha visto que el acceso a la justicia ha sido abordado desde una temática distinta, al considerarla una vertiente de derecho administra-

¹ Poder Judicial de la Federación, Tesis III.2o.C.6K (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XXV, tomo 3, octubre de 2013, p. 1723.

tivo, al estimarla como un servicio público,² siendo por necesidad evidentemente un abordaje constitucional. Mientras que el derecho a la cultura de paz, hasta antes del surgimiento de los MASC, ha tenido su expresión, en mayor magnitud, en la órbita internacional, considerándose como un derecho humano de los pueblos. Esta visión se ha podido enfocar a nivel más social e interpersonal, al confluir en los supuestos de controversias o conflictos.

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, no cabe duda de que tanto el derecho al acceso a la justicia y a la cultura de paz constituyen dos derechos humanos, y como tales, su efectiva materialización, para lo cual nos debemos referir a la idea de *Estado social y democrático de derecho*,³ y que en comparación a un Estado constitucional de derecho⁴ resultan ciertos rasgos que se contraponen. Mientras que en el primero el aspecto social es determinante en las gestiones estatales, dirigidas a un bienestar general, en el segundo, la formalidad que supone la vigencia de una democracia basada en reglas expresadas en una norma constitucional es más que suficiente. Sin embargo, la realidad social y jurídica dista mucho de ello, prevaleciendo un acentuado rezago en los juzgados y tribunales, lo que en Estados Unidos se conoce como *hyperlexis*,⁵ que se traduce en la enorme carga de trabajo que le supone a todo el personal de las instancias jurisdiccionales, y para los gobernados, la dilación en la solución de sus conflictos planteados a los órganos jurisdiccionales.

Y es justamente esta problemática la que les da razón de ser a los denominados MASC. Por un lado, un enorme reto, el asumir tales instrumentos

² Sin duda, es de llamar la atención que gran parte de la bibliografía se ha abordado desde una visión jurídica administrativa, al estudiarlo como un servicio público. En este sentido, se puede consultar, por ejemplo, Canales Aliende, José Manuel, “El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas”, *Política y Sociedad*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, núm. 20, 1995, p. 65; del mismo autor, “La administración de la justicia: hacia una visión gerencial del servicio público de la justicia”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 73, julio-septiembre de 1991, p. 214; Tajadura Tejada, Javier, “La justicia como servicio público (una reflexión en el XXV Aniversario de la Constitución)”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 177, 2003, p. 75; Cancela Ramírez de Arellano, Pilar, “La administración de justicia como servicio público”, *La Opinión*, A. Coruña, Galicia, 28 de marzo de 2010, p. 3.

³ García Ramírez, Sergio, “Estado democrático y social de derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXIII, núm. 98, mayo-agosto de 2000, pp. 598 y ss.; Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1981, p. 180.

⁴ Ruiz Valerio, José Fabián, *¿Democracia o Constitución? El debate actual del Estado de derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2009, p. 55.

⁵ Macho Gómez, Carolina, “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento «ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, núm. 3, 2014, p. 934.

como opciones a la vía tradicional, cimentada sólidamente en una cultura y tradición jurídica hermética, cuyo eje rector ha sido *la formalidad*, que a primera instancia, incluso estaríamos convencidos de que nos garantizará buenos resultados al concluir un conflicto, o controversia, pero que ello genera más una ilusión que una realidad, muy lejos de lo planteado por una perspectiva y postura dogmático-formalista y estrictamente normativa.⁶

Si atendemos a la literalidad del precepto constitucional antes citado, se plasma el derecho a una procuración de justicia; sin embargo, el acceder a esta supone una empresa compleja y gravosa, y qué decir del denominado “juicio especial”, o “juicio de garantías”, con excesivos formulismos jurídicos, que configurando el acceso e impartición de justicia ya no sólo como un derecho fundamental a la mano de cualquier mortal, sino únicamente de aquellos que gozan de capacidad económica suficiente para echar a funcionar la maquinaria judicial, lo que resulta verdaderamente inaccesible en plenitud, procedimiento al cual los grupos desfavorecidos y en situación de vulnerabilidad prácticamente les resulta cancelado echarlo a andar, o que en el mejor de los casos, después de mucho tiempo llegan a obtener un resarcimiento de daños, o bien una indemnización. Es decir, sólo una mínima capa de la sociedad cuenta con las posibilidades de materializar este derecho.

Es por ello que, sin dudas, el derecho al acceso a la justicia corresponde a una prestación por parte de la figura del Estado, como ente sociopolítico y jurídico, para instrumentalizar la defensa de sus derechos e intereses, teniendo garantizado el pleno acceso, goce y ejercicio de la justicia en un sistema judicial imparcial y eficaz, removiendo aquellos obstáculos que impidan un acceso e impartición de justicia a los justiciables.⁷

En México, el derecho al acceso e impartición de justicia se ha tornado básicamente inaccesible, al prevalecer una visión claramente tecnicista y excesivamente burocrática, ineficiente y lenta, y que nos ubica en una disociación técnica y práctica, disponiéndose como mandamiento constitucional, pero de gran complejidad para hacerlo valer en la realidad social, debiendo asumir, quienes acuden a ello, un conjunto de avatares que implica un proceso judicial en México, predominando un sistema judicial ineficiente, al emitir criterios jurídicos diversos, y por consiguiente, que infunden al gobernado incertidumbre e inseguridad jurídica.

⁶ Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 4a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 1998, p. 80.

⁷ Montás Montás Santana, Enmanuel y Coss Sabbagh, Isom, “Acceso a la justicia y exigibilidad de derechos”, ponencia en el *Congreso Nacional del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado*, Argentina, 2002, disponible en: <http://www.coladiv.org.ar/congreso>.

No cabe duda de que el sistema judicial en nuestro país adolece de diversos vicios que de alguna manera han supuesto obstáculos e impedimentos para maximizar y ampliar el acceso a la justicia pronta y expedita, y que en la mayoría de los casos resulta lenta y onerosa, e incluso carente de la debida imparcialidad con la que debiera contar.

De ahí que resulte urgente la imperiosa necesidad de contextualizar a la justicia en la realidad mexicana desde diversas perspectivas: económica, política, social, cultural,⁸ asumiendo las diferencias y resolverlas con herramientas adecuadas que le brinden a nuestro ordenamiento constitucional los profundos cambios que requiere la vigencia necesaria de una Constitución, traducida en la clara eficiencia social como auténtico reflejo de la realidad mexicana, transformando al sistema judicial como un aparato garantista de la aplicación real y efectiva del derecho fundamental de acceso efectivo a la impartición de justicia.

Y justamente, en el ámbito cultural, la sociedad mexicana guarda un estado de conciencia y una percepción negativa y desconfianza en las instituciones y órganos jurisdiccionales que integran el aparato judicial mexicano; pero de igual modo, en un absoluto desconocimiento de cuáles son nuestros derechos y cómo ejercerlos plenamente, ante lo interminable que puede llegar a ser el desarrollo de un proceso jurídico, debido a la excesiva burocracia y tecnicidad que caracteriza a sus diferentes etapas, y la oscuridad del contenido de las sentencias, entre otros factores. Evidentemente, lo que se traduce en una deficiente inclusión de este derecho fundamental en la defensa efectiva de los derechos de los gobernados en nuestra carta magna,⁹ al establecer de manera meramente formal dicha prerrogativa.

Por lo que toca a los factores que determinan tal situación, podemos señalar, entre otros, el aspecto económico, con la enorme desigualdad socioeconómica predominante en nuestro país, siendo las capas sociales más desfavorecidas quienes se ven impedidas para acceder a la justicia; es decir, pobreza en su amplio concepto, incluyendo la de índole legal, para quienes sus derechos humanos fundamentales resultan ser esencialmente simbólicos y aparentes, al suponer costos insalvables, tramitar juicios y procesos judiciales imposibles de sufragar.

⁸ Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p.128.

⁹ Córdova, Arnaldo, “El difícil acceso a la justicia”, *La Jornada*, 15 de agosto de 2010, p. 25.

Pero también, por ejemplo, el factor jurídico-cultural, que nos ubica en una dimensión de absoluta visión e idiosincrasia iuspositivista, considerando *suficiente* que ese derecho se encuentre nominalmente consagrado en nuestra norma fundamental.¹⁰ A todo ello, se muestra un sistema judicial que adolece de diversos vicios, lentitud y burocracia en los juicios, y que a través de las reformas que ha experimentado se ha logrado su fortalecimiento, tanto formal como estructural.

III. LA JUSTICIA ALTERNATIVA. UNA NUEVA JUSTICIA: DISTINTA, EFICIENTE Y RESOLUTIVA

Como es bien sabido, el mundo del derecho, situado en el deber ser, está representado por aquellas construcciones lógico-formales que escapan a una realidad social imperante, a la práctica social, y en donde predomina una armonía de corte iuspositivista, que ha perfilado el pensamiento y tradición jurídicas y que han constituido un lastre que implica la inoperancia en el plano real.

Conjugar el mundo social con el entorno jurídico se torna, en la práctica, sumamente complejo, aun cuando ambos integran el ideal jurídico y democrático social del Estado de derecho, y nos referimos justamente a ese ideal, cuando lo normativo-prescriptivo, al tratar de aplicarse, resulta con mayores inconvenientes.

Resulta innegable que el derecho al acceso a la justicia, y, en general, en el ámbito judicial, experimentaron una enorme transformación a raíz de la reforma judicial de 2008, que nunca mejor dicho irradió al conjunto de legislaciones estatales la implementación de los MASC, viéndose reflejada y consagrada en el artículo 17 constitucional, y que con ello, de manera conjunta, brindaría el fundamento constitucional de tal nueva visión, una gran alternativa en materia de solución de conflictos, o bien de controversias.

Desde el punto de vista internacional, y atendiendo a la reforma constitucional de junio de 2011, hemos de señalar que de manera armónica nuestro artículo 17 constitucional, en clara concordancia con el respectivo numeral 8o., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reglamenta las garantías judiciales, así como con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone el derecho de igualdad de todas las personas ante los tribunales y el derecho al debido

¹⁰ Rodríguez Lozano, Amador, “Por un acceso real a la justicia en México. El caso del Instituto de Defensoría Pública”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, México, enero-junio de 2010, p. 240.

proceso, contando como eje rector la reforma de 2008, mediante la cual fueron implementados como parte del sistema de justicia en nuestro orden jurídico.

De ahí que, precisamente, los MASC hayan surgido como una *opción* a la perspectiva tradicional y *formal* de acceso a la justicia, y que si bien representa una premisa lógica formal, al momento de materializarse y tratar de ejercerse surgen diversas barreras, que los gobernados deben enfrentar, además de un enorme muro burocrático a la incapacidad de los funcionarios de la justicia, desde los representantes del Ministerio Público pasando por los integrantes de la Policía Judicial y los costosos medios, principalmente económicos, para así poder acceder al aparato institucional de impartición de justicia de nuestro país. Así, se plantean una desarticulación entre lo normativo y la realidad objetiva y pragmática social. De ahí que los denominados MASC supongan una clara crisis de los sistemas judiciales en su formato clásico, lo que constituye uno de esos cambios urgentes y transformaciones integrales que éstos requieren.

Como resulta lógico, todo conglomerado social, jurídico, político, económico, cultural, contempla diversidad de problemáticas, complejas todas en mayor o menor grado, pero al fin de cuentas cuestiones pendientes que hay que atender.

Una de ellas es justamente respecto al ámbito judicial, cuyas reformas han pretendido resolver ese ápice, sin aún lograrlo. Desde una visión clásica, los MASC han sido, por ejemplo, el arbitraje, la mediación y la conciliación, cuyos elementos de enorme relevancia corresponden a la esencia de todo medio o instrumento que tenga como finalidad dirimir o resolver una controversia, y que en nuestro país conllevan una bondadosa y oportuna elección con grandes ventajas. En el caso del arbitraje, podemos señalar que éste constituye uno de los medios que tradicionalmente ha visto mayor desarrollo en el entorno internacional, y propiamente en lo concerniente a los agentes del comercio internacional en la actual era de la globalización,¹¹ en el que el conflicto de las partes se somete a un tercero, también particular, para dirimirlo, previo sometimiento a su laudo, y representa el mecanismo más antiguo, incluso antes de la idea estatal;¹² en el caso de la mediación,

¹¹ Macho Gómez, Carolina, “Los ADR «Alternative Dispute Resolution» en el comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre de 2013, p. 407.

¹² Zappalà, Francesco, “Universalismo histórico del arbitraje”, núm. 121, julio-diciembre de 2010, pp. 198 y ss.; Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisdicción y arbitraje*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 125 y ss.; estudio muy detallado sobre el carácter jurisdiccional de la actividad arbitral; Silva Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Oxford, 2011, en particular, pp. 22-39.

las partes se someten a la intervención de un tercero como facilitador para solucionar la controversia, brindando una mayor flexibilidad,¹³ y la conciliación, en la que, además de las partes, se contempla la participación de un tercero, quien propone alternativas de solución del conflicto, considerándola como “el proceso de comunicación interaccional, amplio, simétrico y directo que se establece entre personas vinculadas por un conflicto y mediadas por un tercero, a través del cual se suscita el encuentro a efectos de su posible resolución o transformación”.¹⁴

Todos estos instrumentos prometen mucho, frente a una crisis institucional del Poder Judicial, y en general, de la concepción clásica y tradicional de los sistemas judiciales, y que, por decir lo menos, han dejado de lado el grave problema que supone el rezago en la impartición de justicia en el país, al prevalecer una perspectiva únicamente jurídica, o, mejor dicho, positivista del derecho, olvidando asumir una visión sociojurídica dirigida a la materialización y debida funcionalidad normativa.

Como es sabido, el derecho humano fundamental al acceso a la justicia no sólo supone acudir a los tribunales, sino más bien optimizarlo, para que de manera efectiva la cuestión litigiosa se resuelva, y la justicia alternativa apueste a ello, e implementar los mecanismos necesarios para atender y resolver los conflictos y problemáticas planteados ante el sistema judicial, pero a través de otras vías y opciones, a manera de ciudadanizar la justicia, o incluso, podríamos decir, desarrollando una gobernanza de la justicia de manera alternativa, tornándose de acceso igualitario, efectivo y equitativo para la sociedad.

El acceso efectivo a todo aparato de impartición de justicia representa uno de los ejes imprescindibles de todo ejercicio de gobernabilidad democrática en un Estado social y democrático de derecho,¹⁵ aunque penosamente México no resulta un ejemplo de ello. Entre otras cuestiones, una tradición escrita y formalista que ha caracterizado a nuestro sistema judicial ha mermado la eficacia del trabajo del Poder Judicial¹⁶ tanto en el ámbito federal como en el local, resistiéndonos a formas diferentes de

¹³ Calcaterra Túben, A., *Mediación estratégica*, México, Gedisa, 2012; Álvarez, Gladys S. y Highton, Elena I., *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, 2013.

¹⁴ Montoya Sánchez, Miguel Ángel y Salinas Arango, Natalia Andrea, “La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto”, *Opinión Jurídica*, vol. 16, núm. 30, julio-diciembre de 2016, pp. 136 y ss.

¹⁵ Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México...”, *cit.*, p. 133.

¹⁶ Alarcón Olguín, Víctor, “La reforma del Estado y la política fallida en México”, *Tiempo Apuntes*, México, UNAM, Casa del tiempo, 21 de abril de 2009, p. 90.

resolución de conflictos, como el arbitraje, la conciliación, la mediación, acudir a espacios judiciales internacionales, métodos alternos de solución de controversias, que bien a bien permiten a las partes resolver sus diversas problemáticas planteadas. La ley, *lato sensu*, dentro del sistema judicial tradicional y formal, representa sólo un marco de posibilidades, una alternativa para resolver.

Cabe señalar que, sin embargo, el lastre de los formulismos jurídicos, desde la redacción del escrito de una demanda —que en la enorme mayoría, o si no, todos los casos, resulta imprescindible la asesoría especializada—, seguida de las diferentes fases del procedimiento judicial necesarias de agotar, concluyendo con la emisión de una sentencia, implican que opciones diferentes a ésta, a la tradicional escrita, a la que *verdaderamente vale*, cuenten con la aceptación social requerida.

Afortunadamente, hace ya algunas décadas ha iniciado una nueva corriente en cuanto a la implementación de la denominada *justicia alternativa*,¹⁷ que cada vez más permea en las diferentes estructuras y aparatos del Poder Judicial de otras entidades federativas de nuestro país, empapando con aires frescos a toda una organización ávida de cambios y transformaciones urgentes. Y ya no sólo en materia de capacitación de los denominados operadores de la justicia, sino especialmente en dejar de lado la zona de *confort* que supone la continuidad de una tradición jurídica, que ha demostrado con creces que los conflictos pueden ser resueltos mediante otras vías, y ya no sólo la tradicional y formalista.

Además, hay que decirlo, lo que implica el cambiar de modelos y paradigmas, las resistencias al cambio, también en el entorno jurídico están presentes. La justicia alternativa¹⁸ representa una gran variedad de estrategias para resolver controversias y conflictos, con grandes ventajas, como la celeridad, costos menores, flexibilidad, confidencialidad, entre otros, pero aún queda mucho camino por recorrer, y dejar de atender en primera instancia las consecuencias de los conflictos, y ya no sus causas. Otro de los factores que han determinado el auge en la implementación de los MASC es que la errónea percepción de estimarlos como instrumentos o medios

¹⁷ Ojeda Paullada, Pedro, “Vías efectivas de acceso a la justicia: mediación, conciliación y arbitraje”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 2, 1998, p. 230.

¹⁸ Hierro Sánchez Pescador, Liborio, “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC). Ética y deontología de la mediación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007, p. 32; Mera, Alejandra, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas”, *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2016, p. 384.

sustitutos al procedimiento litigioso y judicializado, incluso el mismo término de “alternativos” suponen justamente una vía más para la solución de conflictos.

Ahora bien, en cuanto a los tipos de métodos alternativos de solución de controversias, nuestra máxima carta constitucional omite disponerlos de manera casuística y tipológica, y sólo se limita a referirlos como tales. Es en la legislación secundaria donde se alude a ellos. Así, a nivel local, es la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, publicada en el *Periódico Oficial* del 13 de enero de 2017, Decreto 183, en cuyo numeral 2o. contempla al arbitraje, a la conciliación, y a la mediación. Esta normativa fue el resultado de la debida homologación, derivada de la reforma constitucional del 8 de junio de 2008, con el objetivo central de privilegiar la justicia restaurativa, y que de acuerdo con el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas* define al proceso de justicia restaurativa como “cualquier proceso en el que la víctima, infractor y cuando es apropiado otras personas o miembros de la comunidad afectados por el delito, participan conjunta y activamente en la resolución de las consecuencias del delito generalmente con la ayuda de un facilitador”. Y que sin duda conllevan valores humanos, como responsabilidad, respeto, esperanza, sensibilidad, apertura, voluntad, e incluso, educación emocional,¹⁹ es decir, virtudes que, en esencia, y como seres humanos, nos caracterizan, o debieran caracterizarnos.

Y precisamente es la faceta sociohumanística de los MASC, que apuestan a esas virtudes humanas, como disposiciones al bien,²⁰ que metafóricamente podríamos considerar, se encuentran encubiertas por un *manto* conflictual; esto es, valores fundamentales, superiores y primarios que surgen en la persona humana y deben reconocerse y asumirse, ponerse en marcha para la solución de un conflicto,²¹ aprendiendo a resolverlos con las herramientas que de manera innata contamos.²²

De tal modo que podemos señalar que la esencia de los MASC es “atendiendo a la existencia de lazos universales de sociabilidad que unen a todos los hombres —entendidos como iguales—, basados en la comunicación y

¹⁹ Arboleda López, Adriana Patricia, “Conciliación, mediación y emociones. Una mirada para la solución de los conflictos de familia”, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, núm. 33, julio-diciembre de 2017, pp. 83 y 90-92.

²⁰ Ramoneda, Josep, *Contra la indiferencia*, Barcelona, Círculo de Lectores, 2010, p. 94.

²¹ Munduate Jaca, Lourdes y Medina Díaz, Francisco José (coords.), *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2013, pp. 138 y ss.

²² Farré Salvá, Sergi, *Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Barcelona, Ariel, 2010, pp. 203 y ss.

en la razón”,²³ en un mundo por demás complejo, aprender a vivir en una cultura de la paz,²⁴ que finalmente es el espíritu de todo mecanismo alternativo de solución de conflictos, de modo aspiracional, como un modelo de vida y convivencia social,²⁵ porque al final de cuentas convivir implica valores de fondo,²⁶ sentidos,²⁷ apreciados como formas o instrumentos cuya modalidad extrajudicial tiene como finalidad principal resolver un conflicto determinado.

En tal sentido, podemos afirmar que el punto de partida de los MASC corresponde a la idea de que todo problema puede resolverse, con su debido enfoque sistemático, como todo proceso en la vida, predominando la promoción de la cultura de paz como uno de sus elementos vertebrales.

Partiendo de estas premisas, y a la vista de la normativa existente, podemos aseverar que por lo que se refiere al fundamento constitucional de la tutela judicial efectiva, ésta se consagra en el artículo 17, mientras que por lo que toca a los MASC, corresponde el derecho a una cultura de paz, que ha experimentado mayores manifestaciones a nivel internacional desde hace ya un par de décadas, el acceso a la impartición de justicia ha experimentado una nueva corriente,²⁸ con características peculiares, apreciándolo como una de las prerrogativas básicas de un Estado social y democrático de derecho²⁹, superando de esta manera la postura clásica de considerarlo simplemente como un formulismo jurídico y dogmático, sin practicidad ni objetividad, bastando sólo con su mera descripción normativa en los diferentes ordenamientos constitucionales de los diversos Estados de la comunidad internacional.

²³ Ramón Chornet, Consuelo, *¿Violencia necesaria? La intervención necesaria en derecho internacional*, Madrid, Trotta, 1995, p. 35.

²⁴ Aiello de Almeida, María Alba, *Mediación. Formación y algunos aspectos claves*, México, Porrúa, 2001, p. 7.

²⁵ Gottheil, Julio, “La mediación y salud del tejido social”, en Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana (comps.), *Mediación: una transformación de la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1996, p. 223.

²⁶ Arboleda López, Adriana Patricia, “La conciliación. Una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia”, *Revista Lasallista de Investigación*, vol. 11, núm. 1, 2014, p. 193.

²⁷ Marrasé, José Manuel, *La educación invisible. Inspirar, sorprender, emocionar, motivar*, Madrid, Narcea, 2019, p. 140.

²⁸ Cançado Trindade, Antônio A., “Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección los derechos humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 37, enero-junio de 2003, p. 27. Del mismo autor, “El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 37, enero-junio, 2003, p. 55.

²⁹ Cappelletti, Mauro et al., *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 340.

Finalmente, y congruente con lo anterior, podemos aseverar que los MASC se insertan en la ingeniería de la estructura judicial en nuestro país, constituyendo una de las transformaciones que se requerían desde hace mucho tiempo, y especialmente el cambio de paradigma desde el punto de vista de la cultura jurídica, indudablemente de una necesaria y enorme apertura.

IV. CONCLUSIONES

Nuestro país, en su conjunto normativo, ha experimentado cambios; pero en su mayoría éstos se han traducido en modificaciones nominales, y en el área del sistema de administración de justicia resulta exponencialmente visible, lo que ha supuesto que los MASC aspiren, primero, a un cambio de mentalidad, no sólo de carácter jurídico, sino sobre todo de tipo cultural, en donde los valores están más que presentes, constituyen los ingredientes sustanciales que los configuran, que les dan su razón de ser: armonía, solidaridad, empatía, humanismo, altruismo, por citar algunos.

En este mismo sentido, como seres humanos, podemos contar con la capacidad de potencializarlos, y así, construir una sociedad con mayor cohesión, y con el anhelo de una cultura de paz, básica en la convivencia social, aterrizando todo un conjunto de virtudes y valores que los detentamos, pero que en gran parte requerimos vivenciarlos y experimentarlos desde una perspectiva claramente constructivista, con actitudes de participación e inclusión.

Es por lo que apuestan los MASC en materia de acceso a la justicia, de carácter alternativo, sí, pero debiendo contar con la apertura necesaria para que en nuestro país continúe siendo una realidad, como lo han logrado en materia de administración de justicia con otros modelos distintos a la tradicional, pero al final de cuentas atendiendo y logrando un mismo objetivo: resolver controversias y gozar de vigencia y aplicación social.

De ahí, hay que destacar que dichos instrumentos han generado cambios paulatinos y sustanciales en el acceso a la justicia como derecho humano efectivamente materializado, al incrementar una cultura de la paz a través del diálogo y la cohesión social, al plantear una nueva visión, la *alternatividad* en la resolución de los conflictos, con el enfoque multifacético que ha brindado la idoneidad de los MASC, que gozando de una estructura legal coherente e integral permiten el pleno ejercicio del acceso a la justicia por parte de la ciudadanía. En definitiva, tales instrumentos alternos constituyen una genuina opción en la construcción y consolidación de la paz en el tejido social.

Es por tal razón que se espera que trabajos como el presente puedan contribuir a ese cambio de paradigma, que resulta más que necesario, y así, reflexionar lo más objetivamente posible en lo que refiere a los procedimientos judiciales y sus limitaciones, y especialmente, a considerar que siempre hay alternativas para solucionar conflictos, y una de esas opciones han sido los MASC.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIELLO DE ALMEIDA, María Alba, *Mediación. Formación y algunos aspectos claves*, México, Porrúa, 2001.
- ALARCÓN OLGUÍN, Víctor, “La reforma del Estado y la política fallida en México”, *Tiempo Apuntes*, 21 de abril de 2009, Casa del tiempo, México, UNAM.
- ÁLVAREZ, Gladys S. y HIGHTON, Elena I., *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, 2013.
- ARBOLEDA LÓPEZ, Adriana Patricia, “Conciliación, mediación y emociones. Una mirada para la solución de los conflictos de familia”, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, núm. 33, julio-diciembre de 2017.
- ARBOLEDA LÓPEZ, Adriana Patricia, “La conciliación. Una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia”, *Revista Lasallista de Investigación*, vol. 11, núm. 1, 2014.
- CALCATERRA TÚBEN, A., *Mediación estratégica*, México, Gedisa, 2012.
- CANALES ALIENDE, José Manuel, “El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas”, *Política y Sociedad*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, núm. 20, 1995.
- CANALES ALIENDE, José Manuel, “La administración de la justicia: hacia una visión gerencial del servicio público de la justicia”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 73, julio-septiembre de 1991.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 37, enero-junio de 2003.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección los derechos humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 37, enero-junio de 2003.

- CANCELA RAMÍREZ DE ARELLANO, Pilar, “La administración de justicia como servicio público”, *La Opinión*, A. Coruña, Galicia, 28 de marzo de 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro *et al.*, *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- CÓRDOVA, Arnaldo, “El difícil acceso a la justicia”, *La Jornada*, 15 de agosto de 2010.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1981.
- FARRÉ SALVÁ, Sergi, *Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Barcelona, Ariel, 2010.
- FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo I, 2001.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Estado democrático y social de derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXIII, núm. 98, mayo-agosto de 2000.
- GOTTHEIL, Julio, “La mediación y salud del tejido social”, en GOTTHEIL, Julio y SCHIFFRIN, Adriana (comps.), *Mediación: una transformación de la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1996.
- HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, Liborio, “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC). Ética y deontología de la mediación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Jurisdicción y arbitraje*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.
- MACHO GÓMEZ, Carolina, “Los ADR «Alternative Dispute Resolution» en el comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre de 2013.
- MACHO GÓMEZ, Carolina, “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento «ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, núm. 3, 2014.
- MARRASÉ, José Manuel, *La educación invisible. Inspirar, sorprender, emocionar, motivar*, Madrid, Narcea, 2019.
- MERA, Alejandra, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas”, *Apor-*

- tes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2016.
- MONTÁS MONTÁS SANTANA, Enmanuel y COSS SABBAGH, Isom, “Acceso a la justicia y exigibilidad de derechos”, Ponencia en el *Congreso Nacional del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado*, Argentina, 2002, disponible en: <http://www.coladic.org.ar/congreso>.
- MONTOYA SÁNCHEZ, Miguel Ángel y SALINAS ARANGO, Natalia Andrea, “La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto”, *Opinión Jurídica*, vol. 16, núm. 30, julio-diciembre de 2016.
- MUNDUATE JACA, Lourdes y MEDINA DÍAZ, Francisco José (coords.), *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2013.
- OJEDA PAULLADA, Pedro, “Vías efectivas de acceso a la justicia: mediación, conciliación y arbitraje”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 2, 1998.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 4a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 1998.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Tesis III.2o.C.6K (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, tomo 3, octubre de 2013.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo, *¿Violencia necesaria? La intervención necesaria en Derecho Internacional*, Madrid, Trotta, 1995.
- RAMONEDA, Josep, *Contra la indiferencia*, Barcelona, Círculo de Lectores, 2010.
- RODRÍGUEZ LOZANO, Amador, “Por un acceso real a la justicia en México. El caso del Instituto de Defensoría Pública”, *Cuestiones Constitucionales*, México, enero-junio de 2010, núm. 2.
- RUIZ VALERIO, José Fabián, *¿Democracia o Constitución? El debate actual del Estado de derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2009.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Oxford, 2011.
- TAJADURA TEJADA, Javier, “La justicia como servicio público (una reflexión en el XXV Aniversario de la Constitución)”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 177, 2003.
- ZAPPALÀ, Francesco, “Universalismo histórico del arbitraje”, núm. 121, julio-diciembre de 2010.

APROXIMACIÓN AL ALCANCE DE LA AUTOCOMPOSICIÓN EN EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO MEXICANO

Alonso CAVAZOS GUAJARDO SOLÍS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Algunos puntos de encuentro entre la TGP y los MASC.* III. *Los alcances de la autocomposición en el derecho procesal administrativo.* IV. *La autocomposición bilateral en el derecho procesal administrativo mexicano.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

La trascendencia del formalismo del sistema judicial mexicano se pone de manifiesto mediante la revisión constitucional número 230,¹ en la que se confirió al Congreso de la Unión la competencia de legislar respecto de los MASC, a través de una legislación única tratándose de la materia penal, y de una Ley General tratándose de las otras materias. Hasta ahora, la Legislatura federal sólo ha expedido la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal,² de manera que por casi cuatro años ha existido una omisión legislativa en torno a la expedición de una ley general que regule esos mecanismos en las materias distintas a la penal, lo cual, vale la pena destacar, a consideración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no afecta la capacidad legislativa de las entidades federativas para emitir leyes locales en ese ámbito,³ mismas que eventual-

* Profesor adjunto de la Universidad de Monterrey; miembro del Sistema Nacional de Investigadores; investigador nacional, nivel 1.

¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 2017, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_230_05feb17.pdf.

² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 2014.

³ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acción de inconstitucionalidad 84/2017, *S7F*, julio de 2021, libro 88, párrs. 52 y ss.

mente tendrían que adecuarse a la ley general que llegara a expedirse, siendo que ello podría resultar problemático si esta no cumple su función de legislación marco⁴ e introduce muchas reglas —como suele suceder— que van más allá de la distribución competencial entre los distintos órdenes de gobierno político-territoriales y los rasgos mínimos de homogeneidad en la materia.

Lo que llama nuestra atención es que las normas constitucionales que consagran los mecanismos alternativos de solución de controversias no excluyen a las materias inmersas en el derecho público, como lo es la administrativa, precisamente en el derecho procesal administrativo, entendido como “el proceso destinado a solucionar los conflictos surgidos entre la administración pública y los administrados, con motivo de la interpretación y aplicación de los actos y contratos de carácter administrativo”.⁵ Estamos claros en que la inclusión expresa de la materia penal deriva que en muchos casos ésta termina por tutelar punitivamente bienes jurídicos propios del derecho privado, que hacen factible negociar al respecto, e incluso que alguna de las partes ceda total o parcialmente en aras de solucionar el conflicto; pero en la materia administrativa están de por medio los intereses públicos, de modo que no es un área en la que de forma natural pueda desenvolverse la también denominada justicia alternativa. Entonces, se trata de otra dimensión de la dicotomía que magistralmente pone de manifiesto Fioravanti respecto de la democracia, al afirmar “Por una parte, la libertad de los privados (de los particulares), el principio de libre autodeterminación de los individuos; por la otra, la fuerza y la autoridad de la *red pública*”.⁶

Bajo esa óptica, la presente investigación tiene por objetivo brindar una aproximación a los límites que la autocomposición tiene en la resolución de los conflictos dentro del derecho procesal administrativo, para lo cual habremos de abordar a la autocomposición como un punto de encuentro

⁴ Éstas, propias del federalismo alemán, son entendidas como las normas “que no pueden agotar por sí mismas los temas que pretenden legislar, es decir, leyes que tienen prohibido ser autosuficientes, ya que deben permanecer abiertas a un cierto número de asuntos relevantes para que sean susceptibles de normación por parte de los «Länder»”. Véase Cabrera Beck, Carlos G., *El nuevo federalismo internacional. La soberanía en la unión de países*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2004, p. 125.

⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 22.

⁶ Fioravanti, Maurizio, *Público y privado. Los principios fundamentales de la Constitución*, trad. y estudio preliminar de Javier Espinoza de los Monteros, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2017, p. 1.

entre la teoría general del proceso (en lo sucesivo, TGP) y los MASC, y luego se procederá a analizar su alcance en el derecho procesal administrativo, que nosotros consideramos delimitado primordialmente por el interés público.

Finalmente, utilizando la metodología propia del derecho comparado, habremos de validar si la legislación mexicana se adecúa a los parámetros que al respecto nos brinda la TGP, o si por el contrario es posible detectar un alejamiento entre los dos formantes jurídicos, en nuestro trabajo representados por la doctrina y la legislación. Debido a la extensión de este trabajo, el abordaje se realizará exclusivamente a través de la transacción, especialmente aquella que es fruto de los MASC, habida cuenta que es el ámbito que mayor avance debería presentar debido al desarrollo que éstos han tenido en la última década en los ámbitos constitucional y legal.

Agradezco profundamente la acertada retroalimentación que respecto de este artículo me ha brindado mi maestro, el doctor Michael G. Núñez Torres, que ha servido para enriquecer esta contribución a la ciencia jurídica.

II. ALGUNOS PUNTOS DE ENCUENTRO ENTRE LA TGP Y LOS MASC

La clásica TGP se ha preocupado por categorizar las distintas modalidades en que pueden ser resueltos los litigios; esto es, los conflictos entre dos sujetos —o grupos de sujetos, si partimos de un litisconsorcio— de derecho caracterizados, siguiendo a Carnelutti, por la pretensión de uno de ellos y la oposición del otro.⁷ En este punto nos permitimos destacar que si bien la novel doctrina respecto de los MASC ha explorado la multidisciplinariedad en aras de abordar su objeto de estudio, éste consiste indefectiblemente en las distintas herramientas que permiten resolver un litigio sin el pronunciamiento de un órgano jurisdiccional;⁸ de tal suerte que un primer punto de encuentro entre ambas disciplinas se da en virtud de que algunas de las vías a que se contrae la TGP desembocan en procedimientos que son objeto de estudio de

⁷ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 9a. ed., México, Harla, 1996, p. 1. Vale la pena destacar la reflexión de Gómez Lara, en el sentido de que no todos los conflictos derivan en procesos, aunque todos éstos suponen un litigio.

⁸ Estavillo Castro, Fernando, “Mecanismos alternativos de solución de controversias”, en Becerra Ramírez, Manuel *et al.* (coord.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 208.

los MASC, independientemente de la herramienta metodológica con que en éstos se aborde su análisis.

Bajo esta aclaración, la TGP ha destacado que las formas de resolución de los litigios son susceptibles de clasificarse en tres categorías: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición.⁹

La autotutela es la forma más rudimentaria de solución de conflictos,¹⁰ y consiste en que el litigio es resuelto mediante la imposición de la voluntad de una de sus partes sobre la de su contraria. En la génesis de esta modalidad, ese acto de imperio se asociaba sólo al uso de la fuerza física, lo cual bien puede caracterizarse a través de herramientas como el duelo; aunque, a la postre, la validez de la imposición de la voluntad de alguna de las personas litigantes (incluso mediante la fuerza) requirió de que así lo legitimara el ordenamiento jurídico a través de una regla que autorizara a una de las partes a solucionar el conflicto *motu proprio*,¹¹ lo cual es comprensible en instituciones como la legítima defensa o la tutela de menores de edad o incapaces (aunque en tales casos el debate versa sobre la actualización de los supuestos para que éstas se puedan dar); pero no deja de ser cuestionable cuando se le juzga mediante instituciones existentes, como la autoridad marital o el propio duelo, que terminan por ser incompatibles con el orden constitucional. De cualquier modo, podemos destacar que la autotutela ha transitado de la utilización de una fuerza física o corpórea, vedada en el artículo 17 de la CPEUM, que prohíbe categóricamente hacerse justicia por su propia mano, e incluso ejercer la violencia para reclamar un derecho, a una autotutela excepcional, de naturaleza jurídica o incorpórea, por involucrar derechos o potestades inherentes a determinada condición jurídica.

Sobre la autotutela destacan las palabras de Alcalá-Zamora y Castillo:

La autodefensa, que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de

⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autotutela. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 13 y ss.

¹⁰ Desde una posición más categórica, Gómez Lara califica a la autocomposición como una forma “egoísta y primitiva” de solución de los litigios. Véase Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ En este punto destaca lo afirmado por Alvarado Velloso, en el sentido de que en la autodefensa, “la parte afectada por el conflicto no acepta el sacrificio del propio interés y hace uso de fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación de un daño”. Véase Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 15 y 16.

los Estados merecedores de este nombre la prohíban como regla, aunque la consientan en situaciones excepcionales, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto.¹²

Debido a que las distintas vías que conforman la autotutela conllevan la imposición de la posición litigiosa de una de las partes, en esta categoría no habremos de hallar algún mecanismo alternativo de solución de conflictos.

La segunda vía para resolver los litigios es la autocomposición, objeto de nuestra investigación, que ha sido definida por autores clásicos como “el acto jurídico por virtud del cual las partes de un litigio lo componen, sin necesidad de acudir a los tribunales”,¹³ aunque la doctrina contemporánea se inclina a caracterizarla como la resolución de un conflicto por los propios litigantes, sin que uno de ellos imponga por la fuerza su posición, lo cual la distingue de la autotutela; y sin que un tercero —órgano jurisdiccional o arbitral— se pronuncie, diferenciándose así de la heterocomposición, que será abordada en breve.

Típicamente, la autocomposición se clasifica en dos categorías: la unilateral, que implica el abandono de la natural posición por parte de uno de los litigantes, y la bilateral, que conlleva un acuerdo de éstos.¹⁴ Dentro de la categoría de autocomposición unilateral se pueden encontrar dos modalidades: la renuncia o desistimiento por quien ostenta la pretensión,¹⁵ y el allanamiento a la pretensión, por quien naturalmente se opone a la misma, que es definido dentro del proceso como “el acto procesal mediante el cual el demandado reconoce expresamente la procedencia de la acción intentada en su contra”.¹⁶

¹² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, p. 13.

¹³ Pallares, Eduardo, “Autocomposición”, *Diccionario de derecho procesal civil*, 29a. ed., México, Porrúa, 2012, p. 110. El destacado jurista mexicano define la autocomposición partiendo de la visión de Carnelutti, a quien también sigue Alcalá-Zamora y Castillo, al concebir aquel término como la “resolución o decisión del litigio, en ella obtenido por obra de los litigantes, a diferencia de la que tras el proceso decreta el juez”. Véase Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵ La doctrina clásica de la TGP distingue, ya dentro del proceso, el desistimiento de la acción, de la demanda y de la instancia, y señala que sólo el primero es susceptible de integrar la autocomposición, porque implica la pérdida del derecho litigioso. Véase Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, p. 20. No obstante, vale la pena destacar que en el derecho procesal administrativo —y en el derecho de amparo— no opera la distinción entre el desistimiento de la acción y de la demanda, primordialmente porque la retractación del demandante implica su consentimiento de la norma general o el acto administrativo impugnado.

¹⁶ Pallares, Eduardo, “Allanamiento a la demanda”, en *op. cit.*, p. 79.

La autocomposición bilateral no es otra cosa que la transacción, “un negocio jurídico a través del cual las partes mediante el pacto, mediante el acuerdo de voluntades, encuentran la solución de la controversia o del litigio”.¹⁷ El profesor Alcalá-Zamora y Castillo es categórico al señalar que esta autocomposición está supeditada a que el acuerdo respectivo contenga recíprocas concesiones, porque si sólo uno de los litigantes cede, sería un desistimiento o un allanamiento, según se trate de quien ostenta o se resiste a la pretensión.¹⁸

Otra clasificación de la autocomposición, destacable para nuestros fines, es la precisada por Alvarado Velloso, quien refiere que ésta opera directamente cuando las partes llegan a la solución sin ayuda de nadie, o indirectamente, cuando se hace a través de la intervención de un tercero que funge como conciliador.¹⁹ Aquí encontramos otro importante punto de encuentro entre la TGP y los MASC, que parte de una clasificación vinculada con la adopción o no de un procedimiento que coadyuve a la adopción de una resolución del litigio, como lo es la conciliación o la mediación, ambos típicos MASC.

Respecto de la mediación, el profesor Alcalá-Zamora y Castillo refiere que

Entre el arbitraje y la autocomposición intercalaríamos la mediación, que a primera vista presenta la estructura del primero (especialmente del libre o irritual), pero que posee en realidad el contenido de la segunda (y más concretamente el de una transacción), ya que mientras el árbitro resuelve el litigio (es decir, se encuentra supra partes), el mediador se limita a proponer una solución, que los litigantes son dueños de aceptar, rechazar o modificar (es decir, se encuentra infra partes).²⁰

No podemos soslayar que si bien el efecto típico de la conciliación y la mediación se traduce en una transacción, es decir, en recíprocas concesiones de los litigantes, también puede derivar en una renuncia o desistimiento, o bien en un allanamiento, de manera tal que aquellos mecanismos alternativos de solución de conflictos podrían generar, a la luz de la TGP, una autocomposición unilateral o bilateral.

¹⁷ Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, p. 91. Sobre este particular coincide Pallares. Véase Pallares, Eduardo, *Apuntes de derecho procesal civil*, México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 203.

¹⁹ Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 17.

²⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, p. 75.

Finalmente, la heterocomposición consiste en “una forma evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social e implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto”.²¹ Las dos modalidades de heterocomposición son el arbitraje, que también es un típico MASC, y el proceso jurisdiccional propiamente dicho.²²

III. LOS ALCANCES DE LA AUTOCOMPOSICIÓN EN EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

La interrelación de la TGP y los MASC en lo que atañe a las vías o modalidades para resolver litigios es relevante, porque permite comprender los alcances de la conciliación y de la mediación en el derecho procesal administrativo, pues todo ello parte de la TGP, que se ha ocupado de abordar en qué ámbitos es posible que un litigio sea resuelto mediante la autocomposición. Así, debemos partir de que no es ilimitada la potestad de los litigantes de solucionar el conflicto a través de la autocomposición, ya sea que se use o no la conciliación o la mediación. El profesor Alcalá-Zamora y Castillo sostiene que

Las tres especies de autocomposición requieren, como es natural, que el litigante posea la facultad de disposición sobre el derecho material, y en algún caso, procesal (renuncia a defenderse, como en el allanamiento penal), mediante cuyo sacrificio se obtenga la solución del conflicto pendiente. De ahí que cuando se trate de derechos indisponibles o de hipótesis en que el legislador imponga la vía procesal con fines de verificación judicial, aun sin existir litigio, la autocomposición se halle excluida: a ello obedece que fuera del proceso civil sean raras, como ya anunciamos, aunque no desconocidas, las formas de autocomposición.²³

En esto coincide Dorantes Tamayo, quien enfatiza que la disponibilidad del derecho —referida por Alcalá-Zamora y Castillo— implica que éste sea renunciabile.²⁴ Y, en este sentido, podemos referir que cualquier vía autocompositiva parte de dos elementos constantes en la TGP: que el acto provenga del litigante correspondiente²⁵ o de su representante o apoderado,

²¹ Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, p. 23.

²² Gómez Fröde, Carina, *Manual de teoría general del proceso*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 34.

²³ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, p. 80.

²⁴ Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *Teoría del proceso*, 15a. ed. revisada y actualizada por Alma Rosa Dorantes Miranda, México, Porrúa, 2019, p. 298.

²⁵ Esto es, el desistimiento debe formularse por la parte actora; el allanamiento, por la parte demandada, y la transacción de ambas partes.

a condición de que tenga facultades expresas para la respectiva autocomposición; y, de manera específica, que el derecho de que se trate le sea disponible o renunciable a aquél.²⁶

Chiovenda también coincide al respecto, tratándose de la conciliación gestionada por la autoridad jurisdiccional (que él denomina “composición procesal”), pues señala que ésta requiere la presencia de las partes y la capacidad de disponer del derecho.²⁷

Un aspecto que llama enormemente nuestra atención consiste en que el estudio de los dos requisitos para la autocomposición antes destacados no se agota en la misma TGP, sino que para entenderlos a cabalidad se requiere analizar figuras propias de otras ramas del derecho, como la civil tratándose de la representación legal y del mandato; o la materia en la que se encuentre inmerso el derecho litigioso de que se trate.

En el derecho procesal administrativo esto se torna más complejo, sobre todo cuando el acto de autocomposición proviene de un sujeto de derecho público, puesto que tendría que analizarse, ante todo, si está legitimado para desistirse de la acción, si es que él ejerció ésta; por ejemplo, a través de un juicio de lesividad; para allanarse a la demanda, cuando figure como demandado, o para negociar, tratándose de la transacción. La complejidad estriba en que los sujetos de derecho público sólo pueden actuar dentro del ámbito de sus atribuciones,²⁸ de tal suerte que resultaría necesario acudir a las normas generales correspondientes, para validar si cuenta con competencias expresas para ello, sobre todo cuando comparece en representación de la autoridad administrativa de que se trate, o cuando ha sido designado para representar a ésta dentro del proceso jurisdiccional, comúnmente a través de la figura de delegado.

Otra cuestión por demás compleja en este ámbito consiste en la disponibilidad del derecho litigioso, puesto que, a diferencia de los particulares, los sujetos de derecho público deben actuar cuando se actualiza un interés público, de manera tal que no se está ante un derecho al que puedan renunciar, sino de la existencia o no de ese interés público. Partiendo de lo anterior, se ha llegado a señalar que si bien la conciliación en el proceso

²⁶ Pallares, Eduardo, *op. cit.*, pp. 79, 80, 253, 254, 776 y 777.

²⁷ Chiovenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México, Oxford 1999, p. 492.

²⁸ Se trata de la sujeción de la autoridad al orden jurídico, principio elemental del Estado moderno. Véanse, entre otros: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Leyes, derechos, justicia*, 2a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997, p. 36.; y Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, trad. de Rolando Tamayo y Salmerán, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2017, p. 18. En el ámbito constitucional, puede acudirse al artículo 16 de la CPEUM.

administrativo resultaría benéfica, “para su incorporación a la cultura administrativa tal vez se haría preciso conceder ciertos márgenes de discrecionalidad a la Administración, lo cual no parece tan fácil ni para muchas perspectivas conveniente, pues se descarta considerar a la Administración como su fuera un particular”.²⁹ Quizá la solución se encuentre en lo señalado por Huerga Lora respecto de la transacción, en el sentido de que

El requisito de la disponibilidad se traduce para la administración, en consecuencia, en un control de que las cesiones acordadas y la propia decisión de transigir sean adecuadas para la tutela de los concretos intereses públicos presentes. De hecho, en las transacciones que tienen por objeto cuestiones puramente patrimoniales, como ocurre cabalmente con las que se refieren a bienes patrimoniales, el control sobre el contenido de la transacción es básicamente un control de la adecuación para los intereses públicos.³⁰

En efecto, la autocomposición excepcionalmente podría traducirse en algo benéfico para el interés público; por ejemplo, cuando a través del allanamiento de la demanda en la que se impugna un acto administrativo a todas luces ilegal se evitaría el pago de actualizaciones de una contribución que eventualmente habrá de devolverse al particular demandante; empero, hay actos administrativos, como la expropiación, en los que el interés público es específicamente considerado para su emisión, de manera que el beneficio a éste mediante la autocomposición no es del todo claro.

Una herramienta que nos brinda la TGP al respecto consiste en la aprobación judicial,³¹ que exigiría del magistrado o juez de lo contencioso administrativo un pronunciamiento específico respecto de la validez del acto autocompositivo proveniente del sujeto de derecho público. Tómese como referencia lo que refiere Soberanes Díez respecto de las transacciones de derecho privado en las que está de por medio el orden público, al sostener que “si el punto de litigio implica una cuestión de orden público (derechos fundamentales, derecho a alimentos, etc.) no puede llevarse a cabo la transacción sin la autorización del Juez”.³²

En el caso del derecho procesal administrativo, se trataría de una aprobación jurisdiccional centrada, por una parte, en el análisis de la competen-

²⁹ Rivero Ortega, Ricardo y Fernández Ruiz, María Guadalupe, *Derecho administrativo*, México, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 177 y 178.

³⁰ Huergo Lora, Alejandro, “Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 7, 2009, p. 101.

³¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, p. 185.

³² Soberanes Díez, José María, *Teoría del proceso, Perspectiva Constitucional*, 3a. ed., México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 25.

cia del sujeto de derecho público para adoptar el acto autocompositivo y, por otra, en el beneficio que éste traería al interés público.

Finalmente, se considera pertinente adelantar que el análisis de la autocomposición proveniente de un sujeto de derecho público, con aprobación judicial o sin ella, no se agota en el proceso jurisdiccional de que se trate, habida cuenta que puede ser abordado, sin afectar su eficacia jurídica, al analizar la responsabilidad del propio sujeto y de aquel que haya emitido o ejecutado el acto administrativo impugnado en el juicio contencioso administrativo.

IV. LA AUTOCOMPOSICIÓN BILATERAL EN EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO MEXICANO

El derecho procesal administrativo mexicano no es regulado sólo por una norma general, sino que al tratarse de un ámbito en el que los órdenes de gobierno actúan con plena autonomía, su regulación corresponde a cada órgano legislativo, de tal suerte que la legislación al respecto es por demás abundante, lo cual dificulta en demasía abordarla con acuciosidad en un estudio tan breve como el que se presenta. No obstante, hemos optado por comparar sólo las leyes que regulan el procedimiento contencioso administrativo o la justicia administrativa y los MASC en ese ámbito, tanto a nivel federal como en las treinta y dos entidades federativas, excluyendo por ende otras disposiciones complementarias, como en algunos casos resultarían las leyes orgánicas y las normas supletorias; y el análisis partirá de las disposiciones que regulan casos típicos, no casos de excepción tan variopintos como lo son, en el ámbito federal, el comercio exterior o los tratados para evitar la doble tributación.

1. *El ámbito federal*

En lo que atañe a la impugnación de normas generales o actos administrativos provenientes del Poder Ejecutivo de la Unión, el juicio contencioso administrativo es regulado primordialmente por la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, la cual no contempla la posibilidad de que las partes celebren una transacción, ya sea de manera directa o a través de los MASC.

No obstante, vale la pena aclarar que muy diferente ocurre en el procedimiento administrativo, en muchas ocasiones previo a la emisión del acto

que podría impugnarse en el juicio contencioso administrativo, pues el artículo 57, fracción VI, de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, dispone que dicho procedimiento es finalizado por el convenio de las partes; pero supedita la posibilidad de celebrar ese convenio a que el mismo no sea contrario al ordenamiento jurídico ni trate sobre ámbitos que no sean susceptibles de transacción, y tenga por objeto satisfacer el interés público “con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regula”.

Como puede apreciarse, la autocomposición bilateral es deficientemente regulada en el derecho procesal administrativo federal. Por una parte, no contempla la posibilidad de que exista mediación o conciliación dentro del juicio contencioso administrativo, lo cual es una gran limitante para la autocomposición, en la medida en que la sujetaría sólo a la voluntad de los litigantes. Pero además, no reconoce expresamente la posibilidad de que la transacción pueda darse durante la tramitación del juicio contencioso administrativo, de manera que, en caso de que ésta llegara a darse, quizá a través de métodos subrepticios, como podría ser el desistimiento de la demanda o el allanamiento de la autoridad demandada, no existirían elementos legales expresos para adecuarla a los parámetros doctrinales antedichos, primero, porque no se contempla expresamente la necesidad de que el acto respectivo provenga de un sujeto de derecho público competente ni que a través de la transacción se satisfaga el interés público, y menos aún sujeta esto a un control jurisdiccional.

2. *Los ámbitos locales*

La autonomía de las entidades federativas ha permitido que éstas adopten decisiones normativas muy disímiles en lo que atañe a la transacción dentro del juicio contencioso administrativo, y, específicamente, a la posibilidad de que ésta sea adoptada a través de los MASC. De manera general, movilizandó la teoría que sustenta el derecho comparado, podemos establecer dos categorías³³ que facilitan la constatación de los resultados obtenidos: A) entidades federativas que no regulan la autocomposición bilateral, y B) entidades federativas que regulan la autocomposición bilateral, en los cuales habremos de analizar si cumplen los parámetros doctrinales a que hemos hecho alusión.

³³ De hecho, la categorización es uno de los fines de la comparación. Véase Pegoraro, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa-IMDPC, 2006, p. 77.

A. Entidades federativas que no regulan la autocomposición bilateral

Las normas especializadas en derecho procesal administrativo de las entidades federativas de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Ciudad de México, Colima, Guerrero, Jalisco, Morelos, Puebla,³⁴ Querétaro, Quintana Roo, Tlaxcala y Yucatán, no regulan la posibilidad de que las partes del juicio contencioso administrativo puedan llegar a solucionar su problemática mediante la autocomposición bilateral, por lo que parecieran obligar a que el litigio sea resuelto a través de la judicatura. Así, en estas entidades federativas se enfrentan las mismas limitantes que en el ámbito federal.

B. Entidades federativas que regulan la autocomposición bilateral

Los estados restantes (Baja California, Chihuahua, Coahuila de Zaragoza, Durango, Guanajuato, Hidalgo, México, Michoacán de Ocampo, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz de Hidalgo de la Llave y Zacatecas) sí regulan la autocomposición bilateral, aclaración hecha de que los casos de Hidalgo, Michoacán de Ocampo y Tamaulipas son muy particulares, porque la regulación no deriva de su ley de la materia, sino de las leyes que regulan los MASC, las cuales parecieran permitir éstos (en el caso de Tamaulipas, sólo la mediación), a condición de que se trate de derechos disponibles para los interesados. Muy similar ocurre en San Luis Potosí, puesto que si bien su Código Procesal Administrativo reconoce en su artículo 240 la posibilidad de que exista una avenencia entre las partes, no regula más al respecto, por lo que cabría aplicar la Ley de Mediación y Conciliación del propio estado.

Sin embargo, en algunos casos operan limitantes en la regulación de la autocomposición bilateral, tal como ocurre en Baja California (artículo 155 de la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa), en los que se regula la procedencia de determinados MASC sólo en asuntos de menor cuantía; o el caso de Coahuila de Zaragoza (artículo 116 de la Ley del

³⁴ No pasa desapercibido que el artículo 48, fracción XI, de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo del Estado de Puebla refiera que es improcedente el juicio contencioso administrativo en contra de actos que “Sean dictados por la autoridad para dar cumplimiento a la decisión que emane de los mecanismos alternativos de solución de controversias”; empero, esa legislación no regula como tal la autocomposición.

Procedimiento Contencioso Administrativo), en el que la conciliación sólo puede intentarse en la vía sumaria del juicio contencioso administrativo.

- a. Estados en los que se contempla que la transacción debe ser suscrita por un sujeto de derecho público competente

Sólo los estados de Coahuila de Zaragoza (artículo 118 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo) y Zacatecas (artículo 159 de la Ley de Justicia Administrativa) prevén que la autocomposición bilateral debe provenir de autoridad competente, en tanto que Nayarit (artículo 130, fracción V, de la Ley de Justicia y Procedimientos Administrativos) dispone que al procedimiento conciliatorio deben acudir por sus titulares o representantes legales, “procurando en todo momento” que quien comparezca tenga facultades para obligar y comprometer a su representada; en tanto que en Sinaloa (artículo 67 bis-B, párrafo segundo de la Ley de Justicia Administrativa) sólo se requiere que el convenio sea suscrito por la autoridad que generó el acto impugnado, no las otras que figuren como demandadas.

Por su parte, en Chihuahua (artículo 28, fracción V, de la Ley de Justicia Administrativa), Nuevo León (artículo 49, fracciones III y VI, de la Ley de Justicia Administrativa) y Sonora (artículo 55, fracciones III y VI, de la Ley de Justicia Administrativa), las autoridades demandadas deben comparecer a la etapa de conciliación por sí o a través de sus delegados, quienes deberán contar con facultades expresas para someter la solución del conflicto a un MASC, y en los casos de Nuevo León y Sonora, para suscribir el respectivo convenio, el cual debe ser validado por la propia autoridad demandada. Algo similar ocurre en el estado de Durango (artículos 113 y 155 de la Ley de Justicia Administrativa), pues el convenio debe ser suscrito por la autoridad demandada y es susceptible de ratificarse por sus delegados.

El caso de Hidalgo es particular, puesto que el artículo 6o., fracción III, de la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias dispone que los MACS resultan aplicables a cualquier materia (incluido el derecho procesal administrativo) a condición de que “sean derechos disponibles por los interesados”, lo cual podría interpretarse en el sentido de que las autoridades administrativas sí pueden efectuar actos transaccionales cuando estén facultadas para ello. Similar ocurre con Michoacán de Ocampo (artículo 4o. de la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa), San Luis Potosí (artículos 5o., fracción IX, y 6o. de la Ley de Mediación y Conciliación) y Tamaulipas (artículo 4o., inciso “e” de la Ley de Mediación).

b. Estados en los que se regula que la autocomposición bilateral debe satisfacer el interés público

Solamente en el estado de Durango (artículo 56, fracción VI de la Ley de Justicia Administrativa) se prevé normativamente que el convenio auto-compositivo debe tener por objeto satisfacer el interés público.

En los estados de Baja California (artículo 156, inciso “a” de la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa), Hidalgo (artículo 1o., párrafo tercero de la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias), México (artículo 265 del Código de Procedimientos Administrativos), Michoacán de Ocampo (artículo 4 de la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa) San Luis Potosí (artículo 6o. de la Ley de Mediación y Conciliación) y Veracruz de Ignacio de la Llave (artículo 324 del Código de Procedimientos Administrativos) sólo se prevé que el convenio no debe contravenir disposiciones de orden público; en tanto que en Guanajuato (artículo 262, fracción V del Código de Procedimiento y Justicia Administrativa) se dispone que dicho convenio no debe ser contrario a las disposiciones normativas aplicables. En el estado de Zacatecas (artículo 159, párrafo segundo, de la Ley de Justicia Administrativa) ocurre lo mismo, pero con una redacción distinta, al establecerse que la propuesta de convenio de conciliación deberá realizarse en términos de la legislación aplicable al acto de que se trate.

Los casos de Chihuahua (artículo 29 de la Ley de Justicia Administrativa), Nayarit (artículo 130, fracción VIII, de la Ley de Justicia y Procedimientos Administrativos), Nuevo León (artículo 49, fracción VI, de la Ley de Justicia Administrativa) y Sonora (artículo 55, fracción VI, de la Ley de Justicia Administrativa) son particulares, pues sólo prevén la nulidad del convenio fruto de la conciliación, entre otros supuestos, cuando el mismo sea contraventor de disposiciones de orden público.

c. Estados en los que se prevé la aprobación jurisdiccional del acto de autocomposición bilateral

Finalmente, la autorización jurisdiccional es contemplada en los estados de Baja California (artículo 156 de la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa), Chihuahua (artículo 28, fracción IX, de la Ley de Justicia Administrativa), Coahuila de Zaragoza (artículos 118 y 119 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo), Durango (artículo 155 de la Ley de Justicia Administrativa), Guanajuato (artículo 262, fracción V, del Código de Procedimiento y Justicia Administrativa), México (ar-

título 265 del Código de Procedimientos Administrativos), Nayarit (artículo 130, fracción VIII, de la Ley de Justicia y Procedimientos Administrativos), Oaxaca (artículo 162, fracción VII, de la Ley de Procedimiento y Justicia Administrativa), Sinaloa (artículo 67 bis-A de la Ley de Justicia Administrativa), Tabasco (artículo 39 de la Ley de Justicia Administrativa), Veracruz de Ignacio de la Llave (artículo 324 del Código de Procedimientos Administrativos) y Zacatecas (artículo 160 de la Ley de Justicia Administrativa). De dichas normas es destacable la bajacaliforniana, ya que además contempla expresamente los aspectos que debe validar el órgano jurisdiccional para efecto de autorizar el respectivo convenio.

V. CONCLUSIONES

La TGP y los MASC intersecan en diversos puntos, especialmente en lo que atañe a la autocomposición, pues mientras aquélla centra su atención en cuál de los litigantes cede total o parcialmente en su posición litigiosa natural, éstos se enfocan en la vía a través de la cual se realiza esa cesión. Estamos claros en que los MASC apelan a un estudio claramente multidisciplinar; pero podríamos llegar a subsumirlos en la TGP cuando se abordan los mecanismos autocompositivos propios de ésta, desde una perspectiva jurídica.

Todas las formas autocompositivas contemplan como requisitos *sine qua non* una manifestación de la voluntad por el interesado, ya directamente o a través de su representante, y la disponibilidad del derecho litigioso, lo cual se ha traducido en que se trate de un derecho renunciabile.

En el derecho procesal administrativo, que se vincula al abordaje de la adecuación normativa de los actos administrativos —e incluso normas generales provenientes de órganos ejecutivos—, se dificulta que en una autocomposición procesal intervenga un sujeto de derecho público, típicamente a través del allanamiento o de la transacción, habida cuenta que el acto impugnado reflejaría por antonomasia un interés público, y, por lo tanto, no es sencillo abandonar el mismo, aunque hay casos límite en los que sí se percibe un beneficio para el Estado en caso de ceder total o parcialmente de su posición litigiosa natural. En ese sentido, identificamos que en el derecho procesal administrativo la autocomposición que requiera la intervención de un sujeto de derecho público tendría que partir de la existencia de un interés público para su celebración.

Otra dificultad que se presenta al respecto consiste en que los sujetos de derecho público deben actuar en ejercicio de sus competencias expresas,

de manera tal que tendrían que estar expresamente autorizados para realizar un acto autocompositivo en el derecho procesal administrativo.

Desde luego que ambos elementos de la autocomposición en el derecho procesal administrativo no debieran quedar sujetos al criterio de la autoridad administrativa de que se trate, primordialmente por el orden público subyacente; de manera que, desde nuestra perspectiva, resulta idóneo que el acto autocompositivo de que se trate sea validado por el órgano jurisdiccional que conozca del litigio. Esto, evidentemente, sin demérito del régimen de responsabilidades aplicable a la autoridad administrativa que realice el acto autocompositivo, lo cual requiere nuevamente claridad, es decir, que se regule de manera adecuada la autocomposición para que, bajo el parangón de la legalidad, sea más sencilla la delimitación de las responsabilidades.

Ahora bien, un análisis de las diversas disposiciones aplicables al derecho procesal administrativo mexicano, que se conforma por las múltiples normas generales aplicables en el ámbito federal y en cada entidad federativa, pone de manifiesto que no existe una adecuada regulación de la autocomposición procesal en la justicia administrativa, específicamente en lo que atañe a la conciliación y a la mediación como MASC, que derivan en acuerdos transaccionales. Este déficit normativo no es menor, pues la autocomposición podría utilizarse como un mecanismo oscuro que genere confusión en torno a las responsabilidades de las y los servidores públicos en ese ámbito, convirtiéndose en una vía para evadir esas responsabilidades.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autotutela. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- CABRERA BECK, Carlos G., *El nuevo federalismo internacional. La soberanía en la unión de países*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México, Oxford 1999.
- DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso, *Teoría del proceso*, 15a. ed. revisada y actualizada por Alma Rosa Dorantes Miranda, México, Porrúa, 2019.
- ESTAVILLO CASTRO, Fernando, “Mecanismos alternativos de solución de controversias”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel *et al.* (coords.), *Obra en ho-*

- menaje a Rodolfo Cruz Miramontes, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Público y privado. Los principios fundamentales de la Constitución*, trad. y estudio preliminar de Javier Espinoza de los Monteros, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2017.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- GÓMEZ FRÖDE, Carina, *Manual de teoría general del proceso*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 9a. ed., México, Harla, 1996.
- HUERGO LORA, Alejandro, “Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 7, 2009.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Centro de Estudios Jurídicos Miguel Carbonell, 2017.
- NERIA GOVEA, Miguel de J., “Plazos razonables y debido proceso”, en NÚÑEZ TORRES, Michael G. (coord.), *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano. A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- PALLARES, Eduardo, *Apuntes de derecho procesal civil*, México, Ediciones Coyoacán, 2012.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 29a. ed., México, Porrúa, 2012.
- PEGORARO, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa-IMDPC, 2006.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo y FERNÁNDEZ RUIZ, María Guadalupe, *Derecho administrativo*, México, Tirant lo Blanch, 2019.
- SOBERANES DÍEZ, José María, *Teoría del proceso. Perspectiva constitucional*, 3a. ed., México, Tirant lo Blanch, 2018.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Leyes, derechos, justicia*, 2a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997.

SEGUNDA PARTE

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO
INTERNACIONAL

MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Gabriel de Jesús GORJÓN GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La propiedad intelectual y sus diversas vertientes*. III. *La reforma estructural (T-MEC)*. IV. *La resolución de conflictos en el marco nacional*. V. *La mediación IMPI-OMPI*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual y los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) son dos disciplinas que tienen vida propia por separado, pero tienen un punto de convergencia, y es precisamente del que nadie puede estar orgulloso: el conflicto.

Iniciemos por definir propiedad: ésta es el reconocimiento que el Estado hace en favor de la persona de poseer y usar determinados bienes o derechos en su favor,¹ y que casi siempre son tangibles, muebles o inmuebles; pero que en este caso estamos hablando de bienes intangibles, de derechos que nacen del trabajo, del intelecto de la persona, y que se apoyan en el *now how*, en la confidencialidad y, por ende, las ventajas competitivas que esto significa y derivan de la fabricación de aparatos o instrumentos, fórmulas

* Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León; mediador certificado; miembro de la Asociación Internacional de Doctores en MASC. Profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt, nivel I, presidente del Consejo Consultivo del Colegio de Nacional de Abogados Mases, delegación Nuevo León; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2304-7672>. Correo: ggorjon@hotmail.com, gabriel.gorjonom@uanl.edu.mx.

¹ Artículo 830 del Código Civil Federal, última reforma DOF 11/01/2021, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México.

o elementos que permiten tener un mejor posicionamiento en el mercado, con efectos multifacéticos.²

La propiedad intelectual es la disciplina que amalgama conocimientos diversos, y que derivan del desarrollo de la creatividad de todos aquellos que son innovadores, inventores, autores, obtentores.³

El desarrollo de la creatividad no se presenta de manera inmediata; por el contrario, es la suma de conocimientos que se han obtenido al cabo de un tiempo y nos permiten conocer el estado del arte de las cosas para poder modificarlas; por lo tanto, el desarrollo de la creatividad corresponde al conocimiento previo que puede ser enriquecido o transformado para obtener mejores productos o procesos, por tratarse de un fenómeno sistémico.⁴

Los creadores o inventores son aquellos a quienes una regulación especial derivada del artículo 28 constitucional reconoce como tales, y que en la Ley Federal del Derecho de Autor plasma sus derechos por la elaboración del producto de su intelecto, y que éste puede ser referido como la literatura o las bellas artes (artísticas), así como la fotografía, el dibujo, la pintura, la escultura, la caricatura, entre otras, cuyas prerrogativas son de carácter exclusivo y personal, así como patrimonial.⁵ De igual forma, en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial⁶ encontramos la protección para aquellos denominados inventores, que pueden ser los titulares de aquel trabajo intelectual con posibilidad de ser protegido bajo la figura jurídica de la patente, el modelo de utilidad, los diseños, los dibujos, así como los modelos industriales, los circuitos integrados, los signos distintivos o las marcas, los avisos comerciales, las denominaciones de origen (producto vinculado a una zona) y las indicaciones geográficas⁷ (la zona geográfica del producto originario).

Nos encontramos también con los derechos de aquellos que, de conformidad con lo preceptuado por la Ley Federal de Variedades Vegetales,⁸ mediante un proceso de mejoramiento hayan obtenido y desarrollado una

² Gurry, Francis, *World Intellectual Property Report, the changing face of innovation*, Ginebra, World Intellectual Property Organization, 2011, p. 17.

³ Artículo 2o., frac. IV, de la Ley Federal de Variedades Vegetales.

⁴ Csikszentmihaly, Mihaly, *Creatividad, el flujo y la psicología del descubrimiento y la invención*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós Transiciones, 2015, p. 41.

⁵ Andrade Sánchez, Eduardo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Oxford, 2020, p. 89.

⁶ Artículo 36 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial. Nueva Ley, DOF 01/07/2020, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

⁷ Legislación de derechos de autor, Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, México, Ediciones SISTA, 2021, p. 147.

⁸ Artículo 2o., frac. IV, Ley Federal de Variedades Vegetales, 09/04/2012.

variedad vegetal de cualquier género y especie. El conflicto es precisamente ese desafortunado encuentro de intereses en el que las partes no se ponen de acuerdo y recurren a vías diversas para hacer valer su derecho o su prerrogativa legal.

II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SUS DIVERSAS VERTIENTES

Para situarnos en contexto, propiedad intelectual es aquella que deriva del trabajo mental de cada persona, y que es puesto a disposición de los demás y está protegido legalmente por la autoridad de cada país, teniendo un soporte material, bien sea impreso o en material electrónico. Es el resultado del trabajo del intelecto de cada individuo, puesto en este tipo de sustentáculo, que le permita comprobar su existencia y, por ende, su paternidad ante terceros. Es lo que le da la categoría de propiedad, oponible ante cualquiera que de buena o mala fe haga uso indebido de ésta; y los títulos o registros de la misma nos sirven para comprobar su autenticidad y titularidad.

Cuando decimos que esta especie de propiedad está sustentada legalmente es porque cuenta con una serie de condiciones para que esto suceda; primeramente, debemos registrarla ante la autoridad competente para ello. En el caso de México, acudimos ante la oficina conecedora de ello, que es el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI); en tratándose de invenciones o signos distintivos, ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor (Indautor) cuando nos referimos a creaciones del intelecto humano relativas a las bellas artes o literarias, y ante la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa) cuando se trata de la protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales.⁹

Cuando iniciamos el recorrido por la disciplina de la propiedad intelectual nos encontramos con estas tres grandes vertientes; cada una amalgama para sí la protección de los derechos que cada persona tiene al desarrollar su intelecto.

En la primera encontramos el área de invenciones, modelos de utilidad, diseños industriales y esquemas de trazado de circuitos integrados,¹⁰ así como marcas en sus diversos dignos distintivos,¹¹ avisos y nombres comer-

⁹ Bogsch, Arpad, *Glosario de propiedad industrial*, Ginebra, WIPO Publication, 1995, p. 33, tercera parte.

¹⁰ Artículo 36, Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, 2020.

¹¹ Artículo 172, *ibidem*.

ciales, identificado esto como el área de invenciones y marcas que deben ser registradas para que surtan efectos contra terceros.

En la segunda, identificamos a las creaciones del intelecto humano que se establecen como literarias y de bellas artes,¹² que también deben ser registradas, y, como tercera, aquellos trabajos del intelecto humano que derivan de la investigación y obtención de resultados con plantas y vegetales, como ya lo hemos comentado, y que por igual son reconocidos por la autoridad mediante el registro correspondiente para aquellos que hayan obtenido y desarrollado una variedad vegetal de cualquier género y especie.

Los registros de la propiedad intelectual

Éstos están sujetos a diversos factores antes de ser otorgados; esto es, deben pasar diversos filtros, entre ellos la no existencia de algo parecido, similar o igual en cuanto a nomenclatura, diseño y características propias del invento o de la creación; por ejemplo, en primer término, debemos verificar que no exista algo igual o parecido a lo que pretendemos registrar como nuestro, bajo la figura jurídica que corresponda, y una vez hecho esto, debemos por igual atender las consideraciones que las respectivas regulaciones nos indican para el registro de cada derecho al que aspiremos como usuarios de este servicio público.¹³

Pero, una vez registrada nuestra propiedad intelectual, ¿a qué nos hacemos acreedores? ¿Qué sucede después de registrar nuestra propiedad?

Bien, somos titulares del derecho que nos confiere el registro de la misma ante la autoridad competente para ello, y nuestro título de registro (de derecho de autor, obtentor o patente, registro de marca, que es el equivalente a la factura de un bien mueble o a la escritura de uno inmueble) nos da la prerrogativa y el derecho de que nuestra propiedad intelectual sea oponible ante terceros. ¿Qué significa esto? Que podemos, primeramente, explotar el derecho de comercializar nuestra propiedad como mejor nos sea posible. Podemos rentarla a uno o varios terceros (a esto se llama “licenciamiento”) en forma gratuita o con un costo (salvo derechos de autor, que debe ser forzosamente temporal y onerosa), en forma exclusiva o no exclusiva, mediante el pago de regalías.¹⁴

¹² Artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor, 01/07/2020.

¹³ Fernández Ruiz, Jorge, *Diccionario de derecho administrativo*, México, Porrúa-UNAM, 2014, p. 261.

¹⁴ Artículo 90, frac. V, párrafo segundo, de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, México, Cámara de Diputados del H Congreso de la Unión, 9 de junio de 2020.

De igual forma, podemos exigir a quien use la propiedad sin nuestro consentimiento, el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados a nuestro patrimonio por el no pago de las regalías, que son el derecho que nos asiste para permitir la explotación comercial o el uso de nuestra propiedad (equivalente a un arrendamiento de mueble o inmueble) o evitar que el producto de nuestro intelecto debidamente registrado sea usado por alguien más sin nuestro consentimiento, sea alterado, o incluso que al trabajar con productos apócrifos que no cuentan con el control de calidad puedan desencadenar un problema para el dueño de los registros, ya que es éste quien ha pagado los mismos y su renovación y mantenimiento, cuando así se requiere ha pagado impuestos, gastos fijos, campañas publicitarias y mejora continua en sus productos y cuidado de su marca, cuidando, por consiguiente, que no exista publicidad engañosa.

Cuando nuestros derechos se han conculcado, podemos demandar en la vía civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios. Podemos pedir ante la Fiscalía General de Justicia, por medio de una denuncia, que aquellas mercancías que ostentan sellos iguales a nuestra marca sean detenidas por el delito de falsificación, o podemos optar por resolver en forma más ágil la resolución del conflicto haciendo uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC).

III. LA REFORMA ESTRUCTURAL (T-MEC)

La entrada en vigor del nuevo Tratado comercial entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá¹⁵ (T-MEC) ha suscitado una serie de transformaciones jurídicas en torrente, relacionadas con el esquema de la propiedad intelectual y el uso de la resolución de conflictos para México y sus socios comerciales. Existe la reforma estructural en la que se crea la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial¹⁶ y se abroga la Ley de la Propiedad Industrial, modificando el marco normativo de la materia por completo, en la que se elaboraron adiciones importantes, ya que actualmente contiene 410 artículos en 7 títulos y 18 artículos transitorios. Se adiciona el capítulo IV para la resolución de conflictos, considerándose para ello la figura jurídica de la conciliación; esta transformación coincide con otras disposiciones de nuestro marco jurídico nacional asociado al ensamble

¹⁵ *Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*, México, Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión, 29 de junio de 2020.

¹⁶ Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, 1o. de julio de 2020.

jurídico internacional con el concepto de uso de plataformas digitales, de acuerdo con la realidad que nos está tocando vivir y ser parte de la respuesta a la reclusión obligada por la pandemia de este siglo.

IV. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MARCO NACIONAL

Cuando sobreviene a un registro una infracción, el titular de los derechos tiene la prerrogativa de enderezar sus acciones en contra de quien es considerado responsable; la defensa se lleva a cabo en ejercicio del procedimiento de declaración administrativa de infracción, y una vez instaurado es procedente que el Instituto intente conciliar los intereses de las partes.¹⁷ Es aquí donde inicia la aplicación de los MASC.

Por medio de esta acción, se solicita que se declare la infracción administrativa y se sancione con multa a quien ha infringido lo dispuesto en el artículo 386 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial.

Dicho artículo describe las conductas que la Ley considera violatorias de los derechos del titular de la patente o registro, así como aquellos relacionados con competencia desleal o uso sin autorización de una denominación de origen protegida, entre otros supuestos (33 los señalados por la ley de la materia). Como son diversos los supuestos, en esta ocasión analizaremos sólo uno de ellos.

Lo establecido en el numeral 386 del citado ordenamiento determina que “Son infracciones administrativas: V: Fabricar o elaborar productos amparados por una patente o por un registro de modelo de utilidad o diseño industrial, sin consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva”.

El procedimiento de infracción administrativa conlleva, de acuerdo con lo establecido en el título sexto de los procedimientos administrativos en sus arábigos 344, fracciones II a), IV, VI, y 345, fracciones I c) y d) y II, que el Instituto podrá optar por establecer medidas de seguridad, tales como “ordenar se retiren de circulación los objetos fabricados o usados ilegalmente, el aseguramiento de bienes, ordenar la suspensión de la libre circulación de mercancías destinadas a la importación y exportación”, y para determinar la práctica de estas medidas, el Instituto

...tomará en consideración la gravedad de la infracción y la naturaleza de la medida solicitada, para lo cual requerirá al solicitante que acredite ser el ti-

¹⁷ Artículo 372 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, Legislación de Derechos de Autor, México, SISTA Ediciones confiables, 2021.

tular del derecho y cualquiera de los siguientes supuestos; c) La existencia de la posibilidad de sufrir una afectación irreparable, d) La existencia de temor fundado de que las pruebas se destruyan, oculten, pierdan o alteren.

Y que quien acredite ser el titular del derecho deberá “otorgar fianza o billete de depósito suficiente para responder por la afectación que se pudiera causar a la persona en contra de quien se haya solicitado la medida”, de tal forma que las partes están aseguradas.

Esto se inicia mediante la presentación ante el IMPI de todo el procedimiento,¹⁸ que las partes pueden resolver de diversa manera entretanto no recaiga una resolución al particular, y puede ser usando la conciliación.¹⁹

La conciliación es un mecanismo alternativo de resolución de controversias que tiene sus bases en el artículo 17 constitucional y en el T-MEC, puesto que de este deriva la creación de la nueva legislación, que es la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, anteriormente llamada Ley de Propiedad Industrial, mediante decreto del 1o. de julio de 2020, que el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos expide para crear la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial,²⁰ suprimiendo la Ley de Propiedad Industrial.

La conciliación es considerada un procedimiento ágil por sus tiempos cortos, ya que no suspende el proceso inicial,²¹ que es el *de solicitud de declaración administrativa de infracción*, y debe ser presentada ante el IMPI, aunque cabe la posibilidad de que la declaratoria sea emitida de oficio por el Instituto o a petición de la Fiscalía General de la República (FGR) cuando tenga algún interés la federación; debemos puntualizar que es el primer mecanismo de este tipo, debidamente estructurado, ya que hasta antes de la revocación de la Ley de Propiedad Industrial debe destacarse que no se encontraba establecido un procedimiento como tal en forma directa.

1. *La conciliación*

Éta es considerada la primera figura jurídica en su tipo, en razón de la multitudinaria creación del nuevo marco regulatorio local de propiedad indus-

¹⁸ Artículo 329, *ibidem*.

¹⁹ Artículo 373, *ibidem*.

²⁰ Artículo único. *Decreto de expedición de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y se abroga la Ley de la Propiedad Industrial*. Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1o. de julio de 2020.

²¹ Artículo 384, *cit*.

trial, para la cual se ha establecido un espacio *ad hoc* en ésta. Se confecciona el capítulo IV, en el que se establecen las bases y condiciones para identificar el procedimiento y la observancia prístina de que la autoridad tratará de conciliar a los involucrados.

En el citado capítulo encontramos en el ordinal 372 la clara tendencia del uso de los MASC, ya que establece que “En los procedimientos de declaración administrativa de infracción, el Instituto buscará en todo momento conciliar los intereses de los involucrados, conforme a las reglas establecidas en el presente Capítulo”, lo que nos permite discernir en cuanto al particular el direccionamiento del legislador para llevar a la práctica en forma definida la aplicación de dicho mecanismo de solución de controversias.

De igual forma, el citado capítulo nos indica cómo inicia el procedimiento de la conciliación, cómo deben desahogarse las reuniones, las propuestas y contrapropuestas de las partes contendientes, los términos para el desahogo del procedimiento, hasta el término de la misma cuando se establece un convenio de terminación del procedimiento y los efectos que éste tiene, como carácter de cosa juzgada y que trae aparejada una ejecución.²²

Ahora bien, debemos tomar en consideración que éste es un procedimiento local que se desahoga ante el propio IMPI. Debemos recordar que nuestro país ha suscrito diversos acuerdos y tratados internacionales de cooperación y apoyo para resolver conflictos de manera amistosa, para integrarse al concierto de las naciones.

2. El IMPI, la OMPI y los MASC

Existe un “acuerdo” entre el IMPI y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), institución de corte internacional que es la encargada de administrar los diversos tratados internacionales referentes a la materia, entre las distintas entidades a nivel mundial, para efecto de una homologación de criterios y mayor celeridad en los procesos de búsquedas tecnológicas; así como de anterioridades, registro y defensa de la propiedad intelectual, denominaciones de origen e indicaciones geográficas y transferencia de tecnología, es el foro mundial en lo que atañe a servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual

²² Artículo 385 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, 1o. de julio de 2020.

(PI). Es un organismo de las Naciones Unidas, autofinanciado que cuenta con 193 Estados parte, del que nuestro país es miembro.

La OMPI (World Intellectual Property Organization, en sus siglas en inglés WIPO) cuenta con un Centro de Arbitraje y Mediación, con oficinas en Ginebra, Suiza, y en Singapur; dicho centro ofrece mecanismos MASC/ADR (por sus siglas en inglés Alternative Dispute Resolutions), como la mediación y el arbitraje, para permitir a los particulares, resolver eficientemente sus controversias comerciales domésticas o internacionales. Esta sede es internacional, y se especializa en litigios de propiedad intelectual y tecnología, y se encuentra a disposición de todo aquel que requiera resolver sus conflictos en esta materia.

Aquí nos vamos a permitir ponderar un documento que nos sirve de enlace para este tipo de sustento: el Memorándum de entendimiento entre al IMPI y la OMPI, que contiene las reglas de la prestación de servicios relativos a los métodos alternativos de solución de controversias para las partes involucradas en casos sometidos ante el IMPI, suscrito por Miguel Ángel Margáin, director general del IMPI (México), Francis Gurry, director general de la OMPI (Ginebra, Suiza) en Ginebra, el 24 de septiembre de 2014, en el que se pone de manifiesto que

El Centro de la OMPI proporciona servicios internacionales para la resolución de controversias relacionadas con PI, en particular mediante la administración de casos bajo el Reglamento de Mediación de la OMPI, el Reglamento de Arbitraje de la OMPI, el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI y el Reglamento de Decisión de Experto de la OMPI, así como la administración de procedimientos para la resolución de controversias de Internet en materia de nombres de dominio.²³

Lo que establece que a nivel internacional se pueden ponderar diversos ejercicios de resolución amigable de disputas.

Los signantes reconocen la virtual utilidad de los métodos MASC/ADR como el conducto para la resolución de controversias en materia de PI, considerando la neutralidad, flexibilidad y experiencia que ofrecen los métodos MASC/ADR, que dan oportunidad a las partes de ajustar sus necesidades en este tipo de controversias. La colaboración descrita en dicho Memorán-

²³ Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/100553/17_-_2014-11-24_Mou_IMPI-OMPI_Dispute_Resolution_Espan_ol.pdf. Memorándum de entendimiento entre la IMPI y la OMPI que contiene las reglas de la prestación de servicios relativos a los métodos alternativos de solución de controversias para las partes involucradas en casos sometidos ante el IMPI, considerando C. Resolución de Disputas, 20 de noviembre de 2021.

dum de Entendimiento (MDE) tiene como objetivo aplicar estos beneficios en el contexto de los procedimientos ante el IMPI, sin perjuicio de la existencia de otras opciones legales disponibles para las partes.²⁴

Ambas instituciones, al suscribir el memorándum de comento, participan para apoyar el desarrollo de los procedimientos de MASC que se sometan ante el IMPI, a solicitud de éste, por lo que dicha colaboración puede incluir lo siguiente:

- Desarrollo de procedimientos MASC de conformidad con la experiencia de ambas instituciones.
- Promover los procedimientos MASC a posibles usuarios de los procedimientos del IMPI, en particular y de forma conjunta, mediante la provisión de información y organización de seminarios para los usuarios.
- La utilización de los servicios de administración de casos de la OMPI, incluyendo documentos tipo y asistencia logística y técnica, como punto de referencia.
- Identificación y formación especializada de árbitros y mediadores especializados radicados en México, para su nombramiento en los procedimientos MASC, administrados por el Centro de la OMPI.

Esto conlleva la finalidad de dar expeditéz y certeza jurídica y operativa a los usuarios de los negocios efectuados ante el IMPI, en virtud de que no sólo sus servicios son usados por clientes locales, sino que existen diversas firmas internacionales que continuamente están trabajando en ejercicios de protección de PI en nuestro país, y esto es acorde a compartir las mejores prácticas, en uso de las atribuciones conferidas a cada entidad para solventar conjuntamente la difusión y aplicación de los procedimientos MASC/ADR, en uso de reglas estandarizadas en beneficio de los usuarios, para zanjar los conflictos que se presentan.

3. *¿Qué es la mediación?*

La mediación es un procedimiento consensual no vinculante en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar la controversia de conformidad con sus respectivos intereses. El mediador no puede

²⁴ *Idem.*

imponer una decisión. El acuerdo de las partes tiene el efecto de un contrato.²⁵ En la regulación nacional se señala 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 esta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes.²⁶

De lo que se colige la buena voluntad entre las partes para solucionar el conflicto con la intervención del personaje denominado “facilitador”, y como experto ayuda a las partes a solucionar su controversia de manera mutuamente satisfactoria.

Ventajas de la mediación

La solución de conflictos en forma amigable está establecida en diversas disciplinas jurídicas, y la PI no podía faltar, ya que ofrece diversas ventajas para los usuarios de estos derechos, tales como

- Autonomía de las partes, ya que es decisión de los interesados sin necesidad de que exista una obligatoriedad para que intenten resolver su conflicto en forma amistosa. Es una herramienta ágil, y su manejo es directo entre los contendientes, de quienes depende el ejercicio del procedimiento.
- Neutralidad como condición *sine qua non*, ya que el facilitador que asiste a los intervinientes no tiene ningún interés en favorecer a las partes.
- Tiempo y costo, es expedita y reduce los excesivos montos pecuniarios que tradicionalmente un litigio representaba.
- Soluciones creativas, con las que las partes interesadas pueden resolver el asunto *a priori* y usar la experiencia de dicho acuerdo para planear conjuntamente mejores expectativas en su relación comercial.

²⁵ Disponible en: <https://www.wipo.int/amc/es/mediation/what-mediation.html>, 20 de noviembre de 2021.

²⁶ Artículo 21 de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, 20 /05/2021.

- Se cuenta con un mediador especializado, debidamente reconocido a nivel internacional, que dará certeza de la acción emprendida.
- Confidencialidad como elemento esencial, para que lo establecido en el procedimiento solamente sea conocido por los directamente interesados.
- Preserva las relaciones comerciales, ya que al solucionar el conflicto en forma creativa, ágil y sencilla, regularmente las partes se dan la oportunidad de conocerse mejor, de tener un acercamiento menos estructurado y más humano, lo que les permite conservar dicha relación y fortalecerla.

V. LA MEDIACIÓN IMPI-OMPI

Habiendo quedado establecido el enlace oficial entre estas autoridades, con el Memorándum de entendimiento se puede acceder a resolver los conflictos bajo las siguientes consideraciones, en dos supuestos: a) si existe un acuerdo de mediación entre las partes, a través de una cláusula de mediación,²⁷ en el que éstas deberán completar y firmar la solicitud de mediación OMPI y enviar la solicitud al Centro de la OMPI por correo electrónico,²⁸ y b) si no existe un acuerdo de mediación entre las partes, la parte que desee proponer someter una controversia a mediación OMPI (se tendrá como solicitud unilateral de mediación) deberá completar y firmar la solicitud de mediación OMPI, enviar la solicitud al centro de la OMPI por correo electrónico,²⁹ con copia a la otra parte.

Una vez recibida la solicitud, el Centro de la OMPI podrá proporcionar información relativa al procedimiento de mediación OMPI a la otra parte. Si la otra parte estuviera interesada en participar en este procedimiento por conducto de la OMPI, deberá de igual forma entrar en contexto y hacer llegar su anuencia por escrito a la OMPI para iniciar formalmente el procedimiento. En seguida, las partes podrán nombrar conjuntamente al mediador o solicitar al Centro de la OMPI que identifique candidatos (de México o de otros países) que cuenten con las aptitudes requeridas para el caso.

²⁷ Gorjón Gómez, F. J. y Sánchez García, A., *Vademécum de mediación y arbitraje*, 2a. ed., actualizada y aumentada con más de 50 voces nuevas, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 85.

²⁸ Disponible en: <https://www.wipo.int/amc/es/mediation/filing/index.html>, *Guía para el inicio de una mediación OMPI*, 15 de noviembre de 2021.

²⁹ Correo electrónico: arbiter.mail@wipo.int.

La mediación, bajo los auspicios de la OMPI, puede llevarse a cabo en el lugar en que las partes acuerden, y el IMPI puede proporcionar asistencia logística a las partes; por ejemplo, facilitar salas de reuniones, con la tecnología de vanguardia para celebrar éstas; puede transitar de una mediación con un arbitraje o arbitraje acelerado o un proceso de decisión de experto, de acuerdo con la elección de las partes en ausencia de una solución en los procedimientos, cuyos cánones quedan establecidos en los reglamentos de la OMPI.³⁰

VI. CONCLUSIONES

A modo de colofón nos hemos de permitir señalar la existencia de procedimientos amigables de resolución de conflictos en México, y que ponderamos como sigue:

1. En el área de invenciones y marcas queda establecida en forma puntual la conciliación en un proceso local/IMPI por una solicitud de declaración administrativa de infracción.
2. Mediación, arbitraje, arbitraje acelerado, proceso de decisión de un experto ante la OMPI en virtud del acuerdo existente entre ambas instituciones (IMPI-OMPI), conocido como memorándum de entendimiento.
3. De conformidad con el marco normativo nacional, existen diversos mecanismos alternativos para desahogar asuntos de la disciplina de PI; por ejemplo, en derechos de autor se cuenta con lo estipulado por la Ley Federal del Derecho de Autor en sus capítulos II y III del título X, de los procedimientos de avenencia y arbitraje, a desarrollarse ante el Indautor. Cabe destacar que el Centro de la OMPI colabora con el Indautor en la promoción de los métodos ADR/MASC para controversias en materia de derechos de autor en México, a través de los comités permanentes de derechos de autor, a nivel internacional.³¹
4. De igual forma, la Ley Federal de Variedades Vegetales establece las figuras jurídicas de amigable composición y el arbitraje, en las que

³⁰ Disponible en: <https://www.wipo.int/amc/es/>. *Solución extrajudicial de controversias WIPO/ADR*. 5 de diciembre de 2021.

³¹ Disponible en: <https://www.indautor.gob.mx/notiautor/noticia-8.php>. 20 de noviembre de 2021.

interactúa la Sagarpa, con fundamento en los ordinales 3, fracciones VI y VII, 46 y 47, así como lo preceptuado en el capítulo XII del Reglamento de dicha norma y lo considerado en sus arábigos 82 y 83, y nuestro país desde 1997 pertenece a la Unión Internacional de Protección de los Obtentores Vegetales (UPOV), cuya misión es proporcionar y fomentar un sistema eficaz para la protección de variedades vegetales,³² con una visión de futuro para desarrollar nuevas variedades vegetales en beneficio de la sociedad.

La propiedad intelectual y los mecanismos alternativos de solución de controversias son disciplinas complementarias; nos presentan matices muy complejos de talla internacional, brindándonos la gran oportunidad de entender y conocer que son campos de la ciencia jurídica poco explorados para muchos y muy rentables para pocos, por lo que la reflexión está solamente en incursionar en ellos para formar parte de un área del conocimiento de vanguardia que son emergentes para algunas universidades y sociedades, y que son parte de una agenda pendiente y son rentables tanto para los operadores del derecho como para asesores corporativos y el sector empresarial.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Editorial Oxford, 2020.
- BOGSCH, Arpad, *Glosario de propiedad industrial*, tercera parte, Ginebra, WIPO Publication, 1995.
- CSIKSZENTMIHALY, Mihaly, *Creatividad, el fluir y la psicología del descubrimiento y la invención*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós transiciones, 2015.
- Decreto de expedición de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y se abroga la Ley de la Propiedad Industrial. Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. 1o. de julio de 2020.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Diccionario de derecho administrativo*, México, Porrúa-UNAM, 2014.

³² Disponible en: <https://www.gob.mx/snics/articulos/mexico-y-el-convenio-de-la-upov>, 3 de diciembre de 2021.

GORJÓN GÓMEZ, F.J. y SÁNCHEZ GARCÍA A., *Vademécum de mediación y arbitraje*, 2a. ed., actualizada y aumentada con más de 50 voces nuevas, México, Tirant lo Blanch, 2021.

GURRY, Francis, *World Intellectual Property Report, the Changing Face of Inovation*, Ginebra, World Inttelectualy Property Organization, 2011.

Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá. Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión. México, 29 de junio de 2020.

CONFLICTOS INTERNACIONALES EN MATERIA AMBIENTAL Y LOS MEDIOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN

Fernando CARDOZO REI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los conflictos ambientales internacionales*.
III. *La responsabilidad del Estado*. IV. *La solución de diferendos internacio-
nales*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho ambiental internacional trasciende cada vez más las reglas clásicas del derecho internacional, desarrollándose en contextos multilaterales y multiniveles de alcance global. Los acuerdos ambientales multilaterales celebrados en las últimas cuatro décadas son exponentes claros de cariz universalista, con propósito de hacer frente a los complejos e interrelacionados problemas de la agenda ambiental global, como el cambio climático, la destrucción de la capa de ozono y la pérdida de la diversidad biológica, trascendiendo todos ellos de los límites de la soberanía de los Estados.

Estos acuerdos ambientales y los regímenes jurídicos derivados están constituidos a manera de adaptarse a la evolución del conocimiento científico, siendo reorientados para alcanzar una mayor eficiencia y eficacia en sus propósitos, hecho que requiere flexibilidad y celeridad en la adaptación del contenido de las obligaciones convencionales, sobre todo la existencia de medios alternos de resolución de conflictos que por ventura pongan en riesgo el cumplimiento de dichas obligaciones convencionales.

En un contexto calificado como de “crisis de la capacidad innovadora del derecho internacional”, más que un sistema unitario y poco dinámico al

* Profesor asociado del Programa de Doctorado en Derecho Ambiental Internacional de la Universidad Católica de Santos. Profesor titular de derecho ambiental de la Fundación Armando Álvares Penteado-FAAP.

enfrentar sus dilemas y conflictos, cada vez más es necesario que se incluyan en el ordenamiento internacional unas opciones reguladoras flexibles, que sean capaces de adaptarse con mayor rapidez y facilidad a los cambios que suceden y al enfrentamiento de cuestiones complejas. Menos mal que el derecho ambiental internacional supo caminar por esas nuevas guías.¹

En este contexto de avanzar hacia nuevos procedimientos, los conflictos internacionales en materia ambiental sometidos a los medios alternos de resolución tienden así a desplazar su centro de gravedad desde el plano de la coercibilidad con responsabilidad al terreno de la composición con efectividad. En este punto estriba el interés de este capítulo.

II. LOS CONFLICTOS AMBIENTALES INTERNACIONALES

El medio ambiente es materia de discusión global en gran parte de las áreas académicas hace poco más de medio siglo, por lo cual el derecho no pudo y no debe ser ajeno a este florecimiento científico. Aunque las relaciones entre los Estados sigan con protagonismo en las bases organizacionales de la sociedad global, problemas económicos, sociales, sanitarios y ambientales traspasan diariamente las fronteras entre los países y afectan en gran medida a la población civil, que cada vez más demanda su participación (in)directa en la gobernanza de dichas relaciones.

Es que la nueva realidad de las cuestiones ambientales globales, cada vez más complejas, no conoce fronteras, y tampoco enfrentamientos aislados. Los principales problemas ambientales en nuestro planeta afectan a todos los Estados sin distinción, y por eso reclaman soluciones innovadoras. Y esos problemas, que por su turno generan conflictos ambientales, se caracterizan por poseer una naturaleza en constante cambio y evolución, no restringiendo el concepto de lo que se entienda por ambiente a un espacio físico y natural limitado donde se desarrolla la vida del hombre, por cuanto que en ocasiones se extiende mucho más allá de dichos espacios físicos.²

De una manera muy resumida es posible decir que, para efectos de este capítulo, los conflictos ambientales internacionales surgen como contraposición entre quienes no cumplen sus obligaciones internacionales en regí-

¹ Rei, F., “La acción de los nuevos actores internacionales y la pandemia del Covid-19, reflejos en el derecho ambiental internacional”, *Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras*, Juiz de Fora, vol. 2, núm. 2, 2020, p. 6.

² Mondéjar Pedreño, Remedios, *Los conflictos ambientales y su tratamiento a través de la mediación*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 57.

menes ambientales, causando (o no) daños transfronterizos o planetarios, y quienes sufren sus efectos o perciben los riesgos que ello significa en la protección del medio ambiente.

Así que, en este ámbito, los nuevos caminos para solucionar conflictos ambientales internacionales presuponen la construcción de una cultura de diálogo, de cooperación y tolerancia dentro de la sociedad internacional. Para ello hace falta entender que no se trata simplemente de erradicar el conflicto o de responsabilizar a las partes, sino que es preciso construir un espacio de resolución en el cual los conflictos puedan manifestarse y desarrollarse, sin que la oposición a uno conduzca a la condenación del otro, es la forma que tanto la gobernanza como la participación conjunta se inscriben con su verdadero sentido axiológico.

En este contexto, la creación de herramientas, así como entidades enfocadas a la elaboración de directrices y mecanismos de consulta, mediación y acercamiento es cada vez más pretendida para dirimir controversias y reparar los daños causados por las distintas discrepancias que surgen en el mundo, en particular los conflictos ambientales.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Es una regla básica del derecho internacional, que un hecho ilícito internacional, constituido por un elemento objetivo (la violación de una obligación internacional) y un elemento subjetivo (atribución de esta violación), genera la responsabilidad del Estado, y como corolario la obligación de reparar el daño.³

Desde la famosa decisión de la Fundición Trail,⁴ el derecho internacional entiende que es el Estado el responsable final por la contaminación ambiental transfronteriza generada en su territorio. La regla fundamental en la materia es que el Estado asume responsabilidad por conductas de sus órganos, sean municipales, provinciales o nacionales, públicos o privados. Al final, el Estado es el operador del parque productivo, de toda infraestructura de servicios y de toda la administración de la cosa pública, y es igualmente responsable cuando otorga permisos, licencias y autorizaciones, así como por el control de instalaciones industriales y productivas.

³ Comisión de Derecho Internacional, título y texto del *Proyecto sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos Aprobados por el Comité de Redacción en Segunda Lectura*, artículo 31, Documento de la Organización de las Naciones Unidas, disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf.

⁴ Trail Smelter Arbitration (U.S. v. Can.) 3 R.I.A.A. 1905, 1913 (U.S.-CA Arbitral Tribunal 1938/41), disponible en: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf.

La consecuencia fundamental de la responsabilidad internacional del Estado es la obligación de reparar el daño producido. En efecto, la violación de una norma internacional por parte del Estado o el incumplimiento de una obligación jurídica a su cargo asumida en el marco normativo internacional originan responsabilidad internacional y obligan a remontar la situación al estado anterior al hecho que produjo el daño, es decir, buscando volver al *statu quo ante* del bien ambiental negativamente impactado.

Las reparaciones incluyen todos los medios a través de los cuales el Estado puede reparar la responsabilidad internacional en la cual ha incurrido. Esta obligación de reparar puede consistir en primer lugar en la satisfacción o la restitución, y si es inviable, la indemnización o resarcimiento. Asimismo, el establecimiento de una indemnización no excluye la configuración de otras modalidades de reparación, pudiéndose dar la concurrencia de ellas, siendo cierto además que no siempre la indemnización es lo más apropiado para las víctimas de los daños ambientales.

No exclusivamente accionados por los daños que puedan causar a otros territorios, los Estados se ven envueltos en indisolubles conflictos de carácter internacional en su constante lucha por el aprovechamiento de los recursos naturales, exigiendo, de parte del derecho internacional, la proposición de medidas que den respuesta a ellos y prevengan el estallido de ulteriores confrontaciones. Esta situación da origen al estudio de los medios de solución de controversias en el derecho internacional, en especial en su nueva área: el derecho ambiental internacional.

IV. LA SOLUCIÓN DE DIFERENDOS INTERNACIONALES

Uno de los temas importantes en el derecho internacional público es el de la solución de los diferendos internacionales. Desde siempre, los Estados han buscado dar una respuesta concreta a sus conflictos internacionales por diversos medios, que van desde la confrontación armada, abrazada por el derecho de la guerra,⁵ hasta los acercamientos diplomáticos y los buenos oficios

⁵ El derecho de guerra es la parte del derecho internacional que trata de las relaciones entre los Estados que se encuentran en estado formal de guerra o llevando a cabo hostilidades reales en una guerra no declarada; constituye un vasto cuerpo de normas consuetudinarias y establecidas en los tratados. El derecho de guerra, en su forma actual es, principalmente, un resultado de los hechos y experiencias del siglo XIX. Entre el siglo XIX y la primera mitad del XX ese derecho ha seguido un proceso de codificación parcial por medio de diversos instrumentos, en especial las Convenciones de Ginebra y de La Haya.

de un tercer Estado, de una personalidad exenta o de una organización internacional, sin abandonar los medios clásicos de solución de controversias.

Los mecanismos clásicos de solución de controversias en derecho internacional pueden ser divididos, de forma general, en dos grandes grupos: los medios diplomáticos, en los cuales las partes resuelven amistosamente sus diferencias, y los judiciales o legales, en los que las partes someten el diferendo a una corte⁶ o tribunal internacional.

El propósito de establecer un sistema pacífico de solución de controversias en el derecho internacional fue consagrado por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas, la cual destinó el capítulo VI al “Arreglo pacífico de controversias”. Al respecto, en su artículo 33, la Carta consagró que las partes que se vean inmersas en una controversia que sea susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales pueden acudir a cualquiera de los métodos pacíficos que el artículo menciona, entre los cuales está “la negociación, la investigación, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales”.

La solución en materia ambiental

En la evolución de las agendas ambientales, pero aún bajo una visión clásica del derecho internacional, centenas de convenciones ambientales internacionales de alguna manera u otra, mediata o inmediatamente, terminarán por indicar a un tribunal internacional de justicia como destino para la resolución de las controversias que se susciten entre los Estados, en el contexto del convenio en particular.

Con todo, según la opinión más difundida entre la doctrina especializada,⁷ y que encuentra eco en la jurisprudencia de la Corte Internacional de

⁶ Ejemplo: en noviembre de 1994, un grupo de veintiocho juristas y expertos en protección ambiental de veintidós países se reunieron en la CDMX y crearon la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental (CIACA). La Corte, en cuanto a sistema de resolución de controversias y técnica procesal, responde al concepto de arbitraje institucionalizado, significando que ante un conflicto de carácter internacional éste puede ser sometido voluntariamente a esta Corte, la cual posee una lista de árbitros y conciliadores, quienes están llamados a decidir en el caso concreto planteado. Esta Corte posibilita dirimir las controversias internacionales que puedan suscitarse por la violación de convenios internacionales ambientales como, asimismo, normas ambientales de carácter supranacional. Su jurisdicción es voluntaria, y la competencia está dada por la materia ambiental a escala mundial.

⁷ Wolfrum, R., “Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law”, *RCADI* 1998, t. 272, pp. 9-154. Para Cardesa Salzmänn, la doctrina que ha estudiado el control internacional de los acuerdos ambientales multilaterales describe

Justicia,⁸ los medios clásicos parecen estar un tanto desprestigiados, y no muestran ser suficientes para asegurar la aplicación y el cumplimiento de normas jurídicas internacionales que tienen por objeto la protección de intereses ambientales comunes de la sociedad internacional.

Y corroborando este entendimiento, en la misma dirección hay que destacar el principio 26 de la Declaración de Río de Janeiro,⁹ que determina que los “Estados deberán resolver pacíficamente todas sus controversias sobre el medio ambiente por medios que corresponda con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas”.

Pese al reconocimiento de la doctrina especializada y del entendimiento de algunos jueces de la Corte Internacional de Justicia sobre la necesidad de hacer uso de los medios pacíficos de solución de diferencias dispuestos por el derecho internacional, algunos problemas han surgido como obstáculo a la utilización de los mismos, especialmente con relación al tiempo de apreciación y a los recursos ante organismos de carácter judicial.¹⁰

Modernamente, el derecho internacional contemporáneo, influenciado por la dinámica del derecho ambiental internacional, ha sufrido cambios importantes en el sentido de acercarse a herramientas de gestión del conflicto y de su enfrentamiento, apartándose siempre que sea posible de la poca eficaz discusión sobre la responsabilidad internacional. En este proceso, las obligaciones de intercambio y obligación de transmitir información; de monitoreo por las instituciones; la adecuación de compromisos por cumplir, todas ellas oriundas de modelos de gobernanza cada vez más presentes en los acuerdos ambientales multilaterales (MEA en inglés), evitan espacios de confrontación entre los Estados, y permiten que espacios de entendimiento sean construidos y/o institucionalizados para la solución de diferendos que puedan surgir.

Así, surgen en el derecho ambiental internacional, procedimientos de cumplimiento, al lado de los mecanismos tradicionales de solución de dife-

los mecanismos convencionales de aplicación de estos tratados como una adaptación de mecanismos existentes en otros ámbitos de regulación internacional a las características propias de la protección ambiental, que ofrecen una alternativa más eficaz a los mecanismos tradicionales de aplicación del derecho internacional. *El control internacional de la aplicación de los acuerdos ambientales universales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 15.

⁸ La opinión disidente conjunta de los jueces Al-Kasawneh y Simma, en *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve*, Uruguay (Argentine c. Uruguay) (sentencia del 20 de abril de 2010), pp. 7 y 8, disponible en: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/135>.

⁹ ONU, *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 1992, disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

¹⁰ Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 84.

rencias. De hecho, desde comienzos de la década de 1990, inspirados por la idea de que sería posible avanzar hacia un siglo XXI con relaciones más armónicas entre los Estados, espíritu de la Río92,¹¹ un importante número de tratados han establecido la constitución de órganos subsidiarios para abordar la ejecución de las obligaciones y resolver las eventuales disputas por el desconocimiento de las disposiciones acordadas. En los dos últimos lustros del siglo pasado cientos de tratados, más de la mitad de todos los MEA, contienen algunas disposiciones sobre solución de controversias.¹²

En este sentido el derecho ambiental internacional consagra los mecanismos de la conciliación y la mediación como herramientas a las que pueden acudir las partes de un diferendo o de una controversia, de manera facultativa y no obligatoria, cuando no hayan podido solucionarla por medio de la negociación directa o bajo el soporte de la conferencia de las partes o de órganos subsidiarios. Entre ellos se encuentran las disposiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica (artículo 27.1), la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono (artículo 11.1) y la Convención Marco de Cambio Climático (artículo 14.1).

Así que es posible afirmar que una de las más significativas contribuciones del derecho ambiental internacional ha sido el establecimiento de procedimientos de cumplimiento en varios tratados ambientales multilaterales, como ya hemos señalado, al lado y sin olvidar los mecanismos tradicionales de solución de controversias.

Quizá el mejor ejemplo de ello fue la adopción del Protocolo de Montreal de 1987, el cual estableció, en la Segunda Reunión de las Partes, la constitución de un Comité de Implementación encargado¹³ de revisar casos

¹¹ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también llamada Cumbre de la Tierra, tuvo lugar en Río de Janeiro en 1992, veinte años después de la histórica Conferencia de la ONU sobre el Medio Humano realizada en Estocolmo.

¹² Romano, Cesare P. R., "International Dispute Settlement", *Oxford Handbook of International Environmental Law*, LA Legal Studies Paper núm. 2007-14, 2007.

¹³ El Comité se encarga de recibir, evaluar y reportar cualquier comunicación de las partes respecto al incumplimiento del Protocolo de Montreal, con el fin de recibir, evaluar y reportar toda información u observación remitida por la Secretaría relacionada con la elaboración de informes sobre la producción y el consumo de sustancias agotadoras de la capa de ozono y sobre cualquier otra información recibida y emitida por la Secretaría concerniente al cumplimiento de las disposiciones del Protocolo. Cuando lo considere necesario, el Comité puede solicitar, por medio de la Secretaría, información adicional sobre asuntos bajo su consideración. De igual forma, puede realizar, por invitación de la parte interesada, la recolección de información en el territorio de esa parte, a fin de cumplir sus funciones. El Comité también debe mantener, en particular para la elaboración de sus recomendaciones, un sistema de intercambio de información con el Comité Ejecutivo del Fondo Multilateral respecto al

específicos de incumplimiento del Protocolo, analizar problemas generales de no ejecución de las obligaciones, o hacer recomendaciones a los órganos de la Convención y emitir reportes públicos.

De esta manera, al evaluar las comunicaciones, la información y las observaciones que recibe, el Comité de Implementación se rige por el deseo de garantizar una solución amistosa a cualquier asunto de incumplimiento sobre la base del respeto de las disposiciones del Protocolo de Montreal. El Comité está compuesto por diez partes elegidas por la Reunión de las Partes para un periodo de dos años, cuyo nombramiento se realiza bajo el criterio de distribución geográfica equitativa. El método, que ha funcionado bastante bien, acabó por ser respaldado por otros tratados de carácter ambiental en las décadas posteriores.

Una razón que puede explicar ese proceso exitoso de los procedimientos de cumplimiento ha sido la necesidad de tratar y gestionar los eventos en los cuales las partes, quizá por “desconocimiento” de sus obligaciones a la luz de diversas normativas de derecho ambiental internacional, estarían sometidas al régimen de responsabilidad previsto por el derecho internacional y su aplicación, ante la ocurrencia de daños ambientales podría ser accionado, ante los cuales los métodos tradicionales de solución de controversias se manifiestan inapropiados.

Este trabajo de seguimiento, implementación y disposiciones sobre el cumplimiento de acuerdos ambientales internacionales puede tener dos objetivos: por un lado, provee un estímulo positivo para la ejecución por parte de las partes, de sus obligaciones bajo las convenciones, y del otro, proporciona un sistema más blando y efectivo ante el desconocimiento por parte de un Estado miembro, con la posibilidad de realizar análisis menos rígidos y menos desgastantes, por medio de la aplicación de medidas que buscan como primer objetivo el completo acatamiento de la parte infractora, más que la imposición de sanciones o pagos de compensaciones,¹⁴ representando una importante estrategia para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de protección del medio ambiente.

Además, y con singular importancia, representa el reconocimiento de un papel activo a las conferencias de las partes, las cuales, consideradas como un órgano en su integridad y de carácter representativo de la comunidad internacional, pueden participar en el monitoreo de la implementación de las normas establecidas mediante el empleo de mecanismos de gober-

suministro de cooperación financiera y técnica, incluida la transferencia de tecnologías a las partes del artículo 5o., párrafo 1, del Protocolo.

¹⁴ Fitzmaurice, Malgosia A., “International Protection of the Environment”, *Recueil des cours*, tomo 293, The Hague, The Hague Academy of International Law, 2002.

nanza, evitando llevar los casos ante los tribunales judiciales internacionales, evitando malgastar el tiempo, estreses diplomáticos y mayores costos para las partes en diferendo.

Pero es fundamental destacar que este capítulo, hasta por su limitado alcance, explora la solución de controversias internacionales en el campo del medio ambiente a través de los procedimientos contenidos en los acuerdos ambientales internacionales.

V. CONCLUSIONES

Es cierto que no existen órganos judiciales o casi judiciales internacionales dedicados exclusivamente a las controversias ambientales, con la excepción parcial de la Cámara de Asuntos Ambientales de la Corte Internacional de Justicia y en un contexto específico el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Sin embargo, la naturaleza polimórfica de los diferendos ambientales hace que una amplia variedad de foros sea potencialmente utilizable, que son casi imposibles de enumerar. Y este autor no comparte la idea de que sea necesaria la creación de un tribunal ambiental internacional, por más que la idea encante a muchos colegas latinoamericanos.

Quizá esa realidad pueda explicar en parte por qué los procedimientos de gestión y solución de controversias endógenos a los regímenes ambientales internacionales sean tan necesarios, y de igual manera justifica la no necesidad de tribunales dedicados exclusivamente a tratar los conflictos ambientales.

La fragmentación del derecho ambiental internacional en regímenes especializados y autónomos, así como la institucionalización de los procesos internacionales de toma de decisiones y ejecución y la multiplicación de nuevos actores internacionales, más allá de los modelos clásicos de sujetos centrados en el Estado y las organizaciones internacionales, son una realidad consolidada en la gobernanza ambiental global, que acaba por generar nuevas características al derecho internacional contemporáneo. Es que muchos de estos cambios en el tejido del derecho internacional originalmente tuvieron lugar en el ámbito de diversos regímenes ambientales.

A pesar de ello, el recurso a estos mecanismos pacíficos de solución de controversias establecidos y en dinámico uso por los regímenes ambientales es aún escaso si se tiene en cuenta el número de conflictos surgidos con algún impacto ambiental fuera del alcance de esos regímenes; pero sin duda alguna es un camino a perseguir.

Por esta razón, es indispensable que la comunidad internacional realice esfuerzos en el ámbito de la gobernanza global para fortalecer los mecanismos de solución pacífica de diferendos y demuestre su utilidad y viabilidad para la resolución de las controversias medioambientales, como una realidad y una práctica exitosa en el contexto de regímenes ambientales específicos, como ya hemos destacado.

La experiencia de comités de implementación evidencia la posibilidad que tienen estos instrumentos para satisfacer los intereses en conflicto y su pertinencia en el arreglo de las diferencias relacionadas con los recursos naturales, previniendo disputas que podrá afrontar la humanidad en la evolución de sus futuras relaciones con la sostenibilidad del planeta a lo largo del siglo XXI.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARDESA SALZMANN, Antonio, *El control internacional de la aplicación de los acuerdos ambientales universales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Documento A/56/10”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, v. 2, 2a. parte, 2001, disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf.
- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay) (sentencia del 20 de abril de 2010), disponible en: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/135>.
- FITZMAURICE, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des Cours, tomo 293, The Hague, The Hague Academy of International Law, 2002.
- KISS, Alexandre y SHELTON, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- ONU, *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 1992, disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.
- PEDREÑO, R., *Los conflictos ambientales y su tratamiento a través de la mediación*, Madrid, Dykinson, 2015.
- REI, F., “La acción de los nuevos actores Internacionales y la pandemia del Covid-19 reflejos en el derecho ambiental internacional”, *Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras*, Juiz de Fora, vol. 2, núm. 2, 2020.
- ROMANO, Cesare P. R., “International Dispute Settlement”, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

UNITED NATIONS-TRAIL SMELTER ARBITRATION (U.S. v. Can.) 3 R.I.A.A. 1905, 1913 (U.S.-CA Arbitral Tribunal 1938/41), disponible en http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf.

VARGAS, Diego y CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián, *Derecho internacional ambiental*, Bogotá, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.

WOLFRUM, R., “Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law”, *RCADI*, t. 272, 1998.

LA MEDIACIÓN ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI) COMO UN PUENTE PARA UNA POLÍTICA ENERGÉTICA EQUILIBRADA EN MATERIA DE ELECTRICIDAD EN MÉXICO

Miguel Ángel MARMOLEJO CERVANTES*

Pilar RODRÍGUEZ IBÁÑEZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *México como miembro del CIADI*. III. *Reglas de mediación del CIADI*. IV. *La Convención de Singapur*. V. *La pertinencia de la mediación ante el CIADI y su impacto en la política pública mexicana en materia de electricidad*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar la aplicación de las reglas de mediación del CIADI como un mecanismo de diálogo entre el gobierno de México y los inversionistas extranjeros para resolver las disputas derivadas de la nueva política energética en materia de electricidad. El CIADI, como mediador, procuraría la celebración de un acuerdo, que podría incidir en la política energética en materia de electricidad en México.

En consecuencia, las preguntas de investigación del artículo son: ¿sería efectiva la aplicación de las reglas de mediación del CIADI entre el go-

* Catedrático en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León; miembro del Sistema Nacional de Investigadores ante el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). Miembro de la Academia Mexicana de Derecho Energético (AMDE).

** Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Derecho de la Energía (ASIDE). Coordinadora de la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Investigadora nacional, nivel I, del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. Correo: *derecho.energetico@uanl.mx*.

bierno mexicano y los inversionistas extranjeros para resolver las disputas derivadas de la nueva política energética en materia de electricidad o los conflictos generados por la inminente reforma constitucional en materia de electricidad en México? ¿Es viable que la mediación ante el CIADI incida en la política energética en materia de electricidad en México? ¿Podrían los inversionistas activar preventivamente la mediación ante la inminente reforma constitucional en materia de electricidad anunciada por el gobierno mexicano? Finalmente, ¿qué incentivos tendría el gobierno federal para sujetarse a la mediación propuesta por los inversionistas ante el CIADI?

La nueva política energética en materia de electricidad del presidente Andrés Manuel López Obrador favorece la generación de energía a través de la Comisión Federal de Electricidad (CFE), en detrimento de empresas privadas.¹ López Obrador buscó materializar dicha política a través de una reforma a la Ley de la Industria Eléctrica (LIE), lo cual recibió críticas de actores nacionales y extranjeros.² En México, la reforma ha sido criticada por académicos, empresarios y legisladores de los partidos de oposición, quienes alegan que la reforma desestimaría arbitrariamente a los generadores de electricidad con energías limpias.³ Por su parte, la Cámara de Comercio de Estados Unidos advirtió que la reforma incumpliría el Tratado México-Estados-Unidos-Canadá (T-MEC) debido a su intención de restablecer un monopolio en el sector eléctrico.⁴ Esto perjudicaría a los inversionistas nacionales y extranjeros e infringiría la competencia económica de la industria eléctrica.⁵

La nueva política eléctrica mexicana ya ha generado conflictos entre el gobierno y los inversionistas extranjeros. En mayo de 2021, un grupo estadounidense de empresas de servicios petroleros presentó un reclamo por cien millones de dólares ante un tribunal de arbitraje del CIADI, alegando que México violó las protecciones a los inversionistas extranjeros consagradas en el T-MEC.⁶ El grupo es liderado por Finley Resources, Inc., una

¹ BBC News Mundo, *México: “La polémica reforma del sector eléctrico que enfrenta a AMLO con las compañías privadas”*, British Broadcasting Corporation, Reino Unido, 4 de marzo de 2021, disponible en: www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56270901.

² *Idem*.

³ López, Jorge, “Llueven críticas contra reforma a la Ley de la Industria Eléctrica”, *24-Horas*, México, 12 de febrero de 2021, disponible en: www.24-horas.mx/2021/02/12/llueven-criticas-contra-reforma-a-ley-de-la-industria-electrica/.

⁴ BBC News Mundo, *op. cit.*

⁵ *Idem*.

⁶ Reuters, “Piden petroleras de EU 100 millones de dls en arbitraje”, *Energía a Debate*, México, 18 de mayo de 2021, disponible en: www.energiaadebate.com/regulacion/piden-petroleras-de-eu-100-millones-de-dls-en-arbitraje/.

empresa de petróleo y gas natural de Texas que ganó dos licitaciones de petróleo y un contrato de servicios de perforación con Pemex.⁷ La corporación solicitó el arbitraje tras la imposibilidad de ejecutar las licitaciones y el contrato ante los tribunales mexicanos y la falta de pago por Pemex de los servicios prestados por la empresa estadounidense.⁸ México enfrenta doce arbitrajes adicionales ante el CIADI, diez de los cuales fueron presentados desde que López Obrador asumió la presidencia en 2018.⁹

La propuesta de reforma a la LIE tuvo como objetivo la modificación de cinco artículos y la inclusión de un tercer y cuarto artículos transitorios, los cuales provocarían incertidumbre jurídica para las centrales eléctricas y el otorgamiento de privilegios indebidos a la CFE que infringirían la competencia económica en el sector.¹⁰ Consiguientemente, al menos treinta demandas de amparo fueron promovidas por más de 250 empresas generadoras de electricidad contra la reforma de la LIE desde su publicación el 9 de marzo de 2021.¹¹ En veintiséis casos, el juez de distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión, y Telecomunicaciones concedió suspensiones provisionales debido a que la propuesta de reforma podría dañar la competencia económica y la libre concurrencia,¹² así como el derecho a la salud y a un ambiente limpio.¹³

En agosto de 2021, el juez de distrito resolvió el primero de los juicios de amparo declarando inconstitucional la reforma a favor de cuatro generadoras privadas de energía.¹⁴ El juez aclaró que el amparo sólo beneficia a las cuatro empresas; aún falta la resolución de los juicios iniciados por las

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ Marmolejo Cervantes, Miguel Ángel, “Propuestas concretas sobre la iniciativa de reforma a la LIE”, *Energía a Debate*, México, 17 de febrero de 2021, disponible en: www.energia-debate.com/electricidad/propuestas-concretas-sobre-la-iniciativa-de-reforma-a-la-lie/.

¹¹ Monroy, Jorge, “Van por lo menos 30 amparos contra la reforma eléctrica de AMLO”, *El Economista*, México, 17 de marzo de 2021, disponible en: www.eleconomista.com.mx/empresas/Van-por-lo-menos-30-amparos-contr-la-reforma-electrica-de-AMLO-20210317-0042.html.

¹² *Idem.*

¹³ Fondo Mundial para la Naturaleza, “La propuesta de reforma a la Ley de la Industria Eléctrica es contraria a los derechos de los mexicanos a la salud y a un medio ambiente limpio”, Fondo Mundial para la Naturaleza, 8 de febrero de 2021, disponible en: www.wwf.org.mx/?365851/La-propuesta-de-reforma-a-la-Ley-de-la-Industria-Elctrica-es-contraria-a-los-derechos-de-los-mexicanos-a-la-salud-y-a-un-medio-ambiente-limpio.

¹⁴ Sagnelli, Miguel, “Declaran inconstitucional la reforma eléctrica de AMLO”, *Vanguardia*, México, 10 de agosto de 2021, disponible en: <https://vanguardia.com.mx/noticias/nacional/declaran-inconstitucional-la-reforma-electrica-de-amlo-LF304629>.

demás empresas quejas.¹⁵ Asimismo, el juez indicó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá sobre la invalidez general de la reforma tras la presentación de una acción de inconstitucionalidad por los legisladores de oposición en abril de 2021.¹⁶ López Obrador aseguró que si la reforma es revocada por el Poder Judicial, entonces promoverá una iniciativa de reforma a la Constitución.¹⁷ El presidente afirmó que el objetivo de la reforma constitucional sería beneficiar a la CFE, que se haría cargo del 54% del despacho de electricidad en México, mientras que el porcentaje restante se produciría por la iniciativa privada.¹⁸

II. MÉXICO COMO MIEMBRO DEL CIADI

El CIADI es la institución líder a nivel global dedicada a la resolución de conflictos sobre inversiones internacionales.¹⁹ El organismo se constituyó en 1966 por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI).²⁰ El CIADI ha administrado más de ochocientas disputas inversionista-Estado o Estado-Estado a través del arbitraje o conciliación.²¹ Los Estados han adoptado al CIADI como un foro para resolver disputas inversor-Estado en la mayoría de los tratados de inversión internacional y en numerosas legislaciones y contratos sobre inversión.²² El Convenio del CIADI cuenta con 164 Estados firmantes, de los cuales 155 lo han ratificado.²³ El 11 de enero de 2018, el entonces secretario de Economía Idelfonso Guajardo firmó en la sede del Banco Mundial la adhesión de México al Convenio del CIADI.²⁴

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Monroy, Jorge, *op. cit.*

¹⁸ Oil & Gas Magazine, “Reforma constitucional para que CFE genere el 54% de la electricidad: AMLO”, *Oil & Gas Magazine*, México, 14 de julio de 2021, disponible en: www.oilandgasmagazine.com.mx/reforma-constitucional-para-que-cfe-genere-el-54-de-la-electricidad-amlo/.

¹⁹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *About ICSID*, ICSID, 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/About/ICSID>.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Database of ICSID member States*, ICSID, 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>.

²⁴ Secretaría de Economía, “México firma el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y de Otros Estados, Gobierno de México”,

Posteriormente, el 18 de abril de 2018, el Senado mexicano suscribió un instrumento de ratificación del Convenio del CIADI,²⁵ el cual fue depositado ante el Banco Mundial el 27 de julio de 2018.²⁶

III. REGLAS DE MEDIACIÓN DEL CIADI

En la última década se ha incrementado sustancialmente el uso de la mediación para resolver disputas relativas a inversiones internacionales.²⁷ Un número considerable de tratados recientes sobre inversión hacen referencia a la mediación como una condición previa al arbitraje o como el método designado por las partes para resolver disputas.²⁸ Desde 2018, el CIADI ha desarrollado una serie de reglas para la resolución de conflictos sobre inversión internacional a través de la mediación.²⁹ El CIADI espera publicar una versión final de las Reglas de Mediación en el futuro próximo; para su aprobación será necesario el acuerdo de al menos el 50 por ciento de los Estados miembros del Convenio del CIADI.³⁰ Las reglas de mediación del CIADI podrán utilizarse de manera independiente o dentro de otro procedimiento, como el arbitraje o la conciliación.³¹

La regla 2 de mediación del CIADI asevera que la Secretaría General de la organización está facultada para administrar mediaciones

México, 11 de enero de 2018, disponible en: www.gob.mx/se/prensa/mexico-firma-el-convenio-sobre-arreglo-de-diferencias-relativas-a-inversiones-entre-estados-nacionales-y-de-otros-estados?idiom=es.

²⁵ “Dictamen de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores Organismos Internacionales; de Relaciones Exteriores; y de Hacienda y Crédito Público por el que se Aprueba el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en la ciudad de Washington, D. C., el dieciocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco”, Senado de la República, México, 18 de abril de 2018, disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2018-04-26-1/assets/documentos/Dcit_Rel_Ext_Org_Int_Convenio_Arreglo_Inversiones.pdf.

²⁶ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *México ratifica el Convenio del CIADI*, CIADI, 27 de julio de 2018, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/mexico-ratifica-el-convenio-del-ciadi>.

²⁷ Nitschke, Frauke, *A Preview of ICSID's New Investor-State Mediation Rules*, Kluwer Mediation Blog, 10 de enero de 2020, disponible en: <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/10/a-preview-of-icsids-new-investor-state-mediation-rules/>.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Investor-State mediation, ICSID*, 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/services/mediation-conciliation/mediation/overview>.

³⁰ Nitschke, Frauke, *op. cit.*

³¹ *Idem*.

relativas a una inversión que involucre a un Estado u organización de integración económica regional en la que las partes manifiesten su consentimiento por escrito para realizar el procedimiento.³² De acuerdo con la regla 3, dentro de su procedimiento de mediación las partes pueden modificar cualquiera de las reglas de mediación del CIADI, con excepción de los numerales 1 a 7.³³ Conforme a las reglas 5 y 6, la mediación puede iniciar a partir de un acuerdo previo entre las partes entregado a la Secretaría General del CIADI en el cual consienten por escrito someterse a la mediación.³⁴ Por otro lado, si las partes no han suscrito dicho documento, cualquiera de ellas puede entregar una solicitud ante la Secretaría General para iniciar el procedimiento.³⁵

Por su parte, la regla 10 indica que toda la información relativa a la mediación, los documentos empleados durante la misma y el hecho de que las partes se han sometido a este procedimiento serán confidenciales.³⁶ Además, con base en la regla 13, en el procedimiento participará un mediador o dos comediantes, los cuales serán asignados por convenio entre las partes o, si no llegan a un acuerdo, por la Secretaría General del CIADI.³⁷ El artículo 17 establece que los mediadores asisten a las partes a resolver de manera mutuamente aceptable todo o una parte del conflicto; sin embargo, no tienen la autoridad de imponer ni proponer una resolución a la disputa.³⁸

Según la regla 20, en la primera sesión de la mediación se determinarán los aspectos procesales, como el idioma que se empleará y la identificación de una persona física o moral autorizada para negociar y llegar a un acuerdo en representación de cada una de las partes.³⁹ Por último, la regla 22 subraya que la mediación concluye cuando las partes firman un acuerdo de solución del conflicto, consienten en finalizar el procedimiento anticipadamente, o el mediador determina que no hay posibilidad de resolver la disputa a través de la mediación.⁴⁰

³² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Working paper #5: Proposals for amendment of the ICSID Rules*, ICSID, junio de 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-Volume1-ENG-FINAL.pdf>.

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

Por otro lado, en febrero de 2021 el CIADI celebró un acuerdo de cooperación con el Secretariado de la Carta Internacional de la Energía,⁴¹ un tratado que consagra un marco multilateral para la cooperación en el sector energético, la promoción de la seguridad energética, el desarrollo sostenible y la soberanía energética.⁴² El acuerdo establece la posibilidad de utilizar recíprocamente las instalaciones de los organismos para procedimientos de resolución de conflictos y promueve su colaboración técnica.⁴³ Las dos instituciones han unido sus esfuerzos para desarrollar el conocimiento y ofrecer capacitaciones sobre la mediación inversor-Estado a oficiales gubernamentales.⁴⁴

La Carta Internacional de la Energía, firmada en diciembre de 1998,⁴⁵ tiene 55 Estados contratantes que no incluyen a México.⁴⁶ Desde 2013, el Secretariado de la Carta Internacional de la Energía ha promovido el uso de la mediación para la resolución de disputas sobre inversión.⁴⁷ Asimismo, en cooperación con el CIADI, la Conferencia de la Carta Internacional de la Energía adoptó en 2016 una Guía para la Mediación sobre Inversiones (la Guía).⁴⁸ La Guía tiene como propósito explicar el proceso de la mediación en general, ofrecer recomendaciones y detallar el rol del Secretariado y otras instituciones en la realización de los procedimientos de mediación.⁴⁹

⁴¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Energy Charter Secretariat and ICSID conclude cooperation agreement*, ICSID, 12 de febrero de 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/energy-charter-secretariat-and-icsid-conclude-cooperation-agreement>.

⁴² Carta Internacional de la Energía, *The Energy Charter treaty*, Energy Charter, 18 de febrero de 2019, disponible en: www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/.

⁴³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Energy Charter Secretariat and ICSID conclude cooperation agreement*, *op. cit.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Carta Internacional de la Energía, *20th anniversary of ECT entry into force*, Energy Charter, 19 de diciembre de 2018, disponible en: www.energychartertreaty.org/details/article/20th-anniversary-of-ect-entry-into-force/.

⁴⁶ Carta Internacional de la Energía, *Members and observers to the Energy Charter Conference*, Energy Charter, 17 de octubre de 2018, disponible en: www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/.

⁴⁷ Carta Internacional de la Energía, *Changing dynamics of investment cases under the Energy Charter Treaty (ECT)*, Energy Charter, 18 de mayo de 2018, disponible en: www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/cases-up-to-18-may-2018/.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Secretariado de la Carta Internacional de la Energía, *Adoption by correspondence of the Guide on Investment Mediation*, Energy Charter, 19 de julio de 2016, disponible en: www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf.

El Secretariado emitió la Guía debido a una falta de conocimiento y marcos jurídicos internos que apoyaran el uso de la mediación por agentes gubernamentales para resolver disputas sobre inversión.⁵⁰ Para atender este problema, el Secretariado también ha organizado capacitaciones para mediadores en conflictos relativos a la inversión y seminarios sobre esta clase de mediación para oficiales del gobierno.⁵¹

IV. LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

En 2019 se firmó la Convención de Singapur, la cual establece un régimen internacional para ejecutar acuerdos de resolución de conflictos derivados de la mediación.⁵² La finalidad del tratado es facilitar el comercio internacional y ofrecer certeza y estabilidad sobre los procedimientos de mediación.⁵³ Su contenido se basa en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018.⁵⁴

La Convención de Singapur surgió para atender las dificultades en la ejecución transfronteriza de los acuerdos de solución de disputas a través de la mediación.⁵⁵ Con anterioridad, los acuerdos resultantes de una mediación eran redactados en la forma de laudos arbitrales para asegurar su ejecución.⁵⁶ Ahora, la Convención permite ejecutar sencillamente los acuer-

⁵⁰ Fanou, Maria, *Interviews with our editors: The Energy Charter treaty: Discussing modernization and challenges with Dr. Alejandro Carballo, General Counsel, Energy Charter Treaty Secretariat*, Kluwer Arbitration Blog, 4 de enero de 2020, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/04/interviews-with-our-editors-the-energy-charter-treaty-discussing-modernisation-and-challenges-with-dr-alejandro-carballo-general-counsel-energy-charter-treaty-secretariat/>.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Marcos, Noelia, “CIADI y la mediación en los conflictos inversor-Estado”, *Ciar Global*, España, 8 de octubre de 2019, disponible en: <https://ciarglobal.com/ciadi-y-la-mediacion-en-los-conflictos-inversor-estado/>.

⁵³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Nueva York, 2018) (la «Convención de Singapur sobre la Mediación»)”, Organización de las Naciones Unidas, 2019, disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Duarte García, María Verónica, “Convención de Singapur sobre Mediación”, *Ciar Global*, España, 6 de febrero de 2020, disponible en: <https://ciarglobal.com/convencion-de-singapur-sobre-mediacion-por-maria-veronica-duarte-garcia/>.

⁵⁶ *Idem*.

dos derivados de la mediación, así como distinguirlos de los laudos.⁵⁷ Cabe mencionar que la mediación presenta ventajas frente a otros métodos de resolución de controversias, incluyendo la preservación o restablecimiento expedito de las relaciones comerciales, el empoderamiento de las partes durante el proceso y en el arribo de una solución al conflicto, el descongestionamiento de las instituciones tradicionales de administración de justicia y una alta tasa de éxito en esta clase de procedimientos.⁵⁸ Asimismo, la mediación es generalmente más rápida que el arbitraje y permite a las partes, discutir asuntos ajenos al aspecto financiero de la inversión, como la reputación, mientras que el arbitraje suele enfocarse en los daños pecuniarios.⁵⁹ Debido a ello, países como Azerbaiyán que, como México, están enfrentando numerosos reclamos por inversionistas extranjeros, han preferido a la mediación sobre otros medios de solución de conflictos.⁶⁰ El principal problema para el uso de la mediación en disputas sobre inversión en estos países es la falta de un marco jurídico interno que regule su participación en este procedimiento.⁶¹

Adicionalmente, la Convención de Singapur podría ser aplicable a disputas sobre inversión internacional, debido a que en su primer artículo establece como ámbito de aplicación los acuerdos de resolución de conflictos mercantiles internacionales efectuados a través de la mediación.⁶² Además, la Convención únicamente excluye de su aplicación a los acuerdos relativos a una transacción realizada por un consumidor por razones personales, familiares o de vivienda, así como los acuerdos que hayan resuelto un conflicto regulado por el derecho familiar, de sucesiones, o laboral.⁶³

En diciembre de 2017, el entonces presidente Enrique Peña Nieto presentó dos iniciativas a la Cámara de Diputados, específicamente la promulgación de una Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Kalisz, Aleksander, *Investor-State mediation: Trends, risks, and opportunities*, British Institute of International and Comparative Law, Reino Unido, 18 de enero de 2021, disponible en: www.biicl.org/blog/17/investor-state-mediation-trends-risks-and-opportunities?cookietime=1628781820.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Idem.*

⁶² Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2019, artículo 1o., párr 1.

⁶³ Duarte García, María Verónica, “Aplicación de la Convención de Singapur a las controversias entre inversionistas y Estados”, *Ciar Global*, España, 29 de julio de 2020, disponible en: <https://ciarglobal.com/aplicacion-de-la-convencion-de-singapur-a-las-controversias-entre-inversionistas-y-estados/>.

de Controversias (Ley General de MASC) y la adición de un nuevo título al Código de Comercio para regular la mediación comercial nacional e internacional.⁶⁴ Las iniciativas se basaron en la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional.⁶⁵ La propuesta sobre la Ley General de MASC fue aprobada por los diputados, pero quedó pendiente su dictaminación por el Senado.⁶⁶ Durante la administración actual, el 20 de julio de 2020, el grupo parlamentario de Morena presentó la iniciativa ante el Senado.⁶⁷

La propuesta de la Ley General de MASC tiene por objetivo regular el sistema de justicia alternativa y la aplicación de mecanismos alternos de solución de controversias previo al proceso jurisdiccional o en cualquier etapa del mismo.⁶⁸ Esta iniciativa no contiene disposiciones especiales sobre la mediación comercial.⁶⁹ Debido a ello, si México firma y ratifica la Convención de Singapur, podría complementar su marco jurídico relativo a la mediación comercial, lo que fortalecería sus relaciones económicas internacionales.⁷⁰

V. LA PERTINENCIA DE LA MEDIACIÓN ANTE EL CIADI Y SU IMPACTO EN LA POLÍTICA PÚBLICA MEXICANA EN MATERIA DE ELECTRICIDAD

Una política pública en materia de mediación crea un foro para las negociaciones entre el gobierno y otras partes interesadas, como los inversionistas y la población.⁷¹ La mediación puede llevar a un acuerdo que establezca las bases para las relaciones y responsabilidades futuras entre las partes respecto a los asuntos resueltos a través del procedimiento.⁷² La mediación entre gobiernos y otras partes interesadas ha sido utilizada para formular regulaciones en

⁶⁴ Prida Peón del Valle, Antonio Mario y Cuéllar Araiza, Irene Mariana, “La nueva oportunidad para la mediación comercial internacional en México”, *Abogado Corporativo*, México, noviembre-diciembre de 2020, pp. 70-77.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ Bellman, Howard y Podziba, Susan, “Public Policy Mediation”, *Dispute Resolution Magazine*, Estados Unidos, invierno de 2012, pp. 14-19.

⁷² *Idem.*

asuntos como la seguridad laboral y la construcción de establecimientos para la disposición de residuos radiactivos.⁷³

La política pública relativa a la mediación se caracteriza por la necesidad del gobierno de actuar en algún asunto, la capacidad de otras partes interesadas de intervenir en el asunto y el potencial impacto del asunto sobre el público.⁷⁴ Asimismo, la mediación evita que el gobierno intervenga unilateralmente e incrementa su habilidad de cumplir de manera eficiente con sus objetivos de política pública mediante la participación de otros actores relevantes.⁷⁵

La aplicación de la mediación ante el CIADI sería un mecanismo pertinente para resolver conflictos entre el gobierno mexicano y los inversionistas extranjeros respecto a las inversiones en el sector energético mexicano. La adopción de este medio de solución de disputas generaría certidumbre para los inversionistas, quienes tendrían acceso a un foro internacional e independiente para presentar sus reclamos. Además, los acuerdos que resulten de la mediación inversionista-Estado podrían redireccionar la política pública en México en materia de electricidad. Un acuerdo de mediación en el que México reconozca el incumplimiento de su obligación de fomentar y proteger las inversiones extranjeras y el consecuente pago de los daños ocasionados a los inversionistas llevaría al gobierno mexicano a repensar su política pública para evitar estos acuerdos gravosos en el futuro. Esta clase de acuerdos también presionarían al gobierno federal a considerar a los inversionistas extranjeros y organismos internacionales como el CIADI y el Secretariado de la Carta Internacional de la Energía como actores relevantes en la formulación de su política eléctrica.

Al 30 de junio de 2021, el CIADI ha registrado 838 casos de resolución de conflictos relativos a la inversión, de los cuales sólo trece han empleado la conciliación, mientras que el resto ha utilizado el arbitraje.⁷⁶ No se han registrado casos con la mediación como método designado para resolver el conflicto.⁷⁷ Once de los casos de conciliación han concluido, y los dos restantes siguen en proceso.⁷⁸ Cabe mencionar que los once casos de conci-

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *The ICSID caseload – statistics: Issue 2021-2*, ICSID, 30 de junio de 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf>.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Cases*, ICSID, 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/recent?type=concluded>.

liación tuvieron como parte a un Estado en vías de desarrollo, incluyendo a Camerún, Gabón, Guinea Ecuatorial, Papúa Nueva Guinea y Togo.⁷⁹ Por ejemplo, el caso de República de Guinea Ecuatorial versus CMS Energy Corporation y otros involucró una disputa sobre la ejecución de un contrato en el sector de petróleo, gas natural, y minería.⁸⁰ El caso inició en junio de 2012 y concluyó en mayo de 2015 mediante el reporte emitido por el conciliador.⁸¹ Los documentos relativos a este procedimiento, incluyendo el acuerdo resultante, se mantuvieron confidenciales.⁸²

La conciliación ante el CIADI es similar al procedimiento consagrado en las Reglas de Mediación del CIADI; incluso, hasta recientemente, la mediación y la conciliación eran consideradas sinónimas en la resolución de disputas internacionales.⁸³ Sin embargo, los casos resueltos ante el CIADI han demostrado que la conciliación es un mecanismo prolongado, rígido y similar a los procedimientos realizados en un arbitraje o litigio.⁸⁴ Esto podría impulsar aún más el desarrollo de la mediación como un método independiente de resolución de disputas sobre inversión que puede adaptarse a los intereses y necesidades de las partes, quienes toman un papel protagonista en la resolución de la controversia.

Por otro lado, las entidades extranjeras que han invertido en el sector energético mexicano podrían entablar de manera preventiva con el gobierno de México un procedimiento de mediación ante el CIADI respecto a la inminente reforma constitucional en materia de electricidad anunciada por el presidente López Obrador. Esto permitiría a los inversionistas extranjeros proteger sus intereses económicos en México ante una reforma que favorecería el desarrollo de la industria eléctrica mexicana por la Comisión Federal de Electricidad. Además, la resolución de este conflicto a través de la mediación ante el CIADI también traería beneficios para México; por ejemplo, encontrarse a la vanguardia en la solución pacífica de conflictos internacionales, reconocida en la fracción X del artículo 89 de la Cons-

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Case details: Republic of Equatorial Guinea v. CMS Energy Corporation and others (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2)*, ICSID, 2021, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=CONC\(AF\)/12/2](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=CONC(AF)/12/2).

⁸¹ *Idem.*

⁸² *Idem.*

⁸³ Ali, Shahla y Repousis, Odysseas, “Investor-State mediation and the rise of transparency in international investment law: Opportunity or threat international investment law”, *Denver Journal of International Law & Policy*, Estados Unidos, vol. 45, núm. 2, abril de 2020, pp. 224-249.

⁸⁴ *Idem.*

titución como una facultad y obligación del presidente; a su vez, brindar certidumbre a los inversionistas extranjeros por medio de la mediación ante el CIADI aumentaría la confianza de la comunidad internacional para invertir en México.

Asimismo, el CIADI establece la tendencia sobre la utilización de la mediación entre inversionistas y Estados⁸⁵ porque i) permite mantener una relación de largo plazo y la diversificación de la inversión, ii) auxilia la administración eficiente de las disputas en materia de inversión para retener y expandir la inversión extranjera directa, iii) es parte de marcos jurídicos internacionales en los que se incorporan las reglas de mediación del CIADI y la Convención de Singapur, iv) es un esfuerzo para prevenir disputas, y v) sugiere una reforma al marco legal interno sobre la inversión del Estado receptor para considerar aspectos organizacionales (por ejemplo, una agencia líder), comprometerse al uso de la mediación y adoptar la Carta Internacional de la Energía como instrumento modelo.⁸⁶

El Banco Mundial ha otorgado financiamiento a México para la realización de 351 proyectos gubernamentales entre 1949 y 2021.⁸⁷ Cada uno de los proyectos ha recibido entre 5 y 750 millones de dólares en financiamiento a través de préstamos o créditos de nulo o bajo interés, subvenciones, o fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.⁸⁸ Cincuenta de los proyectos han sido desarrollados en el sector energético; por ejemplo, en materia de electricidad, minería y energías renovables, como biomasa, eólica, geotérmica y solar.⁸⁹ Quince de los proyectos se encuentran activos en 2021.⁹⁰ Ocho proyectos han sido solicitados por el gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador, de los cuales cinco están activos en 2021.⁹¹ El enfoque de estos cinco proyectos es el establecimiento de un Sistema Nacional de Identidad Única; la sostenibilidad económica; la sosteni-

⁸⁵ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Webinar: Introduction to investor-State mediation*, YouTube, 4 de febrero de 2021, disponible en: www.youtube.com/watch?v=s3HEggWhk74&t=2584s.

⁸⁶ Secretariado de la Carta Internacional de la Energía, *Model Instrument on Management of Investment Disputes*, Energy Charter, 23 de diciembre de 2018, disponible en: www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2018/CCDEC201826_-_INV_Adoption_by_correspondence_Model_Instrument_on_Management_of_Investment_Disputes.

⁸⁷ Banco Mundial, “Projects”, *The World Bank*, 2021, disponible en: https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/projects-list?countrycode_exact=MX&os=0.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Morales, Yolanda, “Hay 5 préstamos activos del Banco Mundial solicitados por el gobierno de AMLO”, *El Economista*, México, 20 de junio de 2021, disponible en: www.eleco-

bilidad ambiental y resiliencia urbana; la seguridad y resiliencia hídrica en el Valle de México, y la modernización de los sistemas de gestión financiera pública.⁹² El monto total conferido a México en créditos o préstamos para la ejecución de estos proyectos es de 1,955 millones de dólares.⁹³ Cabe destacar que las solicitudes de financiamiento efectuadas por México al Banco Mundial han aumentado en años recientes.⁹⁴ De 2007 a 2008, el financiamiento incrementó de 1,000 millones de dólares a 2,500 millones, mientras que en 2009 el financiamiento se elevó a 4,000 millones.⁹⁵

La adopción de la mediación como mecanismo para resolver conflictos entre inversores y el gobierno federal mexicano respecto a las inversiones en el sector energético generaría incentivos para el Estado mexicano, particularmente la coherencia en su sistema de tratados de libre comercio y sus transacciones de comercio internacional, la recepción de más inversiones y la reactivación económica tras la crisis derivada del Covid-19.

Como motivación adicional, se advierte que el Banco Mundial podría establecer como requisito para el otorgamiento de financiamiento a México, condicionantes contractuales para que el gobierno se sujete a la mediación ante el CIADI en la resolución de disputas con inversionistas extranjeros sobre sus inversiones en el sector energético. Estas condicionantes tendrían consecuencias legales en caso de que el gobierno no se sujete a la mediación. Primero, la restricción o suspensión de los créditos o préstamos otorgados a México, incluso por intervención de uno de los inversionistas afectados ante el Banco Mundial.⁹⁶ Segundo, la activación de la causal de vencimiento anticipado del financiamiento en cualquiera de los proyectos activos. Finalmente, la ejecución de la causal por incumplimiento cruzado (*cross-default*), en cuyo caso se incumplirían los términos contractuales de la deuda soberana mexicana. Lo anterior ocurre análogamente cuando un país se niega a cumplir laudos arbitrales exigibles derivados de los tratados de libre comercio sobre inversión o para la promoción y protección recíproca de las inversiones.⁹⁷

nomista.com.mx/economia/Hay-5-prestamos-activos-del-Banco-Mundial-solicitados-por-el-gobierno-de-AMLO-20210620-0093.html.

⁹² *Idem.*

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Arauz, Andrés, "Ecuador's Experience with International Investment Arbitration", *South Centre*, agosto de 2015, disponible en: *www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB5_Ecuador%E2%80%99s-Experience-with-Intl-Investment-Arbitration_EN.pdf*.

⁹⁷ "You have these nasty cross-default clauses where if a country doesn't pay one of those arbitration awards, it is considered in default. And with the cross-default clause it is consid-

VI. CONCLUSIONES

Para contestar la primera pregunta de investigación de este artículo, la aplicación de las reglas de mediación del CIADI sería efectiva para resolver disputas entre México y los inversionistas extranjeros respecto a sus inversiones en el sector energético mexicano. El CIADI tiene vasta experiencia en la administración de disputas entre inversionistas y Estados a través de medios alternos de solución de conflictos. Las reglas de mediación del CIADI auxiliarían el procedimiento y consolidarían a la mediación como una alternativa al arbitraje y la conciliación. La pertinencia del CIADI para resolver conflictos sobre inversiones en el sector energético también se manifiesta a partir de su celebración de un acuerdo de cooperación con el Secretariado de la Carta Internacional de la Energía. Asimismo, la Conferencia de la Carta Internacional de la Energía adoptó una Guía para la Mediación sobre Inversiones que coadyuvaría la resolución de estos conflictos. Por su parte, la Convención de Singapur facilitaría la ejecución de los acuerdos de solución de conflictos derivados de la mediación que México realizaría con los inversionistas.

En cuanto a la segunda pregunta de investigación, es viable que la mediación ante el CIADI incida en la política energética en materia de electricidad en México. Si se designara a la mediación ante el CIADI como medio para resolver conflictos entre el Estado mexicano y los inversionistas extranjeros en el sector energético, los acuerdos que resultaron del procedimiento podrían establecer las bases para las relaciones y responsabilidades futuras entre los dos actores. Los acuerdos también evitarían que el gobierno mexicano continuara actuando unilateralmente y fomentaría la consideración de los intereses de otras partes interesadas, como los inversionistas y el público, en la formulación de su política eléctrica.

Respecto a la tercera pregunta de investigación, es factible que los inversionistas extranjeros activen de manera preventiva la mediación ante la inminente reforma constitucional en materia de electricidad anunciada por el gobierno mexicano. López Obrador buscó materializar su política eléctrica a través de una reforma a la LIE. Si la propuesta de reforma es declarada inconstitucional, el presidente reformaría la Constitución. La reforma

ered that you are defaulting on the entire sovereign debt as well" (Tienes estas desagradables cláusulas de incumplimiento cruzado donde si un país no paga uno de esos laudos arbitrales se considera que está en incumplimiento. Y en la cláusula de incumplimiento cruzado se considera que estás incumpliendo toda la deuda soberana también). Young Scholars Initiative, "Rethinking development: Towards a post hegemonic world", YouTube, 7 de agosto de 2021, *disponible en:* www.youtube.com/watch?v=_F8jstL1vdg.

constitucional implicaría el fortalecimiento de la CFE en detrimento de las empresas de electricidad nacionales y extranjeras que han invertido en el sector. Bajo esta premisa, los inversionistas podrían emplear la mediación ante el CIADI para defender sus intereses económicos en México.

Con relación a la cuarta pregunta de investigación, algunos de los incentivos que tendría el gobierno federal para sujetarse a la mediación ante el CIADI serían el establecimiento de una política comercial coherente con el sistema mexicano de tratados de libre comercio, la recepción de más inversiones y la reactivación de la economía tras el Covid-19. Por otro lado, México ha recibido un financiamiento considerable del Banco Mundial para el desarrollo de numerosos proyectos, ocho de los cuales han sido propuestos por López Obrador. El Banco Mundial podría condicionar el otorgamiento futuro de fondos y la continuación de los créditos y préstamos actuales brindados a México a su sujeción a la mediación ante el CIADI para resolver los conflictos con los inversionistas extranjeros en el sector eléctrico. Además de limitar el acceso al financiamiento, esto podría llevar a México a incumplir las obligaciones derivadas de su deuda soberana.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALI, Shahla y REPOUSIS, Odysseas, “Investor-State mediation and the rise of transparency in international investment law: Opportunity or threat international investment law”, *Denver Journal of International Law & Policy*, Estados Unidos, vol. 45, núm. 2, abril de 2020.
- ARAUZ, Andrés, “Ecuador’s Experience with International Investment Arbitration”, *South Centre*, agosto de 2015, disponible en: www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB5_Ecuador%E2%80%99s-Experience-with-Intl-Investment-Arbitration_EN.pdf.
- BANCO MUNDIAL, “Projects”, *The World Bank*, 2021, disponible en: https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/projects-list?countrycode_exact=MX&os=0.
- BBC NEWS MUNDO, *México: La polémica reforma del sector eléctrico que enfrenta a AMLO con las compañías privadas*, British Broadcasting Corporation, Reino Unido, 4 de marzo de 2021, disponible en: www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56270901.
- BELLMAN, Howard y PODZIBA, Susan, “Public Policy Mediation”, *Dispute Resolution Magazine*, Estados Unidos, invierno de 2012.
- CARTA INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA, *20th anniversary of ECT entry into*

- force*, Energy Charter, 19 de diciembre de 2018, disponible en: www.energychartertreaty.org/details/article/20th-anniversary-of-ect-entry-into-force/.
- CARTA INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA, *Changing dynamics of investment cases under the Energy Charter Treaty (ECT)*, Energy Charter, 18 de mayo de 2018, disponible en: www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/cases-up-to-18-may-2018/.
- CARTA INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA, *Members and observers to the Energy Charter Conference*, Energy Charter, 17 de octubre de 2018, disponible en: www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/.
- CARTA INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA, *The Energy Charter treaty*, Energy Charter, 18 de febrero de 2019, disponible en: www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *About ICSID*, ICSID, 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/About/ICSID>.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *Case details: Republic of Equatorial Guinea v. CMS Energy Corporation and others (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2)*, ICSID, 2021, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=CONC\(AF\)/12/2](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=CONC(AF)/12/2).
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *Cases*, ICSID, 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/recent?type=concluded>.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *Database of ICSID Member States*, ICSID, 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *Energy Charter Secretariat and ICSID conclude cooperation agreement*, ICSID, 12 de febrero de 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/energy-charter-secretariat-and-icsid-conclude-cooperation-agreement>.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *Investor-State mediation*, ICSID, 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/services/mediation-conciliation/mediation/overview>.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *México ratifica el Convenio del CIADI*, CIADI, 27 de julio de 2018, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/mexico-ratifica-el-convenio-del-ciadi>.

- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *The ICSID caseload – statistics: Issue 2021-2*, ICSID, 30 de junio de 2021, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Case load%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Case%20load%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf).
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *Webinar: Introduction to investor-State mediation*, YouTube, 4 de febrero de 2021, disponible en: www.youtube.com/watch?v=s3HEggWhk74&t=2584s.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *Working paper #5: Proposals for amendment of the ICSID Rules*, ICSID, junio de 2021, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-Volume1-ENG-FINAL.pdf>.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Nueva York, 2018) (la «Convención de Singapur sobre la Mediación»), Organización de las Naciones Unidas, 2019, disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements.
- DUARTE GARCÍA, María Verónica, “Aplicación de la Convención de Singapur a las controversias entre inversionistas y Estados”, *Ciar Global*, España, 29 de julio de 2020, disponible en: [https://ciarglobal.com/aplicacion-de-la-con vencion-de-singapur-a-las-controversias-entre-inversionistas-y-estados/](https://ciarglobal.com/aplicacion-de-la-con-vencion-de-singapur-a-las-controversias-entre-inversionistas-y-estados/).
- DUARTE GARCÍA, María Verónica, “Convención de Singapur sobre Mediación”, *Ciar Global*, España, 6 de febrero de 2020, disponible en: <https://ciarglobal.com/convencion-de-singapur-sobre-mediacion-por-maria-veronica-duarte-garcia/>.
- FANOU, Maria, *Interviews with out editors: The Energy Charter Treaty: Discussing modernization and challenges with Dr. Alejandro Carballo*, General Counsel, Energy Charter Treaty Secretariat, Kluwer Arbitration Blog, 4 de enero de 2020, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/04/interviews-with-our-editors-the-energy-charter-treaty-discussing-modernisation-and-challenges-with-dr-alejandro-carballo-general-counsel-energy-charter-treaty-secretariat/>.
- FONDO MUNDIAL PARA LA NATURALEZA, *La propuesta de reforma a la Ley de la Industria Eléctrica es contraria a los derechos de los mexicanos a la salud y a un medio ambiente limpio*, Fondo Mundial para la Naturaleza, 8 de febrero de 2021, disponible en: www.wwf.org.mx/?365851/La-propuesta-de-reforma-a-la-Ley-de-la-Industria-Elctrica-es-contraria-a-los-derechos-de-los-mexicanos-a-la-salud-y-a-un-medio-ambiente-limpio.

- KALISZ, Aleksander, *Investor-State mediation: Trends, Risks, and Opportunities*, British Institute of International and Comparative Law, 18 de enero de 2021, Reino Unido, disponible en: www.biicl.org/blog/17/investor-state-mediation-trends-risks-and-opportunities?cookieset=1&ts=1628781820.
- LÓPEZ, Jorge, “Llueven críticas contra reforma a la Ley de la Industria Eléctrica”, *24-Horas*, México, 12 de febrero de 2021, disponible en: www.24-horas.mx/2021/02/12/llueven-criticas-contra-reforma-a-ley-de-la-industria-electrica/.
- MARCOS, Noelia, “CIADI y la mediación en los conflictos inversor-Estado”, *Ciar Global*, España, 8 de octubre de 2019, disponible en: <https://ciarglobal.com/ciadi-y-la-mediacion-en-los-conflictos-inversor-estado/>.
- MARMOLEJO CERVANTES, Miguel Ángel, “Propuestas concretas sobre la iniciativa de reforma a la LIE”, *Energía a Debate*, México, 17 de febrero de 2021, www.energiaadebate.com/electricidad/propuestas-concretas-sobre-la-iniciativa-de-reforma-a-la-lie/.
- MONROY, Jorge, “Van por lo menos 30 amparos contra la reforma eléctrica de AMLO”, *El Economista*, México, 17 de marzo de 2021, disponible en: www.eleconomista.com.mx/empresas/Van-por-lo-menos-30-amparos-contra-la-reforma-electrica-de-AMLO-20210317-0042.html.
- MORALES, Yolanda, “Hay 5 préstamos activos del Banco Mundial solicitados por el gobierno de AMLO”, *El Economista*, México, 20 de junio de 2021, disponible en: www.eleconomista.com.mx/economia/Hay-5-prestamos-activos-del-Banco-Mundial-solicitados-por-el-gobierno-de-AMLO-20210620-0093.html.
- NITSCHKE, Frauke, *A Preview of ICSID's New Investor-State Mediation Rules*, Kluwer Mediation Blog, 10 de enero de 2020, disponible en: <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/10/a-preview-of-icsids-new-investor-state-mediation-rules/>.
- “REFORMA constitucional para que CFE genere el 54% de la electricidad: AMLO”, *Oil & Gas Magazine*, México, 14 de julio de 2021, disponible en: www.oilandgasmagazine.com.mx/reforma-constitucional-para-que-cfe-genere-el-54-de-la-electricidad-amlo/.
- PRIDA PEÓN DEL VALLE, Antonio Mario y CUÉLLAR ARAIZA, Irene Mariana, “La nueva oportunidad para la mediación comercial internacional en México”, *Abogado Corporativo*, México, noviembre-diciembre de 2020.
- REUTERS, “Piden petroleras de EU 100 millones de dls en arbitraje”, *Energía a Debate*, México, 18 de mayo de 2021, disponible en: www.energiaadebate.com/regulacion/piden-petroleras-de-eu-100-millones-de-dls-en-arbitraje/.
- SAGNELLI, Miguel, “Declaran inconstitucional la reforma eléctrica de

AMLO”, *Vanguardia*, México, 10 de agosto de 2021, disponible en: <https://vanguardia.com.mx/noticias/nacional/declaran-inconstitucional-la-reforma-electrica-de-amlo-LF304629>.

SECRETARÍA DE ECONOMÍA, *México firma el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y de Otros Estados*, Gobierno de México, México, 11 de enero de 2018, disponible en: www.gob.mx/se/prensa/mexico-firma-el-convenio-sobre-arreglo-de-diferencias-relativas-a-inversiones-entre-estados-nacionales-y-de-otros-estados?idiom=es.

SECRETARIADO DE LA CARTA INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA, “Adoption by correspondence of the Guide on Investment Mediation”, *Energy Charter*, 19 de julio de 2016, disponible en: www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf.

SECRETARIADO DE LA CARTA INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA, “Model Instrument on Management of Investment Disputes”, *Energy Charter*, 23 de diciembre de 2018, disponible en: www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2018/CCDEC201826_-_INV_Adoption_by_correspondence_-_Model_Instrument_on_Management_of_Investment_Disputes.

SENADO DE LA REPÚBLICA, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores Organismos Internacionales; de Relaciones Exteriores; y de Hacienda y Crédito Público por el que se aprueba el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en la ciudad de Washington, D. C., el dieciocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco”, Senado de la República, México, 18 de abril de 2018, disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sbsp/gaceta/63/3/2018-04-26-1/assets/documentos/Dcit_Rel_Ext_Org_Int_Convenio_Arreglo_Inversiones.pdf.

YOUNG SCHOLARS INITIATIVE, “Rethinking development: Towards a post hegemonic world”, *YouTube*, 7 de agosto de 2021, disponible en: www.youtube.com/watch?v=_F8jstL1vdg.

LA INVALIDEZ DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN: UN COMENTARIO A LA DECISIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE CANADÁ EN EL CASO *UBER TECHNOLOGIES INC. V. HELLER*

Gabriel CAVAZOS VILLANUEVA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *La opinión de la mayoría*. IV. *La opinión concurrente*. V. *El voto disidente*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia que en los últimos años ha cobrado el uso cada vez más generalizado de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) es innegable. El caso de las plataformas tecnológicas comúnmente llamadas *apps*, es quizá el más significativo, ya que su uso ha revolucionado la manera de hacer negocios y ha impactado socialmente en todos los ámbitos, incluyendo naturalmente el jurídico. El arbitraje en este contexto no ha sido la excepción, y su selección como medio idóneo para resolver posibles controversias derivadas del uso de estas plataformas tecnológicas es evidente. Lo anterior ha significado un reto al marco jurídico en general y a algunas de las nociones básicas del arbitraje, en especial del arbitraje internacional.

En este contexto, el presente trabajo tiene como propósito hacer un breve análisis de la decisión de la Suprema Corte de Canadá (SCC) en el caso *Uber Technologies Inc. v. Heller*¹ emitida el 26 de junio de 2020. Esta

* Abogado y árbitro internacional. Abogado por la Universidad Regiomontana; Master of Laws por la Universidad de Toronto; Master of Laws y doctor en derecho por la Universidad de Tulane.

¹ *Uber Technologies, Inc. v. Heller*, 2020 SC 16, 447 D.L.R. 4th 179 (Can.), disponible en: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2020/38534-eng.aspx> (fecha de consulta: enero de 2022). En adelante: *Heller*.

decisión se ha convertido en un importante referente para la definición de la validez de una cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión derivado de los llamados “Términos y condiciones” que se tienen que aceptar para acceder al uso de una plataforma tecnológica. El alcance de la cláusula arbitral en este caso tiene que ver con la cuestión jurídica planteada ante la SCC para que ésta determinara quién tiene la autoridad para decidir si un chofer de Uber es o no un “empleado” de acuerdo con la definición de la Ley de Estándares Laborales de Ontario (Employment Standards Act o ESA): ¿los tribunales de Ontario o un árbitro en los Países Bajos, tal y como se estipula en los contratos de adhesión entre Uber y sus conductores?²

El presente comentario se centra esencialmente en cómo se determina la validez de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión y quién tiene la competencia para hacer esta determinación. Un principio fundamental para la salvaguarda del arbitraje como un medio alternativo de solución de controversias es el principio conocido como *kompetenz-kompetenz*, que faculta al propio árbitro o tribunal arbitral a decidir sobre su propia competencia. Sin embargo, ¿hasta qué punto una cláusula puede ser considerada como lesiva o no razonable como para justificar la competencia del Poder Judicial en lugar de la del árbitro? El caso cubre aristas muy importantes en distintos ángulos, por lo cual es necesario resaltar que el análisis de los aspectos de derecho laboral involucrados en *Heller* trasciende los propósitos muy limitados del presente trabajo.

Este análisis comienza con una breve descripción de los antecedentes del caso, incluyendo la cláusula arbitral contenida en la plataforma de Uber, y que da lugar a la controversia. Posteriormente, se analiza la opinión de la mayoría de los ministros de la SCC que determinaron la invalidez de la referida cláusula a través de la aplicación de la doctrina de *Unconscionability* o no razonabilidad. Posteriormente, se hace un breve análisis de la posición concurrente que llegó a la misma conclusión de la mayoría, pero a través de la aplicación de criterios de orden público o *public policy*. Igualmente, se comentan los argumentos del voto disidente que niega la aplicación de la doctrina de *Unconscionability* y alega por la preservación del arbitraje y, en consecuencia, por desechar el proceso judicial. Finalmente, este artículo enlista algunas conclusiones generales que, esperamos, sirvan como punto de partida para análisis más profundos sobre este tema de enorme relevancia para el arbitraje y para el aseguramiento de un adecuado acceso a la justicia.

² *Ibidem*, párr. [1].

II. ANTECEDENTES

El apelado en este caso, David Heller, presta servicios de entrega de comida en la ciudad de Toronto usando la plataforma tecnológica de Uber. Para convertirse en chofer o conductor de Uber, el señor Heller tuvo que aceptar, sin negociación, los términos y condiciones contenidos en un acuerdo de servicios estándar de la citada compañía. Conforme a este acuerdo, equivalente a un contrato de adhesión, el señor Heller tendría que resolver cualquier disputa con Uber a través de una mediación y un arbitraje en los Países Bajos.³ Es importante mencionar que los referidos procesos de mediación y arbitraje requieren el pago anticipado de cuotas administrativas por el equivalente a \$14,500 dólares de los Estados Unidos, más costas legales y otras cuotas de participación. En este contexto, los costos del arbitraje representan la mayor parte de los ingresos anuales de Heller como conductor.⁴

El señor Heller promovió una acción colectiva en contra de Uber en 2017 por violaciones a la Employment Standards Act (ESA) de la provincia de Ontario, Canadá. Uber, por su parte, interpuso un incidente para desechar la acción colectiva y referir la disputa al arbitraje en los Países

³ En el momento que se escribe el presente comentario, la página web de Uber para México contiene términos y condiciones que se aceptan “expresamente” para usar los servicios de la aplicación. Este acuerdo estándar contiene la siguiente cláusula, que es la misma en cuestión en el caso de *Heller*: “Mediación y Arbitraje Salvo que aquí se especifique lo contrario, las presentes Condiciones se regirán e interpretarán exclusivamente en virtud de la legislación de los Países Bajos, con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes. La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG) no se aplicará. Cualquier disputa, conflicto, reclamación o controversia, del tipo que sea, que resulte de las presentes Condiciones o que se relacione en gran parte con ellas, incluyendo las relativas a su validez, interpretación y exigibilidad (cualquier «Disputa»), deberán someterse forzosamente a procedimientos de mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional («Reglamento de Mediación de la CCI»). Si dicha disputa no fuese solucionada en un plazo de sesenta (60) días desde la fecha en la que se formalice la solicitud de mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la CCI, se hará referencia a dicha disputa y se solucionará exclusiva y definitivamente mediante arbitraje en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («Reglamento de Arbitraje de la CCI»). Las disposiciones sobre Proceso Expedito y del Árbitro de Emergencia del Reglamento de la CCI no se aplicarán. La disputa será resuelta por un (1) árbitro nombrado a tal fin en virtud del Reglamento de la CCI. El lugar tanto para la mediación como para el arbitraje será Ámsterdam, Países Bajos, sin perjuicio de cualquier derecho que usted pudiera tener según el artículo 18 del Reglamento Brussels I bis (OJ EU 2012 L351/1) y/o el artículo 6:236n del Código Civil holandés...”, disponible en: <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-terms-of-use&country=mexico&lang=es> (fecha de consulta: enero de 2022).

⁴ *Heller*, párr. [2] y párr. [11].

Bajos. En respuesta, Heller alegó que la cláusula de arbitraje contenida en el acuerdo de servicios de Uber era inválida, ya que por un lado resultaba no razonable (*unconscionable*), y por el otro contradecía disposiciones obligatorias de la ESA.⁵ El juez de la Corte Superior de Justicia de Ontario se declaró competente sobre la acción de Heller y determinó procedente el incidente de Uber para desechar la acción colectiva en favor del arbitraje.⁶ El juez determinó que en aquellos casos en donde un árbitro —*prima facie*— tiene competencia, se debe referir la controversia al arbitraje para que sea el árbitro quien decida si hay algún punto de la disputa que queda fuera de dicha competencia.⁷ Es decir, en esta primera instancia se decidió aplicando estrictamente el principio de *kompetenz-kompetenz*.

La Corte de Apelaciones de Ontario, por su parte, revocó la resolución del juez *a quo*, determinando, entre otras cosas, que el acuerdo arbitral era irrazonable basándose en la inequidad en el poder de negociación de las partes y el costo desorbitante del arbitraje.⁸ El caso llegó a la SCC, la cual confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de Ontario,⁹ con la ministra Abella y el ministro Rowe quienes emitieron la opinión de la mayoría. Hubo además un voto concurrente del ministro Brown, y uno disidente de la ministra Côté. Estas determinaciones se analizan en los apartados siguientes.

III. LA OPINIÓN DE LA MAYORÍA

Como ya se ha dicho, la SCC sostuvo la resolución de la Corte de Apelaciones en el sentido de que la cláusula arbitral era irrazonable y, por lo tanto, inválida. Un punto importante en el cual las partes estuvieron en desacuerdo es el referente a la ley aplicable a la disputa. Por una parte, Uber argumentaba que la Ontario International Commercial Arbitration Act (ICAA) aplicaba, mientras que Heller sostenía que la ley aplicable era la Ontario Arbitration Act (AA). El análisis de la SCC tiene como punto de partida el que la aplicación de la ICAA se confirmaría en el caso de que la cláusula arbitral en

⁵ *Idem*.

⁶ Véase el comentario del caso “Contract Law – Unconscionability Doctrine – Supreme Court of Canada Targets Standard form Contracts – *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, 447 D.L.R. 4th 179 (Can.)”, 134 *Harv. L. Rev.*, p. 2599 (en adelante: *Contract Law*), disponible en: <https://harvardlawreview.org/2021/05/uber-technologies-inc-v-heller/> (fecha de consulta: enero de 2022).

⁷ *Ibidem*, citando 2018 ONSC 718, párr. 52.

⁸ *Heller*, párr. [3] citando 2019 ONCA 1, 430 D.L.R. (4th) 410.

⁹ *Ibidem*, párr. [4].

cuestión fuera considerada tanto internacional como comercial. El que la cláusula arbitral es internacional no está en disputa; sin embargo, la SCC consideró que las disputas laborales no son el tipo de controversias que la ICAA cubre en su marco normativo. Por lo tanto, concluye que la ley aplicable es la AA.¹⁰ Este análisis es por demás relevante, ya que, como se verá más adelante, el voto disidente no concuerda con esta conclusión, que resulta fundamental para la decisión de invalidez de la cláusula.

La ICAA implementa dos instrumentos internacionales muy importantes: por un lado, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos y Sentencias Extranjeras y, por el otro, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.¹¹ Con respecto a la segunda, al referirse al arbitraje comercial, la SCC concluye que la disputa no es de esta índole sino, en esencia, laboral.¹² Resulta interesante esta determinación, ya que en la cláusula arbitral de Uber nunca se hace referencia a una relación laboral ni se refiere como ley aplicable a la propia cláusula a alguna otra ley distinta a la de los Países Bajos. Lo anterior se enfatiza en el voto disidente que se analiza más adelante.

La AA, aplicable a este caso según el criterio mayoritario de la SCC, dispone que los tribunales deberán desechar los procedimientos judiciales que se sometan a su competencia cuando la parte demandante sea parte en un acuerdo arbitral respecto de la materia de la controversia. En este caso, los tribunales deberán referir la disputa a la competencia arbitral. La única excepción que establece la AA es que un tribunal puede sostener su competencia y negarse a desechar el procedimiento judicial cuando la cláusula arbitral sea inválida.¹³ Aunque la AA no establece los principios rectores para que un tribunal jurisdiccional considere una cláusula arbitral como inválida, ha sido la propia SCC la que ha establecido jurisprudencia a este respecto.

En tal virtud, la SCC se vale de sus propios precedentes en los casos *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*¹⁴ y *Seidel v. TELUS Communications Inc.*¹⁵ En estas dos decisiones, la SCC estableció un marco jurídico para determinar cuándo un tribunal, en un procedimiento judicial, debe decidir si un árbitro tiene competencia sobre una determinada disputa en lugar de

¹⁰ *Heller*, párrs. [18] y ss.

¹¹ *Ibidem*, párr [21].

¹² *Ibidem*, párr [28].

¹³ *Ibidem*, párr [30].

¹⁴ *Ibidem*, párr [31] citando [2007] 2 S.C.R. 801.

¹⁵ *Ibidem*, citando [2011] 1 S.C.R. 531.

referir tal decisión al propio árbitro o tribunal arbitral. De acuerdo con este marco, un tribunal debe remitir al arbitraje todas las impugnaciones que se hagan en contra de la competencia del árbitro, a menos que éstas conlleven puras cuestiones de derecho, o cuestiones mixtas de hecho y de derecho que puedan ser resueltas a través de una consideración “superficial” de las pruebas documentales en el expediente judicial.¹⁶

Aunque la SCC concluyó en *Dell* que si un tribunal judicial no resuelve una disputa, entonces un árbitro lo hará, este precedente no contempla un escenario en donde la controversia nunca vaya a ser resuelta si se desecha el procedimiento judicial, lo cual presenta obvios problemas prácticos de acceso a la justicia.¹⁷ Esto, según la SCC, puede ocurrir porque las cuotas para empezar un arbitraje sean significativas para el demandante o cuando éste no pueda razonablemente acceder al lugar físico del arbitraje. Otro ejemplo puede ser cuando una cláusula de selección de un derecho extranjero evada o esquive la observancia de políticas públicas locales obligatorias, como en el caso de una cláusula que evite que en un arbitraje se dé efecto a las protecciones de una ley laboral, como la de Ontario. En tales circunstancias, concluye la SCC, el suspender un procedimiento judicial y remitirlo al arbitraje sería equivalente a una denegación de acceso a la justicia.¹⁸ En suma, la SCC consideró que si se desechaba un procedimiento judicial en favor del arbitraje en el caso de *Heller*, su reclamación genuina nunca sería resuelta. Los costos del arbitraje ponen un muro muy alto entre el señor *Heller* y Uber para solventar sus reclamos, ya que un árbitro no podría decidir el fondo del asunto sin que antes se hubieran pagado las posiblemente irrazonables cuotas del arbitraje. Finalmente, esto significaría que nunca hubiera una decisión respecto a si *Heller* es o no un empleado de Uber.¹⁹

A partir de este punto, la SCC toma el tema de la no razonabilidad (*Unconscionability*) de la cláusula arbitral, haciendo antes un interesante análisis sobre conflicto de leyes. Ya que la cláusula en cuestión, según el contrato de adhesión de Uber, está regida por el derecho neerlandés, sería este derecho el que determinara precisamente si la referida cláusula es razonable o no. La SCC hace notar, sin embargo, que ninguna de las partes sometió evidencia alguna sobre el contenido y alcance del derecho neerlandés relativo a la

¹⁶ *Ibidem*, párr [32].

¹⁷ *Ibidem*, párr [38].

¹⁸ *Ibidem*, párr [39] citando: Jonnette Watson Hamilton, *Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?* (2006), 51 *McGill L. J.* 693; Catherine Walsh, *The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts* (2010) 60 *U.N.B.L.J.* 12; Estlund, Cynthia, “The Black Hole of Mandatory Arbitration” (2018), 96 *N.C.L. Rev.* 679.

¹⁹ *Ibidem*, párr [47].

doctrina de no razonabilidad de una cláusula. En caso de que Uber hubiera presentado evidencia del derecho extranjero referente a este argumento, de acuerdo con las dos excepciones de remisión al arbitraje según *Dell*, la SCC hubiera tenido que desechar el procedimiento judicial para que un árbitro decidiera sobre el argumento de no razonabilidad.²⁰ Lo anterior, porque el contenido y alcance de un derecho extranjero es una cuestión de derecho y de hecho que no puede ser resuelta por una consideración “superficial” de las pruebas contenidas en un expediente judicial.

La doctrina de *Unconscionability* es usada al adjudicar en términos de equidad para invalidar contratos que son el resultado de un poder de negociación desigual. La desigualdad en el proceso de negociación existe cuando una parte no puede proteger sus propios intereses en el proceso de contratación. Por su parte, una negociación es desproporcionada²¹ cuando otorga ventajas indebidas a una parte más fuerte en perjuicio de la otra más vulnerable.²² Es, entonces, un vicio en el consentimiento.

Aunque la presencia de un contrato de adhesión por sí misma no establece una desigualdad en el poder de negociación,²³ el potencial de dichos contratos de crear desigualdad contractual es claro, con el potencial de acrecentar las ventajas de la parte más fuerte a expensas de la más vulnerable, particularmente a través de cláusulas de selección de derecho aplicable, de jurisdicción y de arbitraje que violenten las expectativas razonables de una de las partes al privarla de una posible reparación de un daño.²⁴

Para la SCC, hubo claramente una desigualdad y una desproporción entre Uber y el señor Heller. Hay una significativa desigualdad en sofisticación entre un repartidor de comida en Toronto y una gran corporación transnacional como Uber.²⁵ La desproporción de la cláusula arbitral es también clara para la mayoría de los ministros de la SCC: los pagos anticipados para iniciar la mediación y el arbitraje están cerca de los ingresos anuales del señor Heller. El que la cláusula designe el derecho de los Países Bajos como el aplicable y a Ámsterdam como el lugar del arbitraje, no deja otra opción para Heller sino viajar a esta ciudad con sus propios recursos. Cual-

²⁰ *Ibidem*, párr [50].

²¹ El término utilizado en inglés jurídico es *Improvident*, el cual traducimos de manera libre y no necesariamente haciendo connotación a alguna figura análoga en el derecho mexicano o la tradición jurídica romano-germánica. En cualquier caso, tiene relación con los efectos lesivos que un contrato no razonable puede ocasionar a una de las partes.

²² *Heller*, párr. [54].

²³ *Ibidem*, párr [88] citando: S. M. Waddams, *The Law of Contracts* 240 (7th ed. 2017).

²⁴ *Ibidem*, párr [89].

²⁵ *Ibidem*, párr [93].

quier petición al árbitro, incluso respecto del lugar de la audiencia, tendría que hacerse después de pagar las cuotas arbitrales.²⁶

La SCC en su opinión de mayoría concluye que el respeto por el arbitraje está fundamentado en que éste constituye un método eficiente y accesible en costos para resolver disputas. Cuando el arbitraje es inalcanzable de manera realista, es equivalente a que no exista ningún mecanismo de solución de controversias en absoluto.²⁷ Por todas estas razones, la SCC concluyó que la cláusula arbitral era inválida conforme a la doctrina de la no razonabilidad y, por lo tanto, no consideró entrar en la discusión de su invalidez por excluir las protecciones legales obligatorias de la ESA.²⁸

IV. LA OPINIÓN CONCURRENTE

El voto concurrente del ministro Brown es, en nuestra perspectiva, más determinante. Aunque concuerda con la mayoría respecto a la invalidez de la cláusula arbitral, no basa su argumentación en la doctrina de *Unconscionability*, sino en que las estipulaciones contractuales que obstaculizan el acceso a la resolución de controversias conforme a derecho son inválidas no por ser irrazonables, sino porque constituyen un detrimento al estado de derecho, al denegar el acceso a la justicia, y son, por lo tanto, contrarias al orden público.²⁹ En una aseveración contundente, este voto concurrente considera que el acuerdo de Uber no es un acuerdo para arbitrar sino para no arbitrar.³⁰

Para el ministro Brown, la opinión de la mayoría expande indebidamente el alcance y la aplicación de la doctrina de la no razonabilidad, lo cual conlleva en su concepto a acrecentar la falta de certidumbre que ya afecta a esta doctrina e introduce una falta de certeza jurídica para la ejecución de contratos en general.³¹ Por su parte, la doctrina de política pública u orden público es fundamental para el derecho contractual canadiense y establece bases legales para invalidar cláusulas contractuales específicas, incluyendo aquellas que dañan la integridad del sistema de justicia.³² Como mínimo, el estado de derecho garantiza a los ciudadanos y residentes cana-

²⁶ *Ibidem*, párr [94].

²⁷ *Ibidem*, párr [97].

²⁸ *Ibidem*, párr [99].

²⁹ *Ibidem*, párr [101] En este caso, traducimos “public policy” por “orden público” o por “política pública” de manera indistinta.

³⁰ *Ibidem*, párr [102].

³¹ *Ibidem*, párr [103].

³² *Ibidem*, párr [109].

dienses una sociedad estable, predecible y ordenada en la que conduzcan sus asuntos. Esta garantía pierde todo significado sin el acceso a un Poder Judicial independiente que pueda reivindicar derechos.³³

Aunque los árbitros deberían normalmente decidir sobre su propia competencia, un árbitro no puede razonablemente encargarse de determinar si un acuerdo arbitral, por sus términos o efectos, obstaculiza el acceso incluso al mismo árbitro.³⁴ La cuestión respecto a si un acuerdo arbitral obstaculiza el acceso a un mecanismo de solución de controversias es un tema mixto de hecho y de derecho, y puede requerir más que una revisión superficial de las evidencias en el expediente. Sin embargo, el ministro Brown considera que debe establecerse una excepción limitada a la regla de referencia sistemática al arbitraje: cuando una cláusula efectivamente deniega el acceso al arbitraje. Esto es necesario para preservar la legitimidad del derecho en general y del arbitraje en lo particular.³⁵

V. EL VOTO DISIDENTE

La ministra Suzanne Côté, por su parte, emitió un voto disidente, más acorde con lo que se podría considerar una perspectiva “amigable” hacia el arbitraje y hacia el principio de libertad de contrato.³⁶ Consideraría el desechar el procedimiento judicial en favor del arbitraje con la condición de que Uber aportara los fondos necesarios para éste.³⁷ Por una parte, considera que el arbitraje en este caso es no sólo de naturaleza internacional, sino también comercial. El contrato de servicios de Uber expresamente estipula que no crea una relación laboral. En su lugar, es un acuerdo de licenciamiento de *software*, el tipo de transacción que se puede identificar como dentro del ámbito de la Ley Modelo de la UNCITRAL.³⁸

La ministra Côté sostiene enfáticamente la regla de remisión sistemática al arbitraje: una impugnación a la competencia de un árbitro debe ser resuelta en principio por el árbitro. La SCC no debe crear una excepción a la regla de remisión sistemática al arbitraje. Una excepción que se aplique cuando se considere que el arbitraje es muy costoso o de otra forma inaccesible es inapropiada, por diversas razones: entre otras, la regla de re-

³³ *Ibidem*, párr [111].

³⁴ *Ibidem*, párr [125].

³⁵ *Ibidem*, párr [126].

³⁶ *Ibidem*, párrs [177] y [200].

³⁷ *Ibidem*, párr [199].

³⁸ *Ibidem*, párr [216].

misión sistemática es producto de un ejercicio de interpretación legislativa; por lo tanto, una excepción debería también derivar de una interpretación de la ley.³⁹

Por otra parte, y con respecto a la aplicación de la doctrina de la no razonabilidad, este voto disidente considera que la aseveración de que puede surgir una vulnerabilidad en el proceso de contratación derivado de disposiciones contenidas en contratos de adhesión que son densos o difíciles de leer o entender, establece un umbral tan bajo, que lo hace carente de un significado práctico e invita al abuso. Cualquier restricción a cláusulas arbitrales en contratos de adhesión la debería establecer el Legislativo, ya que de otra manera dañaría a un gran sector de la economía canadiense que depende de contratos de este tipo incluidos en plataformas tecnológicas.⁴⁰

El voto disidente también analiza la aseveración de que el acuerdo arbitral resulta desproporcionado porque 1) el lugar del arbitraje requiere que Heller viaje a Ámsterdam con sus propios recursos, 2) la cláusula de selección de derecho excluye la aplicación de la ESA, y 3) la selección de las reglas de arbitraje de la ICC conlleva el pago de cuotas desproporcionadamente altas. Con respecto al lugar del arbitraje, no hay ninguna obligación que de hecho obligue a conducir el procedimiento físicamente en el lugar del arbitraje.⁴¹ Ésta es una argumentación relevante, sobre todo en la época en que este trabajo se escribe, en donde cada vez más reuniones de todo tipo, incluidas las audiencias arbitrales, son llevadas a cabo en forma virtual. Con respecto a la cláusula de selección de derecho, la ministra Côté argumenta que una supuesta invalidez de la misma, basada en la doctrina de la no razonabilidad, no afecta la validez de la cláusula arbitral, y que ésta se considera un acuerdo independiente, colateral o accesorio del contrato principal.⁴² Y con respecto a la aplicación de las Reglas de ICC para el pago de cuotas administrativas, el voto disidente señala que se desconoce el monto del reclamo de Heller, y que la proporcionalidad de las cuotas de ICC con respecto a la capacidad financiera del apelado al momento del contrato no se puede establecer si la Corte no tiene evidencia de la misma.⁴³

Con respecto a considerar la cláusula arbitral inválida por razones de orden público, el voto disidente considera que ambas leyes, la AA y la ICAA,

³⁹ *Ibidem*, párr [242].

⁴⁰ *Ibidem*, párr [257].

⁴¹ *Ibidem*, párrs [274] y [275].

⁴² *Ibidem*, párr [333]. Esta aseveración es refutada por el ministro Brown en el voto concurrente, quien concluye que no puede haber una separación cuando la cláusula de Uber está redactada como una sola disposición. *Ibidem*, párrs. [139] y [140].

⁴³ *Ibidem*, párrs [288] y [319].

contienen sólidas disposiciones de orden público en favor de la ejecución de acuerdos arbitrales.⁴⁴ La SCC, dice, no debe buscar retroceder en la historia, dándole nueva vida a fundamentos y doctrinas que son irreconciliables con las concepciones modernas del arbitraje.⁴⁵

VI. CONCLUSIONES

Sin duda alguna, la decisión de la SCC en este caso tiene importantes implicaciones para los efectos que puedan tener las cláusulas arbitrales contenidas en los términos y condiciones que se aceptan al usar plataformas tecnológicas. Desde el punto de vista jurídico, esta decisión no ha estado exenta de críticas en los círculos académicos canadienses y estadounidenses, principalmente.⁴⁶ Aunque algunos comentaristas han hecho un llamado a la SCC para que tenga una perspectiva más rígida respecto a los contratos de adhesión como el de Uber,⁴⁷ otros han criticado la falta de claridad en esta sentencia, en donde la opinión de la mayoría pareciera que fue más allá incluso de sus propios criterios anteriores con respecto a la doctrina de la no razonabilidad.⁴⁸

Por otra parte, la referencia que hace la opinión de la mayoría al derecho estadounidense⁴⁹ respecto a la doctrina de *Unconscionability* también ha sido objeto de críticas. El Uniform Commercial Code en Estados Unidos representa la primera codificación formal de esta doctrina, que fue de especial importancia para uno de sus redactores principales, el profesor Karl Llewellyn, quien originalmente tuvo la intención de invalidar o debilitar la aplicación de los contratos de adhesión.⁵⁰ La SCC también se refiere al vínculo en la doctrina estadounidense entre los contratos de adhesión y la no razonabilidad. Establecer este vínculo de manera homogénea es complicado, ya que

⁴⁴ *Ibidem*, párr [309].

⁴⁵ *Ibidem*, párr [209].

⁴⁶ *Contract Law*, *supra* 6, p. 2603.

⁴⁷ *Idem*. Citando: Braucher, Jean, “Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State”, 45 *Can. Bus. L. J.* 382, 383 (2007); Korobkin, Russell, “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”, 70 *U. Chi. L. Rev.* 1203, 1259 (2003) “The suggestion by some courts that adhesive contracts are particularly prone to terms that are undesirable for buyers arises from a fundamental misunderstanding about how the market disciplines sellers”.

⁴⁸ *Idem*. Citando: Girgis, Jassmine, “The Expansion of Unconscionability - The Supreme Court’s Uber Reach”, *Ablawg* (July 23, 2020), disponible en: <https://ablawg.ca/2020/07/23/the-expansion-of-unconscionability-the-supreme-courts-uber-reach> [<https://perma.cc/P95E-LBEC>].

⁴⁹ *Heller*, párr. [90].

⁵⁰ *Ibidem*, párr [87] y véase *Contract Law*, *supra* 6, p. 2604.

el derecho contractual de Estados Unidos ha surgido principalmente del derecho de cada uno de los estados y es, por lo tanto, heterogéneo.⁵¹

El tomar una perspectiva a partir del análisis de este caso con respecto a lo que sucede o pueda suceder en México con este tipo de cláusulas en contratos de adhesión de plataformas tecnológicas va más allá de las intenciones del presente comentario. A reserva de que existen criterios jurisprudenciales que nos dan cierta luz en temas análogos⁵² al enfoque argumentativo de *Heller*, quizá un litigio estratégico, o una reforma legislativa más clara en la materia, ayudaría a brindar más certidumbre.⁵³

⁵¹ *Contract Law*, *supra* 6, p. 2604, citando: Landrum, Susan, “Much Ado About Nothing?: What the Numbers Tell Us About How State Courts Apply the Unconscionability Doctrine to Arbitration Agreements”, 97 *Marq. L. Rev.*, 758 (2014).

⁵² Véase, por ejemplo, la siguiente Tesis 1a. XXXVII/2017 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (el énfasis es nuestro): “LAUDOS ARBITRALES. ESTÁNDAR DE REVISIÓN JUDICIAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN DE UN TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA. En un modelo de Estado constitucional como el de México, los Jueces tienen la responsabilidad de revisar la validez de los actos y las normas producidos por otros poderes u órganos, así como los emitidos por particulares y deben preguntarse por el apropiado estándar de revisión judicial aplicable, pues no todo acto de producción jurídica debe someterse a un estándar idéntico, ya que, de aplicarse uno estricto sobre decisiones previstas para ejercerse con un alto grado de discrecionalidad, se generaría una indebida interferencia; igualmente, uno laxo sobre decisiones diseñadas para ejercerse con poco margen de apreciación diluiría el poder de controlar la regularidad de la aplicación del derecho. Ahora bien, los árbitros no pueden aspirar a tener libertad absoluta para interpretar el acuerdo arbitral, pues el artículo 1457, fracción I, incisos c) y d), del Código de Comercio establece, entre otras cuestiones, que un laudo arbitral podría ser anulado ante autoridad judicial cuando los árbitros han fijado incorrectamente los límites de su propia competencia. Así, la autoridad judicial debe involucrarse en la interpretación de los términos de un contrato y revisar las decisiones interpretativas del tribunal arbitral; sin embargo, ello no implica que puedan sustituirse. Así, los Jueces deben auto-restringirse y no someter a escrutinio las operaciones interpretativas de los árbitros con el mismo alcance con el que se revisa a una instancia judicial inferior, por lo que deben evaluar la regularidad de los laudos arbitrales con base en un estándar de dos pasos. En primer lugar, la autoridad judicial debe acudir al texto del acuerdo arbitral o cláusula compromisoria y determinar si los términos empleados por las partes son claros y precisos, en cuyo caso el Juez debe aplicarla. De no ser clara la estipulación contractual, los jueces deben acudir al segundo paso, es decir, cuando se constate que el lenguaje del acuerdo arbitral sea ambiguo, deficientemente precisado por las partes, o vago, pues en ese caso debe anteponerse el poder de los árbitros de determinar su sentido. Aquí los juzgadores no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino verificar si la del tribunal arbitral es razonable y, sólo declarar su invalidez si la decisión arbitral es caprichosa o arbitraria, siendo suficiente constatar la utilización de un método interpretativo razonable”.

⁵³ Véase nota “México evalúa regular el trabajo de repartidores y choferes de apps como Uber”, *Expansión*, 21 de agosto de 2021, disponible en: <https://expansion.mx/empresas/2021/08/21/mexico-regular-trabajo-repartidores-choferes-apps-uber> (fecha de consulta: enero de 2022).

Entre tanto, la revolucionaria plataforma tecnológica de Uber ha tenido retos jurídicos muy significativos. Tal es el caso de las demandas presentadas contra Uber en el Reino Unido, e incluso en los Países Bajos, el país en donde esta empresa está incorporada ya donde su contrato de adhesión remite como lugar y ley aplicable en un arbitraje. En ambas jurisdicciones se determinó que los choferes de Uber sí tienen una relación laboral, y por lo tanto deben recibir las prestaciones y demás prerrogativas que por ley les corresponden.⁵⁴

A raíz de la decisión de la SCC en *Heller*, al momento que se escribe este comentario, Uber enfrenta una acción colectiva, que puede tener consecuencias jurídicas muy importantes respecto a la relación legal de esta empresa con sus conductores en la provincia de Ontario.⁵⁵ Pero aún más allá de esta jurisdicción, el caso *per se* puede desde ya considerarse como paradigmático para el estudio de la relación entre el arbitraje y los retos jurídicos que imponen las tecnologías de la información.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Contract Law – Unconscionability Doctrine – Supreme Court of Canada Targets Standard form Contracts – *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, 447 D.L.R. 4th 179 (Can.)”, 134 *Harv. L. Rev.* 2598, disponible en: <https://harvardlawreview.org/2021/05/uber-technologies-inc-v-heller/> (fecha de consulta: enero de 2022).

“La inédita decisión de Uber en el Reino Unido que puede desatar una revolución en la economía gig del mundo”, *BBC News*, 17 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-56424582> (fecha de consulta: enero de 2022). Véase también, “Uber pierde batalla legal en Holanda”, *Swissinfo.ch*, 13 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.swissinfo.ch/spa/uber-pierde-batalla-judicial-en-holanda-sobre-los-derechos-de-los-choferes/46944602> (fecha de consulta: enero de 2022).

⁵⁴ Véase nota “La inédita decisión de Uber en el Reino Unido que puede desatar una revolución en la economía gig del mundo”, *BBC News*, 17 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-56424582> (fecha de consulta: enero de 2022). Véase también, “Uber pierde batalla legal en Holanda”, *Swissinfo.ch*, 13 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.swissinfo.ch/spa/uber-pierde-batalla-judicial-en-holanda-sobre-los-derechos-de-los-choferes/46944602> (fecha de consulta: enero de 2022).

⁵⁵ Véase nota: “Ontario court certifies class action against Uber, advancing fight for worker rights”, *The Globe and Mail*, 12 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.theglobeandmail.com/business/article-ontario-court-certifies-class-action-against-uber-advancing-fight-for/> (fecha de consulta: enero de 2022).

- “México evalúa regular el trabajo de repartidores y choferes de apps como Uber”, *Expansión*, 21 de agosto de 2021, disponible en: <https://expansion.mx/empresas/2021/08/21/mexico-regular-trabajo-repartidores-choferes-apps-uber> (fecha de consulta: enero de 2022).
- BRAUCHER, Jean, “Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass Market Framing Strategies and the Modern Administrative State”, 45 *Can. Bus. L. J.* (2007).
- ESTLUND, Cynthia, “The Black Hole of Mandatory Arbitration” (2018), 96 *N.C.L. Rev.* 679.
- GIRGIS, Jassmine, “The Expansion of Unconscionability — The Supreme Court’s Uber Reach”, *Ablawg* (July 23, 2020), disponible en: <https://ablawg.ca/2020/07/23/the-expansion-of-unconscionability-the-supreme-courts-uber-reach> [<https://perma.cc/P95E-LBEC>].
- KOROBKIN, Russell, “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”, 70 *U. Chi. L. Rev.*, 1259 (2003), “The suggestion by some courts that adhesive contracts are particularly prone to terms that are undesirable for buyers arises from a fundamental misunderstanding about how the market disciplines sellers”.
- Uber Technologies, Inc. v. Heller*, 2020 SC 16, 447 *D.L.R.* 4th 179 (Can.), disponible en: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2020/38534-eng.aspx> (fecha de consulta: enero de 2022).
- WALSH, Catherine, “The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts” 60 *U.N.B.L.J.* (2010), 12.
- WATSON HAMILTON, Jonnette, “Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?” 51 *McGill L. J.* (2006), 693.

TERCER PARTE

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO FEDERAL

LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC) EN EL DERECHO FISCAL MEXICANO

Adriana CABEZUT URIBE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sociología jurídica*. III. *Los métodos alternos de solución de controversias*. IV. *La materia fiscal*. V. *La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente*. VI. *Los acuerdos conclusivos*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

En el texto se analizan los métodos alternos de solución de controversias (MASC) desde el punto de vista de la sociología jurídica, ya que éstos surgen para satisfacer la necesidad social de una impartición de justicia pronta y eficaz. Posteriormente, se explica por qué no se opta por el término de “mecanismos alternativos” y se prefiere utilizar el de “métodos alternos”. En seguida, se estudian estos métodos desde el punto de vista de la materia fiscal, que comprende al derecho fiscal propiamente dicho, al derecho impositivo y al derecho tributario. Para continuar, se examina la reciente aparición en México de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon), seguido por un análisis de los acuerdos conclusivos que se llevan a cabo con la participación de esta Procuraduría. Por último, se ofrecen las conclusiones de la investigación.

II. SOCIOLOGÍA JURÍDICA

El estudio de los métodos alternos de solución de controversias corresponde esencialmente a la sociología jurídica, en virtud de que es ésta la que se encarga

* Maestra en derecho administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México y magistrada en retiro del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

de analizar lo jurídico como consecuencia de la interacción social, derivada de la convivencia humana.

Toda sociedad, por primitiva que sea, posee un sistema de reglas y normas que deben cumplirse por sus integrantes a fin de mantener el orden social.

Debemos considerar al derecho como un fenómeno social que surge de la necesidad de regulación de las conductas de los integrantes del grupo, a fin de mantener la estabilidad y la paz de éste.

Entendemos así que el derecho es el conjunto de normas que regulan las conductas humanas a fin de mantener una coexistencia pacífica, evitando, en la medida de lo posible, los conflictos y controversias que surjan en lo individual o entre los grupos que a su vez integran el conglomerado social.

La sociedad también se ha encargado de crear órganos que aplican esas normas, y que, en su caso, dirimen los conflictos que llegaran a presentarse y sancionan al infractor; todo ello a fin de hacer prevalecer el orden social y la convivencia pacífica.

A medida que la sociedad crece, se va haciendo más compleja esa convivencia humana, y esos órganos, encargados de mantener el orden social, dejan de ser eficientes y no resuelven los conflictos con la rapidez deseada, aunado a que no todos los conflictos son iguales, pues algunos pueden ser resueltos entre las propias partes sin necesidad de acudir al órgano encargado de resolverlos, porque se trata de infracciones menores a las normas de convivencia social que no ameritan una sanción grave y se prefiere darles una solución consensuada.

Es entonces cuando aparecen, como forma de solución eficiente y eficaz, los métodos alternos de solución de conflictos, los cuales incluso satisfacen la necesidad social de resolver los conflictos con mayor rapidez, y que permiten llegar a acuerdos consensuados entre las partes con intereses opuestos.

Es importante destacar que los métodos alternos de solución de conflictos no son creados por el derecho, sino que nacen de las propias relaciones sociales disociativas que se dan entre los miembros de toda sociedad y de la necesidad de que esas relaciones se resuelvan sin dilaciones innecesarias, se eviten costos y gastos y se disminuya la carga de trabajo que pesa sobre los órganos encargados de resolver esos conflictos institucionalmente.

III. LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El acceso a la justicia constituye un derecho inherente a todo individuo, razón por la cual es trascendente que el Estado construya los medios mínimos

para materializarlo, así como políticas públicas que lo garanticen a través de instituciones judiciales que lo implementen.

El artículo 17 constitucional, desde siempre ha consagrado el derecho que toda persona posee de acceso a la impartición de justicia, y establece a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición, de resolver las controversias ante ellas planteadas dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita un pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido, y 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.

En México, tradicionalmente el Poder Judicial ha detentado el monopolio de la resolución de las controversias, por lo que el Estado debe implementar los medios para que efectivamente se garantice el derecho de acceso a la justicia, y para ello "...es posible una concurrencia de servicios, de tal manera que, a la vez de los servicios públicos de justicia, puede haber otros servicios completamente privados y que la opción por estas modalidades dimana de la voluntad de las partes como vía electiva ante el sistema judicial ordinario".¹

Mediante reforma constitucional del 18 de junio de 2008 se modificó el tercer párrafo del artículo 17 para establecer: "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",² dando lugar a una alternativa para el gobernado para acceder a la justicia.

Aparece así un modelo jurídico que permite configurar el derecho del acceso a la justicia y brinda la oportunidad al Estado de cumplir con lo

¹ Ramos, Fernando, *Medidas alternativas a la resolución de conflictos por la vía judicial en el ámbito civil patrimonial*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 811 y 812.

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 17, tercer párrafo.

que jurídica y socialmente se encuentra obligado. Este modelo se encuentra configurado por los métodos de solución alterna, que permiten consolidar el acceso a la justicia de forma eficiente y cercana a las necesidades de la población.

Antes de adentrarse en la explicación de estas figuras alternas, se considera necesario puntualizar y aclarar la denominación de estas formas alternas de solución de conflictos, ya que con frecuencia encontramos diversas maneras de denominarlas, acarreando una consecuente confusión de términos, pues en ocasiones se habla de “medios”; otras, de “mecanismos”, como lo hace la Constitución y en general la legislación penal mexicana, y también se las llama “métodos”.

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008, que modificó el tercer párrafo del artículo 17, utiliza el vocablo “mecanismo”, que el *Diccionario de la lengua española* define como “conjunto de partes de una máquina en su disposición adecuada”, es decir, conjunto de piezas o elementos que, ajustados entre sí y empleando energía mecánica, hacen un trabajo o cumplen una función.³

Esta denominación no parece muy afortunada para describir y entender a cabalidad esta figura de solución de conflictos, ya que no se trata de piezas o elementos que integren una máquina.

También se ha utilizado el vocablo “medio”, que, siguiendo la definición del mismo *Diccionario*, significa “cosa que puede servir para un determinado fin”. Esta denominación parece acercarse más a describir estas formas de solución de conflictos.⁴

Por último, aparece con frecuencia que al hablar de estas figuras se les denomine “métodos alternos de solución de controversias”, refiriéndose al procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad.

Esta denominación es tal vez la más acertada, pues es la que determina que estas figuras de solución de conflictos se conforman por los procedimientos que se siguen para resolver las controversias. Por esta razón es que se utiliza y se utilizará aquí para describir, explicar y comprender estas figuras.

Entonces, a través de las normas jurídicas se da respuesta a la necesidad social de acceso a la justicia que tienen los particulares para que acudan, voluntariamente, a alguno de estos métodos para solucionar sus controversias, sin necesidad de acudir a la justicia formal encomendada a los tribunales judiciales, los que se encuentran sobrepasados en la resolución de las controversias y hacen cada vez más lenta la impartición de justicia, incumpliendo con el principio de justicia pronta.

³ *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Real Academia Española, t. II, 200.

⁴ *Idem*.

En nuestra legislación existían ya leyes que adoptaron, con antelación a la reforma constitucional, esta modalidad para solucionar controversias entre particulares, como lo es el artículo 97 de la Ley de Comercio Exterior (reforma del 22 de diciembre de 1993 “Artículo 97 ...cualquier parte interesada podrá optar por acudir a los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia de prácticas desleales contenidos en tratados comerciales internacionales de los que México sea parte...”).⁵

Se debe entender a la justicia alternativa como la satisfacción estructurada de la necesidad social de acceso a la justicia, distinta de la jurisdiccional, para la solución de controversias entre particulares, que la complementa y coexiste con ella, y en forma alguna pretende sustituirla.

La justicia alternativa de solución de conflictos está constituida por métodos convencionales, expeditos y económicos, que son menos formales (lo que no significa que no sean estructurados) que los judiciales y ofrecen mayores posibilidades a las partes de participar activamente y de controlar de forma más cercana el proceso de solución de sus conflictos.

Son particularidades que caracterizan a estos métodos alternos: 1) voluntariedad: es decir, las partes participan por su propia y libre decisión, sin coacción ni obligación alguna; 2) información: debe informarse a las partes, de manera clara y completa, sobre los métodos alternos, de sus consecuencias y alcances; 3) confidencialidad: la información de que se trate no deberá divulgarse y no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes; 4) flexibilidad y simplicidad: carecerán de toda forma estricta, propiciarán un entorno que sea idóneo para la manifestación de las propuestas de las partes para resolver por consenso la controversia; para tal efecto, se evitará establecer formalismos innecesarios y se usará un lenguaje sencillo; 5) imparcialidad: deberán ser conducidos con objetividad, evitando la emisión de juicios, opiniones, prejuicios, favoritismos, inclinaciones o preferencias que concedan u otorguen ventajas a alguna de las partes; 6) equidad: propiciarán condiciones de equilibrio entre las partes; 7) honestidad: las partes y el facilitador deberán conducir su participación durante el método alternativo con apego a la verdad.⁶

Los métodos clásicos de resolución de conflictos son: la negociación, que busca crear un ambiente que permita a las partes alcanzar una solución razonable por sí mismas; la mediación, que cuenta con la intervención de un tercero ajeno a la disputa, que auxilia a las partes a alcanzar una solu-

⁵ Ley de Comercio Exterior, 1993.

⁶ 6 numeral 4 de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

ción; la conciliación, en la que el tercero propone y coopera para que las partes lleguen a un acuerdo por ellas mismas, y el arbitraje, en el que, ante las posiciones contrarias de las partes, el tercero decide o resuelve.

Debe destacarse, empero, que la mediación es el método alternativo de solución de controversias entre particulares más frecuentemente utilizado, porque se basa en la autocomposición asistida, la prontitud, la economía y la satisfacción de los intereses de las partes, cuando estos no afecten el interés público. Se trata entonces de derechos de los que los particulares pueden disponer libre y voluntariamente.

La Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León⁷ establece:

Artículo 1o. La presente Ley es de orden público, de interés social y de observancia general en el Estado de Nuevo León y tiene por objeto:

I. Arbitraje: Mecanismo alternativo por el que las partes deciden someter a este procedimiento todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, en el cual interviene un tercero imparcial, denominado árbitro, que resuelve la controversia mediante la emisión de un laudo;

...

IX. Conciliación: Mecanismo alternativo voluntario mediante el cual uno o más facilitadores, denominados conciliadores, intervienen facilitando la comunicación entre los participantes de la controversia y proponiendo recomendaciones o sugerencias que les ayuden a lograr una solución que ponga fin a la misma, total o parcialmente;

...

XIX. Mediación: Es el mecanismo alternativo 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 una solución total o parcial. El facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los intervinientes.

Las ventajas y beneficios derivados de la utilización de los métodos alternativos de solución de controversias son muchos y muy variados. Los principales son: que son más rápidos, menos onerosos, privados y confidenciales; se desarrollan en un entorno adecuado para el tratamiento del conflicto y brindan a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo.

⁷ Publicada en el *Periódico Oficial del Estado* el 13 de enero de 2017, y cuya última reforma, es del 30 de diciembre de 2020.

También existen detractores que consideran que como esos métodos no sientan precedente alguno, puede suceder que una vez que se resuelva en un sentido y a la siguiente ocasión se resuelva en otro; que con ellos se lesiona el derecho a la defensa, sobre todo cuando se les acepta sin la intervención de personas especializadas asesorando a las partes y con mediadores, en ocasiones, sin formación jurídica.⁸

Pese a estas críticas, es innegable que los métodos alternos de solución de controversias se presentan como una satisfacción a la necesidad de garantizar el acceso a la justicia, complementando al sistema de justicia tradicional, que se ha extendido en su adopción a materias diferentes de la penal, como son la civil, la mercantil, la agraria y otras.

IV. LA MATERIA FISCAL

Al referirnos a la materia fiscal incluimos en ella todo lo relativo a los ingresos del Estado, provenientes de las contribuciones y a las relaciones entre el propio Estado y los particulares, considerados en su calidad de contribuyentes.

Lo anterior implica que la materia fiscal engloba al derecho tributario, al derecho impositivo y al derecho fiscal, acepciones que se utilizan generalmente como sinónimos; sin embargo, existen diferencias, que resulta conveniente destacar.

El derecho tributario estudia el régimen jurídico del tributo. El derecho impositivo examina lo relacionado con las obligaciones que el Estado impone a los contribuyentes y, por último, el derecho fiscal se refiere únicamente a los ingresos que el Estado recibe a través de las diversas contribuciones.

Sergio Francisco de la Garza dice que

...el Derecho Tributario es el conjunto de normas jurídicas, que se refieren al establecimiento de los tributos, esto es, a los impuestos, derechos, contribuciones especiales; a las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración y los particulares con motivo de su nacimiento, cumplimiento o incumplimiento, a los procedimientos oficiosos o contenciosos que pueden surgir y las sanciones establecidas por su violación.⁹

⁸ Vargas, Juan, “Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”, *Anales de Jurisprudencia*, vol. 264, 2003, p. 237.

⁹ Garza, Sergio Francisco de la, *Derecho financiero mexicano*, 14a. ed., México, Porrúa, 1986.

De acuerdo con las distinciones antes establecidas, corresponde al derecho impositivo examinar las obligaciones de los contribuyentes, que nuestra Constitución federal recoge en su artículo 31, fracción IV, que corresponde al derecho impositivo, y señala:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

...

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.¹⁰

La obligación de contribuir es entonces de carácter constrictivo, coactivo, forzoso, imperativo, coercitivo, dada por una ley jurídica que, en el caso de México, lo es la propia Constitución federal, y confirma esas características el artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación, que a la letra dice:

Artículo 5o. Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal.¹¹

En este precepto legal encontramos claramente la distinción entre derecho impositivo, previsto en su primer párrafo, y el derecho tributario, consagrado en el segundo.

Resulta indudable que en el derecho impositivo no puede aplicarse la justicia alternativa ni los métodos alternos de solución de conflictos, pues sus normas son de aplicación estricta. En cambio, respecto de las demás disposiciones fiscales que no se refieren a cargas a los particulares, sí podrán interpretarse aplicando cualquier método de interpretación jurídica, e incluso métodos alternos de solución de controversias.

La solución de las controversias en materia fiscal tradicionalmente corresponde a los tribunales judiciales; antes de 1936, a los jueces de distrito y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A partir del 27 de agosto de

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Código Fiscal de la Federación.

1936 se crea el Tribunal Fiscal de la Federación, el que, con muchas evoluciones, ahora es el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, encargado de aplicar, interpretar e impartir la justicia fiscal formal.

Dentro del procedimiento llevado en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa no cabe la adopción de métodos alternos de solución de conflictos, pues aplica e interpreta las normas fiscales de derecho positivo y derecho fiscal, propiamente dicho.

En la práctica, sucedió durante mucho tiempo que nuestro sistema tributario se caracterizó por ser coactivo, no cooperativo, basando sus estrategias de recaudación en el ejercicio de sus facultades de comprobación y de sanción, lo que trajo como consecuencia la creación de muchas salas regionales, ordinarias o especializadas, a lo largo y ancho de la República mexicana, para resolver las controversias entre los contribuyentes y el fisco. El volumen de éstas ha rebasado la capacidad resolutoria del Tribunal.

Ante la urgente necesidad de encontrar una forma que ofreciera mejores y mayores posibilidades al contribuyente para regularizar su situación fiscal durante el ejercicio de las facultades de comprobación de la autoridad, así como para reducir la judicialización de las controversias, surge como institución la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.

V. LA PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE

La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente surge en el ámbito normativo mexicano el 5 de enero de 2004, con motivo de la adición del artículo 18-B al Código Fiscal de la Federación, en el que se introdujo esta figura como un organismo autónomo encargado de la protección y defensa de los intereses de los contribuyentes.

Artículo 18-B. La protección y defensa de los derechos e intereses de los contribuyentes en materia fiscal y administrativa estará a cargo de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, correspondiéndole la asesoría, representación y defensa de los contribuyentes que soliciten su intervención, en todo tipo de asuntos emitidos por autoridades administrativas y organismos federales descentralizados, así como determinaciones de autoridades fiscales y de organismos fiscales autónomos de orden federal.

La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente se establece como organismo autónomo, con independencia técnica y operativa. La prestación de

sus servicios será gratuita y sus funciones, alcance y organización se contienen en la Ley Orgánica respectiva.¹²

Sin embargo, no fue hasta el 4 de septiembre de 2006, con la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del Decreto por el que se expide la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, cuando se regula su funcionamiento y se establece su estructura.

La Procuraduría fue dotada por el legislador, de plena autonomía de gestión; esto es, se le dio una naturaleza jurídica correspondiente a la de un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, pero con la particularidad de que no está sectorizado a la administración pública federal; es decir, sin relación de subordinación con los órganos del Ejecutivo Federal.

En este contexto, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente constituye un medio no jurisdiccional de defensa de los contribuyentes, especialmente respecto del servicio de quejas y reclamaciones, que le permite erigirse en *Ombudsman* del contribuyente. A través de esta facultad, la Procuraduría conoce e investiga las quejas que se presentan contra los actos de las autoridades fiscales federales que los contribuyentes estiman violan sus derechos.

Los medios no jurisdiccionales son aquellos que, sin utilizar la función jurisdiccional, promueven y protegen los derechos de los gobernados mediante procesos propios, usualmente más flexibles.

Cualquier persona física o moral puede presentar una queja o reclamación, la que es procedente contra cualquier acto emitido por alguna autoridad fiscal, y se inicia con la presentación de la solicitud por escrito, aclarando que también pueden admitirse quejas verbales, o bien vía Internet, con la única limitante de que el monto del negocio, a partir de febrero de 2021, no exceda de 981,339.00 pesos.

Estos procedimientos pueden concluir con la emisión de recomendaciones públicas a las autoridades fiscales, en cuyo caso se proponen las medidas correctivas que se estimen necesarias para reparar los derechos afectados.

VI. LOS ACUERDOS CONCLUSIVOS

A través de esta figura, incorporada con la reforma fiscal de 2014 al Código Fiscal de la Federación, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente interviene como mediadora entre la autoridad fiscal y el contribuyente para

¹² Código Fiscal de la Federación.

solucionar los problemas derivados de la calificación de hechos u omisiones en los procedimientos de comprobación fiscal; es decir, durante una visita domiciliaria o una revisión de gabinete, esto es, etapas previas a la determinación de un crédito.

Su principal objetivo es el de disminuir los índices de judicialización en materia fiscal, garantizando un amplio margen de seguridad jurídica en los procedimientos tributarios y ahorrando costos a ambas partes.

Se trata de un procedimiento administrativo; voluntario, donde sólo el contribuyente puede solicitar su celebración; ágil y flexible, que tiene por objeto encontrar coincidencias y soluciones satisfactorias, tanto para la autoridad fiscal como para el sujeto auditado, con la presencia de la Procuraduría, que los asiste en su carácter de intermediaria, vigilando en todo momento que se preserve el cumplimiento de las disposiciones jurídicas aplicables, esencialmente en lo relativo a los derechos del contribuyente.

Así, los acuerdos conclusivos constituyen un medio alternativo, no gravoso, rápido y transparente para la solución de diferendos entre autoridades fiscales y contribuyentes. Representan un doble beneficio para el contribuyente: jurídico y económico, pues por un lado otorgan certeza jurídica, ya que contra ellos no procede medio de defensa alguno, además de que es la única figura respecto de la cual el legislador estableció que no procede el juicio de lesividad; y por otro lado, permiten obtener la condonación, por única ocasión, del 100% de multa.

De igual forma, aumenta paulatinamente la confianza de los contribuyentes en la queja como un medio expedito y no costoso para solucionar esas controversias sin acudir a la vía jurisdiccional.

En efecto, la primera gran responsabilidad de la Procuraduría es la de instrumentar, bajo los principios de celeridad, inmediatez y flexibilidad, el procedimiento para la adopción del acuerdo conclusivo, que se prevé en los artículos 69-C al 69-H del Código Fiscal de la Federación; 71 y 72 del Reglamento del citado Código, y en los artículos 96 a 107 de los Lineamientos que regulan el ejercicio de las atribuciones sustantivas de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2014.

Los acuerdos conclusivos son un medio alternativo inédito de solución de controversias que se establece entre autoridades revisoras y contribuyentes sujetos a cualquiera de las facultades de comprobación previstas en el artículo 42, fracciones II, III o IX (revisiones de gabinete, visitas domiciliarias o revisiones electrónicas) del Código Fiscal de la Federación, y en el artículo 155 de la Ley Aduanera (procedimiento administrativo en materia aduanera derivado de visita domiciliaria); con la participación institucional

de la Procuraduría, que es un organismo altamente especializado en materia fiscal, encargado de constatar que el procedimiento para la adopción de los acuerdos conclusivos se desarrolle de manera transparente, y que dichos acuerdos no sean contrarios a las disposiciones legales, esencialmente a aquellas que se refieren a los derechos humanos de los contribuyentes.

VII. CONCLUSIONES

Los métodos alternos de solución de controversias (MASC) obedecen a la necesidad social de una impartición de justicia pronta y eficaz, por lo que corresponde su estudio a la sociología jurídica.

La reforma constitucional de 2008 permitió la adopción de métodos alternativos de solución de controversias (MASC) en diferentes ramas del derecho mexicano.

En el derecho impositivo mexicano no se admiten los métodos alternos de solución de controversias; en cambio, respecto de las demás disposiciones fiscales, que no se refieren a cargas a los particulares, sí podrán interpretarse, aplicando cualquier método de interpretación jurídica.

Por esa razón, se crea la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon), para evitar la judicialización de las controversias.

Es en la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente donde se lleva a cabo la defensa no jurisdiccional del contribuyente, donde surgen los acuerdos conclusivos, que constituyen un método alternativo de solución de controversias.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, t. II, 22a. ed., 2001.
- GARZA, Sergio Francisco de la, *Derecho financiero mexicano*, 14a. ed., México, Porrúa, 1986.
- RAMOS, Fernando, *Medidas alternativas a la resolución de conflictos por la vía judicial en el ámbito civil patrimonial*, Barcelona, Bosch, 1981.
- VARGAS, Juan, "Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial", *Anales de Jurisprudencia*, vol. 264, 2003.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC) EN EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO: EL PROCESO DE ARBITRAJE MÉDICO EN LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO (CONAMED)

Rosa María DÍAZ LÓPEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Medios de control de constitucionalidad. Origen no jurisdiccional de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed)*. III. *Generalidades del derecho a la protección de la salud en México y algunas notas internacionales*. IV. *Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de salud: la conciliación y el juicio arbitral*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

En medicina, el arbitraje empieza a visualizarse como una de las herramientas más poderosas para dirimir las inconformidades que surgen entre los pacientes y los profesionales de la salud derivadas del acto médico. Desde su formación como organismo público, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) ha logrado acumular una gran cantidad de información que ha permitido perfeccionar y mejorar tanto los métodos como los procedimientos para la atención de inconformidades, prevenir los potenciales conflictos médicos e influir en la práctica de la medicina con calidad.¹ Este conjunto de grandes acciones ha logrado integrarse y definirse en un esquema funcional para la recepción, procesamiento, análisis, evaluación

* Licenciada, maestra y doctora en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigadora titular en el Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica (CITEJYC) de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL) y catedrática en el área de Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL.

¹ “El modelo mexicano de arbitraje médico a la vanguardia en América Latina”, *Rev. Conamed*, 2001, 6(3), pp. 4 y 5.

y resolución de los conflictos, denominado como el Modelo Mexicano de Arbitraje Médico.

Una vez que se presenta el conflicto por motivos de atención médica, se abren ante el quejoso dos opciones: una de ellas implica el recurrir al sistema judicial mediante demandas o denuncias, tanto civiles como penales, para posteriormente seguir el extenso y tortuoso camino que caracteriza a estos procedimientos en nuestro país. La otra opción implica tratar de resolver el conflicto mediante la negociación, la mediación, la conciliación o el arbitraje, que son los métodos “alternativos”, también llamados “alternos”.

En el presente trabajo se abordará el papel de la Conamed como entidad por medio de la cual se ejecuta el arbitraje médico en México, tomando en cuenta su naturaleza no jurisdiccional y su desempeño en la actualidad en el cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

II. MEDIOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ORIGEN NO JURISDICCIONAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO (CONAMED)

Los medios de control constitucionales o de la constitucionalidad son los instrumentos a través de los cuales se busca mantener o defender el orden creado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.² Éstos pueden ser de naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional. En México, los medios de control constitucional son los siguientes:

- 1) El juicio político.
- 2) Las acciones de inconstitucionalidad.
- 3) Las controversias constitucionales.
- 4) Los procesos jurisdiccionales en materia electoral.
- 5) El juicio de amparo.
- 6) Los organismos de protección de los derechos humanos.

Los tres últimos medios de control de la constitucionalidad tienen la particularidad de la defensa de los derechos humanos y garantías individuales. Solamente el juicio de amparo tiene carácter o naturaleza jurisdiccional.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) es uno de los organismos encargados de la protección no jurisdiccional de los dere-

² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los medios de control de la constitucionalidad*, México, SCJN, 2002, p. 3.

chos humanos en México. Posterior a su surgimiento, se han establecido algunos otros que ejercen los mismos tipos de funciones, tales como:

- Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed), 1996.
- Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), 1999.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), 2003.
- Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), 2002.
- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), 2014.

Adicionalmente, existen otros, que de igual forma realizan funciones de protección no jurisdiccional de derechos, tanto a nivel federal como local, entre los que podemos encontrar el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), la Procuraduría de la Defensa del Trabajo (PDT), la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), las procuradurías del Menor, de la Mujer o de los Indígenas, la Procuraduría Agraria, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon), las Comisiones Ejecutivas de Atención de Víctimas, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), etcétera.³

III. GENERALIDADES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN MÉXICO Y ALGUNAS NOTAS INTERNACIONALES

El derecho a la salud (o a su protección)⁴ es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata de un derecho complejo que se despliega en una am-

³ Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel de, “Consideraciones sobre la protección no jurisdiccional de los derechos humanos y la figura del *ombudsman* en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4736/11.pdf>.

⁴ No es lo mismo el derecho a la salud que el derecho a la protección de la salud; aunque consideramos que no es relevante entrar en cuestiones puramente semánticas, sí es apropiado señalar que el primero es más amplio, mientras que el segundo parece dar cuenta, más bien, de la obligación que tiene el Estado de desarrollar acciones positivas tendientes justamente a proteger la salud o repararla cuando ha sido afectada; sobre esto, Leary, Virginia A., “Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y derecho a la salud”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 55, diciembre de 1995, pp. 91 y ss.

plia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado. El derecho a la salud tiene un carácter prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos.

El párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional garantiza para todas las personas el derecho a la protección de la salud. En su segunda parte, dicho párrafo ordena al legislador definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, así como disponer la concurrencia entre los distintos gobiernos sobre la materia, de acuerdo con lo establecido en la fracción XVI del artículo 73 constitucional.

Dada la relevancia del tema de este trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos y derechos sociales, es vital hacer mención de la iniciativa de reformas al artículo 4o., aprobada en 2019, la cual representa un cambio cualitativo, ya que se trata de transformar programas sociales en derechos sociales. Mientras que un programa social está dirigido generalmente a grupos delimitados y focalizados, un derecho social es de todas y de todos.

Por todo ello, es de gran impacto la decisión que se tomó de convertir en derechos sociales un conjunto de programas y políticas sociales sobre temas de salud y a favor tanto de los adultos mayores como de personas con discapacidad permanente y estudiantes de escuelas públicas de todos los niveles.

Entre otros cambios, destacan la creación del Instituto de Salud para el Bienestar y el garantizar el acceso universal a los servicios médicos, además de elevar las pensiones de adultos mayores y personas con discapacidad, así como becas para estudiantes de escasos recursos.

La nueva redacción del párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional, en donde se especifican las nuevas garantías para los ciudadanos mexicanos, dice:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social. El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la ley. Para recibir esta prestación tendrán prioridad las y los menores de dieciocho años, las y los indígenas, y las y los afromexicanos hasta la edad de sesenta y cuatro años, y las personas que se encuentren en condición de pobreza.

Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la ley. En el caso de las y los indígenas, y las y los afromexicanos, esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años de edad. El Estado establecerá un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del Sistema de Educación Pública con prioridad a las y los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza, para garantizar con equidad el derecho a la educación.

TRANSITORIOS:

Primero: El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo: El Congreso de la Unión deberá armonizar el marco jurídico en la materia para adecuarlo al contenido del presente Decreto en un plazo que no excederá de 365 días a partir de la entrada en vigor del mismo, debiendo incluir disposiciones que determinen los alcances y permitan dar cumplimiento gradual conforme a lo que se apruebe en los presupuestos de egresos correspondientes, así como la concurrencia de los tres órdenes de gobierno para garantizar los derechos derivados del presente Decreto.

Tercero: El monto de los recursos asignados en el Presupuesto de Egresos de la Federación y en el presupuesto de las entidades federativas del ejercicio fiscal que corresponda para programas de atención médica y medicamentos gratuitos, de apoyo económico para personas que tengan discapacidad permanente, de pensiones para personas adultas mayores, y de becas para estudiantes que se encuentren en condición de pobreza, no podrán ser disminuido en términos reales respecto del que se haya asignado en el ejercicio fiscal inmediato anterior.

Es una magnífica adición en un catálogo de derechos sociales a gran escala, pero ¿realmente se están cumpliendo a la fecha? Y, sobre todo, ¿es real el acceso universal a la salud, a la alimentación, a la educación, etcétera? Estas interrogantes exceden el tema que nos ocupa, pero serán analizadas en futuras investigaciones.

Creemos conveniente dar unas notas acerca del derecho a la salud establecido en diferentes órganos internacionales; por ello, y dado el contexto mundial actual ante la pandemia por el Covid-19, es importante hacer mención de la situación de México ante la legislación sanitaria internacional, la cual consiste en el conjunto de normas legales, procesos e instituciones de derecho internacional público (DIP) designados para el logro de estándares posibles de salud física y mental de la población mundial. Esta legislación, relativa a la salud mundial, se apoya esencialmente en un conjunto de nor-

mas internacionales, incluidas las que son vinculantes o *hard law* (como lo son los tratados) y las que no son vinculantes o *soft law* (códigos de prácticas).

Ambos instrumentos jurídicos son importantes para la preservación de mecanismos de cumplimiento de metas, monitoreo de procesos y difusión de la información a las agencias de gobierno.

México forma parte de los tratados internacionales de derechos humanos y salud. La Organización Mundial de la Salud (OMS) es la institución más importante entre los organismos de las Naciones Unidas para la creación de acuerdos internacionales en materia de salud.

La Constitución de la OMS proclama: “el goce del más alto nivel posible de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que complementa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, han sido adoptados como leyes internacionales vinculantes, garantizando “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental”.⁵

El ser parte de los organismos internacionales en materia de salud y haber firmado los protocolos y tratados correspondientes obliga aún más al Estado a ser congruente para el cumplimiento efectivo del derecho a la salud.

IV. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE SALUD: LA CONCILIACIÓN Y EL JUICIO ARBITRAL

Es indiscutible el impacto de la pandemia por Covid-19 en los distintos ámbitos de la sociedad. Derecho y salud se han convertido en un binomio de trascendencia indudable en el contexto actual por pandemia, por lo que la opción brindada por los mecanismos alternativos de solución de controversias ya reconocidos, como la negociación, la mediación, la conciliación, y en este particular caso el arbitraje en materia de salud, se convierten en temas de estudio y análisis de gran importancia.

En lo que respecta a la figura del tema del arbitraje, a través de la historia de la ciencia del derecho procesal se han elaborado diversas teorías, definiciones y clasificaciones. Una definición que es importante retomar es

⁵ Madies, Claudia Viviana, *Legislación sanitaria internacional*, Argentina, Ministerio de Salud, Organización Mundial de la Salud, 2017, disponible en: <http://www.salud.gob.ar/dels/autores/madies-claudia-viviana> (fecha de consulta: 17 de mayo de 2020).

la de Humberto Briseño Sierra, quien señala que el arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares.⁶

La definición del maestro Briseño Sierra introduce la palabra “proceso” para definir al arbitraje, en contraindicación con los autores procesales clásicos, quienes hacen una distinción entre el proceso y el arbitraje; el primero solamente puede denominársele de tal manera si éste se desarrolla dentro de la jurisdicción estatal, lo cual se refuta con el siguiente argumento:

Si se medita en el tema del arbitraje, después de haber revisado la extensa cantidad de teorías que sobre su naturaleza se han elaborado, quizá se llegue a la conclusión imparcial (ajena por igual a los afanes doctrinarios de las prácticas caprichosas) de que a fin de no entorpecer su marcha acelerada en los momentos actuales, los juristas deben introducirse en la corriente, y no mirarla desde afuera, porque inmersos en ella, siguiéndola en su curso amorfo y acientífico, será más fácil imprimirle un cierto sentido formal, apenas un leve impulso que conduzca a las partes a consentir en estos pequeños detalles que, sin hacerlas recelar sobre la buena fe con que pactan, permitan eliminar las discusiones judiciales.

Otra definición interesante es la del procesalista argentino Adolfo Alvarado Velloso, quien considera que

El arbitraje implica siempre un proceso desarrollado y resuelto por particulares que, como método de debate, presenta innegables ventajas respecto del proceso judicial: generalmente, las exposiciones de las partes se hacen en forma 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 juzgador es siempre directa, no es tan oneroso ni dilatado en su duración, facilita interrogatorios, aclaraciones, se realiza a puertas cerradas y sin acceso al público (lo que permite hablar con toda confianza, llanamente, sin protocolo y con cordialidad), ya que ante todo se desea mantener la relación comercial que provocó la desinteligencia contractual.⁷

Para Gonzalo Uribarri Carpintero, 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

⁶ Briseño Siera, Humberto, *El arbitraje comercial*, México, Universidad Iberoamericana, 1988, p. 12.

⁷ Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 67.

competentes o de especial confianza para que resuelvan su controversia en una forma más rápida, más justa y menos dispendiosa.⁸

En el derecho internacional se reconoce su función como medio para solucionar de manera pacífica controversias entre Estados. Asimismo, se han creado organismos internacionales con funciones arbitrales, como el Tribunal Permanente de Arbitraje, entre otras comisiones creadas con motivos de tratados de paz.

En lo que respecta a México, existen organismos internos que funcionan como árbitros de conflictos para que las partes interesadas acuerden someterse a ellos expresamente, entre los que destacan:

- Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México.
- Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.
- Dirección General de Derechos de Autor de la Secretaría de Educación Pública.
- Procuraduría Federal del Consumidor.
- Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Dada la relevancia en este trabajo del derecho a la salud, a continuación se expondrá cómo está establecido el proceso de arbitraje médico en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico y su papel en el derecho a la protección de la salud en México

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) tiene su origen en el decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 3 de junio de 1996. Dicho decreto determina que este órgano se crea como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos, laudos, y que tendrá por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de tales servicios.⁹

⁸ Artravía Barrantes, Sergio, *El arbitraje en México*, México, Oxford University Press, 1999, p. 42.

⁹ Díaz López de Falcó, Rosa María, *El Ombudsman de la salud en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 288.

Asimismo, cabe precisar que en su artículo 4o. el Decreto determina las atribuciones de la Conamed:¹⁰

I. Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones;

II. Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios a que se refiere el artículo 3o. de este Decreto;

III. Recibir toda la información y pruebas que aporten los prestadores de servicios médicos y los usuarios, en relación con las quejas planteadas y, en su caso, requerir aquellas otras que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan;

IV. Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan:

a) Probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio;

b) Probables casos de negligencia con consecuencia sobre la salud del usuario, y

c) Aquellas que sean acordadas por el Consejo.

V. Fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje;

VI. Emitir opiniones sobre las quejas de que conozca, así como intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia;

VII. Hacer del conocimiento del órgano de control competente, la negativa expresa o tácita de un servidor público de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional, en ejercicio de sus atribuciones;

VIII. Hacer del conocimiento de las autoridades competentes, y de los colegios, academias, asociaciones y consejos de médicos, así como de los comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional. Asimismo, informar del incumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios, de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que, en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de algún ilícito;

¹⁰ QUEJA ANTE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. SU PRESENTACIÓN INTERRUMPE EL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL AL EQUIPARARSE A UNA DEMANDA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 2530, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE COAHUILA. Época: Novena Época. Registro: 172408. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, mayo de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: VIII.5o.2 C: p. 2179.

IX. Elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia;

X. Convenir con instituciones, organismos y organizaciones públicas y privadas, acciones de coordinación y concertación que le permitan cumplir con sus funciones;

XI. Asesorar a los gobiernos de las entidades federativas para la constitución de instituciones análogas a la Comisión Nacional;

XII. Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional, y

XIII. Las demás que determinen otras disposiciones aplicables.

El arbitraje médico es una opción mediante la cual se resuelven, de manera alternativa a un proceso judicial, las controversias y diferendos que puedan ocurrir —o que ya hayan ocurrido— entre dos partes, identificadas como médico y paciente, y que confluyen a un tercero ajeno al asunto para mediar y conciliar; es decir, la habilidad del tercero para proponer soluciones a través de una negociación consensuada. Actualmente la función de mediador y conciliador la realiza la Conamed, establecidas las reglas procedimentales en el Reglamento ya mencionado, que describiremos en las páginas siguientes: en un primer apartado se encuentra el capítulo denominado “De la etapa conciliatoria y la transacción”.

El proceso de arbitraje tiene lugar cuando las partes en la relación médico-paciente suscriben una cláusula compromisoria o compromiso arbitral.¹¹ A partir de este momento el prestador del servicio tiene nueve días hábiles para presentar un escrito con el resumen clínico del caso y la contestación a la queja, refiriéndose a todos y cada uno de los hechos (los que afirme, los que niegue y los que ignore), precisando, en su caso, sus propuestas de arreglo.

A su contestación deberá acompañar su síntesis curricular, una fotocopia de su título, cédula profesional y los comprobantes de especialidad, el certificado del consejo de especialidad y la cédula correspondiente.

Si no contesta la queja, habiendo aceptado someterse al proceso arbitral en cualquiera de sus vías, se tienen por presuntivamente ciertos los hechos, salvo prueba en contrario. Una vez concluido el plazo fijado de nueve días, con escrito contestatario o sin él, se llevará a cabo la audiencia conciliatoria.

¹¹ Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico: “Artículo 35. Para la tramitación del procedimiento arbitral se requerirá de cláusula compromisoria o compromiso arbitral debidamente suscritos por las partes. Podrán promover los interesados, por sí o a través de sus representantes o apoderados”.

La etapa de audiencia tiene lugar cuando el personal arbitrador informa la etapa en que se encuentran, lee el motivo de la queja, las pretensiones y el informe médico presentado. Además, señala los elementos comunes y los puntos de controversia, e invita a las partes para que se conduzcan con la verdad y lleguen a un arreglo.

El personal conciliador podrá, en todo momento, requerir a las partes los elementos de convicción que estime necesarios, y las partes podrán aportar pruebas para acreditar sus afirmaciones.

La audiencia de conciliación se puede diferir por hasta dos ocasiones por la Conamed o a instancia de ambas partes, debiendo en todo caso señalar día y hora para su reanudación dentro de los quince días hábiles siguientes, salvo acuerdo en contrario de las partes.

En caso de inasistencia injustificada a la audiencia conciliatoria, la parte que no se presente tiene un plazo de cinco días hábiles para que justifique su inasistencia. De no hacerlo, se acordará como asunto concluido, y se remitirá el expediente al archivo. Si la inasistencia fuera por parte del promovente, éste no podrá presentar otra queja ante la Comisión por los mismos hechos. En el supuesto de quejas contra instituciones públicas de seguridad social, cuando el usuario no justifique la inasistencia, se le tendrá por desistido de la queja, y acordará como asunto concluido y se remitirá al archivo el expediente, teniendo por consecuencia que aquél no podrá presentar otra queja ante la Conamed por los mismos hechos.

La Comisión podrá emitir discrecionalmente una opinión técnica valiéndose de los elementos de que disponga. Esta opinión podrá ser enviada al prestador del servicio o a quien estime pertinente para mejorar la atención médica. La controversia se podrá resolver por voluntad de las partes mediante la transacción, desistimiento de la acción o finiquito correspondientes, precisando las contraprestaciones.

Finalmente, cuando se trata de la conclusión satisfactoria de la etapa conciliatoria, el Reglamento ya expuesto, en el párrafo primero del artículo 67, señala:

De concluir satisfactoriamente la etapa conciliatoria, se dejará constancia legal y se procederá al archivo del expediente como un asunto definitivamente concluido. El instrumento de transacción producirá los efectos de cosa juzgada, en términos de los artículos 2953 del Código Civil Federal y 533 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México y sus correlativos de las entidades federativas.

Para proseguir con el análisis del procedimiento de arbitraje médico, y ya en la etapa del juicio arbitral, el Reglamento señala que se puede acudir a la Conamed y realizar todo el proceso arbitral antes de que haya un juicio civil, durante éste, o después de que se haya dictado sentencia; es decir, sea cual sea el estado en que se encuentre el juicio, las partes pueden otorgar su compromiso arbitral ante la institución. Si dicho compromiso es posterior a la sentencia irrevocable, sólo tendrá efectos si los interesados conocieran la sentencia. Ahora bien, en caso de que exista un juicio previo que se encuentre en trámite, es necesario que las partes renuncien invariablemente a esta instancia previa, pues de otro modo la Comisión no puede intervenir en su calidad de árbitro.

En el procedimiento del juicio arbitral está establecido que cuando haya transcurrido el término fijado por las partes para el ofrecimiento de pruebas, la Comisión deberá informar y dar cuenta a las partes sobre los documentos que obren en el expediente, y tendrá que resolver sobre la admisión o desechamiento de las pruebas ofrecidas por las partes, fijando las medidas necesarias para la preparación de la audiencia de pruebas y alegatos, que será celebrada el día y la hora señalados por la Conamed.

Por otra parte, en caso de ser necesarios, los peritajes pueden ser presentados por las partes durante la audiencia de pruebas y alegatos, pero al momento de ofrecerse la prueba pericial deberán exhibir el original y una copia simple de la cédula profesional del perito designado y, en caso de ser especialista, el original y una copia de la documentación con la que compruebe su carácter de especialista. En ese sentido, no es necesario que se ratifique el dictamen correspondiente en una diligencia especial.

Ahora, una vez que sea declarada abierta la audiencia de pruebas y alegatos y que se haya identificado a los asistentes, se deberá proceder al desahogo de las pruebas ofrecidas y que, en su caso, hayan sido admitidas.

De esta forma, una vez que se haya realizado la apertura de la audiencia de pruebas y alegatos —sin que existiera ninguna prueba pendiente por desahogar debido a su propia naturaleza—, sin más trámite adicional, se procederá por parte de la Conamed a escuchar los alegatos finales rendidos por cada una de las partes.

En el mismo sentido, al momento de celebrarse la audiencia de pruebas y alegatos, los peritos pueden ampliar verbalmente su dictamen, pudiendo las partes realizarles preguntas al respecto, las cuales deberán ser formuladas de modo simple y llano. En razón de lo anterior, si la Conamed lo estima necesario, podrá ordenar que se realice una junta entre los peritos designados.

Continuando con la etapa procesal de la audiencia de pruebas, al concluir su desahogo la Comisión procederá a recibir los alegatos finales de cada una de las partes. En este caso, primero se reciben las del quejoso y posteriormente las del prestador del servicio.

Una vez celebrada la etapa procesal anterior, la institución deberá resolver y determinar que se cierre la instrucción, y ordenará que se cite a las partes del arbitraje para la resolución donde se dicte el laudo correspondiente. Las resoluciones de la Conamed deben dictarse y mandarse notificar dentro de los quince días siguientes a aquel en que se hubiera citado para dictarse.¹²

En términos de los artículos 91, 92, 93 y 533 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México y sus correlativos en los estados, y el artículo 2o. de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, son aplicables a los laudos de la Conamed las siguientes reglas:

- I. Todo laudo resuelve cuestiones exclusivamente civiles;
- II. Todo laudo tiene en su favor la presunción de haberse pronunciado legalmente, con conocimiento de causa, mediante intervención legítima de la Conamed y en los términos solicitados por las partes, atendiendo al compromiso arbitral;
- III. El laudo firme produce acción y excepción contra las partes y contra el tercero llamado legalmente al procedimiento que hubiere suscrito el compromiso arbitral;
- IV. El tercero que no hubiere sido parte en el juicio puede excepcionarse contra el laudo firme, y;

Las transacciones otorgadas ante la Conamed y los laudos se considerarán como sentencias, en términos de la legislación procesal civil en vigor.

Por último, cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico mexicano los laudos que emite la Comisión constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo; es decir, son susceptibles de impugnación según la siguiente jurisprudencia:

Los laudos que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público

¹² Reglamento de Procedimiento de Atención de Quejas Médicas, Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

establece una relación de supra a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al procedimiento arbitral, ya que al dirimir la cuestión debatida entre el prestador del servicio médico y el usuario de este, de manera unilateral e imperativa, crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de estos, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni de obtener el consenso de la voluntad del afectado.

V. CONCLUSIONES

El derecho a la protección de la salud tiene su máxima expresión en la institución pública denominada Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed). Es la objetivización de ese derecho, ya que todos los mexicanos pueden ir a resolver sus controversias en materia de salud y obtener una respuesta apegada a derecho de manera pronta y gratuita a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, vía la conciliación y el juicio arbitral, que se visualizan mediante el contrato de transacción, en el primer caso, y del laudo, en el segundo.

Pero la institución no es sólo eso; es decir, no sólo resuelve las controversias médico-paciente, sino que es un verdadero defensor de los derechos de los usuarios de los servicios de salud, ya que se ha convertido en un referente obligado por parte de las instituciones médicas del país, de la academia de medicina, de los colegios y los consejos médicos nacionales, los cuales tienen que seguir y acatar las directrices que les exigen la Secretaría de Salud nacional y las secretarías estatales, siguiendo las opiniones que establece la Conamed y las comisiones estatales.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASSI, C., “Mediación en salud”, *Consumer Eroski*, España, disponible en: <https://www.consumer.es/salud/atencion-sanitaria/mediacion-en-salud.html> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2021).
- BATRES, Martí, “La reforma al artículo 4o. constitucional”, *El Financiero*, México, 2020, disponible en: <https://elfinanciero.com.mx/opinion/marti-batres/la-reforma-al-articulo-4o-constitucional> (fecha de consulta: 14 de septiembre de 2021).
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El arbitraje comercial*, México, Universidad Iberoamericana, 1988.

- COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, “El modelo mexicano de arbitraje médico, a la vanguardia en América Latina”, *Rev. Conamed*, 2001, 6(3), disponible en: <https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>.
- “Con inclusión de pensiones y becas, así quedará el artículo 4o. constitucional”, *Milenio*, México, 11 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.milenio.com/politica/articulo-4-constitucional-modifico-programas-bienestar> (fecha de consulta: 14 de septiembre de 2021).
- DÍAZ LÓPEZ DE FALCÓ, Rosa María, *El Ombudsman de la salud en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- DÍAZ LÓPEZ, Rosa María y JIMÉNEZ LÓPEZ, José Guadalupe, *La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) y la importancia de los derechos de los médicos ante la contingencia por Covid-19*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- DÍAZ LÓPEZ, Rosa María y RIVERA DE LA ROSA, Verónica, “Análisis del impacto de las políticas en materia fiscal y de salud respecto a enfermedades no transmisibles. Casos: México, Estados Unidos e Iberoamérica”, *Conocimiento y Cultura Jurídica, Revista Internacional de Derecho, Filosofía del Derecho y Política*, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, año 10, núm. 19, enero-junio de 2016.
- DÍAZ LÓPEZ, Rosa María, *El Ombudsman de la salud en México*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.
- DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel de, “Consideraciones sobre la protección no jurisdiccional de los derechos humanos y la figura del *ombudsman* en México”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4736/11.pdf>.
- FONT-GUZMÁN, Jacqueline N., “La mediación en disputas de impericia médica. La solución a la armonización de los intereses de las partes”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 62, núms. 3 y 4, diciembre de 2001, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2138259>.
- LEARY, Virginia A., “Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y derecho a la salud”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 55, diciembre de 1995.

MADIES, Claudia Viviana, “Legislación sanitaria internacional. Ministerio de Salud”, *Organización Mundial de la Salud*, Argentina, 2017, disponible en: <http://www.salud.gob.ar/dels/autores/madies-claudia-viviana> (fecha de consulta: 17 de mayo de 2020).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Sitio Web Mundial, *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, disponible en: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>.

RESEAU QUEBECOIS DE VILLES ET VILLAGES EN SANTE, *Histoire*, Une réalisation TED & ED, trad. Verónica Rivera de la Rosa, disponible en: <https://rqvvs.qc.ca/histoire> (fecha de consulta: 9 de diciembre de 2019).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Los medios de control de la constitucionalidad*, México, SCJN, 2002.

LOS ADULTOS MAYORES Y LOS MÉTODOS ALTERNOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC) EN MÉXICO

Rosa María DÍAZ LÓPEZ*

Gladys de Jesús ALONSO ZÚÑIGA**

Gisela Janette SEGURA GARCÍA***

SUMARIO: I. *Generalidades*. II. *Normatividad nacional de protección de las personas adultas mayores*. III. *Las comisiones de arbitraje médico: su utilidad*. IV. *Los centros de justicia alternativa*. V. *El virus SARS-CoV2 (Covid-19). Acercamiento al impacto en el acceso a la justicia*. VI. *Políticas públicas. Punta de lanza para la efectividad de los sistemas de justicia jurisdiccional y no jurisdiccional*. VII. *Los derechos humanos. Orden jurídico mexicano y las convenciones internacionales*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Referencias bibliográficas*.

I. GENERALIDADES

Es una realidad que la población mundial experimenta un proceso de envejecimiento, que en los próximos treinta años cambiará radicalmente su composición sociodemográfica. Sólo es necesario revisar algunas cifras y ver cómo

* Licenciada, maestra y doctora en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigadora titular en el Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica (CITEJYC) de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL) y catedrática en el área de Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL.

** Licenciada, maestra y doctora en derecho con orientación en derecho constitucional y gobernabilidad por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León; asesora jurídica del área de Conciliación de la Comisión Estatal de Arbitraje Médico del Estado de Nuevo León.

*** Médica cirujana y partera y estudiante de derecho, 8o. semestre, de la Facultad de Derecho y Criminología, ambas carreras de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Prestadora de servicio social en Comisión Estatal de Arbitraje Médico Nuevo León (Coesamed N. L.)

la pirámide poblacional se encuentra en proceso de invertirse. Algunos países ya enfrentan esa realidad y están tomando acciones para contrarrestar los efectos a corto, mediano o largo plazo, los cuales concentrarán consecuencias graves si no son atendidos debidamente en el sistema económico, social, laboral, e inevitablemente el colapso a nivel salud.

Es por ello una necesidad de voltear al Estado mexicano y tener en consideración de que se trata de una transformación que a nivel internacional se va a dar. Debemos proyectarlo como un logro de la humanidad, pero que a la vez representa importantes retos para México, ya que implica crear las condiciones de vida idóneas que contribuyan al desarrollo pleno de las personas mayores.

Es un proceso de llevar a cabo el ejercicio de la accesibilidad universal como un derecho ciudadano. La accesibilidad, vista desde la perspectiva de los adultos mayores, no porque exista preferencia en cuanto a la vulnerabilidad de éstos, sino meramente como una sistematización de información respecto de este grupo de personas.

II. NORMATIVIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

La reforma constitucional de 2011 fue el parteaguas en el reconocimiento a los derechos humanos y una transformación al sistema jurídico mexicano. Los párrafos primero y tercero del artículo primero de la carta magna mandatan que

...todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse... Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Esta reforma contempló todos los sectores y grupos de población, ya que el párrafo quinto del citado artículo constitucional prohíbe la discriminación motivada por características como "...el origen étnico o nacional, el

género, la edad... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.¹

Esto se traduce en la totalidad de las personas sin ningún tipo de discriminación, y comprende las particularidades de cada persona o grupo vulnerable. Ello incluye los diversos grupos etarios, entre ellos el de personas mayores, que se encuentran protegidas, ya que las autoridades están obligadas a considerar su condición específica en todas las acciones, programas y servicios públicos que implementen.

La Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores² tiene por objeto garantizar el ejercicio de los derechos de las personas mayores y establecer la rectoría en la formulación y evaluación de las políticas públicas dirigidas a ese sector; pugna por el respeto a la dignidad de ese grupo poblacional a través de un cambio de conciencia social en el que se abandonen los estereotipos negativos aún relacionados con el proceso de envejecimiento; impulsa la puesta en práctica de políticas que garanticen sus derechos en esa etapa vital y establece las responsabilidades de las familias y otras personas responsables de su cuidado para garantizarles una vida plena, de calidad y en las mejores condiciones posibles.

Esta misma Ley, en su artículo 3o., fracción primera, define a este grupo como aquellas personas que cuenten con sesenta años o más de edad y que se encuentren domiciliadas o en tránsito en el territorio nacional.³

Según cifras del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), entre 1990 y 2020 el total de mexicanos de sesenta años y más pasó de 5 a 15.1 millones, lo cual equivale de 6% a 12% de la población total, por lo que la población mexicana se encuentra en un continuo proceso de envejecimiento, reflejo de lo que sucede a nivel mundial.⁴

Alrededor del 20% de las personas adultas mayores no cuentan con afiliación a una institución de servicios de salud, lo que es un derecho social para beneficiar las condiciones de vida de los mexicanos, en especial de los adultos mayores, pues en ellos aumenta la incidencia de enfermedades crónicas y degenerativas, como diabetes mellitus, hipertensión arterial, Alzheimer, entre otras.

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf.

² Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 2021.

³ *Ibidem*, artículo 3o.

⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/>.

En cuanto al estado civil, la mayoría de los adultos mayores en México son casados, aproximadamente el 53% contra 24% de viudos; lo anterior al año de 2020, según cifras consultadas con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). Esto es importante, pues es más frecuente que los adultos mayores que viven solos necesiten de apoyo de algún familiar para su cuidado.

Otro parámetro importante que debemos tomar en cuenta antes de abordar el tema principal de este capítulo es la actividad económica de los adultos mayores mexicanos. Para esto haré referencia a la fracción V del artículo 5o. de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores,⁵ en la que se menciona que la población adulta mayor debe tener “igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo o de otras opciones que les permitan un ingreso propio y desempeñarse en forma productiva tanto tiempo como lo deseen, así como a recibir protección de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de otros ordenamientos de carácter laboral”. Este punto es importante, pues al tener una actividad económica es menos probable que los adultos mayores necesiten de ayuda de algún familiar para su manutención.

En la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en el Estado de Nuevo León, fracción V, del artículo 51, se señala como atribución de la Procuraduría del Adulto Mayor asesorar vía los métodos alternos para la prevención y la solución de conflictos a las personas adultas mayores en cualquier procedimiento legal en el que sean partes interesadas;⁶ así lo menciona también la fracción XI del artículo 8o. de la Ley de la Procuraduría de la Defensa del Adulto Mayor para el Estado de Colima.⁷

Constituye un trato denigrante el crear un ambiente hostil y humillante respecto de una persona que por su condición de adulto mayor se encuentra en un estado de indefensión, vulneración de derechos y agresiones por quien lo debiera cuidar y proteger en esta etapa de su vida; situaciones ante las cuales el sistema judicial y no jurisdiccional deben configurarse como un instrumento para la defensa efectiva de esa persona, ya que su edad es relevante y determinante para salvaguardar el derecho a no ser discriminada por dicho factor; a recibir un trato con dignidad y protegida ante cualquier rechazo o abuso de cualquier tipo derivado de su condición de vulnerabilidad.

⁵ *Ibidem*, Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

⁶ Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en el Estado de Nuevo León. Última reforma: 16 de junio de 2021.

⁷ Ley de la Procuraduría de la Defensa del Adulto Mayor para el Estado de Colima. Última reforma: 17 de julio de 2021.

Una forma de vencer, eliminar o mitigar las limitaciones en el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad es a través de los métodos alternos y la justicia de la paz. Podemos destacar que los métodos alternos conceden ventajas respecto de procesos judiciales, entre las que podemos destacar las siguientes: 1. Permite que el conflicto sea solucionado en menor tiempo respecto del que requiere un proceso judicial; 2. Representa un ahorro, ya que a diferencia de los procesos judiciales, la mayoría de estos métodos se dan a través de instancias gratuitas que el mismo Estado provee; 3. Las partes intervienen en la solución del conflicto de manera directa; 4. A la solución al conflicto por estos medios se le confiere el valor de cosa juzgada, y por último, 5. Favorece en salvaguardar la convivencia entre las partes. Por lo que el propio sistema de justicia jurisdiccional y no jurisdiccional contribuye de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales y favorece la cohesión social.⁸

La cultura de paz a través del uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) y las prácticas restaurativas en materia familiar ante el aumento de los índices de violencia familiar tiene como objetivo principal salvaguardar los intereses de los grupos vulnerables, como las niñas, niños y adolescentes, así como a las personas dependientes implicadas directa o indirectamente en el conflicto familiar, como personas con discapacidad o adultos mayores.

En el sistema mexicano el derecho de acceso a la justicia ha tenido grandes cambios en las últimas reformas a nivel constitucional y legal, todas ellas de gran trascendencia para el sistema de justicia. Específicamente la publicada el 18 de junio de 2008, en la cual se adicionó al artículo 17 constitucional, donde dispone “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”.⁹ Este punto fue el parteaguas del riguroso sistema jurisdiccional, por lo que a partir de esa fecha el sistema de acceso a la justicia para todas las personas, como en el caso de los adultos mayores, incluye a la justicia alternativa. Este artículo constitucional establece la garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagrada para los ciudadanos.

Además, México es uno de los países adheridos a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, que en su artículo tercero hace mención a la valorización de la persona mayor, su dignidad, independencia, no discriminación, su participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; del bienestar y cuidado de

⁸ Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/23/cnt/cnt4.pdf>.

⁹ *Ibidem*, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

los adultos mayores, la protección familiar y comunitaria y el buen trato hacia ellos, además de la protección judicial efectiva, entre otros.¹⁰

Por lo anterior, se desarrolla el presente capítulo, en el que se consideran a los MASC como la vía ideal para la solución de conflictos de las personas adultas mayores en México, conflictos de diversa índole, pero principalmente los que se relacionan con su acceso a servicios de salud, su bienestar, compañía y cuidado; actividad económica y protección familiar y comunitaria.

III. LAS COMISIONES DE ARBITRAJE MÉDICO: SU UTILIDAD

Al hablar del acceso a servicios de salud cabe destacar que las comisiones, tanto nacionales como estatales de arbitraje médico, brindan una vía y ambiente propicios para ser usados por los adultos mayores, agilizando su atención médica mediante el servicio de gestión inmediata, que se encarga de gestionar vía telefónica la atención médica inmediata de los usuarios que lo requieran cuando se trate de quejas sobre demora, negativa no justificada de servicios médicos o cualquier otra situación médico/administrativa que se pueda resolver por esta vía.

Al existir una inconformidad en la prestación de un servicio médico, los adultos mayores, así como la población en general, pueden elegir la vía del arbitraje médico, que brinda la oportunidad a usuarios y prestadores de servicios de salud, de resolver la controversia sobre el servicio médico prestado; además, al ser un MASC se privilegia la imparcialidad, la objetividad y la participación de expertos en la materia, en un ambiente amable, con voluntad bipartita, estableciendo una relación basada en el respeto y la confianza mutuos. Tiene especial importancia que el servicio es gratuito, con lo que se cumple con el derecho humano de gratuidad en la impartición de justicia, previsto en el artículo 17 constitucional, y que además es de gran relevancia para este grupo de población en el que nos centramos.

Lo ideal es que se evite la intervención de la autoridad judicial en asuntos de prestación de servicios médicos, los cuales sólo deben ser competencia de las propias partes en un ambiente profesional y especializado, propicio para el restablecimiento de la relación médico-paciente, que en general para los adultos mayores es muy significativa.

¹⁰ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Aprobada el 15 de junio de 2015 por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en el marco de la Asamblea General de la institución, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp.

IV. LOS CENTROS DE JUSTICIA ALTERNATIVA

Cada vez es más común que en los centros de justicia alternativa y mediante el uso de los MASC se resuelvan conflictos, como los vecinales, acuerdos de alimentos, incumplimiento de contratos, e incluso custodia, siempre con el fin de que el proceso sea más ágil y accesible en costo, lo cual es especialmente importante para este grupo de edad.

Para las personas adultas mayores cobra especial relevancia la mediación comunitaria, que es un método alternativo de solución de conflictos que incluye todas las generalidades propias de la mediación, en la que participan como intervinientes los vecinos de una determinada zona, así como uno o más facilitadores del ámbito público o privado que están capacitados y debidamente certificados, cuyo objetivo es guiar a los intervinientes para lograr acuerdos, fomentando la participación, exaltando las relaciones sanas entre los vecinos, siempre con el fin de alcanzar el bien común.

En este punto conviene mencionar la teoría de la impetración de la justicia, en la que el doctor Gorjón Gómez propone la intervención de las personas en el proceso de búsqueda de soluciones que requiere el sistema judicial y de procuración de justicia para cumplir con sus postulados, la ciudadanización de la justicia; para lo que sin duda los adultos mayores son aptos, pues su experiencia es en gran medida una invaluable herramienta.¹¹

V. EL VIRUS SARS-CoV2 (COVID-19). ACERCAMIENTO AL IMPACTO EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

Por otro lado, el impacto de la pandemia de virus SARS-CoV2 (Covid-19) nos ha reafirmado la vulnerabilidad de las personas mayores y la fragilidad de los sistemas de salud; a pesar de esto, los entornos amigables con los adultos mayores y las iniciativas conexas han desempeñado un papel clave en la adaptación oportuna y la mitigación de los efectos del virus SARS-CoV2 (Covid-19).

La crisis sanitaria por el virus SARS-CoV2 (Covid-19) trajo consigo consecuencias muy duras en todos los niveles y para todos los ciudadanos en el mundo. Trascendió de ser un tema de salud pública a impactar de gran manera a la economía. Las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias para evitar la expansión del virus repercutieron en todos los ámbitos; en

¹¹ Gorjón Gómez, Francisco Javier, *Teoría de la impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanización de la justicia y la paz*, México, julio de 2015.

el caso que nos ocupa, principalmente en asuntos jurídicos y, por supuesto, en materia de derecho de familia; por ende, incidieron en la forma en que las personas además de socializar realizaban cualquier tarea.

En los registros históricos podemos ubicar la crisis sanitaria de Covid-19 como una situación totalmente excepcional, y de la cual no se tiene registro de alguna otra crisis con este tipo de consecuencias para la vida en general. En su caso, ninguna referencia jurídica previa capaz de guiarnos en las problemáticas familiares, vecinales o sociales surgidas como consecuencia de aislamiento y cierre total de actividades. Todas las autoridades jurisdiccionales y no jurisdiccionales suspendieron actividades para únicamente funcionar aquellas que se catalogaron como esenciales.

Las limitaciones en cuanto a la movilidad, el socializar de las personas, así como la grave crisis económica y laboral, trajeron consigo situaciones que provocaron el nacimiento de confrontaciones familiares, vecinales, convivencia y cuidado de adultos mayores.

Muchas personas vieron suspendidos sus derechos, y se multiplicaron las consultas a los profesionales a fin de buscar una solución *ipso facto* que resolviera el grave perjuicio producido en una realidad incierta y sin precedentes como la que se estaba viviendo. El problema era que no existía una fórmula que resolviera la problemática surgida, pues ningún antecedente doctrinal ni jurisprudencial existía al respecto sobre este tipo de cuestiones, que estaban motivadas por circunstancias excepcionales nunca antes vividas. Es aquí donde los MASC cobran especial relevancia, al ser una vía ágil para la solución de conflictos.

La Covid-19 tuvo efectos tan graves en nuestra sociedad desde que se declaró la pandemia, y nuestra obligada convivencia actual con ello en condiciones rigurosas de protocolos de salud generaron nuevos conflictos, que responden a unas circunstancias muy concretas, sin que sea posible aplicar medidas que antes de manera generalizada servían para un gran número de asuntos que se iniciaban o estaban tramitando. A ella contribuyeron en gran medida las dudas, el miedo, el no saber cómo actuar y qué opción era la mejor; sentimientos y emociones que van más allá de lo jurídico, y que quizá no encuentren su solución en el ámbito judicial.

En estos tiempos inciertos y de problemáticas tan concretas se debe encontrar en los métodos alternos una respuesta a la rigidez e insensibilidad de la vía judicial. En esos duros momentos, más allá de la vía judicial prevista para aquellos casos que presentan o son exigibles por urgencia, sin duda la vía extrajudicial para la resolución del conflicto que permite la negociación *inter partes* hace llegar a acuerdos de forma más rápida y eficaz. Es indudable

que este tipo de acuerdos alcanzados por la vía extrajudicial son una forma rápida de solucionar la problemática concreta sin tener que esperar a que el juzgador decida en un futuro incierto sobre esta última.

VI. POLÍTICAS PÚBLICAS. PUNTA DE LANZA PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA JURISDICCIONAL Y NO JURISDICCIONAL

El objetivo de este capítulo también es destacar la importancia de la inclusión de los MASC en diversos programas o políticas públicas, encaminados a la difusión y aplicación de la justicia alternativa como derecho humano, permitiendo así que los mecanismos que integran el sistema de justicia jurisdiccional y no jurisdiccional de forma sustantiva coadyuven a procesos de cambio y transición para una cultura de paz y concordia. Más aún tratándose de problemáticas que presentan las personas adultas mayores, en donde el grado de vulnerabilidad requiere de una especial atención.

Entre los aspectos o factores que inciden en que el acceso a la justicia no sea efectivo podemos resaltar el costo económico, psicológico y físico que implica la justicia tradicional mal aplicada, así como sus procedimientos, deshumanización e insensibilización. Es por ello que debemos poner especial énfasis en el empoderamiento de la vejez o de las personas adultas mayores y el *reto que representa para el Estado mexicano, lo cual resultaría en beneficio para todos; poder tener una vejez con éxito o una vejez competente.*

La vejez trae consigo uno de los desafíos más grandes a nivel mundial. Hoy en día queremos concienciar a la sociedad sobre las responsabilidades que tenemos todos ante el envejecimiento de la población y de las soluciones que necesitamos para garantizar una vejez saludable, activa y plena. Una atención integral a adultos mayores es el reto para las autoridades y la sociedad.

Debemos asumir esos desafíos para mejorar la calidad de vida en la vejez, por lo que la preocupación reside fundamentalmente en conocer la realidad de estas personas, es decir, contar con un diagnóstico que permita establecer con claridad su ubicación, sus necesidades, sus carencias, entre otras cosas, con la finalidad de diseñar e implementar una política pública capaz de atender las necesidades en el corto, mediano y largo plazos.

Uno de los retos ineludibles lo representa el respeto a sus derechos humanos, como el derecho a una vejez digna, pero ¿qué implica una vejez digna? Entre otras cosas, todas las personas adultas mayores deben estar protegidas y libres de maltrato o discriminación alguna.

Los adultos mayores, como sujetos plenos de derechos, deben gozar de la promoción de los mismos; las autoridades deben promover su empoderamiento y alentar su participación en todos los procesos públicos y privados de toma de decisiones que les afecten. Urge reconocerlo como una prioridad mediata o inmediata.

VII. LOS DERECHOS HUMANOS. ORDEN JURÍDICO MEXICANO Y LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

Conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹² y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹³ la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación en los ámbitos político, económico, social y cultural.

Por esto, la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos en la que se reconozcan las valiosas contribuciones actuales y potenciales de la persona mayor al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad de sus comunidades, y al desarrollo humano, social y económico.

En el caso de los adultos mayores, se deben tener consideraciones especiales que, conforme al marco jurídico nacional e internacional, deban recibir de las autoridades que procuran y administran justicia. Es por ello que para un método que se encargue de facilitar y agilizar tiempos de respuesta a sus problemáticas se requiere de la aplicación de mecanismos en los cuales a través del acercamiento a instancias no jurisdiccionales las personas involucradas en un conflicto puedan llegar a un acuerdo de forma voluntaria, representando así una vía para agotar antes de llegar a un juicio.

Constituye una responsabilidad constitucional y convencional que para las autoridades jurisdiccionales opere de oficio, cualquiera que sea la instancia, y que, entre otros, se tenga como objetivo detectar cualquier posible transgresión a los derechos de igualdad y no discriminación que puedan sufrir las personas y la responsabilidad de verificar que los pertenecientes a

¹² Declaración Universal de los Derechos Humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones.

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

grupos vulnerables accedan a la justicia en condiciones de igualdad, correspondiente a la autoridad judicial.

Cuando un adulto mayor acude ante las instituciones del Estado a ejercer sus derechos, concretamente al Poder Judicial, éste debe garantizar en todo momento que se respete la dignidad humana de aquél, que no se cometan abusos en su contra y que se tomen las medidas necesarias para cerciorarse de que se entiende claramente el procedimiento en que se están ventilando sus derechos y que conozca en todo momento la situación jurídica en que se encuentra, para que pueda ejercer éstos.

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; por tanto, la disminución en la condición física y sensorial de las personas adultas mayores obedece al transcurso natural del tiempo cuando no se advierta un deterioro cognitivo tal que impida comprender lo que acontece, de tal manera que pueden acudir a la justicia por derecho propio. Por lo que las instituciones del Estado mexicano en cualquiera de sus niveles competenciales deben tener especial cuidado en salvaguardar los derechos y la dignidad humana de esas personas, más aún cuando sea evidente el estado de vulnerabilidad de ellas, y que éste pueda conducir a una discriminación institucional, social, familiar, laboral y económica. Lo anterior debe interpretarse como una base para evitar que sean vulneradas las normas aplicables, y de esta forma su interpretación se realice de la manera que implique un mayor beneficio y flexibilidad a sus intereses, en conjunto con las disposiciones establecidas en el artículo 5o., fracción II, de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, y de conformidad con el artículo 17, párrafo primero, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”,¹⁴ el cual establece que las personas adultas mayores tienen derecho a una protección especial en aquellos procesos en los que sean parte.

Acorde a las 100 Reglas de Brasilia,¹⁵ y a los criterios y tesis jurisprudenciales establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁶ y

¹⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General.

¹⁵ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, tuvieron lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

¹⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo tribunal constitucional del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación. Tiene entre sus responsabilidades defender

haciendo especial énfasis en los adultos mayores, pues éstos constituyen un grupo vulnerable que merece especial protección por parte de los órganos del Estado, debido a que su avanzada edad los coloca con frecuencia en una situación de dependencia familiar, discriminación e incluso abandono. Lo anterior no implica que en todos los casos en los que intervengan ellos les sean otorgados tratamientos especiales, ya que lo correcto es que, con base en su condición de vulnerabilidad, les sean otorgados estos medios facilitadores.

En términos procesales, el Estado mexicano, a través de las autoridades que lo integran, está obligado a otorgar un trato digno y adecuado a las personas adultas mayores en los procesos en que éstas sean parte, con independencia de que tengan el carácter de promoventes, indiciadas o condenadas; por lo tanto, constituye una obligación de las autoridades ser cautelosas en el respeto de las prerrogativas y garantías procesales que les corresponden a las personas adultas mayores.

VIII. CONCLUSIONES

Podemos concluir que un tema prioritario para el Estado mexicano es el que los adultos mayores conozcan y ejerzan sus derechos, lo cual dé como resultado la posibilidad de envejecer con dignidad. El objeto del presente documento es contribuir, al ser parte de un medio de divulgación, a que se lleven a cabo discusiones encaminadas a la armonización legislativa en la materia, y apoyar en la efectiva aplicación de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

La simplificación de trámites y procedimientos, asesoría y acompañamiento en trámites judiciales, administrativos, laborales, de seguridad social, dan como resultado plena certeza jurídica, para la ciudadanía en general, pero hablando específicamente de adultos mayores.

La justicia alternativa es un sistema que está revolucionando la solución de conflictos, y que tiene como propósito lograr un acuerdo entre los involucrados a través de la voluntad, la cooperación y el diálogo, permitiendo a las personas involucradas resolver sus problemas sin necesidad de ir con un juez, y además solucionar el conflicto de forma rápida y eficaz.

Es un arduo trabajo el que se requiere para divulgar todos aquellos temas relacionados con la justicia alternativa, a efectos de alcanzar el pro-

el orden establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cuenta con una plataforma de consulta y localización de información jurídica que permite acceder a diversas fuentes del derecho, precedentes y criterios orientadores.

pósito de que sea un derecho efectivo para todas las personas, que, bajo los principios de voluntariedad y flexibilidad, las personas puedan solucionar su controversia en el marco de la justicia alternativa prevista en el artículo 17 constitucional.

Es necesario la implementación de programas que generen facilidades en respuestas a problemáticas tan sencillas y tan desgastantes para personas adultas mayores, y que estas se traduzcan en políticas públicas encaminadas a la paz social y al sistema de justicia efectiva, a través de programas accesibles a toda la población, en el cual se enfatice en la justicia alternativa como vía para atender y resolver sus controversias a través de métodos no jurisdiccionales, como la mediación, la conciliación, la negociación, el arbitraje y la justicia restaurativa.

Nos toca a todas y todos, gobierno, sociedad y familia, la construcción y proyección de un envejecimiento digno, exitoso, activo y de buen trato.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSCADOR JURÍDICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://bj.scjn.gob.mx/>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/>.

DÍAZ LÓPEZ, Rosa María, *El Ombudsman de la salud en México*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA AMBIENTAL

Rosa María DÍAZ LÓPEZ*

Juan Manuel ORTEGA MALDONADO**

Laura Elizabeth MÉNDEZ GARCÍA***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental*. III. *El acercamiento a la responsabilidad ambiental*. IV. *Mediación y conciliación en los conflictos ambientales*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de garantizar el derecho al acceso a la justicia pronta y expedita considerado en el artículo 17 constitucional, se han implementado los medios alternativos de solución de controversias, conformados por la mediación, la conciliación y el arbitraje, los cuales contribuyen a desahogar el exceso de trabajo que hay actualmente en todos los tribunales, y proporcionarle a las personas un desenlace a los conflictos que afectan su esfera jurídica, en el que todos los interesados en el asunto puedan quedar conformes, y que pueda darse en un tiempo menor al que tardaría en resolverse un juicio.

Al respecto, los medios alternativos de solución de controversias aplicables en la materia ambiental son la mediación y la conciliación, los cuales se

* Licenciada, maestra y doctora en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigadora titular en el Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica (CITEJYC) de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL) y catedrática en el área de Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL.

** Profesor investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; miembro del Sistema Nacional de Investigadores; miembro del Colegio Nacional de Profesores e Investigadores en Derecho Fiscal y Finanzas Públicas.

*** Profesora investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

encuentran consideradas en el título segundo de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

II. CONSIDERACIONES EN LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

Como parte de la evolución en la impartición de justicia, cabe destacar la importancia y trascendencia que tienen los derechos humanos en nuestro sistema jurídico a partir de la reforma constitucional de 2011, dentro de los cuales se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y al acceso, disposición y saneamiento de agua, contenidos dentro del artículo cuarto, párrafos quinto y sexto, del texto constitucional.

Esta injerencia de los derechos humanos dentro del sistema jurídico nacional, con todos sus efectos, nos ha llevado a transitar hacia una justicia progresiva, efectiva y más cercana a la realidad del país.

La Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, que es reglamentaria del artículo 4o. constitucional, establece la responsabilidad ambiental derivada del daño ocasionado al medio ambiente, señalando que quien lo cause será responsable de repararlo, con lo cual se fortalece y se resalta la importancia del derecho humano a un ambiente sano.

Estos derechos son exigibles por medio de procesos judiciales y administrativos a través de la reparación y la compensación, que son establecidos por la misma Ley como mecanismos que son una vía de tutela judicial efectiva para garantizar el ya mencionado derecho humano, con medidas como el pago por indemnización a cargo del contaminador, las acciones procesales para exigir la responsabilidad ambiental ante órganos jurisdiccionales y el derecho a utilizar medios alternativos de solución de controversias en materia ambiental, con la finalidad de obtener el mejor resultado en el menor tiempo posible.

El objetivo de fincar la responsabilidad ambiental es obtener la reparación del daño, al mismo tiempo que la imposición de la sanción por causarlo, por lo que es necesario comprobar el daño o la circunstancia específica que perjudica a los ecosistemas, a los recursos naturales, a la biodiversidad o al medio ambiente en general, vulnerando de manera directa o indirecta nuestro derecho humano, individual o colectivo, por lo que la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental resulta complementaria a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, al materializarse tanto como una ley preventiva como con la forma de una ley sancionadora; y si nos enfocamos precisamente en su título segundo,

encontramos que se trata de una ley de tutela judicial efectiva derivada del artículo 17 constitucional.

De lo anterior podemos señalar que la materia ambiental, vista desde el enfoque de los derechos humanos, incide y afecta en otras áreas del derecho, por lo cual resulta indispensable contar con vías alternas que permitan dar solución eficaz y efectiva a los conflictos ambientales que se pudieran presentar.

III. EL ACERCAMIENTO A LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

La responsabilidad ambiental vista en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental señala que será responsable quien provoque el daño, por lo que sólo establece como base el acto de contaminar, y carece de la figura de responsabilidad extendida o compartida, que ya es común en otros Estados.

Cabe resaltar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado criterios en tesis aisladas que contemplan al derecho humano al medio ambiente sano en dos dimensiones; la primera de ellas, considerada como individual, dado que la violación de ese derecho puede afectar tanto directa como indirectamente a la esfera jurídica de las personas de forma relacionada con otros derechos.

Por otra parte, se considera una dimensión colectiva, pues también conforma un interés universal concerniente a toda la humanidad, así como a las generaciones presentes y futuras.¹

Con esta concepción bidimensional del derecho al medio ambiente sano que propone la Sala se considera que se debe replantear la manera en que se entienden y se aplican este tipo de garantías, hacer más accesible su protección por la vía jurisdiccional, y, consecuentemente, por medios alternos de solución de controversias.

Es importante señalar que el artículo 4o. constitucional no es restrictivo en este aspecto, pues la Constitución establece como responsable de daño a particulares o entidades públicas.

Los medios alternativos de solución de controversias considerados en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental en un primer momento son una forma de garantizar el derecho humano a la tutela efectiva del Estado, junto con los derechos humanos de acceso e impartición de justicia ambiental. En segundo lugar, también son mecanismos para la reparación y compensación de daños ambientales.

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derecho a un medio ambiente sano. Su dimensión colectiva y tutela efectiva*. Primera Sala. Tesis Aislada 1a. CCXCII/2018 (10a.).

Es por ese carácter promotor del respeto a los derechos humanos que se habla de la necesidad de darle una mayor preponderancia a la justicia ambiental tanto por la vía jurisdiccional como por las vías alternas en comento.

En cuanto al fortalecimiento por la vía jurisdiccional, es preciso resaltar la necesidad de un tribunal especializado en materia ambiental y en la importancia que debe guardar la responsabilidad ambiental en los procesos, al considerársele con el mismo peso que los demás tipos de responsabilidad, y no de forma complementaria, pues a pesar de que es una materia relativamente nueva, el derecho ambiental tiene implicaciones en todas las demás ramas del derecho, por lo que este tipo de responsabilidad está latente en casi todos los actos jurídicos y políticos, y será necesario atender de forma precisa, completa y satisfactoria los conflictos que se presenten en ese ámbito.

Por su parte, tratándose del fortalecimiento de la vía no jurisdiccional, y con base en el contenido y el objetivo de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, se considera necesario enfocar nuestros esfuerzos en los centros alternativos de solución de controversias, y robustecerlos con especialistas en materia ambiental, además de una mejor reglamentación para su aplicación.

IV. MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN LOS CONFLICTOS AMBIENTALES

Con la finalidad de hacer efectiva la figura de responsabilidad ambiental, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental establece que por el daño causado debe haber una indemnización, para lo cual existe la posibilidad de utilizar alguno de los mecanismos alternativos de solución de controversias, los cuales se encuentran considerados en el título segundo de la Ley, abarcando del artículo 47 al 51.

1. *Mediación-conciliación*

Este mecanismo pertenece al sistema autocompositivo, en el cual las personas entre las que existe un conflicto encuentran una solución procurando el beneficio de ambas partes con la colaboración de un tercero, que podría ser cualquier persona.

Se trata de la intervención de un tercero imparcial que no tiene poder de decisión, y sólo ayuda a las partes a alcanzar voluntariamente un arreglo

mutuo. El mediador es un facilitador que busca intereses mutuos de las partes en conflicto, en donde ambas partes deberán participar para alcanzar un acuerdo.

De esto se desprende que el mediador no es un juez, sino que son las partes las que lograrán el acuerdo para la solución del conflicto, razón por la cual el mediador tendrá la obligación de allegarse de la información necesaria para conocer el contexto cultural de las partes, los conflictos en los que estén inmersos y sus requerimientos.

La ventaja de este mecanismo estriba en que el mediador será seleccionado por las partes con antelación sin tener que revestir de alguna característica en particular, y en que el procedimiento será el que aquéllas señalen sin ninguna intervención.

Al final del proceso de mediación se obtiene un acuerdo, que es resultado de las diferentes posibilidades dadas por las partes, y permite que se cumplan las expectativas de ambas y se satisfagan sus pretensiones.

Quizá la desventaja y el riesgo tanto para la protección de los derechos a un medio ambiente sano, la salud, como para el medio ambiente en sí mismo es que no existe forma alguna en que pueda forzarse su cumplimiento, sea oral o escrito, sino que depende de la buena fe de quienes intervienen.

Sin embargo a pesar de ello, quienes promueven dicho mecanismo resaltan sus beneficios: falta de formalidades, agilidad para su realización, promoción del “valor de la palabra”, creando una cultura de convivencia que restaura el tejido social, al basarse en la responsabilidad, en el sentido común y en la confianza de las partes.

Al mismo tiempo, aproxima a los ciudadanos a la justicia; fortalece tanto la cooperación entre particulares o entre éstos y el Estado como el diálogo y la comunicación, y resulta ser más económico, además de que no tiene por objeto obtener un ganador, sino un balance entre las necesidades de cada parte, y, finalmente, las partes deciden si es o no confidencial la información vertida en ella.²

En síntesis, Martha Eugenia Lezcano recalca las siguientes características jurídicas y sociales de la mediación:³

- Es un acto comunicativo donde se logra identificar el problema y su solución.

² Lezcano Miranda, Martha Eugenia, *La justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, 3a. ed., Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 2016, pp. 114, 115 y 117.

³ *Ibidem*, pp 116 y 117.

- Existe un tercero ajeno al problema que adopta una posición neutral y objetiva, en la medida en que no está involucrado en el conflicto y facilita la búsqueda de un camino adecuado para todos.
- Los mediadores no resuelven el problema, pero ayudan a pensar en otros caminos que permitan a las partes resolver el conflicto.
- Reconoce al otro sin agresiones.
- Los resultados y beneficios se obtienen de la cooperación.
- El mediador puede ser cualquier persona.
- No hay proceso específico.
- Se puede cobrar o no por el servicio prestado.
- Puede ser un procedimiento confidencial.

En lo que respecta al ámbito internacional, la mediación es contemplada en algunos organismos, como la Organización de Estados Americanos (OEA), la Convención sobre los Cursos de Agua de 1997, el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono y la Comisión Internacional Conjunta, pero aquélla ha sido muy poco utilizada.⁴

Algunas de las características específicas de la mediación ambiental son:⁵

- a) Flexibilidad. Aparte de carecer de la rigidez formal o procedimental que sí posee la codificación, en la mediación las partes pueden cambiar de parecer en cualquier momento si la manera en que se lleva ésta no les es pertinente.
- b) La ya mencionada confidencialidad.
- c) Colaborativa. Las partes son las que irán construyendo el procedimiento.
- d) Imparcialidad total del mediador. Le corresponderá balancear la participación de las partes sin emitir juicio alguno, siendo aquéllas las que llevarán en todo momento las riendas.
- e) Cualificación técnica del mediador. Con experiencia en la materia o con acceso a especialistas que provean de los conocimientos necesarios en la cuestión ambiental planteada.

⁴ Uribe Vargas, Diego *et al.*, *Derecho internacional ambiental*, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colombia, 2010, p. 317.

⁵ Mondéjar Pedreño, Remedios, *Mediación ambiental. Recursos y experiencias*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 58 y 59.

En lo que atañe a las partes, es muy fácil que, al tener tal cantidad de libertad, caigan en algunos supuestos que nublen el buen cauce de la mediación, y son los siguientes:⁶

1. Criterio de justicia. Se suscita cuando una de las partes distorsiona este concepto al creer que los acuerdos obtenidos van en detrimento suyo desproporcionadamente, buscando beneficios que cubran sus propios intereses.
2. Criterio de honestidad. Al tener la convicción de que la contraparte carece de la buena fe necesaria, perdiendo así un trato objetivo para con ella.
3. Criterio de subjetividad. Una de las partes rechaza de tajo las propuestas de la otra por el solo hecho de provenir de ella.
4. Criterio de rigidez. Ocurre si cualquiera de las partes se niega a ceder alguna pretensión por menos costosa que fuera en comparación con los resultados del acuerdo o los de un procedimiento jurisdiccional basados en una actitud de necedad.
5. Criterio de negociación. Las partes toman una actitud de enfrentamiento o competitiva, de ganar o perder.
6. Criterio cultural. Surge al haber prejuicios entre las partes respecto de concepciones erróneas derivadas de su idiosincrasia.
7. Criterio de debilidad. Provocado por barreras institucionales que limitan la comunicación y la libertad de las partes.
8. Criterio de intereses múltiples. En el caso de que las partes tengan tal cantidad de pretensiones que no tienen todas unas representaciones en la mediación o la oportunidad de obtener beneficios.
9. Criterio de incomunicación. Cuando las partes no logran avanzar en la discusión o se estancan en alguna cuestión o pretensión.

La mediación constará de las siguientes fases principales:⁷

1. Análisis del proceso. Se debe llevar a cabo un estudio profundo y detallado de la problemática a tratar, tanto social como técnico, y del contexto de las partes, para evaluar si podrá o no practicarse la mediación y la manera en que ésta se pueda realizar.
2. Diseño del proceso. Conforme a la etapa anterior, se delimitará toda la estructura de la mediación y sus momentos, como las convocatorias, las reuniones, las reglas y demás.

⁶ *Ibidem*, pp. 59-62.

⁷ *Ibidem*, pp. 66-73.

3. Conducción del proceso. Es la materialización de la fase anterior. El papel del mediador es de vital importancia aquí, por lo que es necesario que, independientemente de lo ya descrito, cuente con los conocimientos especializados en la metodología para la conducción de discusiones grupales. Como mínimo deberá velar por que se cumpla con estas diligencias:
 - a) Audiencia de las partes, donde todos los puntos de vista e intereses sean escuchados.
 - b) Presentación de información técnica necesaria para la toma de decisiones.
 - c) Generación de opciones.
 - d) Toma de decisiones. El mediador debe dar a conocer las formas para alcanzarlas, tomando en cuenta siempre el consenso y sin perder de vista su neutralidad.
 - e) Registro. Todo lo actuado deberá tener constancia, por lo que alguna persona tiene que ser designada para tales efectos, quien además no alterará dato alguno para beneficio de alguna de las partes.
4. Consecución e implementación del acuerdo. Esta labor le corresponde al mediador, y tiene la carga de no hacer perder la confianza de las partes para con él. Su tarea se divide en tres aspectos:
 - a) Velar por que los acuerdos sean de posible realización, tomando en cuenta los recursos económicos, humanos y legales.
 - b) Que las partes otorguen el compromiso de cumplir con lo pactado, preferentemente a través de la firma del acuerdo.
 - c) Dar un seguimiento al cumplimiento de los acuerdos, buscando que cada una de las partes se sienta satisfecha con ellos y que no existe violación alguna o queja.

En cuanto a la manera en la que se da la mediación, Raymundo P. Gándara atribuye su formulación a las disposiciones legales aplicables que la reglamenten. Asimismo, resalta su efectividad y eficacia en los casos en los que aquélla se plantea antes de un proceso judicial.⁸

También se habla de una *cultura de la justicia*, que busca privilegiar el convenio sobre el combate o el litigio, lo que favorece la posibilidad de encontrar una solución alterna a la vía jurisdiccional, haciendo uso de la re-

⁸ Gándara, Raymundo P., *Teoría del acto de mediar*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S. C., 2009, p. 28.

flexión, el buen juicio, el sentido común, así como del cálculo del perjuicio-beneficio y del costo-beneficio.⁹

No hay que dejar de tomar en cuenta que estos artículos fueron reformados en 2011 y 2008, respectivamente, por lo que la importancia que revisten los mecanismos en comento como consecuencia del cambio que significaron los derechos humanos dentro del sistema jurídico se ve dimensionada al representar teóricamente una opción tanto para las empresas como para los particulares y las autoridades, para dar con una solución ágil a los problemas ambientales que se presenten.

Por otro lado, algo que se debe contemplar y discutir al respecto es que bajo el enfoque de los derechos humanos encontramos que todas las personas tenemos derecho a vivir en un *medio ambiente sano*, por lo que en un primer momento todos tendríamos la facultad para exigir que se nos garantice este derecho solicitando la acción del Estado *para impedir un daño ambiental*.

En general, la protección de los derechos humanos por la vía jurisdiccional no representa mayor complicación, puesto que la persona que exige la protección de esos derechos es a quien se le vulneran directamente, por lo que procesalmente puede comprobar el daño a su “interés jurídico”; sin embargo, tratándose del *derecho al medio ambiente sano* la situación es más compleja, debido a que el concepto de “medio ambiente” no es algo específico y limitado, sino que se entiende como el conjunto de ecosistemas que a su vez están conformados por diferentes elementos interdependientes que interactúan entre sí, por lo que la alteración de alguno de estos elementos implicaría una perturbación a dicho ecosistema.

Lo anterior significa que *el daño ocasionado lo sufría el medio ambiente de forma directa*, lo que le representaba un problema a la persona que acudía al órgano jurisdiccional, ya que se le exigía que demostrara su interés jurídico, y al no poder hacerlo por no ser propietaria de los elementos naturales que se estaban afectando se le desechaba la acción ejercida.

Del examen anterior se podía deducir que resulta difícil acceder a las instancias procesales que permitan proteger y garantizar el respeto a los derechos humanos antes mencionados, pues las acciones ejercidas serían desechadas sin haber sido estudiadas de fondo al no haber acreditado un “interés”, lo que podría acarrear consecuencias graves tanto para el medio ambiente como para las comunidades que se encuentran en contacto con estos ecosistemas.

Al respecto, el doctor Benjamín Revuelta Vaquero plantea el siguiente cuestionamiento: dado que la pretensión de quien acude al órgano jurisdic-

⁹ *Idem*.

cional es que se determine la existencia o el riesgo de una afectación a su derecho humano a un medio ambiente sano, lo que evidentemente es de su interés, y procesalmente se le exige que demuestre la existencia de un daño a su interés jurídico o legítimo para poder estudiar su pretensión, ¿no resulta lógicamente contradictorio, o incluso absurdo, que se le pida al gobernado prácticamente resolver, demostrar y justificar aquello por lo que acudió a la autoridad?¹⁰

Aunque, por otra parte, de abrirse la posibilidad a que cualquier persona pudiera demandar a las empresas y a la autoridad por violaciones al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano, esto podría representar una mayor saturación del sistema jurídico, e incluso de las vías no jurisdiccionales a las que nos estamos refiriendo, e incluso la posibilidad de que se dé el llamado “chantaje verde”. Por ello, es importante acudir a la justicia de la paz en materia ambiental.

V. CONCLUSIONES

Un derecho fundamental del que gozamos es a disfrutar de un medio ambiente sano, lo cual nos lo garantiza el artículo 4o. constitucional.

Para hacer efectiva tal garantía humana se expidió la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, la cual busca hacer exigible este derecho por medio de procesos judiciales y administrativos a través de la reparación y la compensación, que son establecidos por la misma Ley como mecanismos que son una vía de tutela judicial efectiva para garantizar el ya mencionado derecho humano, con medidas como el pago por indemnización a cargo del contaminador, las acciones procesales para exigir la responsabilidad ambiental ante órganos jurisdiccionales y el derecho a utilizar medios alternativos de solución de controversias en materia ambiental.

La Ley Federal de Responsabilidad Ambiental prevé la mediación y la conciliación como los medios alternativos de solución de controversias en materia ambiental, que busca privilegiar el convenio sobre el combate o el litigio, lo que favorece la posibilidad de encontrar una solución alterna a la vía jurisdiccional, haciendo uso de la reflexión, el buen juicio, el sentido común, así como del cálculo del perjuicio-beneficio y costo-beneficio, ya que la responsabilidad ambiental derivada del daño ocasionado al medio ambiente busca que quien lo cause será responsable de repararlo, con lo

¹⁰ Revuelta Vaquero, Benjamín *et al.*, *Derecho, medio ambiente y cambio climático*, México, Editorial VLex, 2019.

cual se fortalece y resalta la importancia del derecho humano a un ambiente sano.

Lo anterior es así, ya que se pretende contribuir a desahogar el exceso de trabajo que hay en todos los órganos de impartición de justicia y proporcionarles a las personas un desenlace a los conflictos que afectan su esfera jurídica, en el que todos los interesados en el asunto puedan quedar satisfechos, con la finalidad de obtener el mejor resultado en el menor tiempo posible.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARDESA SALZMANN, Antonio, *El control internacional de la aplicación de los acuerdos ambientales universales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- DÍAZ LÓPEZ, Rosa María y ORTEGA MALDONADO, Juan Manuel, *Derecho procesal ambiental*, Tirant lo Blanch, 2020.
- FITZMAURICE, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des Cours, tomo 293, The Hague, The Hague Academy of International Law, 2002.
- GÁNDARA, Raymundo P., *Teoría del acto de mediar*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2009.
- LEZCANO MIRANDA, Martha Eugenia, *La justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, 3a. ed., Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2016.
- MONDÉJAR PEDREÑO, Remedios, *Mediación ambiental. Recursos y experiencias*, Madrid, Dykinson, 2014.
- ONU, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992, disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.
- REVUELTA VAQUERO, Benjamín *et al.*, *Derecho, medio ambiente y cambio climático*, México, Editorial VLex, 2019.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derecho a un medio ambiente sano. Su dimensión colectiva y tutela efectiva*. Primera Sala, tesis aislada 1a. CCXCII/2018 (10a.).
- URIBE VARGAS, Diego *et al.*, *Derecho internacional ambiental*, Colombia, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL EN MÉXICO

Julio César MARTÍNEZ GARZA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Mecanismos alternativos de solución de controversias*. III. *Implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal en México*. IV. *Principios de los mecanismos alternativos en materia penal*. V. *Beneficios que ofrece la justicia alternativa*. VI. *Problemática de la justicia alternativa*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los más grandes problemas que aqueja a la ciencia del derecho en sus diversas ramas lo es, sin lugar a duda, el lograr cómo satisfacer, por medio de los diversos órganos de procuración e impartición de justicia, los tan variados reclamos que respecto a ello plantea la sociedad.

Para nadie son desconocidos a la fecha los reclamos de intervención de los órganos de procuración e impartición de justicia, que cada día son mayores, para que delimiten responsabilidades, impongan sanciones y cumplan estos reclamos, y que incluso han impactado la correcta y efectiva operación de las instituciones encargadas de salvaguardar la garantía constitucional plasmada en los artículos 1o. y 21, este último, que en forma expresa hace referencia a la división de facultades de las fiscalías y órganos judiciales, al grado tal que se ha reconocido en diversos foros, tanto nacionales como internacionales, que las fiscalías generales de justicia y los poderes judiciales se encuentran en clara desventaja operativa por diversos

* Licenciado en derecho; máster en ciencias penales por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León; doctor en derecho penal y criminología por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España, y doctor Honoris Causa como doctor de doctores por el Colegio de Especialidades Jurídicas.

factores negativos, de entre los cuales son de destacarse la enorme carga de trabajo, instalaciones no adecuadas, falta de personal, correcta capacitación y compromiso de éstos, falta de herramientas, y no se diga hoy en día con la pandemia que del Sars.Cov-19 ha aparecido no sólo a México, sino también a nivel mundial.

Precisamente, en virtud de tal reconocimiento objetivo, es por lo que debe apostarse a buscar, encontrar e implementar diversas formas de solución de conflictos a las convencionales de procuración e impartición de justicia que permitan el involucramiento de los justiciables en la búsqueda de soluciones de sus propios conflictos; y, así evitar la saturación operativa de aquellas instituciones para dejarles los espacios adecuados para atender asuntos penalmente más relevantes.

Con motivo de ello, México ha implementado diversas herramientas de solución conflictual entre justiciables, de entre las cuales son de señalarse la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otras, que buscan, mediante institutos u organismos operados por terceras personas ajenas a las estrictas funciones de las fiscalías y poderes judiciales, encontrar, por medio de una efectiva participación y colaboración de los justiciables, aunada a la intervención de un facilitador preparado en las técnicas y herramientas alternativas, poner fin al conflicto penal que así lo permita.

II. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Reconocemos que los mecanismos alternativos de solución de conflictos no son herramientas desconocidas legalmente a nivel mundial, pues al respecto de éstas tenemos que remitirnos primigeniamente a su utilización por diversos países,¹ en donde la base de su justicia radica precisamente en generar los espacios de participación obligatoria de los justiciables en la búsqueda de la mejor solución en su propio conflicto, explorando entre éstos y un tercero ajeno al mismo la manera de resolverlo.

En México, antes de la reforma constitucional operada al sistema de justicia penal y seguridad pública de 2008,² ya existía en materia de dere-

¹ Estados Unidos; Canadá; Alemania, Holanda, Inglaterra, Italia, entre muchos otros, basados en sistemas de justicia sajones.

² El 18 de junio de 2008 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma a diversos artículos constitucionales en materia de seguridad pública y justicia penal, siendo ésta la más importante desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917.

cho laboral la etapa primigenia de su procedimiento denominada “conciliación”, en donde si bien es cierto que intervenía personal de la propia Junta de Conciliación y Arbitraje para tratar de dirimir el conflicto obrero-patronal, no menos cierto lo era y es que dicha autoridad invita a buscar soluciones entre los contendientes para lograr una solución a la reclamación planteada.

Precisamente, en virtud del reconocimiento del colapso nacional de los sistemas de justicia penal, y que debido a ello no se lograba cumplir con el paradigma constitucional de “justicia pronta y expedita”, es por lo que a la par de la reforma al sistema de justicia penal que incorporó el sistema acusatorio y oral se gestó e implementó la reforma al artículo 17 del pacto federal,³ que incorporó a rango de “garantía constitucional de seguridad jurídica” de los gobernados la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Con ello, se hizo un implícito reconocimiento, desde nuestra perspectiva, de que el cambio de paradigma del proceso penal mexicano no era, ni es, el cambio procesal propiamente hablando a tal sistema de juzgamiento, sino por el contrario, a efecto de que aquél no colapsara como su antecesor (inquisitivo), era necesario buscar válvulas de escape que lo despresurizaran, como lo son los mecanismos alternativos; ello, para generar el involucramiento necesario de los propios justiciables para buscar la mejor vía o forma de solución a sus reclamos.

III. IMPLEMENTACIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL EN MÉXICO

Según refiere la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal,⁴ reglamentaria del artículo 17 del pacto federal, éstos tienen como finalidad⁵ propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la noticia criminal referidos a un hecho penalmente relevante; ello, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

³ Artículo 17, cuarto párrafo: “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”.

⁴ Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 2014.

⁵ Artículo 1o., segundo párrafo.

Es importante no perder de vista que los mecanismos implican, intrínsecamente, acorde a una interpretación hermenéutica del ordinal primero de la Ley Nacional, la “participación activa” de las y los de ciudadanos en la gestión de su propio conflicto o controversia, lo que permite reconocer mayor flexibilidad en el procedimiento, facilita los acuerdos entre las partes y, lo más importante: su cumplimiento.

Para lograr lo anterior, las sesiones de las soluciones alternas se realizarán únicamente con la presencia de los intervinientes; y, en su caso, de auxiliares y expertos, a petición de las partes, contando en todo momento con la presencia de un “facilitador”, quien mediará la comunicación entre las personas implicadas para el entendimiento entre ellos.

Es necesario precisar que las soluciones alternas serán aplicadas en la resolución de los delitos “culposos, delitos patrimoniales sin violencia sobre las víctimas”, y que sean además aprobados por parte del Ministerio Público o el juez de control, según corresponda.

Para ello, la misma legislación dispone las siguientes vías:

- a) “La mediación”. Es un proceso analítico para resolver problemas en el que las partes son auxiliadas por terceros capacitados para resolver sus diferencias. En este caso, las diferencias se resuelven cuando las partes, después de haber analizado sus puntos de conflicto, elaboran acuerdos que satisfacen sus expectativas y necesidades, los que son consensuados y voluntarios, por lo que no requieren de la coacción externa para ser cumplidos, tal como lo sostiene Aiello.⁶

Por su parte, Gorjón Gómez⁷ sostiene que la mediación se caracteriza por: 1) la voluntariedad de las partes; 2) es privada, ya que los contendientes se someten libremente a dicho mecanismo eligiendo al mediador; 3) es informal, ya que los acuerdos que sean logrados serán estipulados por ellos mismos; 4) no hay intervención de autoridad alguna; 5) no es obligatoria, en tanto que el acatamiento de los acuerdos se entiende de buena fe, y 6) demás, el control del procedimiento y sus resultados dependen de las partes, y no del tercero o mediador.

- b) “La conciliación”. Regulada en el marco jurídico mexicano en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

⁶ Aiello, M., *Mediación: formación y algunos aspectos claves*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, Facultad de Derecho, 2001, pp. 127-130.

⁷ Gorjón Gómez, Francisco J., *Estudio de los métodos alternos de solución de controversias en el estado de Nuevo León*, México, Nuevo Siglo, 2003, pp. 57 y 58.

en Materia Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 2014, ordinal 25, es coincidente como el mecanismo voluntario mediante el cual los intervinientes, en el libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados. Además de propiciar la comunicación entre los intervinientes, el facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas.

- c) “La junta restaurativa”. Señaló el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, que es un sistema democrático que promueve la paz social y, en consecuencia, la armonización de las relaciones intra e interpersonales dañadas por la conducta criminal; precisamente, justo es tal armonización de lo que se trata la justicia restaurativa, al buscar la solución de las necesidades de la víctima, de las obligaciones, la responsabilización genuina y las necesidades del ofensor.⁸
- d) “El arbitraje”. Tal como lo indica Da Silva, citado por Tamez González,⁹ tiene naturaleza de carácter jurisdiccional, en donde el juzgador se encuentra revestido de las mismas facultades, potestades y deberes que los jueces que integran la estructura del Poder Judicial en lo que refiere a declarar el derecho (*iuris dictio*). La única diferencia con éstos radica en que los árbitros carecen del poder de *imperium*, o potestad de imponer y hacer cumplir las decisiones, de modo que para este tipo de actividades se deberá acudir a los tribunales del Poder Judicial.
- e) “La negociación”. Como lo señala Torres,¹⁰ no es propiamente hablando una rama del derecho; sin embargo, es aplicada a muchas

⁸ Tamez González, Gerardo, “Análisis comparativo sobre los métodos alternativos para la solución de conflictos a partir de la legislación de los estados de la República mexicana”, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n34/0124-7441-just-34-00385.pdf> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2021). En el mismo sentido, una definición básica sobre justicia restaurativa la aporta la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2006), al señalar que es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Por lo que entonces, la justicia restaurativa se logra en un sistema democrático, y se refiere a privilegiar las relaciones sociales a través de regular las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes, todo con miras a resolver las consecuencias del delito.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Torres Manrique, Fernando J., “Medios alternativos de resolución de conflictos en derecho: negociación, arbitraje y conciliación”, Perú, disponible en: <http://www.gestiopolis.com/medios-alternativos-resolucion-conflictos-derecho-negociacion-arbitraje-conciliacion/> (fecha de consulta: 14 de septiembre de 2021).

áreas y ramas jurídicas, a efecto de lograr diversos fines, encontrando aplicabilidad a la rama criminal cuando se trata sobre el monto de la reparación del daño civil, o sobre el monto que se entrega al momento de la firma de la transacción. En ella, como lo refiere Mireles,¹¹ no interviene un tercero imparcial, de tal forma que para lograr el éxito del mecanismo se requiere la conciencia de que las partes tienen un conflicto, y de que necesitan superarlo.

De los mecanismos específicos señalados salta a la vista que éstos tienden a poner fin a las controversias en materia penal facilitando los procesos de su solución, siendo su principal función, además de lograr la reparación del daño a la víctima y propiciar el fin del conflicto interpersonal entre las partes, el de descongestionar el sistema de justicia penal, mediante el ahorro de los recursos de los intervinientes y del propio Estado, e impulsando una institución procesal que tiende a culminar la causa y, por ende, la persecución penal, como lo es la extinción de la acción penal, situación conclusiva a la que son merecedoras tales herramientas alternativas, salvo la justicia o junta restaurativa, cuya finalidad estriba en buscar no el fin del conflicto procesal, sino el saneamiento del alma de víctima-victimario/ofendido.

Ahora bien, a la par de la Ley Nacional que regula y propone los métodos alternos de solución de conflictos en materia penal, el Código Nacional de Procedimientos Penales, aplicable en todo el territorio nacional, atento a las reglas del sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral, establece y regula¹² en forma expresa las dos soluciones alternas al procedimiento criminal, señalando en su artículo 184 que estos son “El acuerdo reparatorio, y b) La «suspensión condicional del procedimiento»”.

Ambas herramientas pretenden la conclusión de la causa a través de la “extinción de la acción penal”. La primera de ellas, de manera inmediata, y la otra, de manera diferida.

Al respecto, el acuerdo reparatorio, atento a lo señalado por los ordinales 187 y 188 de la Ley Procesal Nacional aplicable, requiere: a) El resarcimiento del daño a la víctima; b) Que los hechos penalmente relevantes cometidos se persigan por querrela o requisito equivalente; o que admitan el perdón de la víctima; c) Se trate de eventos culposos; d) Sean delitos pa-

¹¹ Mireles Quintanilla, Gustavo A., “Métodos alternos de solución de conflictos hacia una cultura de justicia participativa”, disponible en: <http://www.pjenl.gob.mx/consejojudicatura/CEMASC/Articulos/solucion.pdf> (fecha de consulta: 14 de septiembre de 2021).

¹² Libro segundo, “Del procedimiento”, título primero, “Soluciones alternas y formas de terminación anticipada”, capítulo I y siguientes.

trimoniales en donde no se hubiera ejercido violencia contra la víctima, y *e*) Que se soliciten con una temporalidad que va desde la presentación de la noticia criminal¹³ hasta antes de decretarse el auto de apertura a juicio.

En cambio, son limitantes para su aplicación: *a*) los casos en que el investigado hubiera celebrado anteriormente otros acuerdos reparatorios por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos; *b*) se trate de hechos de violencia familiar o sus equivalentes, y *c*) cuando el investigado hubiera incumplido previamente con un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto.

Por lo que hace a la suspensión condicional del proceso, conforme al artículo 191 y siguientes del Código Procesal referido, se requiere: *a*) la solicitud realizada, ya sea por el Ministerio Público o por el imputado; *b*) en la cual se propone, por parte del investigado, un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño a la víctima; *c*) además del sometimiento del investigado a una o varias condiciones de las que da cuenta la ley nacional procesal penal; *d*) que se haya dictado contra el investigado un auto de vinculación a proceso por delito, cuya pena aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años; *e*) que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido, y *f*) que se pida posterior a haberse vinculado a proceso al investigado y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio.

De concederse la suspensión condicional del proceso, conforme lo dispone el artículo 195 de la ley procesal penal nacional, debemos destacar, al contrario del acuerdo reparatorio, que el juzgador debe imponer por alguna de las siguientes condiciones:

- Residir en un lugar determinado.
- Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas.
- Abstención de consumir drogas o estupefacientes o abuso de bebidas alcohólicas.
- Participación en programas de prevención y tratamiento de adicciones.
- Aprender una profesión u oficio, o cursos de capacitación.
- Prestación de servicio social a favor del Estado o de instituciones de beneficencia.
- Someterse a tratamiento médico o psicológico.
- Tener trabajo o empleo, o adquirir un oficio, arte, industria o profesión en el plazo que fije el juez, si no tiene medios.

¹³ Denuncia, querrela o requisito equivalente.

- Someterse a la vigilancia que determine el juez de control.
- No poseer ni portar armas.
- No conducir vehículos.
- Abstenerse de viajar al extranjero.
- Cumplir con los deberes de deudor alimentario.
- Cualquier otra condición, que, a juicio del juez de control, logre una efectiva tutela de los derechos de la víctima.

IV. PRINCIPIOS DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS EN MATERIA PENAL

Para la eficaz operatividad de las salidas alternas al procedimiento penal en cualquiera de sus vertientes, se establecen como principios animadores del mismo los siguientes:

- a) Voluntariedad. Para poder proceder a la mediación es necesario la sana voluntad de las partes, libre de coacción y sin ninguna obligación.
- b) Información. Se les deberá brindar a las partes la información clara y los alcances que tienen los mecanismos alternos.
- c) Confidencialidad. El facilitador deberá responsabilizarse y de guardar a reserva absoluta lo expresado en las sesiones, a menos que se esté cometiendo un delito o esté a punto de consumarse y éste afecte la integridad de alguna persona; siendo así, se tendrá que dar aviso al Ministerio Público.
- d) Flexibilidad y simplicidad. Con este principio, los métodos alternos requieren eliminar el exceso de formalismo, generando un ambiente que sea idóneo para que las partes desahoguen con libertad los elementos necesarios para resolver el consenso de la controversia.
- e) Imparcialidad. Los mecanismos alternativos actuarán libres de favoritismos o prejuicios, tratando a los participantes de igual manera, sin emitir opiniones o crear juicios que le den ventaja a alguno de los intervinientes.
- f) Equidad. Se dotará de condiciones equilibradas entre los participantes, y
- g) Honestidad. Es obligación del facilitador, supervisar que los intervinientes se conduzcan con apego a la verdad, así como también el desarrollo de su competencia.

V. BENEFICIOS QUE OFRECE LA JUSTICIA ALTERNATIVA

Dentro de los grandes problemas que ha acarreado la justicia penal a lo largo de la historia encontramos la insatisfacción de las partes procesales que intervienen en el procedimiento, ya sea que el investigado sea condenado o absuelto, pues a veces al ser condenado el reo queda insatisfecho con su sanción, ya que ésta le podría parecer excesiva, e incluso la misma víctima con la condena pueda expresar su insatisfacción al estimar que la pena es baja, y es más complicado si el reo es absuelto; igualmente, la temporalidad excesiva en que puede resolverse el conflicto penalmente relevante, e incluso los costos que el procedimiento acarrea.

Por ello, el hecho de tenerse salidas alternas al proceso penal, en donde se prepondera la intervención de los protagonistas de los hechos, víctima-victimario, genera la enorme posibilidad, primero, de que sean ellos mismos los que busquen soluciones a sus propios conflictos; sin duda alguna, ello podría generar también insatisfacciones entre ellos; empero, serán menores a si enfrentan a lo largo y tortuoso que puede ser el procedimiento criminal; también, impacta en el menor gasto que los mismos tengan que efectuar en la causa; los tiempos de las autoridades, y los gastos estatales.

De entre los beneficios concretos podemos destacar: *a)* no afecta a los medios ordinarios de litigio previstos en las legislaciones estatales; *b)* atiende a las necesidades de los interesados en el conflicto, y no solamente a sus derechos y obligaciones; *c)* tienen impacto positivo en la relación futura de los contendientes y evita conflictos futuros; *d)* al no someterse a un procedimiento adversarial, no existe la presencia de un juez como autoridad, resultando que las partes puedan proporcionar la información necesaria sobre los verdaderos intereses que subyacen en la controversia; *e)* agiliza la solución de conflictos entre particulares, evitando el trámite de juicios prolongados; *f)* existe celeridad y la escasez de formalismos; *g)* los breves tiempos de respuesta, más reducidos que en los procedimientos jurisdiccionales; *h)* implica un menor desgaste emocional; *i)* descarga gran porcentaje de juicios hacia los juzgados de primera instancia; *j)* evita gastos económicos por contratación de abogados particulares.

VI. PROBLEMÁTICA DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA

Desde nuestra perspectiva, la principal problemática que enfrenta la justicia alternativa en la materia criminal radica esencialmente en el malentendido principio de voluntariedad.

Para entender con claridad lo antes referido, debemos traer a colación que todo procedimiento es de orden público, y es al Estado a quien interesa mayormente que todo conflicto sea resuelto en forma imparcial, pronta y expedita; ello incluso ha sido reconocido así en variadas ejecutorias por nuestro máximo tribunal constitucional,¹⁴ que ha sostenido que, tratándose de procedimientos de cualesquier índole, al estar normativamente contemplados por las legislaciones procesales como de orden público e interés social, no se pueden suspender, mucho menos requieren de la voluntariedad de las partes para sujetarse a su sometimiento.

Partiendo de lo anterior, debemos tener en cuenta que al señalarse en el ordinal 1o. de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal, que el “procedimiento de salidas alternas” reviste precisamente las cualidades de haber sido conceptualizado como de orden público e interés social, entonces debemos estimar que la voluntariedad no debe ser vista o aplicada como una limitante o cortapisa al sometimiento de las partes involucradas a dicho procedimiento, pues sostenemos que el procedimiento de búsqueda de salida alternativa en sí para las partes debe ser “obligatorio”, y sólo ya dentro del mismo procedimiento, los acuerdos que se llegaran a presentar sí son de aceptación voluntaria o no por las partes.

Sólo así, entendida la obligatoriedad al sometimiento de procedimientos de salidas alternativas, gestará un cambio de cultura social de interacción personal entre los involucrados para buscar ellos mismos la solución a sus problemáticas, hará eficiente la procuración e impartición de justicia, e incluso no impactará de manera negativa al sistema de justicia penal de corte acusatorio, el cual apuesta su eficiencia precisamente en la correcta implementación y aplicación de las salidas alternativas al proceso penal.

VII. CONCLUSIONES

Todo cambio de sistema procesal, y más el penal, trae aparejado incertidumbres, falta de voluntad en muchos sentidos, pero sobre todo inquietud y temor sobre su eficacia.

Desde nuestra perspectiva, el cambio procesal del sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo al acusatorio y oral no es la excepción; aun es fecha de que muchos operadores ven con escepticismo su eficacia, su funcionalidad, pero sobre todo el entendimiento de sus diversas fases y técnicas adver-

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación.

sariales, que hoy se impone conocer, entender y saber aplicar en beneficio de los justiciables.

Dentro de dichas técnicas, aunque no propiamente adversariales de confrontación, existen los sistemas alternativos de solución de conflictos en materia penal, los cuales tienden a buscar el camino adecuado fuera de las instancias de procuración e impartición de justicia, para que sean los mismos protagonistas de los hechos los que propongan, busquen, encuentren, apliquen y resuelvan sus controversias; todo ello mediante las herramientas necesarias que un facilitador conocedor de la materia ponga a su disposición.

Insistimos en sostener que mientras los procedimientos de búsqueda de salidas alternas a la solución de conflictos no sean impuestos en forma obligatoria para que las partes acudan a ella a buscar la solución de sus conflictos, en donde la voluntad de éstos sí es requisito para que ya dentro del procedimiento respectivo se adopte una solución, estas salidas alternas no lograrán lo que estimamos sus dos principales objetivos. El primero es lograr una solución efectiva, pronta y eficaz a un conflicto intrapersonal, con la participación de los conflictuados, y el segundo, tratar hasta donde sea posible despresurizar el sistema de justicia penal.

Recordemos que no toda problemática amerita judicialización, sino sólo aquella que se estima, desde el punto de vista del derecho penal, más significativa o que afecta bienes penalmente relevantes; entonces, en la medida en que involucramos a los conflictuados en la búsqueda de soluciones alternas a procesos criminales, será la medida en que logremos cumplir el paradigma de que la “justicia debe ser pronta y expedita”; a lo que añadiríamos, “más si son los propios justiciables los que intervienen en la búsqueda de soluciones efectivas, coherentes y congruentes a sus problemáticas” de donde cobra relevancia la frase “justicia que llega tarde deja de ser justicia”.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIELLO, M., *Mediación: formación y algunos aspectos claves*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, Facultad de Derecho, 2001.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco J., *Estudio de los métodos alternos de solución de controversias en el estado de Nuevo León*, México, Nuevo Siglo, 2003.
- MIRELES QUINTANILLA, Gustavo A., *Métodos alternos de solución de conflictos hacia una cultura de justicia participativa*, disponible en: <http://www.pjenl.gob.mx/consejojudicatura/CEMASC/Articulos/solucion.pdf> (fecha de consulta: 14 de septiembre de 2021).

- TAMEZ GONZÁLEZ, Gerardo, *Análisis comparativo sobre los métodos alternativos para la solución de conflictos a partir de la legislación de los estados de la República Mexicana*, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n34/0124-7441-just-34-00385.pdf> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2021).
- TORRES MANRIQUE, Fernando J., *Medios alternativos de resolución de conflictos en derecho: negociación, arbitraje y conciliación*, Perú, disponible en: <http://www.gestiopolis.com/medios-alternativos-resolución-conflictos-derecho-negociación-arbitraje-conciliación/> (fecha de consulta: 14 de septiembre de 2021).

LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOBRE REPARACIÓN DE DAÑO AL MEDIO AMBIENTE EN MÉXICO

Angelina Isabel VALENZUELA RENDÓN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Generalidades*. III. *La Ley Federal de Responsabilidad Ambiental y los medios alternos de solución de conflictos*. IV. *Conclusiones*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

No es tema nuevo el relativo al deterioro ambiental ni las controversias que se originan o agudizan al respecto. Mucho se ha dicho sobre ello, puesto que es una de las urgencias trascendentales que enfrenta la humanidad.

En México, el 7 de julio de 2013 entró en vigor la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA), en la que expresamente se autoriza a acudir a la justicia alternativa para dirimir disputas sobre la reparación del daño al medio ambiente.

El objetivo que aquí nos hemos trazado radica en mostrar a grandes rasgos la regulación legal vigente en México acerca de los medios alternos medioambientales y generar reflexiones en cuanto a los principales retos por enfrentar. El presente escrito se limita a conflictos intrafronterizos.

El problema estriba en que si bien es cierto que en México es posible resolver la conflictividad ambiental a través de la justicia alternativa, el desarrollo de los medios alternos de solución de conflictos (MASC) en comentario ha sido modesto, y todavía hay múltiples desafíos qué encarar para que éstos constituyan una opción a la que acudan en mayor medida las partes con intereses contrapuestos.

* Profesora del Departamento de Derecho en la Universidad de Monterrey. Doctora en derecho con orientación en derecho procesal *Summa Cum Laude* por la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Debido a que el presente estudio forma parte de una investigación más profunda y extensa, no validaremos una hipótesis en esta ocasión, sino que se trata de un trabajo expositivo que postula ideas que darán pie a futuras investigaciones.

En virtud de que este documento se ha desarrollado empleando preponderantemente la técnica metodológica de síntesis, hemos dividido nuestra exposición en dos partes: la primera de ellas, dedicada a los aspectos generales de la temática, y la segunda, a los MASC previstos en la LFRA.¹

II. GENERALIDADES

El conflicto es una contraposición de intereses entre dos o más personas, que puede ser violento o no, y es inherente al ser humano, como también lo es ponerle fin; desde que existe la humanidad, tenemos diversos modos de resolución de la conflictividad, aunque antes fueran rudimentarios.²

No será hasta el siglo XX cuando se inicia el pensamiento sistemático de dichos medios.³ Meyerson explica que la era moderna de los MASC en Estados Unidos comenzó en 1976 con la *Pound Conference*, cuando Berger, presidente de la Suprema Corte de Justicia de dicho país, exhortó a los líderes de la American Bar Association a considerar la insatisfacción con la administración de justicia popular.⁴

Los MASC cumplen una función análoga a la del proceso judicial, ya que tienen por finalidad principal la resolución de las controversias entre dos o más partes, generalmente con la intervención de un tercero indepen-

¹ La técnica metodológica de síntesis, también nombrada francesa o cartesiana, consiste en realizar estudios mediante un plan estricto, que consta, generalmente, de introducción, contenido ordenado en dos grandes ejes y, a veces, conclusiones. Lo comprendido en los ejes debe estar equilibrado en importancia y en espacio. Debe observarse un hilo conductor. Esta técnica presenta ventajas: implica un análisis concienzudo, evita la repetición de ideas y reduce la posibilidad de omitir una noción importante, se despliegan creativamente las ideas, etcétera.

² La contraposición de intereses se puede derivar de una diferencia entre las aspiraciones, los valores, los derechos, las percepciones, las creencias, las tradiciones, las necesidades, la expresión de la voluntad, etcétera, de las partes involucradas.

³ Martínez de Murguía, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, México, Paidós, 1999, p. 11.

⁴ Meyerson, Bruce E., "Alternative Dispute Resolution in the United States", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, núm. 1, 2004, p. 112, disponible en: https://archivos-2012.s3.amazonaws.com/08/07/Im_1_3_393237650_in1_06_15.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1402031419&.

diente e imparcial.⁵ Ejemplos de MASC son: la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Ahora bien, debemos destacar que los MASC en diversas materias, mas no en la ambiental, ya gozan de un desarrollo considerable en México.⁶ Pese a que a nivel federal no ha habido la misma recepción de la justicia alternativa, se cuenta ya con una experiencia importante a nivel estatal.⁷

En el ámbito medioambiental son tantas las disputas, que incluso se han desarrollado mapas o atlas, tales como el *EjAtlas - Global Atlas of Environmental Justice*.⁸

Mondéjar, por su parte, da ejemplos de mapas al respecto: mapa de conflictos socioambientales de Chile, mapa de conflictos ambientales de Brasil, inventario de bases de datos sobre conflictos de justicia ambiental en América Latina y el Caribe, que engloba a su vez un listado de mapas; mapa de conflictividad ambiental en la comunidad valenciana.⁹

En el *Libro Blanco de la Mediación de Cataluña*¹⁰ se define a la controversia ambiental como un tipo particular de conflicto social en el que la problemática se relaciona con la calidad de vida de las personas o las condiciones ambientales.

Ha sido controversial la resolución de las disputas medioambientales a través de los MASC, pues se encuentran en juego intereses globales, o sea que son de incumbencia para la humanidad, y más aún cuando nos referimos a la conflictividad sobre la reparación del daño al medio ambiente en sí mismo, que es la que nos interesa en el presente documento, pues en ésta toma especial importancia la doble dimensión del medio ambiente: subjetiva y objetiva.

⁵ La LFRA indica en la fracción XII del artículo 2o. que los mecanismos alternativos son los que permiten prevenir o solucionar conflictos sin la intervención del órgano jurisdiccional, salvo para garantizar la legalidad y eficacia del convenio adoptado por los participantes y el cumplimiento del mismo.

⁶ Valenzuela Rendón, Angelina Isabel, *La conciliación como medio para lograr la reparación del daño al medio ambiente en México*, tesis México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2015, p. 117.

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN, 2006, disponible en: http://201.116.131.109/F/?func=find_db&request=000052115&find_code=SYS&local_base=SCJ01.

⁸ *EjAtlas-Global Atlas of Environmental Justice*, disponible en: <https://ejatlas.org/>.

⁹ Mondéjar Pedreño, Remedios, *Los conflictos ambientales y su tratamiento a través de la mediación*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 61-63.

¹⁰ Carbonell, Xavier et al., “Mediació en conflictes ambientals”, en Casanovas, Pompeu et al. (dirs.), *Libre Blanc de la Mediació a Catalunya*, Cataluña, Generalitat de Catalunya Departament de Justícia, 2010, p. 691, disponible en: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/lllibres_fora_colleccio/llibre_blanc_mediacio.pdf.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país fue progresista en la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016, del muy conocido caso Laguna del Carpintero. Entre diversos aspectos novedosos, la mencionada Sala destacó esa doble dimensión del medio ambiente: la dimensión subjetiva entraña que los seres humanos tenemos derecho al medio ambiente sano; empero, además el medio ambiente tiene un valor intrínseco, que es la dimensión objetiva.¹¹ Si bien de esta sentencia no se derivó jurisprudencia obligatoria, en nuestra opinión es imprescindible, con base en los principios de progresividad y no regresión, así como el *pro natura*, tomar en cuenta esta doble dimensión en la resolución de la conflictividad en comento.

Rodríguez y Barbosa invitan a conocer la temática medioambiental sobre los MASC utilizados en áreas del ámbito privado que han dado lugar a decisiones “...más rápidas, más económicas y menos contenciosas...” en circunstancias adecuadas.¹²

Para nosotros, la función principal de la justicia alternativa, especialmente la autocompositiva, es la contribución a la paz social. En la conflictividad ambiental imperan disputas multipartes que casi siempre son asimétricas, suelen ser contraposiciones complejas tanto en la forma como en el fondo, pues las relaciones intergrupales e intragrupalas en las cuales se gesta el conflicto son difíciles de gestionar; esto, aunado a que la sustancia del asunto concierne al medio ambiente, que es un sistema en demasía complejo e integrado por numerosos componentes que, ya hicimos ver, tiene un valor en sí mismo. Es así que reina la multidisciplinariedad.

Las controversias sobre el daño al medio ambiente se caracterizan por ser cambiantes, en virtud de que las relaciones entre las personas son mudables, y además tal deterioro no es estático, sino que es casi imposible circunscribirlo a un tiempo y espacio.

La justicia alternativa en general ha sido calificada como un derecho humano, como se desprende de lo que sostiene el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al afirmar que el reconocimiento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del derecho

¹¹ Amparo en revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de noviembre de 2018, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/AR-307-2016-181107.pdf.

¹² Rodríguez Camarena, Carlos Salvador y Barbosa Muñoz, Perla Araceli, “La solución de conflictos ambientales fuera del ámbito judicial. Una aproximación teórica”, *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, México, año 13, núm. 26, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, octubre 2019-marzo 2020, p. 224, disponible en: <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/806/pdf>.

humano al acceso a la justicia alternativa esquivar el monopolio del Estado para solucionar conflictos y da cabida a esta opción que fomenta "...la cultura del diálogo, el respeto por el otro, la agilidad y eficacia..."¹³

La justicia alternativa concretamente ambiental es un derecho humano reconocido en nuestra carta magna; esto se deduce de una interpretación sistemática de los párrafos segundo y quinto del artículo 17, así como del quinto párrafo del numeral 4o.¹⁴

Para Guzmán, ejercer los MASC ambientales constituye un derecho humano constitucional procedente del principio de tutela efectiva del Estado.¹⁵

En el derecho comparado podemos encontrar que la justicia alternativa medioambiental ha sido exitosa, no únicamente en el sistema jurídico anglosajón, en el que es ampliamente aceptada, sino igualmente en otros sistemas, incluyendo el de derecho civil.¹⁶

Adicionalmente a lo establecido en la LFRA con relación a los MASC, sobre lo que profundizaremos en el apartado subsecuente, existen otras referencias a los MASC medioambientales en el derecho mexicano, algunas de las cuales se exponen a continuación.

Si analizamos la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), en su artículo 196 expresamente ya permitía la conciliación en el procedimiento de denuncia popular. También en la fracción VI del numeral 199 de dicha ley marco se hace alusión a este mecanismo, al prever que los expedientes de denuncia popular podrán

¹³ Tesis: I.3o.C.3 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Reg. digital 2020851, t. IV, libro 71, octubre de 2019, p. 3517.

¹⁴ 17. "... 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... Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias..."

4. "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley".

¹⁵ Guzmán Palma, David Ulises, "Los medios alternativos de solución de controversias en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental", en Carmona Lara, María del Carmen y Acuña Hernández, Ana Laura, *La Constitución y los derechos ambientales*, México, UNAM, 2015, p. 225, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4089-la-constitucion-y-los-derechos-ambientales>.

¹⁶ Valenzuela Rendón, Angelina Isabel, "Experiencias de éxito en la resolución de conflictos medioambientales a través de los medios alternos de solución de conflictos", *14º Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Liga Mundial de Abogados Ambientalistas, 2015, disponible en: <https://ar.jeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=9cc8204f146635dc2367147dd3f3e6b2>.

ser concluidos, entre otras causas, por haber una solución derivada de la conciliación.

En cuanto a la legislación a nivel local, la Ley Ambiental del Distrito Federal, en su artículo 209 bis, ya incluía la justicia alternativa desde tiempo atrás.

Es relevante la Ley Orgánica de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México, ya que, según la fracción XVIII de su numeral 5, la mencionada Procuraduría cuenta con atribuciones para promover en determinados supuestos la conciliación, así como para aplicar la mediación y el arbitraje.¹⁷

En otro tenor, en los “Diálogos por la Justicia Cotidiana” se detectó que las dependencias y entidades de la administración pública federal, así como empresas productivas del Estado, a pesar de que observen altas probabilidades de que obtengan una resolución desfavorable en un litigio, acostumbran agotar las instancias jurisdiccionales.¹⁸ Esto, entre otros motivos, dio lugar a que el 29 de abril de 2016 se publicara el 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.

Hemos de añadir que, con fundamento en el párrafo 7 del artículo 8o. del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, los medios alternos de solución de controversias deberán promoverse: “Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias”. Este instrumento internacional, conocido como Acuerdo de Escazú, es un tratado vinculante para México.

Es palpable que nuestro país no ha sido ni deberá ser en el devenir ajeno a la justicia alternativa.

¹⁷ Cabe mencionar que otras disposiciones de la ley citada, así como del Reglamento de dicha ley, también se refieren a los MASC.

¹⁸ Véase 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.

III. LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL Y LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Después de que en México el derecho humano a la justicia alternativa fuera reconocido en nuestra Constitución mediante la reforma del 18 de junio de 2008 del quinto párrafo del artículo 17 constitucional, sucedió que el 7 de julio de 2013 entró en vigor la LFRA, pionera en México en dotar de independencia a la responsabilidad ambiental. Por primera vez se separó en nuestro orden jurídico la responsabilidad por daños causados al medio ambiente, la cual es diferente a otras clases de responsabilidades: civil, administrativa y penal.¹⁹

Otra innovación de esta ley es que prevé diversos caminos para lograr que el daño al medio ambiente sea reparado cuando éste se ocasiona, puesto que expresamente se incluyeron los MASC como una vía adicional.

González afirma que los medios alternos pueden ser una buena opción para lograr el derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar.²⁰

Actualmente toda persona legitimada procesalmente tiene derecho a resolver las disputas acerca de la reparación del daño al ambiente a través de los MASC, siempre y cuando las partes en conflicto estén de acuerdo en acudir a éstos y se cumplan los requerimientos correspondientes. Sirven de fundamento a lo anterior los siguientes numerales de la LFRA:

47. Toda persona tiene el derecho de resolver las controversias de carácter jurídico y social que se ocasionen por la producción de daños al ambiente, a través de vías colaborativas en las que se privilegie el diálogo y se faciliten las alternativas de solución que resulten ambiental y socialmente más positivas...

48. Podrán ser materia de los mecanismos alternativos de solución de controversias, todas o algunas de las diferencias que se susciten entre las personas e instituciones previstas en el artículo anterior, en relación con los hechos

¹⁹ El quinto párrafo del artículo 4o. constitucional fue reformado el 8 de febrero de 2012. A partir de ahí, en nuestra carta magna se ordena que el daño y deterioro ambiental generará responsabilidad.

²⁰ González de Cossío, Francisco, "Mesa 2: Mecanismos alternativos de acceso a la justicia ambiental", *Primer Foro de Acceso a las Justicia y Mecanismos Alternativos de Justicia Ambiental*, México, UNAM, 2016, disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/videoteca/evento/1122-primer-foro-de-acceso-a-la-justicia-y-mecanismos-alternativos-de-justicia-ambiental/2016-10-17/6748-mesa-2-mecanismos-alternativos-de-acceso-a-la-justicia-ambiental>.

relativos al daño ocasionado al ambiente, la tutela del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas, las obligaciones de reparación y compensación ambiental, así como la acción, pretensiones y desistimiento materia del procedimiento judicial de responsabilidad ambiental, siempre que no se afecten la moral, los derechos de terceros, ni se contravengan las Leyes ambientales, las disposiciones de orden público y los tratados internacionales de los que México sea Parte.

La LFRA no se limitó a autorizar el empleo de los MASC, sino que incluso los incentiva; por ejemplo, mediante la condonación de la sanción económica accesoria a la reparación o compensación del daño conforme a los artículos 22 y 49.²¹ Se agrega que, según el numeral 50 de la LFRA, se aplicarán beneficios administrativos de revocación o disminución de las sanciones previstas en el artículo 169 de la LGEEPA, debido a que el acuerdo entre las partes se entenderá como cumplimiento de medidas correctivas y de urgente aplicación.

Desde que se llevó a cabo el proceso legislativo de la LFRA se hacía mención de que no se trata de un ordenamiento únicamente punitivo, sino también incentivador de los medios alternos.²²

Hubiera sido mejor que la LFRA fuera una armónica ley general, aplicable tanto al ámbito federal como al estatal en casos de competencia concurrente, definiendo qué corresponde a cada esfera. No obstante, es un avance que ya se tenga una ley en México que haya dejado claro que la conflictividad ambiental sí puede dirimirse mediante la justicia alternativa.

Contar con MASC en materia ambiental puede acarrear múltiples ventajas: la contribución a la paz social, el fortalecimiento de la democracia, el fomento de relaciones duraderas entre las partes, la contribución a la descongestión judicial, la posibilidad de que las partes elijan quién guiará el procedimiento, la celeridad, la flexibilidad, la confidencialidad, la posibilidad de solucionar creativamente el conflicto, por mencionar algunas, sin que esto signifique que no hay ciertas desventajas al respecto.²³

²¹ El artículo 49 de la LFRA remite al numeral 168 de la LGEEPA, el cual, respecto al procedimiento de inspección y vigilancia tocantes a las medidas de control y seguridad y sanciones, permite convenir acciones de reparación y compensación de daño al medio ambiente.

²² *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, núm. 2374-III, 31 de octubre de 2007, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/oct/20071031-III.html>.

²³ Valenzuela Rendón, Angelina Isabel, “Ventajas y desventajas de la conciliación en la resolución de conflictos sobre reparación del daño al medio ambiente”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, Lisboa, año II, núm. III, Juruá, 2016, pp. 113-136.

Los MASC en materia ambiental conllevan muchos retos; algunos los expresamos a continuación.

La LFRA es bastante escueta, y no contiene una regulación completa de los MASC medioambientales. Justamente porque el medio ambiente envuelve intereses globales, las decisiones al respecto no deben dejarse sin ciertos parámetros que conduzcan a la efectiva reparación del daño.²⁴

La vía alternativa tiene que garantizar el acceso a la justicia, por lo que todo el procedimiento alternativo debe considerar la asimetría entre las partes, sobre todo cuando hay personas vulnerables inmiscuidas.

Es necesario capacitar recursos humanos: mediadores, conciliadores, árbitros, asesores, funcionarios, etcétera, que sean especialistas en la materia medioambiental.²⁵ Una gran carencia es la de centros de justicia alternativa que incluyan la especialización en materia ambiental.

Por su parte, Guzmán indica lo sucesivo:

Desde la visión de la conflictología la falta de especialistas preparados en el diagnóstico y análisis de los conflictos social-ambientales y respetuosos de los principios de neutralidad e imparcialidad que exigen métodos como la mediación y conciliación propician que se disminuyan las posibilidades de concluir los procesos judiciales ambientales a través de convenios previos a las sentencias.²⁶

No queremos decir que el centro de justicia alternativa tenga que ser privativo de asuntos ambientales, sino que ha de tener por lo menos una sección especializada. El contar con dichos centros significa disponer del personal, la infraestructura, la tecnología y, en general, los recursos pertinentes para ello; esto abarca lo que se precisa también para los MASC en línea ante el contexto de pandemia que hoy vivimos.

Se debe impulsar la justicia alternativa y difundir las bondades de esta opción, puesto que todavía se necesitan esfuerzos para que forme parte del imaginario colectivo y las partes en disputa decidan someterse a un MASC.

²⁴ Valenzuela Rendón, Angelina Isabel, “La mediación de los conflictos ambientales en el continente americano”, *II Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho Ambiental*, Santiago de Chile, Organización de Estados Americanos, 2017, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=z8WHosDvWOo>.

²⁵ Las universidades también tienen injerencia en el tema; por ejemplo, la Universidad Católica de Santos es precursora en Brasil en tener una cámara privada de mediación de conflictos ambientales, urbanísticos y empresariales.

²⁶ Guzmán Palma, David Ulises, *op. cit.*, p. 222.

En este orden de ideas, nos preguntamos qué se tendría que hacer para que la justicia alternativa se convierta en la primera opción para las partes y éstas se alejen del proceso cuando no sea imprescindible, de tal modo que únicamente lleguen ante el juzgador aquellos casos que no puedan ser resueltos a través de un MASC.

En sentido parecido se pronuncia Chaires, quien invita a sustituir la estrategia que durante doscientos años no ha sido exitosa, y virar hacia la mediación, dejar de pensar que los MASC son exclusivos de asuntos menores y ampliarlos a la mayoría de los casos, “de forma que acudir a los tribunales judiciales sea la excepción y no la regla”.

Evidentemente, lograr lo dicho es una cuestión multifactorial relacionada con los desafíos que antes hemos apuntado; conseguirlo dependerá de múltiples actores, y no únicamente de las partes, pues es menester que jueces, abogados postulantes, consultores, académicos, etcétera, promuevan la justicia alternativa ambiental.²⁷

IV. CONCLUSIONES

La autorización expresa de los MASC sobre reparación del daño al medio ambiente coadyuva al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030,²⁸ porque contribuye a preservar el medio ambiente y la salud, contar con ciudades y comunidades sostenibles y favorece el acceso a la justicia y la construcción de la paz.

No obstante, hemos dejado claro que es insuficiente el que la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental haya permitido explícitamente el empleo de los MASC ambientales, sino que existen múltiples retos para convertir a la justicia ambiental en una opción principal. En el presente escrito se han señalado algunos de esos retos, e inclusive propuestas generales a desarrollar en futuras investigaciones sobre cada uno de los desafíos identificados.

Recalcamos entonces que la justicia alternativa en materia ambiental es un derecho humano que requiere consolidación y fortalecimiento, a fin de que se preserve una sociedad pacífica y, por supuesto, el medio ambiente.

²⁷ Chaires Zaragoza, Jorge, “Derecho al acceso a la justicia a través de los medios alternos de solución de conflictos. Entre la voluntariedad y la obligatoriedad”, en Villarreal Palos, Arturo *et al.* (coords), *Derechos humanos y seguridad en democracia*, México, Universidad de Guadalajara, 2017, p. 340.

²⁸ Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, disponible en: <http://www.undp.org/content/undp/es/hombe/sdgovertview/post-2015-development-agenda.html>.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMPARO en revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de noviembre de 2018, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/AR-307-2016-181107.pdf.

CARMONA LARA, María del Carmen y ACUÑA HERNÁNDEZ, Ana Laura, *La Constitución y los derechos ambientales*, México, UNAM, 2015, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4089-la-constitucion-y-los-derechos-ambientales>.

CASANOVAS, Pompeu *et al.* (dirs.), *Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, Cataluña, Generalitat de Catalunya Departament de Justícia, 2010, disponible en: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/llobres_fora_colleccio/llibre_blanc_mediacio.pdf.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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.

EJATLAS-GLOBAL Atlas of Environmental Justice, disponible en: <https://ejatlas.org/>.

Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, núm. 2374-III, 31 de octubre de 2007, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/oct/20071031-III.html>.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Mesa 2: Mecanismos alternativos de acceso a la justicia ambiental”, *Primer Foro de Acceso a las Justicia y Mecanismos Alternativos de Justicia Ambiental*, México, UNAM, 2016, disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/videoteca/evento/1122-primer-foro-de-acceso-a-la-justicia-y-mecanismos-alternativos-de-justicia-ambiental/2016-10-17/6748-mesa-2-mecanismos-alternativos-de-acceso-a-la-justicia-ambiental>.

Ley Ambiental del Distrito Federal.

Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Ley Orgánica de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México.

- MARTÍNEZ DE MURGUÍA, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, México, Paidós, 1999.
- MEYERSON, Bruce E., “Alternative Dispute Resolution in the United States”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, núm. 1, 2004, disponible en: https://ficheros2012.s3.amazonaws.com/08/07/Im_1_3_393237650_in1_06_15.pdf?AWSAccessKeyId=I V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1402031419&Signature=ac8vcIMrdnVIn%2FwmuYjBpWith7NM%3D.
- MONDÉJAR PEDREÑO, Remedios, *Los conflictos ambientales y su tratamiento a través de la mediación*, Madrid, Dykinson, 2015.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, disponible en: <http://www.undp.org/content/undp/es/hombre/sdgoverview/post-2015-development-agenda.html>.
- RODRÍGUEZ CAMARENA, Carlos Salvador y BARBOSA MUÑOZ, Perla Araceli, “La solución de conflictos ambientales fuera del ámbito judicial. Una aproximación teórica”, *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, México, año 13, núm. 26, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, octubre 2019-marzo 2020, disponible en: <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/806/pdf>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN, 2006, disponible en: http://201.116.131.109/F/?func=findb&request=000052115&find_code=SYS&local_base=SCJ01.
- Tesis: I.3o.C.3 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Reg. digital 2020851, t. IV, libro 71, octubre de 2019.
- VALENZUELA RENDÓN, Angelina Isabel, “Experiencias de éxito en la resolución de conflictos medioambientales a través de los medios alternos de solución de conflictos”, *Libro de Memorias del 14o. Encuentro Internacional de Derecho Ambiental de la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas*, Buenos Aires, IJ Editores, 2017, disponible en: <https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=136>.
- VALENZUELA RENDÓN, Angelina Isabel, “La mediación de los conflictos ambientales en el continente americano”, *II Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho Ambiental*, Santiago de Chile, Organización de Estados Americanos, 2017, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=z8WHosDvWOo>.
- VALENZUELA RENDÓN, Angelina Isabel, *La conciliación como medio para lograr la reparación del daño al medio ambiente en México*, tesis, México, UANL, 2015.

VALENZUELA RENDÓN, Angelina Isabel, “Ventajas y desventajas de la conciliación en la resolución de conflictos sobre reparación del daño al medio ambiente”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, Lisboa, año II, núm. III, Juruá, 2016.

VILLARREAL PALOS, Arturo *et al.* (coords.), *Derechos humanos y seguridad en democracia*, México, Universidad de Guadalajara, 2017.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL CONTEXTO EDUCATIVO MEXICANO

Reyna L. VÁZQUEZ-GUTIÉRREZ*
Zulgenis E. FORNARIS PAREJO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La escuela y los agentes socializadores*. III. *Mediación educativa*. IV. *Transformación positiva de conflictos en la educación*. V. *Contexto normativo y estrategias de éxito para la pacificación de conflictos en la educación en ámbitos latinoamericanos*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Los MASC tienen aplicabilidad en diferentes contextos, tales como los sociales, judiciales, laborales y escolares. Tienen como finalidad propiciar la solución de los conflictos para lograr la justicia y la paz, lo que se hace a través de procesos, como la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, siendo el segundo uno de los métodos que se visibiliza mayormente en el contexto educativo, en el cual se suscribe el presente capítulo, cuyo objeto no es sólo la resolución del conflicto, sino lo es la transformación de

* Doctora en intervención social y mediación por la Universidad de Murcia; doctoranda en estudios internacionales de paz, conflicto y desarrollo por la Universidad Jaume I de Castellón; directora de la revista Científica *Eirene Estudios de Paz y Conflicto*, <https://www.estudiosdepazyconflictos.com/index.php/eirene>, directora de la Red Académica Internacional de Investigación para la Paz (RAIP), profesora de TC en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Correo electrónico: reyna.vazquezgte@uanl.edu.mx, ORCID 0000-0001-5266-9513.

** Doctora en métodos alternos de solución de conflictos por la UANL, México. Psicóloga. Especialista en pedagogía de las ciencias, Universidad Simón Bolívar. Magíster en educación, Universidad Autónoma del Caribe. Tutora del Programa Todos a Aprender, Ministerio de Educación Nacional. Docente de la Universidad Simón Bolívar en la asignatura de Psicología educativa I y II. Asesora de prácticas profesionales en el campo de la psicología educativa. ID: <https://orcid.org/0000-0001-6537-1134>. Correo electrónico: zulgenisfp@hotmail.com.

éste, que es posible sólo si hay procesos de formación que generen a su vez una cultura de paz y promuevan la participación de los actores de las comunidades educativas,¹ concibiendo la paz desde la paz positiva, que se traduce no sólo en el cese de la violencia y la hostilidad,² sino en acciones que van dirigidas en beneficio de los demás.³

Son precisamente los procesos de formación los que conllevan a la pacificación del conflicto, formación en las competencias socioemocionales que a su vez se hacen parte de los elementos de la mediación, entre los que se pueden destacar la comunicación, la empatía, la equidad y la voluntad, que promueven el diálogo como el medio a través del cual se logran acuerdos y, por ende, se alcanzan interacciones pacíficas en medio de las controversias que puedan suscitarse en el entorno escolar, lo que resulta un reto, ya que se deben gestar transformaciones paradigmáticas con relación a cómo se concibe el conflicto y los que participan en él, tener una visión de reparar acogiendo lo que propone la justicia restaurativa, centrándose en ambas partes que están en medio del conflicto y que el daño se pueda restaurar.

Para lograr lo anterior, se requiere acoger las diversas disposiciones legales que se dan a nivel de organismos internacionales o los gobiernos de cada país y de las distintas iniciativas de organizaciones privadas o públicas que buscan la formación para la paz y, en consecuencia, intentan aportar para la consolidación de una cultura de paz. Para estos análisis se traen a colación las experiencias de los países de Colombia y México, e identificamos que es de gran interés la consecución de la paz comenzando desde los entornos escolares.

II. LA ESCUELA Y LOS AGENTES SOCIALIZADORES

Los estudiantes, como seres en procesos de desarrollo cognitivo, psicosocial y moral, se encuentran situados en diferentes contextos, que inciden directamente en sus aprendizajes y en su evolución. Estos contextos ubican a agentes que lo socializan de manera permanente. El primero de éstos incluye a la familia como ese primer escenario en el cual se dan interacciones donde el padre y la madre o los cuidadores inciden en las diferentes dimensiones del

¹ De Prada, J. y López, J., “La mediación como estrategia de resolución de conflictos en el ámbito escolar”, *Documentación Social*, España, 2008, núm. 148, pp. 99-111.

² Jiménez Bautista, F., “Hacia un paradigma pacífico: la paz neutra”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, México, 2009, vol. 16, pp. 141-189.

³ Galtung, J. entrevistado por Welle Deutsche, “Me impresiona la idea de unos Estados Unidos de Latinoamérica”, *Made for Minds*, 2010.

desarrollo, y transmiten los valores, creencias, costumbres y tradiciones que son propios de la cultura a la cual pertenecen; sin embargo, lo que el estudiante recibe en ese primer agente se complementa con las experiencias que va teniendo en el segundo agente, que es la escuela, y es aquí donde hace parte de otras interacciones con maestros y pares. Tales interacciones incidirán en las relaciones que el niño o la niña tenga consigo mismo y con los demás.

Es así como la escuela constituye ese espacio en el que los estudiantes comparten de cinco a ocho horas diarias con personas totalmente diferentes, y en este marco resulta comprensible que afloren situaciones de conflicto en las que existan algunas partes que agredan física, verbal o psicológicamente, y otras que son agredidas, las cuales pueden requerir algunos elementos que les permitan afrontar tales controversias, que son ofrecidos por parte de la familia y de la escuela, y aportan modelos reales que a su vez se espera sean positivos, es decir, que evidencien valores que contribuyan a la construcción de una cultura de paz. La escuela entonces constituye un referente para las acciones de los estudiantes, por lo que este escenario representa una gran oportunidad para incluir estrategias de formación integral que favorezcan las interacciones con los otros, acercándolos a los métodos para la resolución de los conflictos, a la práctica de valores y al respeto por los derechos humanos.

Es por ello que, de acuerdo con la teoría ecológica de Urie Bronfenbrenner,⁴ se puede afirmar que las interacciones que se dan en la escuela incluida en el mesosistema inciden directamente en las actitudes que el estudiante tiene respecto a sí mismo y a los demás; por ello, desde ésta se deben implementar diversas acciones formativas que conduzcan hacia la práctica de la paz, de manera que cuando el niño y la niña lleguen a la escuela deben encontrarse con maestros que sean objetivos, neutrales y que mantengan una comunicación asertiva; es decir, que cuenten con el perfil del mediador. Esto quiere decir que el primer mediador con el que el estudiante tiene contacto en la escuela es el maestro, que a la vez constituye un modelo a seguir de acuerdo con lo propuesto por Bandura⁵ con la teoría del aprendizaje social, de modo que la mediación comienza con la observación de modelos dignos de imitar en el contexto familiar con los padres o cuidadores y en la escuela con los maestros y directivos, lo que implica que el comportamiento

⁴ Orenge, Janette, “Teoría ecológica, psicología educativa y del desarrollo”, *Urie Bronfenbrenner teoría ecológica*, 2016, disponible en: <https://psicologiaymente.com/desarrollo/teoria-ecologica-bronfenbrenner>.

⁵ Yubero, Santiago, “Socialización y aprendizaje social”, en Páez Rovira, Darío, Fernández Sedano *et al.* (coords.), *Psicología social, cultura y educación*, capítulo XXIV, 2005, pp. 819-844.

de los estudiantes en gran parte está influenciado por los adultos que tienen a cargo su formación integral.

Con base en lo anterior, la escuela está llamada a implementar programas dirigidos a la mediación educativa, la cual va más allá de la mediación escolar, y al respecto cabe aclarar que la mediación escolar remite al proceso en el cual se establecen ciertos pasos para mediar los conflictos entre pares, con programas de formación específicos para ellos; en cambio, la mediación educativa abarca de manera holística la formación para la paz y la consecuente instauración de una cultura de paz, de manera que implica incluir en los currículos, acciones formativas acerca de los derechos humanos, los valores, la formación socioemocional, la comunicación, y métodos para la gestión pacífica de los conflictos, resaltando el diálogo como la principal herramienta para tales métodos.

III. MEDIACIÓN EDUCATIVA

La mediación educativa lleva a la práctica elementos tanto de las teorías de la escuela nueva como de la educación para la paz, la educación en valores, entre otras propuestas de educación que se han ido convirtiendo en las necesidades de la educación moderna. Logra que los conflictos educativos se conviertan en oportunidades de aprendizaje, tanto para el centro como para los estudiantes que participan en el conflicto.

Este mecanismo cuenta con diversas características que lo distinguen de los demás programas de convivencia educativa, ya que impacta directamente en la participación activa del alumnado, del profesorado y de todas y todos los miembros del centro educativo, además de ser un programa que crece continuamente, y con ello da certeza a largo plazo el éxito de participación.

El éxito de la mediación dependerá de la implicación de todos los relacionados con el centro en la búsqueda de un cambio significativo de actitudes y reacciones ante el conflicto, para lograr aprender de cada situación que se presente.

Se cuenta con diversas aportaciones teóricas y prácticas sobre la forma en la que se debe desarrollar el proceso de mediación en las escuelas. Destacamos la importancia de las etapas en el momento de la intervención de los mediadores con los mediados. Se inicia por una premediación, en la que se pretende conocer información sobre el caso y buscar la participación voluntaria de los mediados. En seguida inicia la sesión conjunta, en donde primeramente se da la bienvenida y presentación de los mediadores, exponiendo

las normas generales y las características del proceso. Posteriormente, se abre un espacio de intercambio de información, denominado “exposición y preguntas”, se escucha y se pregunta para aclarar el conflicto, y, por último, se da paso a la lluvia de ideas sobre las opciones de solución, hasta llegar a un acuerdo final.

La mediación educativa, al implementarse como un programa integral, se encuentra directamente relacionada con el desarrollo de habilidades sociales, como la comunicación asertiva, el respeto a los demás, la convivencia, la cooperación y la tolerancia, por lo que representa una herramienta eficaz para lograr los objetivos esenciales de una educación para la paz. Se destaca la necesidad de formar a los estudiantes desde una visión integral de valores y resolución pacífica de los conflictos, que les permita en un futuro adaptarse más fácilmente a los ambientes laborales y sociales de la época moderna.

La educación para la paz, desde su estudio e impulso por parte de los organismos internacionales, brinda la pauta para observar la necesidad de que la educación sea formadora integral del alumno en valores, democracia, tolerancia, solidaridad, convivencia, respeto y cooperación. Los programas de mediación en la escuela se basan en objetivos claros respecto a las normas y habilidades sociales que se pretenden interiorizar en los alumnos, tales como generar una actitud crítica y reflexiva sobre la modalidad habitual de resolución de conflictos, promover cambios conceptuales y actitudinales en relación con la concepción tradicional y socialmente convalidada del conflicto: ganadores y perdedores, desarrollar en directivos, educadores y estudiantes un sentido de cooperación, mejorar la comunicación entre los miembros de la comunidad educativa, y promover que los estudiantes compartan con los directivos, los docentes y los padres la responsabilidad de mejorar el ambiente escolar.⁶

El desarrollo de habilidades sociales y de comunicación, como la empatía, la capacidad de entender a los demás y su forma de pensar, la asertividad en beneficio de la construcción correcta de los mensajes de comunicación, la escucha activa en relación con brindar atención a los demás para entender sus puntos de vista, son elementos directamente relacionados con la búsqueda de una educación integral y la interiorización de valores, como la aceptación y el respeto a los demás, además de la resolución pacífica de conflictos.

La mediación educativa constituye un programa que brinda participación activa a los propios estudiantes, una experiencia vivencial que se aleja

⁶ Aréchaga Patricia y Brandoni, Florencia, “La mediación, una contribución a la adquisición de normas sociales en el niño”, en Brandoni, Florencia (coord.), *Mediación escolar. Aportes e interrogantes, resolución de conflictos y la adquisición de normas sociales*, Argentina, 2009, p. 36.

de ser un tema o asignatura incluida en el currículo para convertirse en una forma de interacción entre los miembros de la comunidad educativa. Su implementación puede ser dirigida tanto a la prevención como a la disminución de los conflictos escolares.

En un principio los beneficios sobre las habilidades sociales y de comunicación se interiorizan por parte de los profesores y alumnos participantes en el programa; pero es reconocido que una vez implementado, los estudiantes que hayan sido partícipes del proceso, como partes en conflicto, valoran esta participación, y, mediante la familiarización con el propio programa podrán ir interiorizando las habilidades a favor de rechazar las formas de enfrentamientos violentos o agresivos.

La mediación educativa se inscribe dentro de los métodos alternos de solución de conflictos (MASC), los cuales, según lo planteado por Gorjón y Sánchez,⁷ constituyen una opción idónea para dar viabilidad a los conflictos en la actualidad, los cuales han cobrado cierta fuerza en algunos sistemas que han llevado a cabo acciones que favorecen su implementación, propician los procesos de autocomposición en los que los mismos individuos son los protagonistas, y como consecuencia abordan y solucionan el conflicto en el que se encuentran inmersos.

IV. TRANSFORMACIÓN POSITIVA DE CONFLICTOS EN LA EDUCACIÓN

Se hace necesario incluir en el campo educativo nuevas visiones en relación con las consecuencias que se aplican a los estudiantes que participan en los diversos conflictos en las escuelas, específicamente las que aportan algunos principios de la justicia restaurativa (JR), ya que ésta busca promover el fortalecimiento de las relaciones entre el individuo que comete la infracción o que inicia el conflicto y la comunidad educativa en la cual se encuentra inmerso. Se requiere la transformación de las concepciones que existen alrededor del infractor y la esencia de los castigos que se confieren generalmente a la persona, dejando a un lado la idea de sancionar la conducta, lo que traduce la necesidad de reflexionar sobre las realidades, los retos y las tareas pendientes para alcanzar la soñada reintegración social, que se logra con las prácticas pacíficas y restaurativas en el ambiente escolar.

⁷ Gorjón, Francisco y Sánchez, Rafael, “Los MASC como instrumentos de paz”, en Gonzalo Quiroga, Marta *et al.* (coords.), *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia*, 2011, pp. 29-40.

El manejo que se le da a las infracciones en lo social también se acoge en lo educativo, imponiendo más sanciones, que en muchas ocasiones no tienen que ver con la falta o que dejan de lado los sentimientos de las personas de la comunidad educativa que fueron afectadas en alguno de sus derechos.

Para lograr esta transformación, se requieren cambios en el sistema, especialmente el educativo, y debe iniciarse con la reconsideración y reconstrucción de las consecuencias que deben aparecer ante las distintas faltas, lo cual es indispensable, ya que, por ejemplo, en el plano personal, desde muy pequeño el niño aprende que se le castiga con violencia ante los errores o las violaciones de las reglas en el hogar y en la escuela; aprende a utilizar diversos recursos alejados del diálogo para solucionar los conflictos, lo que hace probable que dé un manejo inadecuado a las controversias en el futuro y cometa algún daño al otro u otros.

Es por ello que la sociedad requiere repensar al infractor como una persona con una historia de vida que puede explicar el comportamiento, dependiendo de las experiencias de vida que haya obtenido en las diferentes etapas de su existencia. En la familia se deben promover estilos o pautas de crianza con los hijos de forma pertinente, conducirlos a responsabilizarse frente a las pequeñas faltas. Asimismo, en la escuela se debe complementar lo aprendido en familia, validando formas de solucionar las controversias, de modo que la escuela también es otro agente que puede contribuir a centrar la sanción en el acto, y no únicamente en la persona.

Por último, pensar en la transformación pacífica de conflictos aplicada en los entornos escolares y promover la integración social permite tangibilizar la interiorización de la fraternidad, la solidaridad y la responsabilidad respecto a las víctimas y los transgresores; restaurar con elementos materiales, pero a la vez personales, a la víctima, recobrar la dignidad que tiene el victimario, recuperar la participación de la comunidad en los procesos de restauración y reivindicar el ideal de justicia en la comunidad.⁸ Esto se puede dinamizar a partir de algunos principios, como el diálogo, como un recurso que medie la restauración, la participación plena y voluntaria de las partes del conflicto y que el resultado del tratamiento de los delitos culmine en procesos que permitan la restauración y la reintegración del sujeto a la comunidad, y que permita el mejoramiento de las cualidades que tiene la persona como ser social, que al final puede contribuir positivamente al avance de ésta, a la vez que se siente aceptado por todos los que la conforman.

⁸ Patiño Mariaca, Daniel y Ruiz Gutiérrez, Adriana, “La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Colombia, vol. 45, núm. 122, pp. 213-255.

V. CONTEXTO NORMATIVO Y ESTRATEGIAS DE ÉXITO PARA LA PACIFICACIÓN DE CONFLICTOS EN LA EDUCACIÓN EN ÁMBITOS LATINOAMERICANOS

Teniendo en cuenta que la mediación educativa implica procesos formativos dirigidos a la construcción o el desarrollo de habilidades en los actores educativos para el logro de la educación para la paz y la cultura de paz en estos entornos, diversos organismos a nivel internacional promueven, a través de sus lineamientos, procesos complejos de educación para la transformación de paradigmas respecto a las formas de interacción con el otro, lo cual se manifiesta, por ejemplo, en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en su Agenda 2030, o también llamado Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS, 2015),⁹ cuyos cinco primeros objetivos se encuentran dirigidos a propiciar el cerramiento de brechas, la igualdad de oportunidades para los ciudadanos, el bienestar, la equidad de género, y el libre acceso a la educación, así como el objetivo dieciséis, que establece el logro de la paz y sociedades más justas, en las cuales se deslegitime la violencia como el mecanismo que utilizan las personas para finalizar los conflictos. Asimismo, la UNESCO, en 1990, en su declaración sobre una educación para todos, en su artículo tres (Jomtien, artículo 3) o.,¹⁰ propone la necesidad de impulsar una educación en términos de equidad, que disminuya las desigualdades y favorezca la tolerancia ante la diferencia con ambientes en los que predomine la paz.

En consecuencia, desde lo que proponen en su legislación educativa, los distintos países adscritos a estos organismos internacionales procuran hacer de estos objetivos y reglamentaciones una realidad a través de diversas leyes que pretenden hacerse visibles en las acciones de los estudiantes.

En México, los principales cambios se han realizado a través de las leyes ya existentes, y la máxima ordenanza de la Constitución mexicana ha generado a final de cuentas beneficio y adaptación hasta las sociedades modernas. Al inicio del porfiriato,¹¹ el país se encontraba atrapado en un casi inexistente desarrollo económico e industrial, y, por tanto, con repercusiones sociales graves; se tenían cantidades importantes en deuda y no se

⁹ Objetivos del Desarrollo Sostenible, Agenda de cumplimiento 2030 para países miembros de la Organización de las Naciones Unidas, 16 objetivos globales para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos.

¹⁰ Declaración Mundial sobre Educación para todos, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1990.

¹¹ Periodo durante el cual el general Porfirio Díaz estuvo a la cabeza del Poder Ejecutivo en México de 1877 a 1880 y de 1884 a 1911.

contaba con el apoyo de ningún organismo o país extranjero, debido a que anteriormente no se habían pagado los créditos precedentes.

Por tanto, una de las prioridades del gobierno se centró en la instauración de una sociedad de paz que conllevara a su vez a una estabilidad laboral y económica, con el beneficio a corto plazo de lograr la confianza necesaria para conseguir inversiones extranjeras y encadenar, poco a poco, el crecimiento industrial y económico del país. Sus estrategias funcionaron en ese aspecto, y el país logró el más importante crecimiento de esos tiempos. Sin embargo, las estrategias iniciales derivaron en una creciente desigualdad social, al concentrar la riqueza en grupos pequeños y perjudicar a un gran sector de la población, que fue perdiendo tierras, empleos, y fueron aumentando sus necesidades y disminuyendo sus recursos.

La educación fue quizá una de las ramas mayormente beneficiadas de este periodo, ya que bajo los trabajos dirigidos por Justo Sierra Méndez (1848-1912), considerado como el impulsor del primer sistema de educación pública en México, sin dejar a un lado que anteriormente en la época de la presidencia de Benito Juárez se impulsaron los modelos de educación laica y el plan de alfabetización nacional, es en el porfiriato donde se alcanzaron logros, como

- El establecimiento de la educación primaria como obligatoria.
- La importancia de la inclusión de trabajo manual como parte de la enseñanza, relacionado con el aprendizaje de habilidades de destreza.
- El impulso a las escuelas para adultos y a las escuelas para niños con capacidades diferentes.
- El otorgamiento de becas a los alumnos más destacados para la continuación de sus estudios.
- Las acciones dirigidas hacia la mejora y el reconocimiento de la formación magisterial, con el fin de aumentar la calidad de la enseñanza.

Se considera que las bases de la educación actual se gestaron en esos años. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados, también se podría considerar que la mejora de la educación en el país en ese periodo fue dirigida más hacia la calidad que hacia la cantidad. La sociedad mexicana contaba ya con un número superior al 80% de analfabetismo, que no se logró reducir en una cantidad significativa, pero sí se percibieron avances, como la formación de una clase media de profesionales y empleados públicos que no se habría logrado sin el crecimiento de la educación pública. Sin embar-

go, el avance de las desigualdades sociales no dejaba de aumentar, aunado a las consecuencias en el país de una recesión económica mundial: las demandas de la clase obrera y los descontentos con Porfirio Díaz, en constante crecimiento por parte de la población, hicieron que el porfiriato llegara a su fin gracias al levantamiento revolucionario liderado por Francisco I. Madero y por la vía de una renuncia redactada por el propio Díaz y aprobada el 25 de mayo de 1911 después de treinta años de gobierno.

La publicación de la Constitución mexicana 1917, máximo orden que rige los estándares jurídicos y sociales en el pueblo mexicano, en el contenido de su artículo 3o.,¹² en el que se establece el derecho a la educación en México, dice:

Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado —federación, estados, Distrito Federal y municipios—, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria. La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él a la vez el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional en la independencia y en la justicia.

Además del carácter laico de la educación mexicana y el establecimiento de los criterios generales que deberán regir al sistema educativo mexicano, destaca el democrático, en referencia a la forma de hacerlo, apegado siempre al crecimiento económico, social y cultural de la población de carácter nacional en defensa de la autonomía, dirigen a la educación hacia la contribución permanente de la mejora de la convivencia humana.

Las secretarías de educación de cada uno de los estados han realizado trabajos con instituciones privadas o universidades en el campo de la convivencia escolar y la mediación en las escuelas. Destacan Sonora, Nuevo León, Ciudad de México, San Luis Potosí, Coahuila, entre otros, con la creación de programas específicos de atención y prevención de la violencia escolar, principalmente practicando la mediación en los entornos educativos.

Todo ello evidencia las acciones que se realizan desde las normatividades, y se espera que las instituciones educativas las acojan y permeen sus currículos con acciones que las pongan en marcha. En estas disposiciones legales se pueden identificar algunos elementos de la mediación, siendo ésta concebida como un proceso voluntario en el que dos partes desean solucio-

¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917.

nar un conflicto, apoyada o acompañada por un tercero, quien constituye una garantía a la objetividad con la que las partes lleguen a un acuerdo, que representaría la solución del conflicto, que en términos de Lederach¹³ sería la transformación del mismo.

Se evidencian interesantes iniciativas que fomentan la pacificación, entre las que resalta la propuesta de política pública en el Programa Nacional para la Prevención de la Violencia y la Delincuencia, la cual reconoce que a partir de acciones que contemplen la mitigación de las condiciones de vulnerabilidad de los ciudadanos se puede contribuir a la equidad y la paz; también, en 2014 se ubica a Vía Educación, la cual forma a los estudiantes a partir de los elementos de la mediación educativa, tales como la equidad y la comunicación; luego, en 2015 se halla al proyecto ConstruyeT, derivado de los entes gubernamentales, que contempla formaciones para el maestro y para el estudiante respecto a las competencias en el manejo de las emociones, y finalmente se menciona la experiencia del gobierno de Nuevo León, que hasta la actualidad hace un aporte notorio hacia la construcción de la paz a través de sus distintos programas, en los que se incluyen centros de mediación y de atención abiertos a toda la comunidad, especialmente a los estudiantes.

Actualmente se cuenta con el respaldo de políticas públicas y sociales impulsadas por los gobiernos con la promoción de acciones por la paz desde todos los agentes socializadores, la familia, la escuela y la sociedad. Desde el Plan Nacional de Desarrollo (2019-2024),¹⁴ en donde entre muchas otras acciones se busca emprender la construcción de la paz y articular la seguridad nacional, la seguridad pública y la paz, para lo cual se está trabajando en la difusión, capacitación e implementación de programas de mediación educativa y prácticas restaurativas en las escuelas en todos los niveles educativos.

En consecuencia, se espera que lo dispuesto en las leyes se visibilice en acciones claras al interior de las escuelas, y que estas acciones sean acogidas de manera voluntaria, para que la paz sea una posibilidad tangible, lo que implica el aprendizaje de los ciudadanos como sujetos activos que logren asumir las herramientas que ofrece la mediación en el marco de los MASC; por ello, una de las tareas esenciales es determinar la presencia o alcance de los elementos de la mediación en estas normatividades educativas que promueven la educación para la paz.

¹³ Lederach, John, *El pequeño libro de transformación de los conflictos*, Good Books, 2009, p. 79.

¹⁴ Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de julio de 2019.

VI. CONCLUSIONES

Las escuelas representan un espacio de socialización que se responsabiliza por la formación integral de los estudiantes, incluyendo en lo integral la responsabilidad de atender las necesidades en formación de valores y de habilidades en el manejo de las emociones, de modo que se aporte a la evolución de la persona en favor del cuidado de las interacciones con el otro, las cuales deben ser de manera pacífica.

La educación para la paz, en términos de los elementos de la mediación educativa en el marco de los MASC, evidencia el interés que existe por educar en la equidad, la igualdad y la voluntariedad, así como en la cooperación que se desprende de la interacción desinteresada con el otro. Propende por el desarrollo de habilidades comunicativas que contribuyan a la instalación del diálogo como el medio principal para la solución de los conflictos, diálogo que resulta fundamental y es reconocido como medio para lograr la sana convivencia a través de acciones pedagógicas intencionadas.¹⁵

Todo ser humano puede lograr la transformación que lo lleve a convertirse en una persona que genere bien a la sociedad en lugar de daños. Cada centro educativo funciona de forma diversa respecto a la resolución de conflictos, aun cuando los parámetros generales son establecidos desde los organismos estructurales y mediante indicaciones específicas. En todo momento deberá ser creado un programa de mediación educativa adaptable a las condiciones y características, trabajando punto por punto cada una de las acciones necesarias para el éxito del mismo.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARÉCHAGA, Patricia y BRANDONI, Florencia, “La mediación, una contribución a la adquisición de normas sociales en el niño”, en BRANDONI, Florencia (coord.), *Mediación escolar. Aportes e interrogantes, resolución de conflictos y la adquisición de normas sociales*, Argentina, 2009.
- DE PRADA, J. y LÓPEZ, J., “La mediación como estrategia de resolución de conflictos en el ámbito escolar”, *Documentación Social*, España, 2008, núm. 148.
- GALTUNG, J. entrevistado por Welle Deutsche, “Me impresiona la idea de unos Estados Unidos de Latinoamérica”, *Made for Minds*, 2010.

¹⁵ Posso, Patricia *et al.*, “La lúdica como estrategia pedagógica para fortalecer la convivencia escolar”, *Lúdica Pedagógica*, Colombia, núm. 21, ene-jul, 2015.

- GORJÓN, Francisco y SÁNCHEZ, Rafael, “Los MASC como instrumentos de paz”, en GONZALO QUIROGA, Marta *et al.* (coords.), *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia*, 2011.
- JIMÉNEZ BAUTISTA, F., “Hacia un paradigma pacífico: la paz neutra”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, México, 2009, vol. 16.
- LEDERACH, John, *El pequeño libro de transformación de los conflictos*, Good Books, 2009.
- ORENGO, Janette, “Teoría ecológica, psicología educativa y del desarrollo”, 2016, *Urie Bronfenbrenner teoría ecológica*, disponible en: <https://psicologiymente.com/desarrollo/teoria-ecologica-bronfenbrenner>.
- PATÍÑO MARIACA, Daniel y RUIZ GUTIÉRREZ, Adriana, “La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Colombia, vol. 45, núm. 122.
- POSSO, Patricia *et al.*, “La lúdica como estrategia pedagógica para fortalecer la convivencia escolar”, *Lúdica Pedagógica*, Colombia, núm. 21, ene-jul 2015.
- YUBERO, Santiago, “Socialización y aprendizaje social”, en PÁEZ ROVIRA, Darío y FERNÁNDEZ SEDANO *et al.* (coords.), *Psicología social, cultura y educación*, 2005.

CUARTA PARTE

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO LOCAL

LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN Y SU EFICACIA PARA RESOLVER CONFLICTOS DERIVADOS DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Erick Alberto DURAND DE SANJUAN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El divorcio en el estado de Nuevo León*. III. *El matrimonio en el estado de Nuevo León*. IV. *Principales consecuencias jurídicas de la disolución del vínculo matrimonial*. V. *Principales acciones legales para regular las consecuencias jurídicas del matrimonio*. VI. *La mediación familiar en procedimientos derivados de la disolución del vínculo matrimonial*. VII. *Modelos de mediación familiar aplicables al divorcio*. VIII. *Propuesta de modelo de mediación familiar*. IX. *Conclusiones*. X. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El matrimonio en México ha sufrido en los últimos años una serie de grandes modificaciones en un corto periodo de tiempo a través de diversos criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esto es así porque las características del matrimonio, así como sus alcances y consecuencias jurídicas, han sido modificados a fin de garantizar una serie de libertades y derechos que anteriormente no resultaban plenamente satisfechos a los contrayentes, por lo que el matrimonio ha visto su flexibilización, principalmente en cuanto a su constitución y disolución, lo cual ha promovido que la sociedad lo conciba cada vez más como un contrato simple que se puede celebrar

* Doctor en métodos alternos de solución de conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestría en derecho con orientación en derecho de amparo. Licenciado en derecho. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Coordinador de Investigación de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Correo electrónico: erick.durand@hotmail.com, ORCID 0000-0003-3113-5445.

y disolver sin mayor trámite que a través de un juicio de divorcio, que como un contrato duradero y difícil de disolver.

En ese sentido, el divorcio incausado ha sido útil para resolver en gran medida el vínculo matrimonial que une a las personas que lo han celebrado y no desean continuar con él. No obstante, el divorcio incausado no ha dado respuesta efectiva a algunos de los problemas que se presentan de haber celebrado un matrimonio y las consecuencias jurídicas correspondientes. Por tanto, en la actualidad siguen existiendo una serie de conflictos, derivados de la celebración de un matrimonio o de la disolución de éste, que deben ser atendidos y solucionados de manera eficaz.

La implementación de la mediación como método para solucionar conflictos derivados del matrimonio, así como de las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial, puede dar respuesta ágil y económica para las partes involucradas. Esto es así, ya que los medios legales actualmente reconocidos no brindan una solución efectiva para dar respuesta a los muchos y muy variados conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial, por lo que la mediación familiar y sus características pueden dar efectiva resolución a los conflictos derivados de un procedimiento judicial, ya sea de manera previa o dentro del procedimiento de divorcio.

Por tanto, en el presente artículo se analizan las principales características del divorcio incausado, así como las principales problemáticas que pueden surgir de llevar a cabo este procedimiento. En el mismo sentido, se analizarán los principales medios legales que tienen las partes involucradas en un divorcio para hacer valer sus derechos y resolver sus problemáticas ante los tribunales. Asimismo, se analizarán los principales beneficios que aporta la mediación familiar a la resolución de conflictos derivados de un procedimiento de divorcio, así como los principales modelos de mediación que pueden ser utilizados dentro de este tipo de conflictos.

II. EL DIVORCIO EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN

La estabilidad de la institución del matrimonio en el estado de Nuevo León, como en muchos estados de la República mexicana, buscó ser garantizada mediante la imposibilidad de disolución del vínculo matrimonial a través de una serie de supuestos establecidos y delimitados por diversos ordenamientos legales. En relación con ello, fueron establecidas legislativamente una serie de causales que el individuo que solicitaba el divorcio debía acreditar para que fuera decretada la disolución del matrimonio cuando no existía mutuo consentimiento de los cónyuges. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de

la Nación determinó que dichas causales constituyen una medida legislativa que restringe injustificadamente el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, toda vez que no resulta idónea para perseguir ninguno de los límites que imponen los derechos de terceros y de orden público.¹

Por ello, en la actualidad el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro matrimonio, pudiendo solamente ser tramitado en dos vías judiciales, que son el divorcio sin causa (incausado) o por mutuo consentimiento. En relación con el primero, el divorcio sin causa acontece cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita sin necesidad de señalar la razón que lo motiva, y en cuanto al segundo, por mutuo consentimiento, cuando se solicita de común acuerdo en forma judicial o administrativa. Por tanto, en términos generales podemos establecer que el matrimonio puede ser disuelto sin causa alguna que lo motive, sin importar la opinión del otro cónyuge, o bien a través de la manifestación de la voluntad de ambos cónyuges ante el órgano judicial o administrativo mediante convenio en el que resuelvan cualquier consecuencia jurídica derivada del matrimonio.

El divorcio incausado

El divorcio incausado pretende satisfacer el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad en sus dos aspectos, tanto interno como externo. Desde el punto de vista externo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad pretende garantizar al individuo la libertad de actuar frente a cualquier actividad que la persona considere necesaria para su desarrollo; mientras que desde el punto de vista interno, pretende proteger la privacidad del individuo contra la intervención de terceras personas ajenas al individuo.

En relación con lo anterior, el divorcio incausado garantiza al individuo la libertad de decidir su estado civil frente a su actual cónyuge con la simple voluntad individual, y por otro lado garantiza al individuo que no encontrará obstáculo alguno para hacer efectivo ese derecho. Lo anterior se traduce en que la persona, con la mera manifestación de voluntad de decidir disolver el vínculo matrimonial que lo une a otra persona, obtendrá el divorcio sin mayor obstáculo.

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 2010494, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a. CCCLXV/2015 (10a.), Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 24, noviembre de 2015, tomo I, página 975, tipo: Aislada.

Analizado desde ese punto de vista, el divorcio incausado garantiza plenamente el desarrollo libre de la personalidad individual y pretende garantizar a su vez los derechos y obligaciones derivados del vínculo matrimonial y sus consecuencias jurídicas. Sin embargo, el divorcio incausado ha dejado algunas dudas respecto a la eficiencia para garantizar los derechos de menores y terceros que tienen relación jurídica con las partes involucradas en el divorcio, por lo que el divorcio incausado, además de disolver el vínculo matrimonial que une a las partes involucradas en un divorcio, deja abierta la posibilidad de que estas últimas no vean solucionados todos los conflictos que hayan tenido durante su relación matrimonial.

Lo anterior se estima así, ya que el matrimonio genera una serie de derechos y obligaciones entre las partes contratantes que deben ser solucionadas antes, durante o de manera posterior a la resolución que decreta el divorcio. Adicionalmente, las partes, a la fecha que pretenden disolver su vínculo matrimonial, han generado una serie de derechos y obligaciones por haber procreado hijos durante su matrimonio o haber celebrado contratos de crédito con entidades financieras, por lo que si bien la solicitud de una de las partes para disolver el vínculo matrimonial resulta suficiente para que se decrete un divorcio, es el caso que todos los derechos y obligaciones relacionados con menores y con terceros ajenos al matrimonio pueden quedar pendientes para su análisis en diverso procedimiento judicial.

En este sentido, al analizar las principales consecuencias jurídicas de la disolución del vínculo matrimonial, se tiene que especificar que un matrimonio celebrado entre dos personas en donde existan hijos de la relación matrimonial y en donde existan obligaciones patrimoniales con terceros puede generar una serie de consecuencias legales más allá de la simple disolución del vínculo matrimonial, que deben ser analizadas de manera previa por las personas que deciden promover un divorcio

III. EL MATRIMONIO EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN

El matrimonio es una institución que ha tenido una serie de modificaciones en los últimos tiempos, y que en la actualidad resulta mucho más versátil de lo que fue en tiempos pasados. Sin embargo, todas las modificaciones realizadas a la institución del matrimonio han hecho que éste haya perdido algunos de sus elementos característicos, como la permanencia en el tiempo y la certeza jurídica que afirmaba tener dada la complejidad de su disolución. Por tanto, en la actualidad el matrimonio resulta una de las instituciones cuya efectividad puede ser más cuestionada, ya que su finalidad y permanencia no resul-

tan en ocasiones del todo claras y poco útiles para las partes que pretenden contraer matrimonio.

Uno de los motivos por el cual el matrimonio ha perdido cierto protagonismo en la sociedad es la entrada en vigor del divorcio incausado, que es la disolución unilateral del vínculo matrimonial. Esto es así porque basta con la simple decisión de uno de los contrayentes del matrimonio de no continuar casado para disolver el mismo sin importar las causas o motivos de esta decisión. Por esto, el matrimonio no resulta un contrato que otorgue suficiente certeza jurídica a los contratantes para permanecer unidos en matrimonio.

Ahora bien, el divorcio incausado resulta útil para garantizar al individuo el libre desarrollo de su personalidad y no encontrarse unido en matrimonio con una persona con la cual ya no se tiene vínculo sentimental, emocional o patrimonial alguno. En ese sentido, el divorcio incausado ha dado respuesta a los muchos problemas generados por las relaciones interpersonales, y que en ocasiones llevaban a mantener la unión matrimonial sin que existiera vínculo afectivo o emocional alguno. El divorcio incausado pretende garantizar los derechos individuales de la persona que decide ya no estar casada, con independencia de la voluntad del otro contratante, y en ocasiones con independencia de otros derechos y obligaciones derivados del matrimonio.

En ese sentido, nuestros tribunales y legisladores han decidido garantizar el acceso a un derecho humano como lo es el libre desarrollo de la personalidad, más allá de cualquier otro derecho que nazca o haya nacido como consecuencia del matrimonio. Esta situación ha dejado una serie de problemáticas a su paso, que tienen que ver con la afectación de derechos de menores y la pérdida del patrimonio adquirido en sociedad conyugal cuando se decreta la disolución del vínculo matrimonial y no son solucionados sus conflictos, por lo que si bien es cierto que el divorcio incausado genera algunos beneficios para el individuo en lo particular, también produce una serie de problemáticas para la familia que en un momento dado se haya formado con motivo del matrimonio celebrado, siendo en este caso uno de los principales temas a abordar.

No se trata de restar eficacia a la figura del divorcio incausado ni de pactar en contra de su implementación, sino, por el contrario, buscar su mejora, con el afán de garantizar los derechos de menores y terceros relacionados con el matrimonio. Esto es así, ya que más allá de que exista la disolución de un vínculo matrimonial entre personas, también existe algún tipo de vínculo jurídico entre los menores y los acreedores del matrimonio que se pretende disolver. Por ello, la resolución ágil, efectiva y precisa de

los problemas derivados de estos vínculos jurídicos con menores y terceros acreedores de la sociedad creada con motivo del matrimonio promueve por un lado la pacificación social y por otro el desarrollo económico de los individuos.

Ahora bien, si tomamos en consideración que la familia es y ha sido considerada como la base de la sociedad, resulta claro que garantizar la resolución pacífica de los conflictos que la puedan afectar promueve en cierta medida la paz social. En el mismo sentido, si el cumplimiento a las obligaciones de crédito genera beneficios económicos para individuos y terceros acreedores del matrimonio, esto se traduce en un beneficio económico individual y colectivo a largo plazo. Por eso, más allá de analizar la eficacia o ineficacia del divorcio incausado, se considera pertinente el análisis de las consecuencias jurídicas de la disolución del vínculo matrimonial, así como los mecanismos para la resolución de estos conflictos.

IV. PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Las principales consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial tienen que ver con conceptos jurídicos ya reconocidos, como la patria potestad de los menores de edad, la guarda y custodia de dichos menores, la fijación clara y precisa de la pensión alimenticia, el establecimiento de un régimen de convivencia, así como de la forma en la que se liquidará la sociedad conyugal. Todos estos temas son las principales consecuencias del divorcio, y la forma que actualmente es reconocida para reclamar de manera posterior a la disolución del vínculo matrimonial no resulta tan efectiva ni tan rápida.

1. *Consecuencias jurídicas sobre derechos de menores y el patrimonio conyugal*

En ese sentido, existen diversas problemáticas adicionales a la simple disolución del vínculo matrimonial al iniciar un procedimiento de divorcio, ya que existen diversas consecuencias jurídicas que hay que regular con la disolución del vínculo. Así, en virtud de sus características, se propone clasificar las principales consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial a partir de los bienes jurídicos tutelados en dos rubros: a) consecuencias jurídicas sobre derechos de menores, y b) consecuencias jurídicas patrimoniales.

Las primeras tienen que ver con los derechos y obligaciones de ser padre de un menor de edad, así como la forma en la que la persona se hará responsable del cumplimiento de las obligaciones contraídas por este hecho, y no nacen del contrato de matrimonio. Las segundas nacen del contrato de matrimonio, y se traducen en el pago o liquidación de obligaciones patrimoniales adquiridas por el matrimonio durante la vigencia de éste, por lo que ambas consecuencias deberían ser objeto de una resolución voluntaria y pacífica en la búsqueda de la estabilidad de la familia y de una transición pacífica de un estado civil a otro.

En relación con las principales consecuencias jurídicas mencionadas, se tiene que los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, y tienen derecho a decidir de común acuerdo y de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En el mismo sentido, los cónyuges deben vivir juntos en el domicilio conyugal que de común acuerdo establezcan y donde se den las condiciones para que se cumplan las obligaciones inherentes al matrimonio. Sin embargo, es el caso que el libre desarrollo de la personalidad, así como las diferentes problemáticas económicas y sociales que pueden surgir en el desarrollo de la vida común en matrimonio, han flexibilizado el concepto de domicilio conyugal y la composición de las familias.

Adicionalmente, se tiene que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar. A tal efecto, solventarán sus alimentos y los de sus hijas o hijos sin perjuicio de distribuirse la carga económica en la forma y proporción que acuerden según sus posibilidades. Sin embargo, se exime de esta obligación al cónyuge que carezca de bienes propios y esté imposibilitado para trabajar y al que se ocupe preponderantemente de las labores del hogar o al cuidado de los hijos, por lo que ambos cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales y resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación, la educación y el cuidado de las hijas o hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

Sin embargo, los mecanismos legales actualmente reconocidos para resolver conflictos derivados de las principales consecuencias jurídicas de la disolución del vínculo matrimonial se traducen en demandas e incidentes para el reclamo de estos derechos. En ese sentido, si bien el divorcio incausado ha sido efectivo para dar por terminado un vínculo matrimonial de manera rápida y pacífica, es el caso que todas las consecuencias de aquél se traducen en procedimientos judiciales individuales. Por tanto, sólo se agiliza la disolución del vínculo matrimonial, pero las consecuencias jurídicas pa-

trimoniales y sobre derechos de menores quedan en un segundo plano y a merced de procedimientos ordinarios.

Esta situación se traduce en que menores de edad representados por sus progenitores custodios se ven en la necesidad de dar inicio a procedimientos judiciales bajo su propio costo a fin de ver garantizados sus derechos. Asimismo, el cónyuge que no promovió el divorcio incausado se puede ver afectado por el cumplimiento que deba ser a diversas obligaciones personales adquiridas durante el tiempo en que duró el matrimonio, por lo que la persona que da inicio al procedimiento de divorcio incausado ve garantizados sus derechos individuales, pero quedan pendientes de cumplimiento las diversas obligaciones derivadas del matrimonio.

V. PRINCIPALES ACCIONES LEGALES PARA REGULAR LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL MATRIMONIO

Las principales acciones legales que tienen a su alcance los menores de edad legalmente representados, así como el cónyuge que pretenda reclamar la liquidación o el cumplimiento de obligaciones patrimoniales derivadas del matrimonio, se traducen en juicios principales o incidentes. Esto es así, porque antes de iniciado un procedimiento de divorcio incausado o de manera posterior al inicio del mismo se puede iniciar un juicio autónomo para el cumplimiento de las principales obligaciones matrimoniales. Una vez decretado el divorcio incausado, se pueden reclamar estos derechos a través de incidentes individuales o juicios autónomos.

Para el caso de Nuevo León, el juicio oral civil ha contribuido a solucionar diversos problemas familiares con prontitud y expeditéz en comparación con la eficacia que tenían los procedimientos civiles tradicionales sobre los temas inherentes a la familia. Esto es así, porque a través de estos procedimientos judiciales “se ha otorgado mayor celeridad y fluidez al procedimiento civil, que pasó de ser un procedimiento predominantemente escrito, a uno en donde predomina la oralidad”,² por lo que la atención, gestión y resolución de algunas de las consecuencias jurídicas derivadas de la disolución del vínculo matrimonial son oportunamente resueltas en sus etapas preliminares.

Sin embargo, en el caso de conflictos que no sean resueltos en sus etapas preliminares, el juicio oral puede convertirse fácilmente en un juicio extenso

² Cervantes, Jaime, *La oralidad y la inmediatez en la práctica procesal mexicana*, México, Editorial Ángel Publisher, p. 153.

y con un alto retardo en su resolución, y generar consecuencias jurídicas a las partes. En ese sentido, la gestión y resolución de conflictos derivados de las principales consecuencias jurídicas de la disolución del vínculo matrimonial puede verse prolongada por tiempos indefinidos, por lo que la búsqueda de soluciones alternativas al procedimiento judicial constituye una de las principales prioridades del sistema de administración de justicia.

1. *Principios rectores del juicio oral en el estado de Nuevo León*

El juicio oral en materia familiar tiene como principios rectores los de oralidad, inmediación, abreviación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad dentro del proceso judicial. Estos principios contribuyen a mejorar la comunicación entre las partes que integran el procedimiento judicial familiar, así como de quienes forman parte del sistema de administración de justicia en esta materia. A través de la inmediación y continuidad, los participantes pueden intervenir activamente para la resolución de los conflictos familiares buscando la resolución de los conflictos que sean objeto del juicio.

2. *Generalidades de las audiencias del juicio oral en el estado de Nuevo León*

La etapa procesal con mayor trascendencia en el juicio oral familiar es la audiencia, porque “en este acto procesal se pueden producir los resultados más importantes del juicio, mismos que van desde la conciliación de las partes y la celebración de un convenio hasta el desahogo de pruebas ofrecidas”.³ Es durante el desarrollo de las audiencias donde las partes tienen una verdadera interacción procesal y personal con el juzgador, así como con su contraparte. Por ello, con respeto a los principios de inmediación y publicidad, que “son la base sobre la cual descansa el desarrollo de los juicios orales”, las audiencias en el juicio oral civil serán presididas por el juez bajo pena de nulidad, y serán públicas.⁴

Un aspecto para considerar es que en el juicio oral familiar es obligación de las partes asistir personalmente a las audiencias del procedimiento, por sí o a través de sus legítimos representantes, quienes deben tener fa-

³ Arellano, Carlos, *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 2011, p. 285.

⁴ Arguedas, Olman, “La oralidad y su influencia en los procesos judicial y arbitral”, en M. Cárdenas y C. Sodi, *Derecho procesal civil y mercantil*, México, Porrúa, pp. 217-246.

cultades para celebrar convenios judiciales. Dada la trascendencia jurídica de las audiencias, el juez ordenará la citación de las partes a las mismas, haciéndoles saber su obligación de asistir y apercibiéndolas de que las resoluciones judiciales pronunciadas en ellas se tendrán por notificadas sin necesidad de formalidad alguna. Esto contribuye indudablemente a la continuidad y abreviación del procedimiento, toda vez que será “en las audiencias donde se practicarán los actos procesales más trascendentes”, y éstos serán notificados con asistencia de las partes, o sin ella.⁵

Las audiencias del juicio oral civil tienen diferentes efectos jurídicos para las partes de acuerdo con el objeto que se vaya a tratar en ellas, por lo que se puede hacer una primera clasificación de las audiencias en: audiencia preliminar y audiencia de juicio. Sin embargo, durante el desarrollo de estas audiencias encontramos una serie de etapas procesales, motivo por el cual la clasificación resulta más amplia. Adicionalmente, es importante destacar que el juez determinará el inicio y la conclusión de cada una de las etapas de las audiencias, y los derechos procesales que debieron ejercitarse en las anteriores precluirán, por lo que la parte que asista tardíamente a una audiencia se incorporará al procedimiento en la etapa en que ésta se encuentre.

3. *El procedimiento oral civil en materia familiar*

El juicio oral civil es el principal medio legal establecido por la ley para gestionar y resolver cualquiera de los conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial y garantizar derechos de menores y terceros acreedores de la sociedad conyugal. Por ello, es relevante para el presente estudio realizar un análisis pormenorizado de las etapas que integran este tipo de juicio y sus características más particulares, a fin de determinar sus alcances jurídicos.

A. *La demanda*

El juicio oral civil en materia familiar inicia con la presentación de la demanda escrita ante el juez competente, para conocer de dicho procedimiento claramente la acción intentada. En el caso de los derechos de meno-

⁵ Gática, Susana, “La clausura como conclusión de la actuación del abogado en el juicio oral”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, núm. 1o., 2005, pp. 379-384.

res, las acciones más comunes resultan las de pago de pensión alimenticia, así como las de convivencia y posesión interina de menores; mientras que en el caso de derechos patrimoniales se trata de la liquidación de la sociedad conyugal, por lo que “la demanda resulta ser el documento legal escrito mediante el cual una persona ejerce una acción a fin de ver satisfechas sus prestaciones o reclamaciones ante un órgano jurisdiccional”.⁶

Se puede afirmar que “la demanda es uno de los actos procesales con mayor relevancia en el juicio, porque a través de la demanda se da inicio al juicio contencioso y se reclaman los derechos”.⁷ En ese sentido, existen una serie de requisitos mínimos que deben satisfacerse para que la autoridad dé trámite a una demanda presentada ante su jurisdicción, sin los cuales no se da trámite legal a la demanda interpuesta. Esos requisitos han sido definidos por la doctrina como “presupuestos procesales”.

En ese sentido, los principales presupuestos procesales de la demanda de juicio oral civil en materia familiar son los siguientes: 1) la designación del juez ante quien se entabla la demanda; 2) los datos generales del demandante; 3) el nombre y domicilio del demandado; 4) las prestaciones reclamadas en el juicio; 5) la exposición clara y sucinta de los hechos que dieron origen a la misma, así como 6) las peticiones que se formulan al tribunal. Mientras que al escrito de demanda inicial se acompañarán los documentos que acrediten: 1) la personalidad del demandante, 2) los que fundamenten su acción y las pruebas, así como 3) copias simples para correr traslado a la contraparte, en el entendido de que si la demanda de juicio oral civil carece de alguno de los elementos de contenido o documentales antes descritos, el juez mandará prevenir al actor para que la aclare, corrija o complete, y si éste no lo hace, no se iniciará el juicio.

B. *El emplazamiento*

Una vez reunidos los presupuestos procesales antes descritos y admitida la demanda por el órgano jurisdiccional, el juez ordenará emplazar al demandado y le correrá traslado con una copia de la demanda y documentos acompañados a ésta. El emplazamiento es el acto procesal mediante el cual el juzgador hace del conocimiento del demandado la existencia de una demanda en su contra, la admisión de ésta y el plazo que tiene para contes-

⁶ Gómez, Ciripriano, *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 2011, p. 237.

⁷ Pina, Rafael de y Castillo, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 2010, p. 375.

tarla, por lo que el emplazamiento resulta uno de los actos más importantes del juicio, en virtud de que “es el primer acto mediante el cual se hace de conocimiento de una persona el inicio de un procedimiento judicial cuya consecuencia puede ser la privación de un derecho”.⁸

C. *La contestación*

El escrito de contestación “es el acto procesal mediante el cual el demandado ejerce su derecho de contradicción, es decir, la facultad que tiene para exponer una versión diferente de los hechos planteados en la demanda interpuesta en su contra”.⁹ En el juicio oral civil en materia familiar el escrito de contestación se formulará ajustándose a los mismos términos previstos para la demanda, y se traduce en una facultad de la parte demandada para defender sus derechos de manera previa al acto privativo. Por tanto, en este documento escrito se deben exponer todas las excepciones y defensas que tenga que hacer valer la parte demandada, independientemente de su naturaleza jurídica.

En ese sentido, la parte demandada, al momento de contestar la demanda interpuesta en su contra, puede tomar diferentes posturas procesales, que se traducirán, en su caso, en diferentes consecuencias jurídicas durante el juicio. Esta pluralidad de excepciones y defensas pueden contribuir a dar una resolución rápida y económica en la resolución del juicio, o por el contrario, pueden contribuir a la extensión del juicio de manera indeterminada. Por esto, resulta pertinente analizar las principales formas en que la parte demandada puede defender sus derechos frente a una demanda que pretende privarlo de un derecho.

D. *Allanamiento*

El allanamiento ha sido considerado por la doctrina como una forma autocompositiva, que se caracteriza porque la parte resistente del litigio despliega una actividad tendiente a resolver el conflicto. Esto es así, porque a través de esta postura legal “el demandado y el demandante pueden dar por terminada de manera anticipada el juicio”¹⁰ sometido a la jurisdicción de un tribunal. Sin embargo, aunque se trate de una solución procesal del

⁸ Arellano, Carlos, *op. cit.*, p. 201.

⁹ Ovalle, José, *Derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, 2013, p. 271.

¹⁰ Becerra, José, *El proceso civil en México*, México, Porrúa, 2006, p. 576.

litigio o situación jurídica relevante, esta postura no se refiere a la solución del conflicto que surge entre las partes, por lo que se trata más de una resolución jurídica del conflicto y no de una resolución del conflicto familiar.

E. *Reconvencción*

La reconvencción o contrademanda es la “oportunidad para el demandado de plantear una nueva pretensión suya en el proceso en contra del actor inicial”.¹¹ Es una postura activa tomada por el demandado, en la que adicionalmente a negar todo derecho que tenga que hacer valer la parte actora en su contra, considera que él tiene alguno que hacer valer en contra de su demandante. Por tanto, se trata de una nueva demanda planteada dentro del juicio iniciado, pero promovida en contra del primer demandante por parte de su demandado.

F. *No contestación*

La contestación a una demanda en un juicio oral civil es un derecho procesal subjetivo que se traduce en la posibilidad de defender los intereses propios en perjuicio de los ajenos, ejerciendo para ello el derecho de contradicción. Al tratarse de un derecho procesal subjetivo, su ejercicio o no ejercicio queda al libre albedrío del demandado, que puede optar por contestar o no la demanda interpuesta en su contra. Esto es así porque el acto de contestar una demanda “no es una obligación procesal para el demandado, sino el ejercicio de la defensa del interés propio, para evitar quedar en una situación jurídica desfavorable”.¹²

4. *Audiencia preliminar*

Los procesos judiciales cuentan con por lo menos una etapa postulatoria, donde las partes plantean sus pretensiones y excepciones. Una etapa probatoria, en la que las partes ofrecen pruebas para demostrar los hechos de su demanda o contestación, se admiten en juicio las pruebas ofrecidas, se mandan preparar las que requieran la intervención del tribunal para su desahogo y se desahogan las pruebas admitidas. Por último, tienen una eta-

¹¹ Gómez, Cipriano, *op. cit.*, p. 98.

¹² Arellano, Carlos, *op. cit.*, p. 156.

pa declarativa, en la que el órgano jurisdiccional “analiza las pretensiones y excepciones de las partes, las pruebas ofrecidas para acreditarlas y al final declara el derecho que corresponda”.¹³

El juicio oral civil, como proceso judicial, cuenta con dos audiencias principales, a saber: 1) la audiencia preliminar, y 2) la audiencia de juicio. Durante el desarrollo de la audiencia preliminar se analiza la personalidad de las partes, se resuelven las excepciones procesales de previo y especial pronunciamiento, y son calificadas, admitidas y desahogadas las pruebas ofrecidas por las partes del juicio. Por su parte, durante el desarrollo de la audiencia de juicio son desahogadas todas y cada una de las pruebas que requieren la intervención del órgano jurisdiccional.

A. Análisis de la personalidad

En el juicio oral civil, una vez contestada la demanda y la reconvencción o transcurridos los plazos para hacerlo, el juez, de oficio, examinará la personalidad de las partes. La personalidad jurídica en un proceso se puede entender como la facultad legal que tienen las partes del juicio para intervenir en él y deducir derechos mediante el mismo. Por tanto, la falta de personalidad se refiere a la capacidad, potestad o facultad de una persona física o moral para comparecer en juicio, a nombre o en representación de otra persona, por lo que si no se acredita tener esta personalidad, ello “impide el nacimiento del ejercicio del derecho de acción deducido en el juicio”.¹⁴

B. Inicio de la audiencia preliminar

Bajo el referido apercibimiento, la audiencia preliminar se llevará a cabo con la asistencia de las partes, o sin ella, y se sancionará a quien no acuda sin justa causa calificada por el juez, con una multa por hasta ciento veinte cuotas. Sin embargo, esta audiencia podrá suspenderse o diferirse cuando el juez lo estime pertinente. De lo anterior podemos concluir que acudir al desahogo de la audiencia preliminar “resulta una obligación procesal para las partes y su inasistencia no detendrá el proceso judicial”,¹⁵

¹³ Pallares, Eduardo, *Apuntes de derecho procesal civil*, México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 232.

¹⁴ Becerra, José, *op. cit.*, p. 56.

¹⁵ Palomo, Diego, “Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?”, *Revista de Derecho*, vol. 18, núm. 1, pp. 171-197.

aunque existan causas de suspensión y diferimiento de la misma audiencia cuando así lo estime el órgano jurisdiccional.

Dado lo anterior, no existe la certeza de que las partes acudan a la audiencia preliminar, pero existe la certeza de que el procedimiento no se detendrá, salvo causa justificada. Por ello, al inicio de la audiencia preliminar el secretario adscrito al juzgado correspondiente hará constar oralmente en el registro la fecha, la hora y el lugar del desahogo de la audiencia y si las partes se encuentran debidamente notificadas de la audiencia. Asimismo, hará constar el nombre de los servidores públicos y de las personas que intervendrán en la audiencia y expondrá un breve resumen, tanto de la demanda como de la reconvención y de la contestación a éstas.

C. Etapa de justicia alternativa

Si asisten las partes, el juez les propondrá someterse a un mecanismo alternativo de solución de controversias para dar por terminada cualquiera de sus diferencias, y si están de acuerdo con esta vía, se procederá a fijar un acuerdo entre las partes de acudir de manera voluntaria al centro estatal de métodos alternos de solución de conflictos. En caso de acudir las partes de manera voluntaria al referido centro, se desarrollará el proceso alternativo que elijan, y en caso de llegar a un acuerdo, lo comunicarán al juez que conoce del juicio. Sin embargo, en caso de acudir al centro y no solucionar a través de un método alternativo su conflicto, volverán a presentarse ante el juez que conoce del juicio para continuar con el procedimiento judicial correspondiente.

D. Etapa de conciliación judicial

Ahora bien, si las partes no acuerdan someter el conflicto a un método alternativo o desahogar el mismo y no solucionar el conflicto, “el Juez procurará la conciliación judicial”,¹⁶ haciéndoles saber a las partes sobre las conveniencias de llegar a un convenio que resuelva de manera anticipada el procedimiento judicial y proponiéndoles soluciones a todos o algunos de los puntos controvertidos. Si del resultado de la conciliación las partes convienen resolver el conflicto sometido a jurisdicción, se dará por concluido el juicio oral civil y se elevará el convenio a la categoría de cosa juzgada. Sin

¹⁶ Arellano, Carlos, *op. cit.*, p. 210.

embargo, si las partes no llegan a un acuerdo sobre la solución total del conflicto, se continuará con las demás etapas del procedimiento judicial hasta el dictado de la sentencia.

E. Etapa de calificación de pruebas

En ese sentido, si las partes no llegan a un convenio que establezca la solución total del conflicto, ya sea a través de un método alterno o de conciliación ante el juez, este último procederá de oficio a la calificación de las pruebas relativas a las excepciones procesales opuestas. En esta etapa el juzgador procederá a realizar una calificación de las pruebas ofrecidas por las partes, y señalará claramente “cuáles se admiten a trámite y cuáles son desechadas, justificando en todo momento su actuar”,¹⁷ por lo que una vez admitido el material probatorio se continuará la etapa de desahogo de pruebas admitidas a trámite dentro del juicio oral civil.

F. Excepciones de previo y especial pronunciamiento

Las excepciones de previo y especial pronunciamiento son aquellas que la ley obliga al juzgador a analizar antes del dictado de una sentencia definitiva, toda vez que pueden trascender a la resolución definitiva del juicio. Entre éstas podemos encontrar “excepciones dilatorias y perentorias, las primeras dilatarán la resolución del juicio y las segundas darán por terminada la acción intentada”.¹⁸ Por ello, las excepciones deben ser analizadas al inicio de la audiencia preliminar en virtud del principio de economía procesal, que busca evitar la duplicidad de trámites procesales y llegar lo más pronto posible a la resolución definitiva del juicio.

G. Incompetencia

La incompetencia “se manifiesta cuando un órgano jurisdiccional conoce de un conflicto jurídicamente relevante del que no se encuentra facultado por la norma jurídica para conocer”.¹⁹ Si alguna de las partes opone como excepción la incompetencia del tribunal en el juicio oral civil, “el Juez pro-

¹⁷ Becerra, José, *op. cit.*, p. 365.

¹⁸ Ovalle, José, *op. cit.*, p. 214.

¹⁹ Gómez, Cipriano, *op. cit.*, p. 113.

nunciará si sostiene o no su competencia en el caso concreto”.²⁰ Si el juez considera que es competente, continuará el procedimiento, reservando al opositor su derecho de impugnar vía agravio dicha resolución, en caso de inconformarse con la sentencia definitiva; pero si el juez considera que es incompetente, suspenderá el procedimiento y remitirá de inmediato todo lo actuado al Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, a fin de que éste resuelva lo conducente.

H. *Conexidad de la causa*

La conexidad de la causa tiene lugar cuando previamente al juicio ha sido iniciado otro juicio en el que exista identidad de acciones o personas, y su finalidad es unir las causas con objeto de evitar sentencias contradictorias. En caso de que se oponga la excepción de conexidad de la causa, el juez informará de inmediato al juez que conoce del procedimiento que se pretende acumular, para efecto de que no se pronuncie la sentencia definitiva en tanto no quede resuelta aquélla.

Pero en caso de que resulten improcedentes las excepciones procesales o si no se opone alguna, el juez precisará los acuerdos probatorios a los que hayan llegado las partes, fijará el objeto del procedimiento y los hechos controvertidos, calificará las pruebas ofrecidas y admitirá para su trámite las que considere procedentes, por lo que si no hay pruebas que requieran de diligencia especial para su desahogo o habiéndolas se puedan desahogar en la propia audiencia, el juez dará por concluida la audiencia preliminar e iniciará de inmediato la audiencia de juicio.

I. *Acuerdos probatorios*

Los acuerdos probatorios son “aquellos hechos sobre los que no existe contradicción entre las partes involucradas”,²¹ y que gracias al principio de economía procesal que rige a todo proceso se pueden tener por acreditados a fin de dar celeridad al procedimiento. En ese sentido, durante la calificación de pruebas las partes pueden solicitar al juez que tenga por acreditados ciertos hechos, y estos acuerdos probatorios no podrán ser discutidos posteriormente. Por tanto, estos “elementos probatorios y hechos sobre los

²⁰ Arellano, Carlos, *op. cit.*, p. 241.

²¹ Becerra, José, *op. cit.*, p. 387.

que las partes no tienen controversia adquieren valor probatorio pleno”²² al momento de ser analizados en una resolución definitiva.

J. *Admisión de pruebas que no requieren diligencia especial*

Las pruebas que no requieren diligencia especial pueden definirse como aquellas que no requieren la preparación del órgano jurisdiccional para su desahogo y pueden ser desahogadas en el acto mismo de la audiencia. En caso de que en el juicio oral civil hayan sido ofrecidas pruebas que no requieran diligencia especial, se tendrán por desahogadas y se escucharán los alegatos, primero del actor y posteriormente del demandado, por lo que el juez se encontrará en aptitud de dictar una sentencia interlocutoria sobre el caso en el acto si fuera posible, y en caso contrario citará a las partes para dictarla dentro del término de tres días.

K. *Admisión de pruebas que requieren diligencia especial*

En caso de que las pruebas ofrecidas por las partes requieran preparación por parte del tribunal, “el Juez mandará preparar aquéllas que requieran de diligencia especial”,²³ y fijará la fecha y la hora para la audiencia de juicio, a la que deberán concurrir las partes, así como los testigos y peritos en caso de que se hayan ofrecido las pruebas respectivas. Por ejemplo, dentro de la etapa de preparación de las pruebas podrá desahogarse la inspección judicial y la pericial, así como solicitarse los informes y enviar los exhortos para el desahogo de aquellas probanzas que lo requieran, las cuales se tramitarán por conducto del oferente de la prueba respectiva.

5. *Audiencia de juicio*

La audiencia de juicio es una de las etapas más importantes del juicio oral civil, y se llevará a cabo con la asistencia de las partes o sin ella, y se sancionará a quien no acuda sin justa causa calificada con una multa. Esto es así, porque se trata de “un acto procesal que requiere la presencia de las partes para su mejor desarrollo”,²⁴ toda vez que en esta audiencia serán

²² Ovalle, José, *op. cit.*, p. 234.

²³ Arellano, Carlos, *op. cit.*, p. 145.

²⁴ Becerra, José, *op. cit.*, p. 392.

desahogadas las pruebas admitidas por el juzgador. Más allá de las medidas disciplinarias a que pueden ser acreedoras las partes del juicio por su inasistencia, se deben destacar las consecuencias jurídicas desfavorables que consecuentemente propiciarán su inasistencia.

A. Etapa de conciliación judicial

No obstante la relevancia de la audiencia de juicio y las consecuencias jurídicas que nacen de ella, el procedimiento oral civil promueve la resolución alternativa de los conflictos a través de la conciliación judicial. Si las partes asisten a la audiencia de juicio, el juez procurará conciliarlas, y, en su caso, se celebrará el convenio correspondiente, que será elevado a la categoría de cosa juzgada o sentencia ejecutoriada. Sin embargo, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo que resuelva de manera definitiva el conflicto sometido a juicio, se continuará con el curso procesal correspondiente.

B. Etapa de desahogo de pruebas

Si las partes no llegan a un convenio con motivo de la conciliación que realice el juez dentro de la audiencia de juicio, se procederá al desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes. Éstas serán desahogadas de manera oral en el orden que estime el juez, y sólo se procederá a desahogar aquellas que hayan sido previamente admitidas. Una vez desahogadas todas las pruebas, las partes alegarán sobre su derecho en forma oral, y hecho lo cual quedará el negocio en estado de sentencia, que se dictará en el acto si fuera posible, o bien dentro de los cinco días siguientes.

6. Medios de impugnación en el juicio oral en materia familiar

Los medios de impugnación tienen por objeto que un tribunal superior confirme, modifique o revoque la determinación tomada por el órgano jurisdiccional inferior, y que conoció del asunto en su primera instancia. En el juicio oral civil sólo se puede impugnar a través del recurso de apelación la sentencia definitiva, los autos y las sentencias interlocutorias que pongan fin al procedimiento. En caso de que se impugne la sentencia definitiva, este recurso se admitirá sólo en el efecto devolutivo; pero para los autos y las

sentencias interlocutorias que pongan fin al procedimiento se admitirá en efecto devolutivo y suspensivo.

La impugnación que realicen las partes en contra de las demás resoluciones que se pronuncien durante el desarrollo del juicio oral civil en materia familiar se harán valer como agravio ante el Tribunal Superior y durante la segunda instancia. Esto sólo será posible en el caso de que el agraviado por aquéllas interponga el recurso de apelación contra la sentencia definitiva que se dicte en el juicio, por lo que se exceptúa de lo anterior la apelación en contra de las resoluciones que declaren la improcedencia de la excepción de conexidad de la causa y de la acumulación de autos.

Por tanto, una vez concluidas las etapas del procedimiento en materia familiar, cualquiera de las partes podrá optar por presentar el recurso de apelación correspondiente a fin de que un tribunal superior decida confirmar, modificar o revocar la determinación tomada por el juzgador. En ese sentido, el conflicto familiar sometido a jurisdicción dejará de ser conocido por el juez de primera instancia y será remitido a un tribunal superior, en el que una vez transcurridos los plazos legales correspondientes se dictará la sentencia definitiva. Sin embargo, el tiempo procesal para la resolución de este tipo de recursos resulta considerable, y tiende a dilatar la resolución definitiva del conflicto familiar, que no se considera resuelto jurídicamente hasta que no sea dictada una sentencia que haya causado ejecutoria.

VI. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN PROCEDIMIENTOS DERIVADOS DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

En virtud de la cantidad de tiempo que se invierte en un procedimiento judicial para la gestión y resolución de conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial, se propone a la mediación como un mecanismo para resolver dichos conflictos. Esto es así, en virtud de que la mediación es una manera en que las partes interesadas en el conflicto puedan tomar protagonismo sobre el mismo y resolver de manera definitiva todas y cada una de las diferencias existentes. Por esto, la mediación resulta un método adecuado para la gestión y resolución de conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial de manera rápida y definitiva.

Con la implementación de la mediación, las partes interesadas en disolver su vínculo matrimonial podrán optar por la tramitación de un divorcio por mutuo consentimiento y la celebración de un convenio que resuelva todas las consecuencias jurídicas del divorcio. Adicionalmente, la intervención de las autoridades judiciales en un proceso de mediación resultará mínima

en comparación con el procedimiento ordinario, por lo que con la implementación de la mediación se puede descongestionar el sistema de administración de justicia y lograr que las partes involucradas en el conflicto familiar puedan resolver sus diferencias de manera pacífica y rápida.

1. *La mediación familiar*

La mediación familiar “resulta ser un espacio transicional de diálogo cooperativo”²⁵ en el que por lo menos dos partes de una familia con posturas adversas que generan un conflicto comparecen ante un tercero no involucrado en él para facilitar su comunicación. En ese sentido, el mediador interviene en una determinada situación conflictiva para que las partes puedan abordar de manera constructiva los diferentes temas que los protagonistas del conflicto desean tratar. Por ello, a través de su implementación en conflictos familiares se promueve la toma de responsabilidad de las partes en cualquier conflicto derivado de la disolución del vínculo matrimonial, se genera la pacificación familiar y un beneficio para los derechos de menores y terceros acreedores de la sociedad conyugal.

2. *Beneficios de la mediación familiar para las partes*

Uno de los aspectos más importantes de la mediación es que “promueve la responsabilidad de los participantes en tomar las decisiones que influyen directamente en sus vidas”.²⁶ Esto es, se trata de un procedimiento que confiere autoridad sobre sí mismas a cada una de las partes y les permite desarrollar su personalidad de manera libre, pero consciente de sus responsabilidades sobre las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial. Por tanto, la implementación de la mediación como método para gestionar y resolver conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial promueve el libre desarrollo de la personalidad con un elemento adicional, que sería la toma de responsabilidad sobre el conflicto y sus consecuencias.

En el mismo sentido, la implementación de la mediación familiar promueve un espacio de diálogo en el cual las partes de un conflicto pueden expresarse libremente sin necesidad de expresar formalismos jurídicos que

²⁵ Bolaños, José, “Mediación transicional”, *Portularia. Revista de Trabajo Social*, vol. 7, núm. 1, 2007, pp. 61-74.

²⁶ Folberg, Jay y Taylor, Alison, *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1996, p. 185.

impidan la comunicación. Esto es así, porque a través del principio de confidencialidad de la mediación los hechos planteados durante el proceso no podrán ser materia de prueba ni influir en el juicio que se encuentre en trámite. Por tanto, en la mediación familiar la comunicación puede llegar a ser más efectiva que en el procedimiento judicial, ya que todo lo dicho en el procedimiento judicial atiende principalmente a que una acción legal resulte procedente, y no a resolver en conflicto familiar.

3. Beneficios de la mediación familiar para el sistema de administración de justicia

La implementación de la mediación familiar provee de beneficios para el sistema de administración de justicia, particularmente desde el punto de vista de la agilización del proceso, ya que se puede llegar a la conclusión de diversos conflictos en un mismo proceso de mediación. Se trata de un “procedimiento que puede dar resultados más efectivos en virtud de que la solución del conflicto es desarrollada por las partes involucradas”²⁷ y no por un tercero que desconoce muchos aspectos importantes del conflicto. Esto es así, porque la mediación es un procedimiento no adversarial en que un tercero neutral ayuda a que las partes encuentren el punto de armonía en forma cooperativa y solucionen su conflicto.

La inclusión de un tercero neutral en el proceso de mediación genera beneficios en la gestión y resolución de conflictos, toda vez que el juzgador o el personal a su cargo no tendrán la necesidad de participar activamente en el proceso. Adicionalmente, la información que sea manejada durante el procedimiento de mediación no será conocida directamente por el juzgador como sucede en la conciliación judicial, por lo que la implementación de la mediación no generará ningún tipo de efecto en el ánimo del juzgador ni dispondrá del limitado tiempo judicial en la resolución del conflicto para que éste sea gestionado de manera adecuada.

4. Implementación de la mediación en el procedimiento judicial

Desde la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 18 de junio de 2008 se estableció la obligación de que las leyes

²⁷ Falcón, Enrique, *Mediación obligatoria en la Ley 24.573*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 30.

prevengan mecanismos alternativos de solución de controversias además del procedimiento contencioso tradicional. En la implementación de estos métodos se incluyó también en la materia penal el aseguramiento de los derechos de la víctima y el ofendido con la reparación del daño, además de la supervisión judicial en los casos donde se requiera. El 20 de mayo de 2021 fue promulgada la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Materia Penal, con objeto de regular los alcances de los mecanismos, como la mediación, en los procesos penales.

A. La reforma constitucional y su impacto en el sistema jurídico

A través de la inserción y reconocimiento en el texto constitucional de estos métodos alternativos se busca modernizar el sistema de procuración de justicia mexicano y se establece un marco constitucional para su implementación. Con ello, se promueve un cambio de paradigma en la manera de resolver los conflictos jurídicamente trascendentes, como hasta antes de la reforma se había llevado a cabo, porque se “incorpora a la par de los modelos tradicionales de pacificación social una manera alterna a la vía tradicional para resolver los conflictos y mecanismos específicos”.²⁸ Por tanto, se trata de una de las reformas constitucionales más trascendentes para el sistema de procuración de justicia en México, así como para el perfeccionamiento del derecho fundamental de acceso a la justicia en nuestro país desde la etapa más temprana de un conflicto.

B. La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 2021, establece los principios, las bases, los requisitos y las condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las denominadas “soluciones alternas” previstas en la legislación procedimental penal aplicable. En ese sentido, los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad promover, a través del diálogo, la solución de las controversias que

²⁸ García, Julio, “Análisis de la exposición de motivos en la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco”, en Arrellano, Francisca y Cabello, Paris, *Retos y perspectivas de los MASC en México*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 112.

surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad, por lo que “esta Ley resulta aplicable para los hechos delictivos que sean competencia de los órdenes federal y local”²⁹ en el marco de los principios y derechos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

C. La Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León

En el caso de la implementación de la mediación familiar para la resolución de conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial en el estado de Nuevo León, se debe considerar la legislación aplicable. En ese sentido, el 30 de diciembre de 2020 entró en vigor la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, la cual establece que los mecanismos alternativos serán aplicables en asuntos susceptibles de convenio, que no alteren el orden público, no contravengan alguna disposición expresa o afecten derechos de terceros. En la implementación de la mediación como método para solucionar conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial aquella resulta posible jurídicamente como método para la búsqueda de celebración de convenios judiciales.

VII. MODELOS DE MEDIACIÓN FAMILIAR
APLICABLES AL DIVORCIO

El conflicto familiar constituye uno de los litigios más comunes en la vida cotidiana de un individuo y de los que mayor impacto negativo pueden tener en una persona si no se gestiona de la manera adecuada. Sin embargo, resulta evidente que este tipo de conflictos “acompañarán, en menor o mayor medida, a las personas a lo largo de la vida sin importar su raza, credo, clase social, nacionalidad o ideología”.³⁰ Se trata de un fenómeno propio de los seres vivos, implícito en el mismo acto de vivir, presente en todas las épocas

²⁹ *Ibidem*, p. 160.

³⁰ Vinyamata, Eduard, *Conflictología: curso de resolución de conflictos*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 45.

y edades, y que afecta de manera importante la vida de las personas y de las sociedades.

Este tipo de conflictos resulta de interés, porque todos los seres humanos enfrentamos continuamente conflictos con otros individuos, y cuando estos conflictos nacen en el interior del hogar, se genera una mayor inestabilidad para los involucrados, así como para terceros. En ese sentido, llevar a cabo su análisis particular nos permitirá encontrar posibles soluciones para esta clase particular de conflictos, que pueden llegar a generar graves injusticias y daños irreparables para menores, terceros acreedores y para las partes mismas. Por esto, se propone el uso de la mediación como método para solucionar conflictos familiares derivados de la disolución del vínculo matrimonial, “con la finalidad de que la transición que conlleva sea llevada a cabo de manera pacífica y armónica”.³¹

Por lo anterior, resulta pertinente analizar de los tres principales modelos de mediación familiar para la adecuada resolución de los conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo, es pertinente señalar que no existe un solo modelo de mediación en materia familiar, en virtud de que los conflictos derivados de este tipo de relaciones pueden atender a causas diversas, por lo cual se debe analizar la situación particular del conflicto que se pretenda someter a mediación para los efectos de determinar si el conflicto puede ser mediable y cuál es el modelo de mediación más adecuado.

1. *Modelo de mediación tradicional-lineal*

El modelo de mediación tradicional-lineal considera a la mediación familiar como una negociación colaborativa en la que dos o más participantes son asistidas por un tercero ajeno al conflicto para buscar como punto medular su resolución. Este modelo concibe al conflicto como un obstáculo multifactorial para el desarrollo de las relaciones entre las partes involucradas en el mismo y que las limita para la satisfacción de intereses o necesidades diversas. Por tanto, a través del modelo de mediación tradicional-lineal “las partes involucradas en un conflicto pueden trabajar colaborativamente para canalizar su fuerza y creatividad en la solución de cualquier conflicto sobre las necesidades e intereses que las partes se hayan propuesto”.³²

³¹ Mnookin, Robert, *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 73.

³² Díez, Francisco y Tapia, Gachi, *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, Paidós, 2006, p. 134.

Este modelo de mediación familiar se denomina “lineal” porque promueve que las partes involucradas en un conflicto se comuniquen linealmente, es decir, de una manera clara y directa. Se trata básicamente de “dos individuos que se comunican y expresan sus intereses y necesidades”,³³ y permite el mediador que las partes escuchen directamente los planteamientos, a fin de buscar una resolución alternativa del conflicto. El mediador facilita que la comunicación entre las partes pueda darse de una manera pacífica y cordial aunque no sea aceptada por las partes involucradas en el proceso de comunicación bilateral de la mediación.

El modelo tradicional-lineal busca que la comunicación de las partes sea una comunicación efectiva, que la información fluya entre las partes involucradas en un conflicto, y con este intercambio de información acabar con los desacuerdos. Este modelo no considera el contexto en que se produjo el conflicto ni las relaciones personales entre las partes como factores determinantes para la solución del conflicto, porque percibe a las partes en un sentido integral. Por ello, podemos decir que el modelo tradicional-lineal no toma en cuenta el factor relacional, y tiende más a la negociación de los desacuerdos, ya que en su aplicación se realizan clasificaciones referentes al tipo de interés y las necesidades.

2. *Modelo de mediación circular-narrativo*

En el caso del modelo de mediación circular-narrativo, se busca desarrollar la comunicación de las partes como el elemento más importante del proceso de mediación entre dos o más personas. Este modelo se enfoca en los elementos verbales y paraverbales de la comunicación que se desarrolla entre las partes para facilitar su diálogo sobre las necesidades o intereses derivadas del conflicto. En ese sentido, este modelo de mediación es un modelo multidisciplinario, ya que toma algunos conceptos derivados de otras áreas de las ciencias sociales para facilitar la comunicación entre las partes involucradas en un conflicto.

A través de la implementación del modelo de mediación circular-narrativo se busca encontrar nuevas alternativas de solución al conflicto familiar partiendo de los elementos particulares y característicos de este tipo de conflictos. Esto es así, ya que a través del proceso de mediación se busca que cada parte manifieste sus diferencias, asuma su responsabilidad en el

³³ Suares, Marines, *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Paidós, 2005, p. 125.

conflicto y pueda encontrar diversas alternativas que puedan solucionar el mismo, por lo que este modelo “pretende generar responsabilidad en las partes para que tomen protagonismo y poder dentro de la resolución de su propio conflicto”,³⁴ y otorgarles con ello un lugar legítimo para la solución del conflicto en que se encuentran involucradas.

Para llevar a cabo lo anterior de manera efectiva, el modelo de mediación circular-narrativo busca crear un entorno de confianza y cordialidad en que las partes puedan expresarse libremente y se facilite la comunicación. Con ello se busca crear las condiciones más favorables para promover que las partes participen en la solución de los conflictos que quieran resolver, siempre en el entorno más adecuado. Por tanto, establece que alguien “quedará legitimado cuando haya logrado justificar o al menos explicar de algún modo más positivo sus pretensiones frente a su contraparte”.³⁵

3. *Modelo de mediación transformativo*

El modelo transformativo de mediación busca transformar las relaciones de las partes de manera positiva a partir del conflicto, para que puedan continuar con los aspectos relacionales de manera adecuada. En ese modelo también se busca que las partes tomen protagonismo y responsabilidad sobre el conflicto para que cuenten con la capacidad de mejorar voluntariamente sus relaciones interpersonales, por lo que el modelo transformativo considera al conflicto como parte de toda relación y busca que las partes tomen responsabilidad en su generación, para que partiendo de ese reconocimiento busquen soluciones con el fin de transformar su relación.

El modelo transformativo busca desarrollar en las partes involucradas en un conflicto diversas habilidades que les permitan desarrollar su potencial de cambio y transformar la relación después del conflicto. En ese sentido, el modelo busca canalizar las relaciones interpersonales de los participantes de manera propositiva, para que puedan mejorar en su comunicación y relaciones de manera permanente en el futuro. Por ello, en la implementación del modelo transformativo se busca promover la revalorización de los eventos conflictivos, así como el reconocimiento de cada uno de los involucrados para solucionar definitivamente el conflicto.

Por lo anterior, se puede afirmar que el objetivo principal del modelo de mediación transformativo es el mejoramiento en las relaciones inter-

³⁴ *Ibidem*, p. 132.

³⁵ Díez, Francisco y Tapia, Gachi, *op. cit.*, p. 129.

personales; esto es, mejorar la relación que tienen dos o más personas. En relación con ello, las principales herramientas de este modelo son el reconocimiento de la responsabilidad individual de cada uno de los involucrados a través del reconocimiento de los errores y virtudes. En ese sentido, a través de la implementación de este modelo de mediación “no necesariamente se llegará a la solución del conflicto, sino al mejoramiento de las relaciones interpersonales en un futuro”.³⁶

VIII. PROPUESTA DE MODELO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

La implementación de la mediación familiar en conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial tiene como principal objetivo facilitar la comunicación para garantizar los derechos de menores y terceros acreedores de la sociedad conyugal, esto con la finalidad de que los individuos que decidan disolver su vínculo matrimonial tomen responsabilidad sobre su decisión y los derechos y obligaciones adquiridos durante el matrimonio. Por esto, no necesariamente se debe buscar la celebración de un convenio judicial o extrajudicial, sino el cumplimiento voluntario de las obligaciones frente a menores de edad y la toma de decisiones sobre la liquidación de la sociedad conyugal que nació del matrimonio.

En ese sentido, en la mediación familiar sobre derechos y obligaciones respecto de menores de edad se debe implementar un modelo de mediación que se enfoque en la comunicación entre las partes, para que éstas puedan tomar responsabilidad sobre sus conflictos. Así, se debe utilizar un modelo de mediación que promueva las herramientas del modelo de mediación circular-narrativo a efecto de que las partes puedan comunicar en un entorno adecuando sus necesidades e intereses. Con esto, el modelo de mediación circular-narrativo puede aportar mayores beneficios en la resolución de los conflictos derivados de la disolución del vínculo matrimonial, pero que tengan que ver con los menores involucrados.

Por otro lado, se propone un modelo de mediación que promueva las herramientas más básicas del modelo de mediación tradicional-lineal, para que los conflictos patrimoniales derivados de la disolución del vínculo matrimonial sean resueltos ágilmente. Esto es así, porque se trata de conflictos que requieren una solución más rápida, y sus consecuencias son menos permanentes en la vida de los individuos, ya que atienden a aspectos económi-

³⁶ Brandoni, Florencia, *Construcción de calidad en el ejercicio del mediador*, en Brandoni, Florencia. *Hacia una mediación de calidad*, Buenos Aires, Paidós, pp. 25-57.

cos. Por tanto, las partes pueden trabajar colaborativamente para resolver el problema y celebrar un acuerdo de voluntades que finiquite adecuadamente las obligaciones adquiridas frente a terceros por la sociedad conyugal.

IX. CONCLUSIONES

En la actualidad, el matrimonio genera una serie de derechos y obligaciones entre las partes contratantes, que deben ser delimitados en cuanto a su alcance y duración de manera anticipada o con posterioridad a la resolución que decreta la disolución del vínculo matrimonial; esto es así, ya que las dos vías procesales para la tramitación del divorcio contemplan la resolución de cualquiera de las consecuencias jurídicas nacidas con motivo del matrimonio, ya sea durante la tramitación de procedimiento de divorcio o con posterioridad. Por ello, la resolución de los conflictos derivados del trámite de un divorcio en cualquiera de sus vías resulta un tema que contribuye de manera eficiente a la pacificación de la sociedad y de la familia como núcleo primordial de esta última.

Esto es así, porque durante la duración del matrimonio las partes involucradas han generado una serie de derechos y obligaciones con terceros, que pueden ser ajenos al contrato de matrimonio, o bien ser hijos de las partes contratantes. En relación con ello, la efectiva resolución de los conflictos derivados del matrimonio tiene impactos económicos y personales que se traducen en beneficios directos e indirectos para las partes involucradas, por lo que la búsqueda de mecanismos más eficientes en la resolución de los conflictos derivados del proceso de disolución del vínculo matrimonial debe ser considerado un tema de suma importancia dentro de los procedimientos judiciales.

En relación con ello, aunque la solicitud de una de las partes para disolver el vínculo matrimonial resulta suficiente para que se decrete un divorcio, es el caso que todos los derechos y obligaciones relacionados con menores y con terceros ajenos al matrimonio no deben quedar pendientes para su análisis en diverso procedimiento judicial. En ese sentido, el divorcio incausado garantiza plenamente el desarrollo libre de la personalidad individual, pero ha dejado algunas dudas respecto a la eficiencia para garantizar los derechos de menores y terceros que tienen relación jurídica con las partes involucradas en el divorcio. Por ello, aunque el procedimiento de divorcio incausado sea eficiente en la disolución del vínculo matrimonial, no puede ser considerada la vía más eficiente para la resolución de las consecuencias jurídicas derivadas del divorcio.

Por tanto, se propone la implementación de la mediación familiar como mecanismo para la resolución de todas y cada una de las consecuencias jurídicas de la disolución del vínculo matrimonial, sobre todo las referentes a menores o a terceros ajenos a la controversia. Se trata de un método que ha sido ampliamente implementado dentro del sistema de administración de justicia en México, y que dadas sus características puede contribuir enormemente a la resolución de conflictos familiares. Sin embargo, se debe llevar a cabo su implementación de manera adecuada, para que realmente se cumpla con el objetivo de llevar acuerdos entre las partes involucradas en un conflicto derivado de un procedimiento de divorcio.

Por lo anterior, se propone la implementación de un modelo circular-narrativo de mediación para el caso de problemas derivados de la disolución del vínculo matrimonial y que tengan relación con derechos y obligaciones sobre menores o incapaces. Asimismo, se propone un modelo de mediación tradicional-lineal para que la resolución de los conflictos patrimoniales derivados de la disolución del vínculo matrimonial sean resueltos ágilmente. Considerando lo anterior, las partes pueden trabajar colaborativamente para resolver sus conflictos y celebrar un acuerdo de voluntades que finiquite adecuadamente las obligaciones adquiridas durante el matrimonio y garantizar con ello el futuro cumplimiento de estas últimas.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARELLANO GARCÍA, C., *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 2015.
- ARGUEDAS, O., “La oralidad y su influencia en los procesos judicial y arbitral”, en CÁRDENAS, M. y SODI C., *Derecho procesal civil y mercantil*, México, Porrúa, 2012.
- BECERRA, J., *El proceso civil en México*, México, Porrúa, 2006.
- BELLOCO, P. e ITURRALDE, M. L., “Nueva Ley de Abreviación de los Procesos Laborales”, *Revista de Antiguos Alumnos del IEEM*, 79, 2010.
- BOLAÑOS, I., “Mediación transicional”, *Portularia*, 2007.
- BOFIL, J., “Preparación del juicio oral”, *Revista Chilena de Derecho*, 2002.
- BRANDONI, F., “Construcción de calidad en el ejercicio del mediador”, en BRANDONI, F., *Hacia una mediación de calidad*, Buenos Aires, Paidós, 2011.
- CÁRDENAS, M., “El juicio oral civil en el Distrito Federal. Su análisis desde la teoría general del proceso”, en CÁRDENAS, M. y SODI, C., *Derecho procesal civil y mercantil*, México, Porrúa, 2012.

- CASTRO, J., “Aproximaciones a los principios de la reforma procesal civil”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2011.
- CERVANTES, D., *La oralidad y la inmediatez en la práctica procesal*, México, Ángel Editor, 2008.
- DE PINA, R. y CASTILLO, J., *Instituciones del derecho procesal civil*, México, Porrúa, 2001.
- DIEZ, F. y TAPIA, G., *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Divorcio necesario. El régimen de disolución del matrimonio que exige la acreditación de causales, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, 2009591, Primera Sala, julio de 2015.
- FALCÓN, E., *Mediación obligatoria en la Ley 24.573*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*. México, Limusa, 1992.
- GARCÍA, J., “Análisis de la exposición de motivos de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco”, en ARELLANO, F. y CABELLO, P., *Retos y perspectivas de los MASC en México*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- GARCÍA, M. y ESQUIVEL, G., “La justicia alternativa en Jalisco: propuesta de mejora”, en ARELLANO, F. y CABELLO, P., *Retos y perspectivas de los MASC en México*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- GATICA, S., “La clausura como conclusión de la actuación del abogado en el juicio oral”, *Revista de Derecho Valparaíso*, 2005.
- GONZÁLEZ, J. y PEÑA, E., “Epistemología e historia del juicio penal oral”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008.
- GÓMEZ, C., *Derecho procesal civil*. México, Oxford University Press.
- IBÁÑEZ, P., “Sobre el valor de la inmediatez”, *Jueces para la Democracia*, 57-66, 2011.
- MARTÍNEZ, C., “La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles: del juez lector al juez espectador”, *Jueces para la Democracia*, 2003.
- MNOOKIN, R., *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos. Cómo planear una negociación para generar beneficios*, España, Gedisa, 2003.
- NÚÑEZ, R., “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, *Ius et Praxis*, 199-223, 2008.
- OVALLE, J., *Derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, 2013.
- PALLARES, E., *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 2000.

- PALOMO, D., “Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?”, *Revista de Derecho*, 2005.
- PÉREZ-RAGONE, Á. y PALOMO, D., “Oralidad y prueba: comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009.
- SANTOS, H., *Teoría general del proceso*, México, McGraw-Hill Interamericana, México, 2000.
- SUARES, M., *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Argentina, Paidós, 2005.
- VILLADIEGO, C., “La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: un enfoque de derechos humanos”, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 15-26, 2010.
- VINYAMATA, E., *Conflictología, curso de resolución de conflictos*, Barcelona, Ariel, 2001.

MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA
DEL ESTADO DE MÉXICO. LAS PARTES EN LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS PUEDEN ACCEDER AL JUICIO
DE ÁRBITROS, EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS
DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
Y DE LA MÍNIMA INTERVENCIÓN

Claudio GOROSTIETA CEDILLO*

Por tratarse de conflictos contra la autoridad administrativa, se requiere estar muy seguros de la competencia e imparcialidad del Juez, para que dicte de manera independiente sus fallos, más, cuando se trata de enjuiciar al mismo Poder Administrativo

Miguel VALDÉS VILLARREAL
Distinguido mexicano y coahuilense ejemplar

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Medios alternativos de solución de conflictos*. III. *Los contratos en el Código Civil*. IV. *El juicio de árbitros pactado por las partes*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Los medios alternativos de solución de conflictos en el contencioso administrativo tienen como objeto fomentar una convivencia social y armónica mediante el diálogo y la tolerancia, pero pueden ser fuente de derecho en

* Licenciado en derecho por la UNAM. Maestría en derecho fiscal por la Escuela Superior de Leyes y Negocios Humanitas. Presidente de la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México.

la solución pacífica de un conflicto, como sucede tratándose de contratos administrativos, en específico donde las partes contratantes establecen una cláusula de juicio de árbitros, en atención a los principios de autonomía de la voluntad y mínima intervención de la jurisdicción ordinaria.

Para tal efecto, se abordará el tema desde el análisis de los contratos reconocidos en el estado de México, tanto en el Código Civil como en la Ley de Contratación Pública del estado de México y Municipios, con énfasis en la contratación pública, que constituye un factor primordial para que las instituciones gubernamentales puedan cumplir con sus obligaciones sustantivas y específicas, en el marco de las atribuciones que los ordenamientos legales les confieren, pues con la contratación pública lo que se busca cuando se compra un bien o se contrata un servicio es que se haga con la menor cantidad de recursos posibles, sin sacrificar la eficiencia y la efectividad, amén de que si se desarrolla en un contexto de publicidad y acceso a la información se posibilita su control social.

Luego, se concluirá que si bien el artículo 265 del Código de Procedimientos Administrativos de la entidad contempla la posibilidad de que las partes, en cualquier momento de la tramitación del proceso administrativo o en la etapa de cumplimiento de sentencia y ante la Dirección de Mediación y Conciliación del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México, puedan llegar a *arreglos conciliatorios*¹ que pongan fin al asunto, también lo es que si las partes en un contrato administrativo establecen cláusulas donde se someten al juicio de árbitros, el citado órgano autónomo sólo podrá conocer de la impugnación del acto administrativo *porque existan pretensiones que correspondan a su jurisdicción*; pero subsistirá el derecho de las partes para arreglar su conflicto a través de un juicio de árbitros no obstante la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, que se distinguen por su finalidad de orden público y por el régimen excesivo del derecho civil al que están sujetos.

II. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Por reforma constitucional del dieciocho de junio de dos mil ocho, se modificó el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer que las leyes preverán mecanismos

¹ Estado de México, Tribunal de Justicia Administrativa, “Procedimiento de mediación y conciliación”, disponible en: <https://trijaem.gob.mx/procedimiento-de-mediacion-y-conciliacion/>.

alternativos de solución de controversias, y resalta que 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, ese nuevo texto constitucional es genérico en cuanto al establecimiento de los MASC, y se relaciona con el sistema procesal penal acusatorio, siendo que con las reformas al citado artículo y el diverso 18 de la Constitución federal se incorporó como un derecho de los gobernados la instrumentación y búsqueda de mecanismos alternativos en todas las materias, tales como los previstos en las leyes administrativas y/o fiscales y los derivados de lo pactado por las partes en los contratos administrativos.

Los MASC en el estado de México

No obstante, antes de la reforma constitucional señalada, en el estado de México ya se habían adoptado diversos medios alternativos de solución de controversias, tal como se advierte del análisis de diversas legislaciones de esa entidad: Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México; Ley del Notariado del Estado de México; Ley de los Derechos y Cultura Indígena del Estado de México; Ley que Regula el Régimen de la Propiedad en Condominio del Estado de México; Ley Orgánica Municipal del Estado de México, y Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México, que no es materia del presente.

III. LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil para el Estado de México, en el libro séptimo, denominado “De las obligaciones”, se integra con los artículos del 7.1 al 7.1174, y presenta tres partes: “De las obligaciones en general”, “De los créditos y sus acreedores” y “De las diversas especies de contratos”; tiene treinta títulos, denominados: “Fuente de las obligaciones”; “De los contratos en general”; “De la declaración unilateral de la voluntad”; “Del enriquecimiento ilegítimo o sin causa”; “De la gestión de negocios”; “De la responsabilidad subjetiva y objetiva”; “De las diferentes especies de obligaciones”; “De la transmisión de las obligaciones”; “Del cumplimiento de las obligaciones”; “Del incumplimiento de las obligaciones”; “Efectos de las obligaciones con relación a terceros”; “De la extinción de las obligaciones”; “De la concurrencia y prelación de los créditos”; “De los contratos preparatorios”; “De la compraventa”, y “De la permuta”.

Asimismo, “De las donaciones”; “Del mutuo”; “Del arrendamiento”; “Del comodato”; “Del depósito y del secuestro”; “Del mandato”; “De los contratos de prestación de servicios”; “De las asociaciones, de las sociedades y de la aparcería rural”; “De los contratos aleatorios”; “De la fianza”; “De la prenda”; “De la hipoteca”; “De las transacciones”, y “Del contrato de arbitraje”.

Se norma, además, la promesa; la compraventa; ventas judiciales; permuta; donaciones en general; mutuo simple; mutuo con interés; arrendamiento de bienes urbanos destinados a casa habitación; arrendamiento de fincas rústicas; arrendamiento de bienes muebles; subarriendo; depósito y secuestro; mandato judicial. También, el contrato de obra a precio alzado; contrato de transporte; contrato de hospedaje; asociaciones; sociedades; aparcería rural; juego y apuesta; renta vitalicia; fianza en general; fianza legal o judicial; prenda, sobre créditos; hipoteca en general; hipoteca voluntaria; hipoteca necesaria, y *contrato de arbitraje*.

Por último, respecto de la clasificación de los contratos, el Código Civil del Estado de México, en sus artículos 7.76 al 7.79, señala que el contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada; y es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente; el contrato es oneroso cuando en él se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y es gratuito cuando el provecho es solamente de una de las partes, y finalmente, el contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebran, de manera que ellas puedan apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste, y el contrato oneroso aleatorio es aquel cuya prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida ni a cargo de quien es, sino hasta que se realice.

Los contratos administrativos

El estudio de estos contratos previstos en la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios se estima importante y trascendente, en tanto que existe poca referencia doctrinal al respecto, no obstante que en su propio artículo 7o. se alude expresamente a que “los contratos, los convenios y las modificaciones a los mismos que se realicen en contravención a lo dispuesto por esta ley, serán nulos.” incluso continúa señalando en su último párrafo que “La invalidez podrá ser decretada, administrativamente, por las contratantes. Los particulares podrán ocurrir a demandar la

invalidez de los contratos y de los convenios al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (*sic*)”. A partir del 19 de julio de 2017 se denomina Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México con la reforma efectuada a su Ley Orgánica.²

Además, no existen teorías o criterios que ayuden a clasificar los contratos previstos en la referida ley, y en su caso el Código Civil del Estado de México, aunque de aplicación supletoria regula contratos de distinta naturaleza, siendo que los contratos administrativos pueden estipular cláusulas exageradas que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, tal como lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis:³

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS. La naturaleza administrativa de un contrato celebrado entre un órgano estatal y un particular puede válidamente deducirse de la finalidad de orden público que persigue, identificada también como utilidad pública o utilidad social, así como del régimen exorbitante del derecho civil a que está sujeto. De ello se infiere que los contratos celebrados por un órgano estatal con los particulares están regidos por el derecho privado cuando su objeto no esté vinculado estrecha y necesariamente con el cumplimiento de las atribuciones públicas del Estado y, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público.

Ahora bien, una vez precisado lo anterior, se manifiesta que el artículo 75 de la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios señala que “en las adquisiciones y arrendamientos de los bienes inmuebles y en la enajenación de bienes muebles e inmuebles”, el otorgamiento del contrato se sujetará supletoriamente a las disposiciones del Código Civil del Estado de

² *Gaceta del Gobierno Libre y Soberano de México*, 30 de mayo de 2017.

³ Tesis P.IX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 1020.

México, situación que no aplica para los demás contratos administrativos, tales como los contratos abiertos o contratos pedido, y en el caso de que las partes contratantes estuvieran en desacuerdo, el artículo 94 de la citada Ley señala: "...en contra de la resolución que se dicte en la inconformidad administrativa, así como de los demás actos y resoluciones que se dicten durante la contratación y vigencia de los contratos regulados por esta ley, procede juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (*sic*)".

Es decir, existe disposición jurídica expresa respecto a la vía administrativa para efecto de deducir los derechos derivados de los contratos regulados en la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios, y por tanto resulta inconcuso que estamos en una esfera de derecho administrativo y no de derecho privado y/o mercantil.

Sirve de apoyo el siguiente criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:⁴

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EL INCUMPLIMIENTO DE PAGO TIENE NATURALEZA ADMINISTRATIVA. Las cláusulas que integran un contrato forman una unidad que no puede desvincularse, esto es, deben analizarse en su conjunto, de ahí que deben compartir la naturaleza del contrato que las contiene. Luego, si en las cláusulas de los contratos administrativos se encuentran las relativas al precio a pagar, los plazos, forma y lugar de pago, estas tienen la naturaleza del contrato del que forman parte; en ese sentido, el hecho de que la prestación reclamada sea la falta de pago de una contraprestación a un contratista particular, no obsta para concluir que ese incumplimiento tiene naturaleza administrativa, toda vez que el documento que originó la prestación es un contrato administrativo. En consecuencia, los conflictos surgidos en relación con la falta de pago estipulada en los contratos administrativos deben resolverse en los juicios administrativos respectivos (federales o locales) dependiendo del régimen al que aquéllos estén sujetos.

Íntimamente ligados con lo anterior, los conflictos surgidos en relación con la falta de pago estipulada en los contratos administrativos es competencia de los tribunales administrativos; pero por el hecho de que el ente de la administración pública federal o estatal que lo emitió haya actuado con facultad de imperio, es decir, dentro de una relación de supra-subordinación respecto del particular, en este sentido, podemos concluir que a diferencia de los contratos civiles, los contratos administrativos tienen el carácter de unilaterales, siempre y cuando se entienda por actos de autoridad emitidos

⁴ Tesis 2a./J. 14/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, marzo de 2018, p. 1284.

unilateralmente, donde se expresa una decisión de autoridad en ejercicio de la potestad pública, que reconoce, crea, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones, en una relación de supra-subordinación respecto del particular, situación que es totalmente diferente a la unilateralidad del Código Civil del Estado de México prevista en el artículo 7.76, que dispone: “El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada”.

Al respecto, resulta aplicable el siguiente criterio sustentado por los tribunales colegiados de circuito:⁵

ACTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO. La actividad administrativa del Estado se desarrolla a través de las funciones de policía, fomento y prestación de servicios públicos, lo cual requiere que la administración exteriorice su voluntad luego de cumplir los requisitos y procedimientos determinados en los ordenamientos jurídicos respectivos. El acto administrativo es el medio por el cual se exterioriza esa voluntad y puede conceptuarse como el acto jurídico unilateral que declara la voluntad de un órgano del Estado en ejercicio de la potestad administrativa y crea situaciones jurídicas conducentes a satisfacer las necesidades de la colectividad.

Acorde con lo anterior, a consideración del suscrito se debe atender a la naturaleza del contrato administrativo, en específico a los previstos en la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios, con la finalidad de reconocer los aspectos peculiares que lo hacen distinto a los contratos civiles, no obstante que se mencione en la citada Ley como de aplicación supletoria el Código Civil del Estado de México, y dentro de éstos se encuentra el hecho de que las partes puedan pactar en sus cláusulas someterse a un juicio arbitral (medio alternativo), pues éste se rige por los principios de autonomía de la voluntad y de mínima intervención, de acuerdo a la siguiente tesis del Poder Judicial de la Federación, que en la parte del interés señala:⁶

JUICIO ARBITRAL. SE RIGE POR LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD O VOLUNTARIEDAD Y DE MÍNIMA INTERVENCIÓN... Justificación: El principio de autonomía de la voluntad o voluntariedad es un principio fundamental que rige el arbitraje y es necesario para su entendimiento como medio alternativo de solución de conflictos, el cual consiste en la capacidad, potestad o libertad que tienen las personas para celebrar actos jurídicos, determinar

⁵ Tesis I.4o.A.341 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, marzo de 2002, p. 1284.

⁶ Tesis P.C.I.C.2 C, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, marzo de 2021, p. 2549.

su contenido y sus efectos. Sobre la base de este principio nace el arbitraje, porque las partes toman la decisión de sustraerse del sistema de justicia tradicional para someter la solución de sus conflictos a la justicia arbitral. Asimismo, las partes tienen libertad para elegir a los árbitros, las reglas del proceso, el lugar y la ley aplicable, de ser el caso, lo que impacta en la aplicación del principio de impugnación del laudo arbitral conforme a lo pactado por las partes y, por ende, en el principio de buena fe, conforme al cual las partes están obligadas a observarlo en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales. El cumplimiento de este principio implica que las partes actúen de manera honesta y leal dentro del proceso arbitral. Así, cuando las partes se someten voluntariamente al arbitraje deben asumir sus consecuencias, sin que quepa acudir a la jurisdicción ordinaria para volver a enjuiciar una cuestión que quedó decidida en el laudo, sin recurso ordinario alguno, salvo la oposición a la ejecución de laudo arbitral a través de las excepciones previstas en el artículo 635 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, que se encuentran sujetas a causas tasadas.

Así las cosas, para que un contrato administrativo, un convenio o las modificaciones a éstos no sean nulos, se deben ajustar estrictamente a lo señalado en la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios; sin embargo, la invalidez puede ser declarada, administrativamente, por los contratantes, y los particulares afectados podrán ocurrir a demandar la invalidez de los contratos y de los convenios al ahora Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México.

Entonces, la citada ley no alude a la posibilidad de que las partes al celebrar un contrato administrativo puedan pactar en alguna de sus cláusulas que se someten al juicio de árbitros; pero se ha demostrado que el Código Civil para el Estado de México es de aplicación supletoria para la Ley que nos ocupa, y en los artículos 7.1166 al 7.1154 del citado Código se establece que el contrato de arbitraje debe constar por escrito y expresar, de manera inequívoca, la voluntad de las partes de someter sus controversias de determinado negocio o negocios al arbitraje.

IV. JUICIO DE ÁRBITROS PACTADO POR LAS PARTES

En suma, cuando el acto impugnado ante un tribunal de justicia administrativa lo es el cumplimiento de un contrato administrativo que se lleva a cabo con alguna autoridad administrativa del Poder Ejecutivo o incluso con alguno de los poderes estatales, como el Judicial o el Legislativo, estos dos últi-

mos, en su carácter de función administrativa, por conducto de sus órganos representativos, como resultado de una licitación pública que da origen a un contrato o convenio administrativo, se estima que es competencia de la materia administrativa al involucrar una prestación relacionada con un acto de esa calidad, traducido en una prestación de voluntad realizada por un órgano de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa, y cuyo fin sea la satisfacción de un interés público.

Ahora bien, si el acto impugnado materia de juicio lo es el supuesto incumplimiento de un *contrato* que, en su momento, pudiera demandar la parte actora, o incluso la autoridad administrativa o con funciones administrativas contratantes, y si en relación con el incumplimiento de mérito las partes acordaron someterse a la jurisdicción arbitral en términos del propio contrato, es claro que en razón de la voluntad plasmada en éste se surte bajo el principio de la autonomía de las partes la posibilidad de solucionar el conflicto a través del arbitraje, con independencia de que el tribunal ante el que se ventila el asunto tuviera o no alguna regulación jurídica al respecto, es decir, un arbitraje forzoso regulado en su ley orgánica o leyes respectivas.

Por tanto, una vez iniciado un juicio por lo que respecta a la *designación de árbitro*, en atención al principio de autonomía de las partes, en lo relativo a la —cláusula— que se someten a la interpretación y cumplimiento de un contrato administrativo, los tribunales administrativos deben dejar a salvo los derechos de las partes para acudir a las instancias correspondientes si así lo consideran pertinente, o, en su caso, ante la falta de reglas del proceso, del lugar y de la ley aplicable, debe privilegiarse el principio de impugnación del procedimiento.

Es orientador lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:⁷

ARBITRAJE VOLUNTARIO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA. El arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad con que se fija al árbitro o árbitros, a las reglas procesales para la solución del conflicto y en ocasiones el derecho sustantivo aplicable al caso; a diferencia del forzoso, donde el árbitro, el proceso y el derecho sustantivo son regulados de antemano por las normas estatales. Ahora bien, el arbitraje voluntario tiene origen en el compromiso arbitral o “cláusula compromisoria” que se instala en el momento de la concertación, la cual implica renuncia al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial, a grado tal que si una de las partes citase a la otra ante el juez, la demandada podría solicitar que éste se abstenga del estudio de fondo en virtud de la “excepción de compromiso en árbitros”,

⁷ Tesis 1a. CLXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 435.

que no es de incompetencia o litispendencia, sino materialmente de renuncia pactada al procedimiento judicial, de manera que las partes prácticamente sustituyen al proceso y optan por arreglarse conforme a la decisión de un árbitro, quien no será funcionario del Estado ni tendrá jurisdicción propia o delegada, sino que sus facultades derivarán de la voluntad de las partes expresadas “de conformidad” con la ley; su decisión será irrevocable por voluntad, pero no ejecutiva por no ser públicamente exigible hasta en tanto no sea homologada por la autoridad judicial. Así, la exclusión del juez en la arbitración puramente voluntaria representa una consecuencia importante porque la resolución que dirime el conflicto no será una sentencia sino un acto privado denominado laudo, el cual intrínsecamente no compromete al derecho subjetivo o las acciones judiciales, pues aun con el laudo dictado, las partes podrían convenir el sometimiento con reservas e insistir en la promoción del problema ante la justicia estatal, siendo ésta una peculiaridad que evita caer en el equívoco de que el arbitraje permite integrar la voluntad privada en los aspectos que no fueron tenidos en cuenta al convenir, ni tampoco implica que la voluntad de un tercero concurra para determinar la voluntad privada, ya que la única relevante en una decisión arbitral será la proveniente de las partes, quienes se arreglarán mediante resolución adoptada por ellas mismas a través de su propio representante, es decir, el árbitro o tribunal arbitral. Resulta importante señalar también que los árbitros deben resolver imparcialmente las cuestiones sometidas a su potestad y no deben derivar u orientar sus funciones ni sus decisiones por el común consentimiento de las partes (salvo que se exprese como transacción para finiquitar el proceso arbitral), porque dicho consentimiento sólo opera en el momento inicial del arbitraje —que es el compromiso— pero después será irrelevante; tan es así que incluso el procedimiento puede ser revisado posteriormente por la autoridad jurisdiccional a fin de corroborar la imparcialidad del árbitro, de ahí que sea válido afirmar que los árbitros poseen “autoridad” pero les falta “potestad”, la cual es atributo exclusivo del Estado y por ello podrán realizar todos aquellos actos para los que baste la simple autoridad, y deberán solicitar la cooperación de los tribunales respecto de aquellos otros que requieran la potestad, como ocurre por ejemplo en materia de medidas o providencias cautelares y de ejecución en donde se requiere del auxilio de la jurisdicción estatal para lograr dichas medidas mediante procedimientos que (por la forma como se debatirán los intereses) serán contenciosos...

Por lo tanto, es claro que tal medio alternativo de solución de controversias puede ser utilizado por las partes en un contrato administrativo, al no ser incompatible con el sistema de protección de derechos humanos ni transgrede los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso.

V. CONCLUSIONES

Los medios alternos de solución de conflictos pueden pactarse por las partes en los contratos administrativos que celebren, no obstante que éstos se distinguen por su finalidad de orden público y por el régimen exorbitante del derecho civil a que están sujetos.

Las partes pueden pactar en sus cláusulas someterse a un juicio arbitral, pues éste se rige por los principios de autonomía de la voluntad y de mínima intervención jurisdiccional ordinaria.

El citado juicio arbitral puede ser pactado por las partes en los contratos administrativos, al no ser incompatible con el sistema de protección de derechos humanos ni transgrede los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso.

Los tribunales administrativos pueden conocer de los juicios iniciados por las partes que celebraron un contrato administrativo donde se pactó un juicio arbitral si existen pretensiones que corresponden a su jurisdicción, incluso cuando en el caso de existir reglas para configurar el procedimiento arbitral éstas se controviertan por vicios propios, ya sea porque no se ajustaron a los requisitos de validez de la ley cuando los establezcan, o porque transgreden las formalidades del procedimiento.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSIO ROBLES, Miguel, *Temas de derechos reales*, México, Porrúa, 2012.
- CASTRO PALACIOS, Juan, *Quintana Roo, origen de la justicia alternativa en México*, México, Poder Judicial del Estado de Quintana Roo, Editorial Estos Días, 2017.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf.
- Código Civil para el Estado de México, disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>.
- Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México, disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/1997/feb073.PDF>.
- CUADRA RAMÍREZ, José Guillermo, *Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de la administración de justicia*, Méormativaxico, SCJN.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, disponible en: <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig001.pdf>.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo*, Ciudad de México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Secretaría de Gobernación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México, disponible en: <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2017/may303.pdf>.

Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México, disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig173.pdf>.

Ley del Notariado del Estado de México, disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2002/ene033.pdf>.

Ley de los Derechos y Cultura Indígena del Estado de México, disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2002/sep104.pdf>.

Ley que Regula el Régimen de la Propiedad en Condominio del Estado de México disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2002/abr113.pdf>.

Ley Orgánica Municipal del Estado de México, disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/1993/mar021.pdf>.

Ley de Contratación Pública para el Estado de México y Municipios, disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig192.pdf>.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, t. III: *Teoría general de las obligaciones*, 29a. ed., México, Porrúa, 2011.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, t. IV: *Contratos*, 27a. ed., México, Porrúa, 2001.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, *Segundo curso de derecho administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002.

ZAVALA CHAVERO *et al.*, *La obra pública en el Estado mexicano*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2007.

Mecanismos alternativos de solución de controversias para lograr el acceso a la justicia, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 25 de abril de 2023. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.