



80 años

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

Medios alternos de solución
de conflictos (MASC)

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
FERNANDO NAVARRO SÁNCHEZ

Coordinadores

SERIE

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL

32



EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

Medios alternos de solución
de conflictos (MASC)

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
FERNANDO NAVARRO SÁNCHEZ
COORDINADORES

**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.

El texto que se presenta a continuación reproduce las versiones originales de los autores,
por lo que no se efectuó corrección ortotipográfica alguna.

ISBN Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional: 978-607-30-1256-0

CONTENIDO

Introducción

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

Fernando NAVARRO SÁNCHEZ

Breve reflexión sobre México y la justicia digital

Carlos ALVARADO

¿Por qué es necesario en México una ley general de medios alternativos de solución de controversias?

Cecilia AZAR M.

Los medios alternativos de solución de controversias en el TIPAT/CPTPP

Oscar CRUZ BARNEY

Solución de controversias y remedios comerciales en el T-MEC

Oscar CRUZ BARNEY

La tormenta perfecta de los medios alternativos de solución de controversias en materia mercantil: ¿una oportunidad perdida?

Daniel GARCÍA BARRAGÁN L.

La justicia alternativa en el estado de Quintana Roo. Precursor en México

Joaquín GONZÁLEZ CASTRO

Ofertas selladas y teoría de los juegos

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

Sesgos cognitivos en tiempos de pandemia y su pertinencia para mediación

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

Fernando NAVARRO SÁNCHEZ

La mediación como oportunidad ante los efectos de la pandemia del siglo XXI

Francisco GORJÓN-GÓMEZ

Mediación en los tiempos del COVID-19

Pascual HERNÁNDEZ MERGOLDD

La mediación familiar en la contingencia sanitaria COVID-19

Manuel HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Mediación: nueva justicia para una nueva realidad

Rafael LOBO NIEMBRO

La importancia de los métodos alternos de solución de controversias frente a la pandemia Covid-19

Víctor Manuel NAVARRETE VILLARREAL

Mediación: método efectivo para afrontar controversias surgidas por las medidas tomadas en México para afrontar el COVID-19

Antonio M. PRIDA PEÓN DEL VALLE

Irene Mariana CUÉLLAR ARAIZA

COVID-19 y los mecanismos alternativos en materia penal: ¿oxígeno para refrescar al sistema de justicia penal ante la nueva conflictividad?

Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA

INTRODUCCIÓN

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), se constituye, por sí mismo, además de la labor propia de investigación, docencia y vinculación, en una editorial con reconocimiento no solo nacional sino internacional, con un alto estándar de calidad académica de sus publicaciones y con un impacto no solo por el número de ellas sino por la divulgación de las mismas.

A esta labor editorial, el Dr. Pedro Salazar Ugarte, director del IIJ-UNAM, en su plan de trabajo 2018-2022 incluyó un proyecto editorial especial titulado “Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional” coordinado por Nuria González Martín, el cual se hizo efectivo a partir de octubre de 2018.

La propia naturaleza de este proyecto especial habla por sí solo, al congregar (i) temas de coyuntura con relevancia jurídica e incluso temas no estrictamente legales; (ii) vinculados con la Agenda Nacional; (iii) con una extensión breve; (iv) dirigido a un público no necesariamente especializado; (v) con una vocación informativa, es decir, no es un documento estrictamente doctrinal pero tampoco es divulgación per se, y (vi) que amerita celeridad en su redacción y publicación para que consiga el impacto deseado, es decir, incidir en la opinión pública y eventualmente en la toma de decisiones públicas.

Por las razones de excepcionalidad por las que estamos transitando en 2020, con la emergencia sanitaria por COVID-19, creímos conveniente utilizar este canal de conocimiento para hacerle llegar a todos los interlocutores involucrados, información sencilla pero veraz sobre el estado del arte, las consecuencias y las propuestas lanzadas desde diferentes áreas del conocimiento jurídico.

Durante la multimencionada emergencia sanitaria, hemos escuchado una frase, pareciera de cabecera, pero no por ello menos cierta y es ésta de que el mundo jamás enfrentó una pandemia simultánea a nivel global. Y así es, éste es uno de los precedentes o hitos que más caracteriza la situación transitada por COVID-19 y derivado del mismo, se le agrega una falta de preparación para afrontar la misma con consecuencias graves que genera complejidades en los Estados con efectos económicos, sociales, políticos y, por supuesto, de salud.

En México, como en otros tantos países, se han emitido una serie de decretos, de acuerdos, en este caso a través del Consejo General de Salubridad y de la Secretaría de Salud, fundamentalmente, con la implementación de acciones en torno a la suspensión de todas las actividades que no entraran dentro de la categoría de “esenciales”. El objetivo, detener la propagación y el contagio del virus, aunque no con el éxito deseado; las consecuencias, paralelas, repercusiones económicas, sociales, laborales, civiles y comerciales.

El incumplimiento de contratos de diverso calado y naturaleza han proliferado, aún con iniciativas o acciones de apoyo diversos a sectores de la población en estado de vulnerabilidad. Las consecuencias económicas y de conflictividad están patentes y latentes por doquier en donde el uso de los medios de solución de controversias, se torna en un recurso primordial, de primera línea, no solo por apoyar y descargar a los tribunales de los asuntos que recibirán de manera masiva, sino por instalar, con más consciencia que nunca, una cultura de paz, una cultura donde el acuerdo, en muchos casos, creado y gestado entre las partes se desarrolla con un nivel de cumplimiento más efectivo y duraderos en el tiempo, gestor de alianzas a futuro.

Igualmente, el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, TIC's, en donde la Inteligencia Artificial cobra un interés primordial, se visualiza como una opción más, viable y efectiva, para la mediación, como medio de solución de conflictos. No es un medio alternativo anclado en el procedimiento presencial, cara a cara, sino que dada su flexibilidad, además, permite el brindar el servicio a través de plataformas virtuales, con una tendencia hacia la simplicidad al tiempo que hacia el cuidado de la confidencialidad, en donde cabe, a través de disposiciones legales, incluso la formalización a través de firma electrónica. Un proceso, el de la mediación, por el caso concreto al que nos referimos, en donde la parte humana es cuidada desde los ambientes tanto presenciales como los virtuales, es la llamada visión humanista de la tecnología. Las tecnologías en el mundo del derecho, y en general, es una oportunidad en donde la automatización de datos, documentos, legislativos, jurisprudenciales, educación legal y acceso a la justicia se vuelve fundamental.

Un objetivo primordial, desde nuestra óptica, es optimizar los sistemas de garantía de los derechos humanos, cómo promover y garantizar los derechos humanos y, más

concretamente, el derecho al acceso a la justicia, de eso hablamos, de ofrecer un panorama amplio, con un servicio a la carta, que garantice su inclusión. Estas cuestiones las tenemos que abordar basada en principios de justicia, transparencia, privacidad y protección de datos, responsabilidad e inclusión.

Con este número relativo a los Medios Alternos de Solución de Conflictos, MASC, damos cabida y entrada a un tema fundamental y que, a quienes suscribimos estas líneas, y a quienes participan en esta monografía, no solo les apasiona sino les preocupa y por ello se ocupan desde sus diferentes posiciones, en lo laboral y en lo personal.

Con un total de 15 contribuciones vemos que hay elementos coincidentes, lo cual es importante y denotativo de la idea primigenia que caracteriza a quienes nos dedicamos desde la práctica y la teoría a los MASC, que es el abordaje de los medios alternos, autocompositivos como la mediación o heterocompositivos como el arbitraje, presenciales y en línea, y las repercusiones y, por qué no, las oportunidades que creó y que sigue creando una crisis como la presentada por COVID-19.

De esta manera, el lector o lectora puede encontrar, siguiendo un orden alfabético, la contribución de Carlos Alvarado con su texto “Breve reflexión sobre México y la justicia digital”, parte de la premisa que los avances tecnológicos son muchos más veloces que la capacidad de adaptación del hombre y de ahí despliega la consideración de que en México aún no se ha transitado hacia una justicia digital y muestra de ello es cómo la administración de justicia ha colapsado ante la pandemia por COVID-19. Finaliza su texto con una aseveración tal como que la justicia digital representa grandes retos, y uno de ellos es la exclusión digital, un tema fundamental cuando hablamos de acceso a la justicia.

Por su parte, Cecilia Azar nos trae a colación un tema de sumo interés, “¿Por qué es necesario en México una Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Controversias?”. Con su nota busca exponer por qué es importante que México cuente con una legislación nacional en materia de medios alternativos de solución de controversias y para ello efectúa una explicación de la temática en otros contextos nacionales y cómo la promulgación de una regulación nacional ha incidido en el aumento del recurso a los medios alternativos. De igual manera, se hace una explicación del proceso vivido en México en 2018 y la “casi” promulgación de una ley nacional en la

materia. Finalmente, la autora incluye un comentario general en donde explica por qué, justamente, en estos momentos es importante contar con una legislación sobre la temática, la cual aportaría soluciones a un número importante de situaciones derivadas de la contingencia sanitaria.

Oscar Cruz Barney contribuye con dos ensayos, en el primero de ellos titulado “Los medios alternos de solución de controversias en el TIPAT/CPTPP”, expone que México tiene ya una vasta experiencia en materia de solución de controversias, y ésta se aprovechó para la negociación de los mecanismos contemplados en el *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico* (TIPAT/CPTPP). Aborda, concretamente, el capítulo 28 referido a la *Solución de Controversias entre Partes*, si bien, como vemos, en otros capítulos se incluyen diversos mecanismos alternativos. En el segundo de sus trabajos, Oscar Cruz aborda otro tema predilecto para él y con el título “Solución de controversias y remedios comerciales en el T-MEC”, exponer cómo el T-MEC contiene diversos mecanismos de solución de diferencias, algunos originalmente contemplados en el TLCAN y otros de nueva creación como el Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas. El T-MEC reemplaza al TLCAN al tratarse de un nuevo tratado y mantiene muchos de los mecanismos en él integrados.

Daniel García-Barragán López con “La tormenta perfecta de los medios alternativos de solución de controversias en materia mercantil: ¿Una oportunidad perdida?”, expone el profundo cambio en México de la actividad jurídica dedicada a la resolución de controversias a raíz de la emergencia sanitaria. Por una parte, la justicia estatal en materia civil y mercantil fue suspendida desde el día 18 de marzo, tanto a nivel local como federal, y, por otra parte, los medios alternativos de solución de controversias se configuraron como la única alternativa de los justiciables para alcanzar resoluciones a sus conflictos. En este sentido, apunta el autor, dichos medios alternos de solución de controversias dejaron de ser, justamente, alternativos, dado que durante este periodo no ha existido otro procedimiento a disposición de las partes. El cambio temporal de paradigma en la adjudicación de controversias deja muchas reflexiones en el aire sobre la penetración y utilización de dichos medios alternos en una sociedad cuyo derecho de acceso a la justicia civil y mercantil fue parcialmente coartado. Parece difícil pensar en un mejor escenario para resaltar la importancia e idoneidad de procedimientos tal como

el arbitraje o la mediación, sin embargo, algunos indicadores parecen reflejar que el máximo potencial de dichos mecanismos no ha sido explotado en su totalidad, incluso bajo esta tormenta perfecta a su favor, lo cual obliga a repensar si el problema radica en los procedimientos mismos y su regulación, o bien, en el imaginario colectivo de una sociedad profundamente arraigada al litigio estatal y la concepción de los jueces —y el Estado— como actor principal y superior en la adjudicación de disputas.

En México, siempre nos referimos, con especial orgullo, cómo el Estado de Quintana Roo fue el primero en reformar su Constitución para dar cabida a los medios alternos y de ahí la implementación de la primera ley de justicia alternativa del país en 1996. En este número monográfico tenemos el honor de contar con la contribución de uno de sus artífices, si no el principal, Joaquín González Castro que con el título “La Justicia Alternativa en el Estado de Quintana Roo. Precursor en México” nos presenta, como no podía ser de otra manera, una respuesta más del Estado, y que ante las restricciones de movilidad de la población a que obliga la epidemia, el Poder Judicial del Estado de Quintana Roo lanza el Programa ‘Mediación desde tu Casa’, acelerando la transición tecnológica en la impartición de justicia en donde la mediación a distancia se convertirá, en opinión del autor, en una forma más efectiva para la solución de conflictos.

A continuación, Francisco González de Cossio, con “Ofertas selladas y teorías de los juegos”, presenta un tema por demás interesantes, partiendo de la aseveración de que las ofertas selladas son herramientas útiles para fomentar negociaciones cándidas y transacciones que eviten litigio innecesario, no obstante, la experiencia muestra que son utilizadas en raras ocasiones. Ello, y así lo observa, deriva de que no son conocidas, y menos aún comprendidas. El ensayo busca ilustrar y explicar y así, para transmitir su utilidad, el autor utiliza la herramienta de análisis económico del derecho (particularmente teoría de los juegos), concluyendo que las ofertas selladas son eficientes al evitar litigio innecesario, o cuando ocurre, su costo se canaliza a quien lo propicia.

Quienes suscribimos esta introducción, Nuria González Martín y Fernando Navarro Sánchez, decidimos traer un tema realmente interesante, no muy abordado en profundidad, nos referimos a los sesgos cognitivos y así lo titulamos, “Sesgos cognitivos en tiempos de pandemia y su pertinencia para la mediación”. Las ciencias sociales y económicas de las últimas décadas han mostrado que la mente humana emplea

procesos de pensamiento y toma de decisión que se alejan de una visión objetiva y racional de las cosas, y más bien están sujetos a los sesgos cognitivos. Los sesgos cognitivos alteran las decisiones que tomamos y esto es todavía más evidente en un contexto de conflicto. Si a esto que acontece en condiciones normales, le agregamos el aislamiento, el miedo, el efecto angustiante por la crisis económica, la incertidumbre y otros elementos propios de la pandemia, entonces tendremos un acentuado “caldo de cultivo” para los sesgos cognitivos. Y como los conflictos solo irán a crecer y las respuestas no estarán fácilmente ubicadas en los tribunales, se torna trascendental la capacidad de ofrecer a la sociedad un proceso útil, eficiente y satisfactorio de solución de controversias como lo es la mediación, y así fortalecer las herramientas de las y los mediadores. El reconocimiento de la existencia de sesgos cognitivos, su identificación y la intervención que las y los mediadores pueden hacer para permitir a las personas en mediación superar esos sesgos y tomar mejores decisiones, son funciones de un altísimo valor.

Francisco Gorjón-Gómez, en “La mediación como oportunidad ante los efectos de la pandemia del siglo XXI”, y coincidiendo con los colegas, expresa que la pandemia es un entorno por demás difícil y complejo que ha cambiado nuestra forma de vida, por lo que necesariamente los sistemas de solución de conflictos tienen que cambiar, al igual que los sistemas de gestión y transformación de conflictos. En este sentido, la mediación goza de una ventaja ya que depende totalmente de las partes. La tarea del mediador es ahora más importante como agente de paz ante el colapso del sistema de procuración e impartición de justicia, la pandemia se torna como un área de oportunidad para los MASCS; ver la crisis como una oportunidad no es algo que desconozcamos quienes nos dedicamos a los medios alternos.

Pascual Hernández Mergold en “Mediación en los tiempos del COVID-19”, nos expone que el confinamiento y la *nueva normalidad* contribuyen a que la violencia aumente y genere controversias. Los tiempos de crisis son tiempos de oportunidades para los medios alternos, y ahí es donde nuestro autor pone el acento, en donde todos podemos aprovechar los servicios de mediación y así impulsar la gestión, prevención y resolución de las controversias de carácter legal, familiar o comunitario que les afecten.

Nuestro autor, finaliza expresando que en los tiempos del COVID-19 ello es posible, además, aprovechando los servicios de mediación en línea.

Manuel Hernández Rodríguez con “La mediación familiar en la contingencia sanitaria COVID-19” parte de la premisa del impacto de la pandemia en la impartición de justicia y, en concreto, lo aterriza en materia familiar, la suspensión de las convivencias, y de ahí cómo de manera unilateral los padres custodios limitaron las mismas a los padres no custodios. Ante la imposibilidad de iniciar algún procedimiento judicial, la mediación digital resulta ser una excelente opción para resolver sus conflictos familiares. Un tema que es denominador común para quienes abogan por la justicia extrajudicial y que complementa con la justicia tradicional y su interacción virtual, en línea.

Rafael Lobo Niembro, titula su trabajo “Mediación: nueva justicia para una nueva realidad” y en él parte de la premisa de que los métodos alternos de solución de controversias han sido una posibilidad aún poco practicada y menos conocida en México y ello es debido a varios factores, uno de ellos es la falta de políticas públicas abiertas e incluyentes que permitan el desarrollo de las mismas; en otros casos, por falta de visión de algunas autoridades que no han mostrado interés verdadero en su pleno desarrollo. El autor comparte algunos avances y retos aún pendientes por cumplir, para hacer llegar a más personas las posibilidades de estos métodos y, en particular, la mediación. Los retos han cambiado y requieren de respuestas que estén acorde con la realidad, no solo ante el colapso de los sistemas de justicia sino en el fomento, incondicional, de la cultura de paz.

Víctor Manuel Navarrete Villarreal con “La importancia de los métodos alternos de solución de controversias frente a la pandemia Covid-19”, parte de una premisa con un eco y palabras profundas, donde confluye la meditación, la reflexión, con la mediación, si se nos permite agregar esto desde nuestra pluma introductoria, y así plantea que *la naturaleza puede ser fuente de desajustes en las sociedades*. La duración de este mal pandémico hará que los tribunales enfrenten un alud de asuntos judiciales inmanejable, por ello es tiempo de que la mediación pública y privada se instaure como un requisito procedimental. La pandemia ha mostrado nuestra vulnerabilidad y ahora nos queda mucho más claro que siempre que será mejor colaborar que litigar para superar nuestras

diferencias. Su análisis, siempre puntual, documentado y crítico nos permite recrearnos en una materia que amerita rigor y seriedad.

En el estudio titulado “Mediación: Método efectivo para afrontar controversias surgidas por las medidas tomadas en México para afrontar el COVID-19”, Antonio M. Prida Peón del Valle e Irene Cuéllar Araiza sostienen que los acuerdos del Consejo de Salubridad General y de la Secretaría de Salud están provocando el incumplimiento generalizado de las obligaciones jurídicas asumidas por la población, lo que seguramente generará infinidad de controversias, que en caso de pretender ser resueltas por los tribunales, éstos sufrirán un irremediable colapso. Para contribuir a paliar dichos efectos, los autores sugieren la utilización de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, especialmente la Mediación, incluyendo el uso de los medios electrónicos para llevar a cabo las sesiones de Mediación y la firma de los convenios que pongan fin a sus controversias, a efecto de evitar contagios. Para ello, se distinguen las principales ventajas que ofrecen los medios autocompositivos frente al litigio y proponen vías que brindan plena seguridad jurídica a sus usuarios, iguales a las brindadas por las sentencias o los laudos.

Por último, Alberto Abad Suárez Ávila, en “COVID-19 y los mecanismos alternativos en materia penal: ¿Oxígeno para refrescar al sistema de justicia penal ante la nueva conflictividad?”, expone que en el contexto de la pandemia se presentan dos realidades inminentes que tendrá que enfrentar el sistema de justicia penal durante los meses venideros. La primera es el crecimiento de nuevas conflictividades que se han generado durante el confinamiento y la segunda es la esperada saturación de los recursos del sistema de justicia penal. La intención de este artículo es abordar las posibilidades de los MASC para superar este nuevo contexto, sin renunciar a la finalidad de resolver los conflictos con un mínimo nivel de justicia.

A todos y cada uno de los colegas que hicieron el favor de participar en este número, agradecer el aporte invaluable que lleva implícito darse el tiempo para la reflexión y para la realización de las mismas por escrito en un tiempo record. A todos les pedimos que, por favor, hicieran extensiva esta invitación a quienes consideraran oportuno, al no poder llegar, como deseáramos, a todo aquel que tiene algo que decir en la materia. Gracias por hacerlo extensivo y una disculpa a quienes no alcanzaron a

llegar, por los plazos tan reducidos, o no se vieron incluidos o incluidas. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, desde ya, les abre, como siempre, las puertas para que este trabajo sea solo una “muestra” de lo mucho que hay por delante por hacer y sigamos uniendo esfuerzos y sinergias en una labor tan loable como es la divulgación y la implementación, teórica y práctica, de medios tan nobles como los que se presentan a través de los MASC.

A todo el magnífico equipo que forma el IIJ-UNAM, por supuesto desde la dirección, Dr. Pedro Salazar; secretaria académica, Dra. Issa Luna; secretario técnico, Lic. Raúl Márquez; secretaria administrativa, Mtra. Mariana Trujillo; Departamento de Eventos y Difusión Académica y Departamento de Proyectos Académicos Digitales, Lic. Alejandra Caballero y, como no, a la Lic. Mariana Ávalos, por la asistencia solicitada y diligencia demostrada. A todos y todas, nuestro agradecimiento porque esta serie dedicada a la emergencia sanitaria dentro del proyecto *Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, ha sido no solo una realidad sino un canal exitoso, reconocido y agradecido por una comunidad que ha podido hacerlo suyo desde lo virtual y desde lugares realmente remotos. A las sedes externas de la UNAM, nuestro agradecimiento por hacerlo suyo y convertirlo en un documento realmente viral.

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

Fernando NAVARRO SÁNCHEZ

BREVE REFLEXIÓN SOBRE MÉXICO Y LA JUSTICIA DIGITAL

Carlos ALVARADO¹

En *Thank You for Being Late* Thomas Friedman explica la Ley de Moore y la capacidad del hombre a adaptarse a los cambios tecnológicos. Conforme a tal ley la capacidad de los microprocesadores se duplica cada 18 meses. Este crecimiento exponencial en el corazón de las computadoras ha cambiado sustancialmente nuestras vidas. Los ejemplos son evidentes y abundantes.

Sin embargo, el crecimiento de la capacidad de adaptación del hombre no es exponencial. Lo anterior no era un problema cuando la tecnología cambiaba lentamente, pero hace muchos años que la velocidad de los cambios tecnológicos dejó atrás a la capacidad de adaptación del hombre. Esto se refleja desde en la imposibilidad de entender o siquiera conocer toda la tecnología disponible para uso cotidiano, hasta la falta de regulaciones legales que se adecuen a las realidades tecnológicas.

La administración de justicia en México es un ejemplo de ello. La introducción de sistemas de consulta y notificación de resoluciones vía electrónica o la posibilidad de promover de electrónicamente en algunas materias, entre otros cambios, son avances menores y muy por detrás de los avances tecnológicos. La administración de justicia poco se ha beneficiado de la tecnología y, en realidad, la mayoría de los juicios se siguen tramitando igual que hace décadas: voluminosas demandas con anexos y copias de traslado; actuarios recorriendo las ciudades para notificar incluso a partes que ya han comparecido en juicio; juzgados llenos de abogados revisando las publicaciones del día o dando impulso a trámites menores; etc.

La falta de adaptación de la administración de justicia a los avances tecnológicos fue puesta en evidencia con la pandemia COVID-19. Con algunas excepciones, la administración de justicia se paralizó en todo el país.

¹ Asociado senior en Hogan Lovells, Ciudad de México. Es licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, cuenta con un LL.M en International and Comparative Dispute Resolution por Queen Mary University of London y actualmente cursa la Maestría en Finanzas en EGADE Business School.

Si en México hubiera una justicia digital los órganos jurisdiccionales hubieran continuando en funciones. La necesidad de una justicia digital o mayoritariamente digital fue reforzada con el COVID-19. Las ventajas serían muchas.

La justicia en línea o digital puede tener diferentes alcances. Uno de ellos es la automatización de los procesos existentes a través de la tecnología, presentación de escritos de manera digital, audiencias a través de plataformas digitales, notificaciones en línea, etc. Es decir, hacer las cosas como se hacen hoy, sin tener que acudir prácticamente a los Juzgados. Richard Susskind, en su libro *Online Courts and the Future of Justice*, plantea la pregunta ¿las Cortes son un lugar o un servicio? Claramente se trata de un servicio y a través de la tecnología se puede brindar tal servicio de manera remota.

Justicia en línea también puede hacer referencia a la adecuación tecnológica enfocada a que, a través de plataformas sencillas, los justiciables tengan acceso directo a la justicia con nula o poca participación de abogados. Un ejemplo de ello son los sistemas de resolución de controversias de plataformas de comercio electrónico como eBay o plataformas que se dedica a brindar el servicio de resolución de controversias de manera electrónica como *Youstice*. En 2015 fue reportado que tan solo eBay resolvía más de 60 millones de controversias al año.

Justicia digital también puede abarcar la resolución de controversias a través de inteligencia artificial. Que no sea un Juez *humano* quien decida la controversia, sino una computadora que, con base en información de la que se alimenta y algoritmos, analice la información presentada por las partes y emita un juicio. Los avances en este rubro son sorprendentes. Como expone Maxi Scherer en su artículo *Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?*, existen estudios que demuestran que mediante modelos basados en inteligencia artificial se puede predecir resultados en disputas legales complejas con resultados de precisión que van del 70% al 80%. Sin embargo, tales sistemas aún tienen sus limitaciones.

La reflexión de esta nota se limita a la primera de las acepciones de justicia digital: la automatización de los procedimientos a través de la tecnología. Sin embargo, el tránsito hacia ella no es sencillo. Se trata de un verdadero reto con muchos frentes y que necesita del concurso de voluntades de los tres órganos de poder, y tanto a nivel estatal

como federal. Desde el diseño del sistema de justicia digital que se desea adoptar, partidas presupuestarias, la adecuación de las leyes adjetivas, inversiones importantes, capacitación al personal, reasignación o reinversión de un gran número de funcionarios cuyas labores ya no se requerirán, etc.

Pero hay un reto más difícil de superar. Al analizar los argumentos en pro y en contra de la digitalización de la justicia, Richard Susskind habla de la exclusión digital. Es decir, aquellas personas que no tendrían, por diversas razones, acceso a la tecnología necesaria para la justicia digital. En México lo conocemos como la brecha digital. No se trata de un tema menor. El acceso a la justicia es un derecho fundamental. Si para acceder a ella se necesitara acceso a la tecnología, la población digitalmente excluida, sería igualmente privada de su derecho fundamental de acceso a la justicia.

Señala que en el Reino Unido el 50% de la población es activa en internet de alguna manera. Conforme a un estudio del Ministerio de Justicia del Reino Unido, en 2016 solamente el 30% de la población de tal país es autosuficiente tecnológicamente; el 52% de la población puede hacer uso de los medios digitales con asistencia de un tercero y; el 18% de la población se considera digitalmente excluida. Casi una quinta parte de la población.

En México el reto es mayor. Conforme a datos del 2015 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, de las personas mayores de 15 años, solamente el 49% es usuaria de internet. Sin embargo, el problema va más allá. De la población mayor a 15 años, solamente el 41.8% aproximadamente es usuaria de una computadora. Es decir, la probabilidad de que en México una persona mayor de 15 años sea usuaria de una computadora y de internet, es menor al 20%. Son datos duros, pero que reflejan una sociedad en la que más del 40% de la población viven en situación de pobreza, según información del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.

Entonces, parece ser que en este caso hoy la capacidad del hombre de adaptarse no se ha visto sobrepasada del todo por la tecnología. Incluso si en México contásemos con el presupuesto, las voluntades necesarias y las leyes adecuadas para convertir nuestro sistema de administración de justicia en uno digital, no podríamos hacerlo sin que millones de mexicanos queden excluidos.

Lo que no podemos hacer es permanecer estáticos. Fundamental que México aproveche esta breve tregua que nos da la tecnología y construya el camino hacia una justicia digital. El colapso temporal de la administración de justicia por el COVID-19 fue una primera llamada de atención y una oportunidad para plantearnos seriamente el problema.

Dos hechos incuestionables: *i)* con la llegada del 5G, esfuerzos como el de Elon Musk de dar internet vía satelital de manera gratuita a todo el mundo y el exponencial crecimiento tecnológico, la exclusión digital será prácticamente aniquilada, y *ii)* la capacidad del hombre a adaptarse, seguirá siendo mucho más lenta que tales avances. Por tanto, cada paso que demos hoy en México hacia una justicia digital, nos permitirá no quedarnos tan atrás en la carrera.

¿POR QUÉ ES NECESARIO EN MÉXICO UNA LEY GENERAL DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

Cecilia AZAR M.¹

La regulación de los medios alternativos de solución de controversias ha pasado por caminos tortuosos en nuestro país. Gracias al impulso de los tratados de libre comercio que México celebraba en las décadas de los 80's y los 90's, en 1993 fue incorporada al Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés). Representó un paso determinante en el desarrollo del arbitraje en México; sin embargo, sus primeros años de vigencia se vieron acompañados de intensos debates —en tribunales y en la doctrina— sobre su constitucionalidad. Ésta pareció “confirmarse” con la inclusión, el 18 de junio de 2008, de la siguiente frase al artículo 17 constitucional: “*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias*”. Aunque el propósito de la reforma no era promover el arbitraje comercial, si no la mediación (sobre todo, en materia penal), la inclusión mencionada ayudó a que la discusión constitucional del arbitraje se disipará. Hoy, el arbitraje comercial como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos es frecuentemente utilizado en México y es reconocido como un medio eficiente para la solución de controversias de carácter comercial, nacionales o internacionales. No ha sucedido lo mismo con la mediación y la conciliación. ¿Qué ha faltado?

A diferencia de lo que sucede en el arbitraje, en la mediación y la conciliación el tercero que interviene no resuelve la controversia. El mediador o el conciliador tienen como función avenir a las partes y facilitar su comunicación para que sean ellas quienes alcancen y construyan su acuerdo.²

¹ Abogada mexicana especializada en arbitraje y mediación civil y comercial.

² No es el objetivo de esta nota explicar las diferencias entre la mediación y la conciliación. Baste solo decir que la distinción generalmente aceptada descansa en que el mediador solo facilita la comunicación entre las partes, mientras que el conciliador puede llegar a realizar recomendaciones o sugerencias a las mismas en cuanto al acuerdo que ponga fin a su conflicto. La autora de la presente nota considera que la distinción es académica y que, mientras todas las partes de la controversia estén de acuerdo, el mediador y el conciliador pueden ser más o menos activos.

Pareciera entonces que, tratándose de un procedimiento en el que el tercero solamente asiste a las partes para que la comunicación entre ellas fluya, no es necesario contar con una regulación; sin embargo, lo es. El propósito de una ley en materia de mediación es múltiple. Por un lado, este tipo de regulaciones: (i) aclaran —y sobre todo uniforman— los conceptos relevantes para la práctica de estos mecanismos; (ii) definen los principios que los rigen como su voluntariedad, flexibilidad, confidencialidad entre otros; (iii) delimitan las principales etapas del procedimiento a desarrollar en una mediación o conciliación, y (iv) determinan los requisitos formales del acuerdo de mediación o conciliación que plasma la voluntad de las partes de someterse a dicho mecanismo y del convenio resultado del mismo, así como su naturaleza jurídica y vía de ejecución. Por otro lado, las leyes en materia de medios alternativos cumplen con un objetivo informativo y de difusión esencial para su desarrollo; particularmente, cuando —como en México— el sistema jurídico es codificado y la legalidad de nuestros actos es asegurada en la medida en que dichos actos no estén prohibidos por las leyes y, mejor aún, estén expresamente regulados.

A finales de 2017, la Secretaría de Economía inició trabajos encaminados a presentar una iniciativa de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Lo anterior tenía fundamento en el decreto de fecha 5 de febrero de 2017 por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mecanismos alternativos de solución de controversias; una iniciativa del Ejecutivo Federal de ese entonces que tuvo por objeto facultar al Congreso de la Unión para expedir una ley general que estableciera los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias para que los tres órdenes de gobierno implementaran y facilitara el acceso a dichos mecanismos. Funcionarios de la Secretaría de Economía convocaron a representantes de distintos foros (academia, centros de mediación públicos y privados, practicantes, poder judicial) para discutir el contenido de dicha ley. Así, durante meses, fue posible discutir respecto a temas de gran trascendencia para el desarrollo de la mediación y de la conciliación en nuestro país como la certificación de mediadores y la conveniencia, y en su caso, procedencia, de regular a la mediación y a la conciliación como requisitos de procedibilidad de una acción judicial. El resultado, en el primer trimestre de 2018, fue la

conformación de un documento que reflejaba, en gran medida, el consenso de un número importante de practicantes sobre lo que tendría que contener una ley general sobre la materia. La iniciativa fue presentada al congreso en abril de ese año y así, en la Gaceta Parlamentaria del 26 de abril de 2018 se publicó el Dictamen para Declaratoria de Publicidad de la Comisión de Justicia, con proyecto de decreto por el que se expedía la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y se reformaban, derogaban y adicionaban diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de conciliación comercial. La iniciativa abarcaba entonces por un lado la promulgación de una ley general que regularía —y por lo tanto impulsaría— la mediación y la conciliación en materia civil, familiar, administrativa y comunitaria y, por el otro, la reforma y adición de ciertas disposiciones en el Código de Comercio aplicables a la conciliación comercial. Se trataba de un combo completo para —finalmente— catapultar el uso de estos mecanismos en nuestro país; lo que mucha falta hace.

Si bien la iniciativa fue aprobada en la Cámara de Diputados, la misma se enfrentó al cambio de Administración Pública en el verano de 2018 y con ello, a la llegada de la Sexagésima Cuarta Legislatura. Ahí quedó el proyecto de decreto. Hoy México no cuenta con una legislación general en materia de mediación y conciliación.

La contingencia sanitaria ha traído consigo un sinfín de conflictos; discrepancias comerciales, civiles, familiares, comunitarias y administrativas. Arrendatarios que no pagan las rentas, órdenes de compra de mercancía que no puede entregarse, transportes imposibilitados, divorcios, violencia familiar, revisiones gubernamentales, multas, etc. Un sistema robusto que permitiera la aplicación eficaz de mecanismos de mediación y conciliación haría la diferencia en este momento, ofreciendo a comerciantes, contribuyentes y a la población en general procedimientos flexibles, rápidos y respaldados en la ley para resolver sus conflictos y, de esa manera, avanzar. Nuestros tribunales han limitado labores a temas de urgencia durante semanas; al abrir, atenderán un número importante de demandas pendientes de presentarse por asuntos ordinarios y otras relacionadas con situaciones derivadas de la propia contingencia sanitaria. Si no desarrollamos los elementos legales e institucionales necesarios para poner a disposición de todos la mediación y la conciliación, colapsaremos el sistema judicial.

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TIPAT/CPTPP

Oscar CRUZ BARNEY¹

El *Acuerdo de Asociación Transpacífico* o TPP, después TPP-11 y finalmente *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico* (CPTPP) ha sido, sin duda al día de hoy, la negociación comercial multilateral más importante con posibles afectaciones al mercado regional de Norte América, en donde en un inicio los tres Estados Parte del TLCAN, ahora solamente Canadá y México hasta que se reincorporen los Estados Unidos de América, “tendrán dos conjuntos de reglas comerciales que podrán aplicar para su relación trilateral de forma distinta según les convenga”.²

Descrito como el acuerdo comercial más avanzado y con los más elevados estándares que se haya negociado hasta el momento,³ se considera que los impactos del CPTPP en el TLCAN pueden visualizarse en dos ejes: “su potencial para incrementar el comercio trilateral y su capacidad para mantener y profundizar la integración productiva que al día de hoy distingue a América del Norte”.⁴

México tiene ya una vasta experiencia en materia de solución de controversias, que se aprovechó para la negociación de los mecanismos contemplados en el nuevo Acuerdo.⁵

Cabe destacar que se ha experimentado una importante evolución en la red de tratados comerciales firmados por México, la salida de Venezuela y Bolivia del G3, la integración de un solo acuerdo con Centroamérica que substituye a los anteriores y desde luego los procesos de modernización del TLCUEM y del TLCAN, así como la

¹ Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, SNI III. Académico de Número Sitial 36 de la *Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación*.

² Noricumbo Robles, Carlos *et al.*, *México y el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP): Contenidos, Implicaciones y Consideraciones Esenciales*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, Serie Cuaderno de Investigación TPP-2, p. 86.

³ Mora Sánchez, Luz María de la, “El Tratado de Asociación Transpacífico: ¿una puerta en Asia-Pacífico?”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, Instituto Matías Romero, Secretaría de Relaciones Exteriores, núm. 108, septiembre-diciembre de 2016, p. 198.

⁴ Noricumbo Robles, Carlos *et al.*, *México y el Acuerdo...*, *op. cit.*, p. 86.

⁵ Sobre el tema véase Cruz Barney, Oscar, *El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP/TIPAT) y la Solución de Controversias en los Acuerdos Comerciales Internacionales Firmados por México*, México, Tirant Lo Blanch, 2018.

entrada en vigor del T-MEC, estos últimos habrán de modificar la situación vigente en materia de solución de diferencias.

El acuerdo alcanzado en octubre de 2015 después de 35 rondas de negociación y firmado en Auckland, Nueva Zelanda, el 4 de febrero de 2016 se divide en Preámbulo, 30 capítulos con sus respectivos anexos, 5 Anexos Generales y un importante número de cartas bilaterales.

El Capítulo 28 se refiere a Solución de Controversias entre Partes, si bien en otros capítulos se incluyen mecanismos alternativos de solución de controversias. En el Artículo 28.23 se trata de los Medios Alternativos para la Solución de Controversias (MASC) y se acuerda que cada Parte, en la mayor medida posible, deberá promover y facilitar el uso del arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio. Para este fin, cada Parte deberá disponer de los procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los acuerdos de arbitraje y reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en tales controversias.⁶

El CPTPP contempla:

- Las denominadas *consultas ad hoc* a nivel capítulo (no en todos los capítulos).
- Las Consultas Técnicas Cooperativas (CTC).
- Las consultas.
- Los procedimientos administrativos de solución de controversias o de revisión.
- Un mecanismo especializado de solución de controversias en materia de inversiones (Capítulo 9), que incluye la posibilidad de acudir a la negociación, los buenos oficios, la conciliación o la mediación.⁷
- Un mecanismo especializado (el del Capítulo 28 con modificaciones) en materia de servicios financieros (Capítulo 11).

⁶ Se considerará que una Parte cumple con esta obligación si es parte de y se ajusta a las disposiciones de la *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas* hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958.

⁷ Se debe tener presente que el Capítulo 10 Comercio Transfronterizo de Servicios establece que nada de lo dispuesto en este Capítulo, incluyendo los Anexos 10-A (Servicios Profesionales), 10-B (Servicios de Envío Expreso) y 10-C (Mecanismo de Ratchet de Medidas Disconformes), está sujeto a solución de controversias inversionista-estado conforme a la Sección B del Capítulo 9 (Inversión).

- Un mecanismo especializado (el del Capítulo 28 con modificaciones) en materia laboral (Capítulo 19).
- Un mecanismo especializado (el del Capítulo 28 con modificaciones) en materia ambiental (Capítulo 20).
- Un mecanismo especializado (el del Capítulo 28 con modificaciones) en materia de Transparencia y Anticorrupción (Capítulo 26).
- Un Mecanismo General de Solución de Controversias entre Estados Parte (Capítulo 28).

No se incluye un mecanismo especial para prácticas desleales de comercio (dumping y subsidios), pese a existir un capítulo específico de defensa comercial (Capítulo 6), por lo que la relevancia del Capítulo XIX del TLCAN y ahora del Capítulo 10 del T-MEC se hace aún mayor, como único mecanismo especializado con acceso directo para el particular en materia de revisión de resoluciones dictadas en investigaciones contra prácticas desleales de comercio.

Los siguientes capítulos excluyen expresamente la posibilidad de acudir a los mecanismos de solución de controversias contenidos en el Capítulo 28 del TPP o bien condicionan su aplicación:

1) Capítulo 6 Defensa Comercial, Sección B: Derechos Antidumping y Compensatorios, en particular el Artículo 6.8: Derechos Antidumping y Compensatorios.⁸ En el TPP no se incluye un mecanismo específico de solución de diferencias en materia de prácticas desleales de comercio (dumping o discriminación de precios y subsidios), por lo que la pervivencia y fortalecimiento del Capítulo XIX del TLCAN es particularmente importante.

2) Capítulo 8 Obstáculos Técnicos al Comercio. El Artículo 8.4 relativo a la Incorporación de Ciertas Disposiciones del Acuerdo OTC establece que ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de

⁸ El Artículo 6.8 establece que cada Parte conserva sus derechos y obligaciones conforme al Artículo VI del GATT de 1994, el Acuerdo Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias contenido en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC. Asimismo, se afirma que nada de lo dispuesto en el TPP conferirá derecho alguno ni impondrá obligación alguna a las Partes en relación con los procedimientos realizados o las medidas adoptadas conforme al Artículo VI del GATT de 1994, el Acuerdo Antidumping o el Acuerdo SMC.

Controversias) por una controversia que alegue exclusivamente una violación de las disposiciones del Acuerdo OTC incorporadas al Tratado.

3) Capítulo 12 Entrada temporal de personas de negocios. El Artículo 12.10: Solución de Controversias establece que ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) respecto a una negativa de otorgar entrada temporal, a menos que:

(a) El asunto involucre una práctica recurrente, y

(b) Las personas de negocios afectadas hayan agotado todos los recursos administrativos disponibles respecto al asunto en particular.

Los recursos referidos en el párrafo 1(b) se considerarán agotados si la determinación definitiva en el asunto no ha sido emitida por la otra Parte dentro de un periodo de tiempo razonable después de la fecha del establecimiento de los procedimientos para el recurso, incluyendo cualquier procedimiento de revisión o apelación, y la falta de emisión de tal determinación no es atribuible a demoras causadas por las personas de negocios involucradas.

4) Capítulo 14 Comercio Electrónico. El Artículo 14.18 establece que con respecto a las medidas existentes, Malasia no estará sujeta a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias), respecto a sus obligaciones conforme al Artículo 14.4 (Trato No-Discriminatorio de Productos Digitales) y el Artículo 14.11 (Transferencia Transfronteriza de Información por Medios Electrónicos) por un período de dos años después de la fecha de entrada en vigor del Tratado para Malasia. Asimismo, Vietnam no estará sujeto a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias), respecto a sus obligaciones conforme el Artículo 14.4 (Trato No-Discriminatorio de Productos Digitales), el Artículo 14.11 (Transferencia Transfronteriza de Información por Medios Electrónicos) y el Artículo 14.13 (Ubicación de las Instalaciones Informáticas) por un período de dos años después de la fecha de entrada en vigor del Tratado para Vietnam.

5) Capítulo 16 Política de Competencia. Conforme al Artículo 16.9 ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) por cualquier asunto que surja de este Capítulo.

6) Capítulo 21 Cooperación y Desarrollo de Capacidades. Conforme al Artículo 21.6 ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) por cualquier asunto que surja de este Capítulo.

7) Capítulo 22 Competitividad y Facilitación de Negocios, conforme al Artículo 22.5 ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) por cualquier asunto que surja de este Capítulo.

8) Capítulo 23 Desarrollo, conforme al Artículo 23.9 ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) por cualquier asunto que surja de este Capítulo.

9) Capítulo 24 Pequeñas y Medianas Empresas, conforme al Artículo 24.3 ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) por cualquier asunto que surja de este Capítulo.

10) Capítulo 25 Coherencia Regulatoria, conforme al Artículo 25.11 ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) por cualquier asunto que surja de este Capítulo.

Los mecanismos contemplados

Dentro del Capítulo 2, dedicado a Trato Nacional y Acceso de Mercancías el Artículo 2.9 contempla las consultas *ad hoc*. Cada Parte tiene la obligación de designar y notificar un Punto de Contacto de conformidad con el Artículo 27.5 (Puntos de Contacto),⁹ para facilitar las comunicaciones entre las Partes sobre cualquier asunto cubierto por el Capítulo 2, incluyendo cualquier solicitud o información remitida conforme al Artículo 26.5 (Suministro de Información), relacionada con una medida de una Parte que pueda afectar el funcionamiento del Capítulo. Una Parte (la Parte solicitante) podrá solicitar consultas *ad hoc* sobre cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 2 (incluyendo medidas no arancelarias específicas), que la Parte solicitante considere pueda afectar negativamente

⁹ Conforme al Artículo Artículo 27.5: Puntos de Contacto, cada Parte deberá designar un punto de contacto general para facilitar las comunicaciones entre las Partes sobre cualquier asunto cubierto por el TPP, así como otros puntos de contacto según sea requerido en el mismo. Salvo que se disponga algo diferente, cada Parte deberá notificar por escrito a las otras Partes sus puntos de contacto designados a más tardar 60 días después de la fecha de entrada en vigor del Tratado para esa Parte. Una Parte deberá notificar su punto de contacto designado a toda Parte para la cual el Tratado entre en vigor en una fecha posterior, a más tardar 30 días siguientes de la fecha en que la otra Parte ha notificado sus puntos de contacto designados.

sus intereses en el comercio de mercancías, excepto un asunto que podría ser tratado a través de un mecanismo de consulta específico establecido conforme a otro Capítulo, mediante la entrega de una solicitud por escrito a otra Parte (la Parte solicitada) a través de su Punto de Contacto para este Capítulo.

Las consultas *ad hoc* son confidenciales y sin perjuicio de los derechos de cualquier Parte, incluso sin perjuicio de los derechos concernientes a los procedimientos de solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias).

El Capítulo 7 se refiere a las medidas sanitarias y fitosanitarias. Las Partes deberán cooperar e identificar conjuntamente actividades sobre asuntos sanitarios y fitosanitarios con el fin de eliminar obstáculos innecesarios al comercio entre las mismas.

El Artículo 7.17 establece las denominadas Consultas Técnicas Cooperativas o CTC. Si una Parte tiene preocupaciones sobre cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 7 con otra Parte, deberá procurar resolver el asunto mediante la utilización de los procedimientos administrativos que la autoridad competente de la otra Parte tenga disponibles. Si las Partes pertinentes tienen mecanismos bilaterales u otros mecanismos disponibles para abordar el asunto, la Parte solicitante procurará resolver el asunto a través de esos mecanismos, si así considera apropiado hacerlo. Una Parte podrá recurrir a las Consultas Técnicas Cooperativas (CTC) en cualquier momento que considere que el uso continuo de los procedimientos administrativos o bilaterales u otros mecanismos no resolvería el asunto.

La Parte solicitante podrá terminar el procedimiento de consultas y recurrir al mecanismo de solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) si la reunión solicitada no tiene lugar dentro de los 37 días siguientes contados a partir de la fecha de la solicitud, o cualquier otro plazo que las Partes consultantes podrán acordar; o si la reunión solicitada no ha sido celebrada.

Se aclara que ninguna Parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) por un asunto relacionado con el Capítulo 7 sin primero buscar resolver el asunto a través de las Consultas Técnicas Cooperativas.

El Artículo 7.18 hace algunas precisiones sobre la aplicación del Capítulo 28 (Solución de Controversias) en las controversias surgidas por la aplicación del Capítulo

7, que deben tenerse presentes, específicamente sobre los Artículos 7.8 (Equivalencia), 7.10 (Auditorías), 7.11 (Revisiones a la Importación) y 7.9 (Ciencia y Análisis de Riesgo).

Si bien el Artículo 8.4 relativo a la incorporación de Ciertas Disposiciones del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC)¹⁰ al TIPAT establece que ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) por una controversia que alegue exclusivamente una violación de las disposiciones del Acuerdo OTC incorporadas, los Anexos 8-C FARMACÉUTICOS, 8-D COSMÉTICOS y 8-E DISPOSITIVOS MÉDICOS establecen la posibilidad de contar con un procedimiento de solución de controversias o de revisión.

Así, si una Parte requiere una autorización comercial para farmacéuticos, cosméticos o dispositivos médicos, la Parte se deberá asegurar de que cualquier determinación de autorización comercial esté sujeta a un proceso de apelación o revisión que pueda ser invocado a petición del solicitante.

La Sección B del Capítulo 9 contiene el mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado. De inicio se remite a las partes a un procedimiento de consultas y negociación previas en caso de que se presente una controversia en la materia. El Artículo 9.18 establece que en caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, que pueden incluir el uso de procedimientos de carácter no vinculante ante terceros, tales como buenos oficios, conciliación o mediación.

La reclamación se podrá hacer conforme a alguna de las siguientes alternativas de derecho aplicable al procedimiento:

a) El Convenio del CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;

b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que o el demandado o la Parte del demandante, sean parte del Convenio del CIADI;

¹⁰ Téngase presente que el objetivo del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) de la OMC es que los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos de evaluación de la conformidad no sean discriminatorios ni creen obstáculos innecesarios al comercio. El Acuerdo reconoce el derecho de los Miembros de la OMC a aplicar medidas para alcanzar objetivos normativos legítimos, tales como la protección de la salud y la seguridad de las personas o la protección del medio ambiente. El texto del Acuerdo OTC en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt_s.htm.

c) Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, o (y esto es una novedad muy importante respecto al TLCAN y al resto de los tratados comerciales internacionales celebrados por México):

d) Si el demandante y el demandado lo acuerdan, cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje.

Esta posibilidad abre las puertas a mecanismos arbitrales en los que México tiene una vasta experiencia como son el de la ICC o bien el recientemente creado CIAR.¹¹

El Artículo 9.25 establece que el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional. Lo anterior sin perjuicio de cualquier consideración del ordenamiento jurídico interno del demandado¹² cuando sea relevante para la reclamación como una cuestión de hecho.

A menos que las partes contendientes acuerden algo diferente, el tribunal estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el árbitro presidente, será designado por acuerdo de las partes contendientes y el Secretario General servirá como autoridad nominadora para estos arbitrajes. Se contempla la posibilidad de la presentación de comunicaciones *amicus curiae* por parte de una persona o entidad que no sea una parte contendiente pero que tenga un interés significativo en los procedimientos arbitrales.

El Capítulo 10 referente a Comercio Transfronterizo de Servicios en su Artículo 10.7 establece que si una Parte considera que una medida disconforme aplicada por un nivel regional de gobierno de otra Parte, crea un impedimento sustancial al suministro transfronterizo de servicios en relación a la primera Parte, ésta podrá solicitar consultas en relación a esa medida.

Las consultas se deberán celebrar con miras a intercambiar información sobre la operación de la medida y considerar si medidas adicionales son necesarias y apropiadas.

¹¹ Sobre el CIAR véase Cruz Barney, Oscar, "Hacia un Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR)", en *Revista de Derecho Privado. Cuarta Época*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Núm. 5, enero-junio de 2014.

¹² El "ordenamiento jurídico del demandado" significa la ley que una corte o tribunal nacional con jurisdicción aplicaría en el mismo caso. Para mayor certeza, el ordenamiento jurídico del demandado incluye la ley pertinente que rige al acuerdo de inversión, incluyendo en materia de daños, mitigación, intereses y *estoppel*.

El Capítulo 11 relativo a Servicios Financieros incluye un mecanismo arbitral sobre inversiones y disposiciones específicas sobre disputas de inversión relacionadas con el nivel mínimo de trato así como disposiciones que requieren de árbitros con experiencia en servicios financieros, y un mecanismo especial Estado contra Estado para facilitar la aplicación de la excepción prudencial y otras excepciones contenidas en el capítulo bajo el contexto de disputas de inversión.

Los temas relacionados con competencia económica se incluyeron en el Capítulo 16, cuyo Artículo 16.8 contempla las Consultas con el fin de fomentar el entendimiento entre las Partes, o de abordar asuntos específicos que surjan en virtud del propio Capítulo. Las consultas se deberán celebrar a petición de una Parte o “Parte solicitante”.

En su solicitud, la Parte solicitante deberá indicar, de ser pertinente, cómo el asunto afecta el comercio o la inversión entre las Partes. La Parte a la que se le dirige la solicitud deberá atender de manera completa y comprensiva las preocupaciones de la Parte solicitante.

El Capítulo 16 no está cubierto por el mecanismo general de solución de controversias contemplado en el Capítulo 28.

En lo referente a Empresas propiedad del Estado y Monopolios designados, el Capítulo 17 permite el establecimiento de un grupo especial según el mecanismo general de solución de controversias del Capítulo 28 para examinar una reclamación presentada conforme al Artículo 17.4 referente al tema de trato no discriminatorio y consideraciones comerciales o el Artículo 17.6 que aborda el tema de la asistencia no comercial.

El TIPAT/CPTPP incluye diversas disposiciones para la solución de controversias en materia laboral, contempladas en el Capítulo 19. El Artículo 19.15 trata de las Consultas Laborales que son un paso previo obligatorio a que alguna de las Partes recurra a la solución de controversias conforme al Capítulo 28. De hecho, ninguna Parte podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 28 por un asunto que surja del Capítulo laboral sin antes tratar de resolver el asunto de conformidad con el Artículo 19.15.¹³

¹³ Un desarrollo ulterior de este tipo de mecanismo en la materia se contempla en el T-MEC. Véase Cruz Barney, Oscar, *La solución de controversias en materia laboral en el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC/USMCA)*, Opiniones Técnicas sobre temas

En materia de Comercio y Medio Ambiente (Capítulo 20), las Partes acordaron cumplir con sus obligaciones al amparo de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres y a tomar medidas para combatir y cooperar en la prevención del comercio de fauna y flora obtenidas de manera ilegal, y se reafirma el compromiso para implementar los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente (AMUMAs) de los que son parte. Se establece un Comité Ambiental para supervisar la implementación del capítulo mismo que está sujeto al procedimiento de solución de controversias establecido en el capítulo de solución de controversias.

La Sección B del Capítulo 26 es un capítulo novedoso en los tratados comerciales internacionales firmados por México al incluir el tema de Transparencia y Anticorrupción. Obliga (de manera similar al contenido del Capítulo XVIII del TLCAN) a cada Parte a asegurarse que sus leyes, regulaciones, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general con respecto a cualquier asunto cubierto por el CPTPP sean publicadas con prontitud o sean puestas a disposición de otra manera, de forma que permita a las personas y Partes interesadas familiarizarse con ellas.

La solución de controversias se aborda en el Artículo 26.12, modificando en lo conducente al Capítulo 28. Así, una Parte sólo podrá recurrir a los procedimientos establecidos en el Artículo 26.12 y en el Capítulo 28 si considera que una medida de otra Parte es incompatible con una obligación conforme al 26.12, o que otra Parte ha incumplido de alguna otra manera una obligación conforme al mismo, en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes.

Se excluye el tema de la aplicación y observancia de las leyes anticorrupción del mecanismo de solución de controversias. Se aclara que ninguna Parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias conforme al Artículo 26.12 o al Capítulo 28 en relación con cualquier asunto que surja conforme al Artículo 26.9 referido precisamente a la aplicación y observancia de Leyes Anticorrupción.

Se hacen modificaciones a la aplicación del Artículo 28.5 que contempla las Consultas en el Capítulo 28.

de relevancia Nacional, Número 18, 2020. Asimismo Cruz Barney, Oscar, "T-MEC: solución de controversias en el ámbito laboral", en *Comercio Exterior*, México, Bancomext, abril-junio, Núm. 22, 2020.

Como señalamos, el capítulo 28 contiene el mecanismo general de Solución de Controversias entre Partes. La Sección A trata de la Solución de Controversias y la Sección B de los Procedimientos Internos y la Solución de Controversias.

Conforme a este Capítulo las Partes deberán realizar esfuerzos por resolver controversias a través de la cooperación y consultas y promoverán el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias que de no prosperar, las controversias se deberán resolver a través de paneles imparciales y objetivos. El mecanismo de solución de controversias creado en este capítulo se aplica a todo el CPTPP, con algunas excepciones específicas. Las audiencias deberán estar abiertas al público a menos que las Partes involucrados acuerden lo contrario, y la decisión final presentado por los paneles también será puesto a disposición del público. Se admite la figura del *amicus curiae*.

EL TIPAT/CPTPP es un tratado amplio y con temas novedosos que ha servido de referente para algunos de los temas en el proceso de modernización del TLCAN (ahora T-MEC), el TIPAT/CPTPP ofrece diversos mecanismos de solución de controversias que abrevan de la vasta experiencia adquirida en los tratados comerciales preexistentes.

México sin duda ha aportado al proceso de diseño y desarrollo de dichos mecanismos y deberá aprovecharlos al máximo.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y REMEDIOS COMERCIALES EN EL T-MEC

Oscar CRUZ BARNEY¹

La pandemia que aqueja al mundo desde finales de 2019 obliga a buscar nuevas formas para solucionar los conflictos, formas que aprovechen los medios de comunicación no presenciales. Los tratados comerciales internacionales de los que México es parte ofrecen una gama de medios para definir controversias deberán ajustarse a los nuevos tiempos. Ya se contempla la presentación de escritos por medios electrónicos, las audiencias deberán ajustarse igualmente.

El T-MEC contiene diversos mecanismos de solución de diferencias, algunos originalmente contemplados en el TLCAN y otros de nueva creación como el Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas del que hemos tratado ya en otras ocasiones.²

Si bien el T-MEC reemplaza al TLCAN al tratarse de un nuevo tratado, su texto se origina de los trabajos de modernización del TLCAN y mantiene muchos de los mecanismos en él integrados.

I. El Mecanismo general de solución de controversias

El Mecanismo general de solución de controversias del TLCAN se contiene en su Capítulo XX.³ Al mes de agosto de 2004 se habían resuelto tres casos.⁴

¹ Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, SNI III. Académico de Número Sitial 36 de la *Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación*.

² Véase Cruz Barney, Oscar, *La solución de controversias en materia laboral en el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC/USMCA)*, Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia Nacional, Número 18, 2020. Asimismo Cruz Barney, Oscar, "T-MEC: solución de controversias en el ámbito laboral", en *Comercio Exterior*, México, Bancomext, Abril-Junio, Núm. 22, 2020.

³ Véase Cruz Barney, Oscar y Cruz Miramontes, Rodolfo, "Diez años del capítulo XX: solución de controversias entre las partes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en Witker, Jorge (Coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación Jurídica: diez años después*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

⁴ 1. CDA-95-2008-01 "Aranceles aplicados por Canadá a determinados productos agrícolas originarios de los Estados Unidos", el informe final se dictó el 2 de diciembre de 1996, resolviendo que la aplicación de dichos aranceles era conforme a las disposiciones del TLCAN.

El Capítulo XX del TLCAN pasa a ser el Capítulo 31 del T-MEC y sufrió modificaciones a raíz de la firma del Protocolo Modificatorio del mes de diciembre de 2019. Las modificaciones negociadas por el negociador de México se refieren a diversos capítulos. En el caso de los Estados Unidos ya se expidió la Ley de Implementación respectiva.⁵

El Capítulo 31 se divide en dos secciones:

Sección A: Solución de Controversias.

Sección B: Procedimientos Internos y Solución de Controversias Comerciales Privadas.

La Sección A establece los términos de cooperación entre las Partes, que procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del T-MEC, y deberán realizarán todos los esfuerzos, mediante cooperación y consultas, para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.

El mecanismo general de solución de controversias se aplicará cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o sería incompatible con una obligación del T-MEC o que la otra Parte ha incumplido de alguna otra manera con una obligación del mismo; o bien cuando una Parte considere que un beneficio que razonablemente pudiera haber esperado recibir en materia de:

Capítulo 2 (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado),

Capítulo 3 (Agricultura),

Capítulo 4 (Reglas de Origen y Procedimientos Relacionados con el Origen),

2. USA-97-2008-01 “Salvaguarda impuesta por los Estados Unidos de América a escobas de mijo mexicanas”, el informe final se dictó el 30 de enero de 1998, a favor de México.

3. USA-98-2008-01 “Servicios de transporte transfronterizo de carga de y hacia los Estados fronterizos”, el 29 de noviembre de 2000 se dió a conocer el informe previo, emitido por votación unánime a favor de México. El panel confirmó en su informe final lo dicho en el previo a favor de México, el 6 de febrero de 2001.

Cabe destacar que México solicitó formalmente el 17 de agosto del año 2000 un panel del capítulo XX en el tema de las exportaciones de azúcar a los Estados Unidos, por la negativa de dicho país a respetar su compromiso contraído conforme al TLCAN, alegando la existencia de las llamadas “cartas paralelas”, sin que hasta ahora el gobierno estadounidense haya tomado los pasos necesarios que le corresponden para su establecimiento. Sobre las “Cartas Paralelas” véase Cruz Miramontes, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas “cartas paralelas”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, IJ, UNAM, Vol. I, 2001.

⁵ <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/5430/text>.

Capítulo 5 (Procedimientos Relacionados con el Origen),
Capítulo 6 (Mercancías Textiles y del Vestido),
Capítulo 7 (Administración Aduanera y Facilitación del Comercio),
Capítulo 9 (Medidas Sanitarias y Fitosanitarias),
Capítulo 11 (Obstáculos Técnicos al Comercio),
Capítulo 13 (Contratación Pública),
Capítulo 15 (Comercio Transfronterizo de Servicios),
Capítulo 20 (Propiedad Intelectual), está siendo anulado o menoscabado.

El Artículo 31.3 atiene al tema de la Elección del Foro y establece que si una controversia relativa a cualquier asunto surge conforme al T-MEC y conforme a otro acuerdo comercial internacional en el que las Partes contendientes sean parte, incluyendo el Acuerdo sobre la OMC, la Parte reclamante podrá elegir el foro en el cual solucionar la controversia.

Se aclara que una vez que una Parte reclamante haya solicitado el establecimiento de, o haya referido un asunto a, un panel u otro tribunal conforme a un acuerdo vigente, el foro seleccionado será utilizado con exclusión de los otros foros.

Se contemplan las consultas cuya realización podrá ser solicitada por cualquier Parte. A menos que las Partes consultantes acuerden otra cosa, las consultas deberán celebrarse a más tardar 15 días después de la fecha de entrega de la solicitud para asuntos concernientes a mercancías perecederas⁶ o 30 días después de la fecha de entrega de la solicitud para todos los demás asuntos.

Las consultas podrán realizarse en persona o por cualquier otro medio tecnológico disponible para las Partes consultantes. Si las consultas se realizan en persona, estas se realizarán en la capital de la Parte a la que se le haya hecho la solicitud de consultas, salvo que las Partes consultantes acuerden algo diferente.

Las partes pueden acordar en cualquier momento iniciar voluntariamente un método alternativo de solución de controversias, como buenos oficios, conciliación o mediación, mismos que serán confidenciales y sin perjuicio de los derechos de las Partes en otro procedimiento.

⁶ Mercancías perecederas significa productos agrícolas y pesqueros perecederos clasificados en los Capítulos 1 a 24 del Sistema Armonizado.

El Artículo 31.6 se refiere al establecimiento de un Panel. Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto dentro de:

a) Los 30 días posteriores a la entrega por una Parte de una solicitud de consultas conforme al Artículo 31.4 (Consultas) en un asunto referente a mercancías perecederas;

b) Los 75 días posteriores a la entrega por una Parte de una solicitud de consultas conforme al Artículo 31.4 (Consultas); o

c) Otro plazo que las Partes consultantes podrán decidir, una Parte consultante podrá solicitar el establecimiento de un panel por medio de una notificación por escrito entregada a la Parte demandada a través de su Sección del Secretariado”.

A la entrega de la solicitud, el panel quedará establecido.

El panel deberá examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del T-MEC el asunto al que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del panel y deberá emitir conclusiones y determinaciones, y cualquier recomendación solicitada de manera conjunta, junto con sus razonamientos.

El Artículo 31.8 se refiere a la Lista y Requisitos de los Panelistas.

Se acordó que las Partes establecerían, a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Tratado, y mantendrían una lista de hasta 30 individuos que estén dispuestos a servir como panelistas. Cada Parte debe designar hasta 10 individuos. Las Partes deben procurar lograr un consenso sobre los nombramientos. Si las Partes no logran el consenso un mes después de la fecha de entrada en vigor del T-MEC, la lista quedará compuesta por las personas designadas y permanecerá en vigor por un mínimo de tres años o hasta que las Partes integren una nueva lista.

Si una Parte no designa a sus individuos de la lista, las Partes aún podrán solicitar el establecimiento de paneles conforme al Artículo 31.6 (Establecimiento de un Panel). Las Reglas de Procedimiento, que deben quedar establecidas en la fecha de entrada en vigor del Tratado, deben establecer cómo integrar un panel en tales circunstancias.

Cabe destacar que los miembros de la lista pueden ser nombrados nuevamente. En el caso de que un individuo ya no pueda o no esté dispuesto a servir como panelista, la Parte que corresponda designará un reemplazo. Las Partes procurarán lograr un consenso sobre el nombramiento. Si las Partes no logran el consenso un mes después de la fecha en que se designe el reemplazo, el individuo será agregado a la lista.

En el caso de las controversias surgidas conforme a:

— El Capítulo 23 (Laboral),

— El Capítulo 24 (Medio Ambiente) o

— El Capítulo 27 (Anticorrupción), cada Parte contendiente seleccionará a un panelista de conformidad con los siguientes requisitos, adicionales a aquéllos establecidos para la solución general de controversias:

a) En cualquier controversia que surja del Capítulo 23 (Laboral), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento especializado o experiencia en derecho o práctica laboral;

b) En cualquier controversia que surja del Capítulo 24 (Medio Ambiente), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento especializado o experiencia en derecho o práctica ambiental;

c) En cualquier controversia que surja del Capítulo 27 (Anticorrupción), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento o experiencia en derecho o práctica en anticorrupción.

El Artículo 31.9 se refiere a la selección de los panelistas y lamentablemente no resolvía en su primera versión la problemática que se tenía en el Capítulo XX consistente en qué sucede si una de las partes se niega a celebrar el sorteo a que se refiere el propio artículo y que permite a una Parte bloquear el mecanismo. Este tema se resolvió en el Protocolo Modificadorio negociado con posterioridad de manera que si son dos las Partes contendientes, los siguientes procedimientos aplicarán:

a) El panel se integrará por cinco miembros, a menos que las Partes contendientes acuerden un panel compuesto por tres miembros.

b) Las Partes contendientes procurarán decidir la designación del presidente del panel dentro de los 15 días posteriores a la entrega de la solicitud para el establecimiento del panel. Si las Partes contendientes no logran decidir la designación del presidente dentro de este plazo, la Parte contendiente, electa por sorteo, elegirá como presidente, dentro de un plazo de cinco días, a un individuo que no sea nacional de esa Parte.

c) Si la Parte demandada se niega a participar o no se presenta para el procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante seleccionará a un individuo

de la lista que no sea nacional de esa Parte. La Parte reclamante notificará a la Parte demandada de la selección a más tardar el día hábil siguiente.

d) Dentro de los 15 días posteriores a la elección del presidente, cada Parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean nacionales de la otra Parte contendiente.

e) Si una Parte contendiente no selecciona a sus panelistas dentro de ese plazo, esos panelistas deberán seleccionarse por sorteo entre los miembros de la lista que sean nacionales de la otra Parte contendiente.

f) Si la Parte demandada se niega a participar o no se presenta para el procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante seleccionará a dos individuos de la lista que sean nacionales de la Parte reclamante. La Parte reclamante notificará a la Parte demandada las selecciones a más tardar el siguiente día hábil.

2. Si son más de dos Partes contendientes, los siguientes procedimientos aplicarán:

a) El panel se integrará por cinco miembros, a menos que las Partes contendientes acuerden un panel compuesto por tres miembros.

b) Las Partes contendientes procurarán decidir la designación del presidente del panel dentro de los 15 días posteriores a la entrega de la solicitud para el establecimiento del panel, y, si las Partes contendientes no logran decidir la designación del presidente dentro de este plazo, la Parte o Partes del lado de la controversia electa por sorteo, elegirá dentro de un plazo de 10 días un presidente, que no sea nacional de esa Parte o Partes.

c) Si la Parte demandada se niega a participar o no se presenta para el procedimiento de selección por sorteo, las Partes reclamantes, o la Parte reclamante seleccionada para representarlas, seleccionarán a un individuo de la lista que no sea nacional de alguna de las Partes reclamantes. Las Partes reclamantes notificarán a la Parte demandada la selección a más tardar el día hábil siguiente.

d) Dentro de los 15 días posteriores a la selección del presidente, la Parte demandada seleccionará dos panelistas, uno de los cuales sea nacional de una Parte reclamante y el otro de los cuales sea nacional de otra Parte reclamante, y las Partes reclamantes seleccionarán dos panelistas que sean nacionales de la Parte demandada.

e) Si una de las Partes contendientes no selecciona a un panelista dentro de ese plazo, ese panelista será electo por sorteo de conformidad con los criterios de nacionalidad del inciso (d).

f) Si la Parte demandada se niega a participar o no se presenta para el procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante, o la Parte reclamante seleccionada para representarlos, seleccionarán a un individuo de la lista que sea nacional de una de las Partes reclamantes. Las Partes reclamantes notificarán a la Parte demandada la selección a más tardar el día hábil siguiente.”

El Artículo 31.11 se refiere a las Reglas de Procedimiento para los Paneles y fue lamentablemente modificado con el protocolo, de manera que deberán asegurar que:

1.

a) Las Partes contendientes tienen el derecho al menos a una audiencia ante el panel ante el cual cada una podrá presentar sus observaciones oralmente;

b) Cualquier audiencia ante el Panel será abierta al público, salvo que las Partes contendientes acuerden algo diferente;

c) Cada Parte contendiente tenga una oportunidad para presentar una comunicación inicial y una réplica por escrito;

d) Las presentaciones escritas de cada Parte contendiente, la versión escrita de una declaración oral y la respuesta escrita a una solicitud o pregunta del panel, si las hubiere, son públicas tan pronto como sea posible después de la presentación de los documentos;

e) El panel considerará las solicitudes de entidades no gubernamentales ubicadas en el territorio de una Parte contendiente para proporcionar opiniones escritas con respecto a la disputa que puedan ayudar al panel a evaluar las presentaciones y argumentos de las Partes contendientes. Esto es una novedad y se conoce como *Amicus Curiae*;

f) La información confidencial es protegida;

g) Las presentaciones escritas y los argumentos orales se harán en uno de los idiomas de las Partes, a menos que las Partes contendientes acuerden lo contrario; y

h) Salvo que las Partes contendientes acuerden algo diferente, las audiencias se llevarán a cabo en la capital de la Parte demandada.

a) Las Partes contendientes tienen el derecho de presentar testimonio en persona o mediante declaración, declaración jurada, informe, teleconferencia, o videoconferencia, y las Partes contendientes y el panel el derecho de probar la veracidad de dicho testimonio;

b) *Las Partes contendientes tienen derecho a presentar testimonios anónimos y pruebas testadas, en circunstancias apropiadas;*

c) El panel podrá solicitar, por iniciativa propia o a solicitud de una Parte contendiente, que una Parte ponga a disposición documentos u otra información relevante para la disputa, y podrá tener en cuenta en su decisión un incumplimiento de dicha solicitud; y

d) Un panel aceptará las estipulaciones de las Partes contendientes antes de la audiencia.

El Artículo 31.12 contiene otra novedad y es la presentación electrónica de documentos. Se acordó que las Partes contendientes archivarán todos los documentos relacionados con una disputa, incluidas las presentaciones escritas, las versiones escritas de las declaraciones orales y las respuestas escritas a las preguntas del panel, por medios electrónicos a través de sus respectivas secciones del Secretariado.

El Artículo 31.13 establece que la función de un panel es hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido y presentar un informe que contenga:

a) Las conclusiones de hecho;

b) Determinaciones sobre si: (i) la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones del T-MEC; (ii) una Parte no ha cumplido con sus obligaciones en el T-MEC; (iii) la medida en cuestión está causando anulación o menoscabo en el sentido del Artículo 31.2 (Ámbito de Aplicación); o (iv) cualquier otra determinación solicitada en los términos de referencia;

c) Recomendaciones, si las Partes contendientes las han solicitado conjuntamente, para la resolución de la disputa; y

d) Las razones de las conclusiones de hecho y determinaciones.

Se aclara que las conclusiones de hecho, determinaciones y recomendaciones del panel no aumentarán ni reducirán los derechos y obligaciones de las Partes en virtud del T-MEC.

El panel deberá considerar el T-MEC de conformidad con las reglas de interpretación conforme al derecho internacional tal como se reflejan en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) y tomará sus decisiones por consenso, salvo que, si un panel no puede llegar a un consenso podrá tomar sus decisiones por mayoría de votos.

El panel basará su informe en las disposiciones pertinentes del T-MEC, las presentaciones y los argumentos de las Partes contendientes, y en cualquier información o recomendación que se le presente en virtud del Artículo 31.15 relativo a la función de los Expertos.

Conforme al Artículo 31.17 el panel deberá presentar a las Partes contendientes un informe preliminar a más tardar 150 días siguientes a la fecha de designación del último árbitro. En casos de urgencia, incluyendo aquellos relacionados con mercancías perecederas, el panel procurará presentar el informe preliminar a las Partes contendientes a más tardar 120 días siguientes a la fecha de designación del último panelista. Una Parte contendiente podrá presentar observaciones escritas al panel sobre el informe preliminar a más tardar 15 días siguientes a la presentación del informe o dentro de otro plazo que las Partes contendientes puedan acordar. Después de considerar esos comentarios, el panel, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de las Partes contendientes, puede:

- a) Solicitar las opiniones de una Parte;
- b) Reconsiderar su informe; o
- c) Realizar un nuevo examen que estime conveniente.

El panel deberá presentar un informe final a más tardar 30 días después de la presentación del informe inicial, a menos que las Partes contendientes acuerden lo contrario.

A más tardar 15 días después de la presentación del informe final, las Partes contendientes deberán pondrán el informe final a disposición del público luego de tomar cualquier medida para proteger la información confidencial.

Dentro de los 45 días posteriores a la recepción de un informe final que contenga hallazgos sobre: (a) la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones de una Parte en el T-MEC; (b) una Parte no ha cumplido con sus obligaciones en el T-MEC; o

(c) la medida en cuestión está causando anulación o menoscabo en el sentido del Artículo 31.2 (Ámbito de Aplicación), las Partes contendientes se esforzarán por llegar a un acuerdo sobre la resolución de la disputa.

La resolución de la disputa puede comprender la eliminación de la no conformidad o la anulación o menoscabo, de ser posible, el establecimiento de una compensación mutuamente aceptable, o cualquier otro remedio que las Partes contendientes acuerden. Si las Partes contendientes no pueden acordar una resolución a la disputa dentro de los 30 días posteriores a la recepción del informe final, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación a la Parte demandada de beneficios de equivalente efecto a la no conformidad o la anulación o menoscabo hasta que las Partes contendientes acuerden una resolución a la disputa. Al examinar los beneficios que habrán de suspenderse una Parte reclamante debe primero tratar de suspender los beneficios en el mismo sector que el afectado por la medida u otro asunto que fue objeto de la controversia; y si considera que no es posible o efectivo suspender beneficios en el mismo sector, puede suspender beneficios en otros sectores a menos que se disponga lo contrario en el T-MEC.

Al final del capítulo, por virtud del Protocolo se insertan el Anexo 31-A (Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas México-Estados Unidos) y el Anexo 31-B (Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas México-Canadá).

II. Remedios comerciales⁷

En materia de remedios comerciales el Capítulo XIX del TLCAN⁸ pasó a ser el Capítulo 10 del T-MEC y es resultado de un proceso de discusión en donde México había, lamentablemente, ya aceptado su desaparición, dejando su conservación a la negociación entre Canadá y México⁹, pese a las múltiples manifestaciones que desde la

⁷ Un estudio más amplio en Cruz Barney, Oscar y Carlos Reyes Díaz (Coaut), *El T-MEC/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie o colección: Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia Nacional, Número 1, 2018.

⁸ Sobre este Capítulo véase Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 2ª ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2007.

⁹ Véase <https://www.forbes.com.mx/mexico-renuncio-a-capitulo-19-de-tlcan-sobre-solucion-de-controversias-lighthizer/>.

academia y los Colegios de Abogados se habían hecho en favor de preservar dicho mecanismo de solución de controversias y su importancia vital para México y sus sectores productivo, exportador e importador.¹⁰

Un tema particularmente grave de las propuestas estadounidenses se refirió precisamente a la eliminación del mecanismo de solución de controversias contenido en el Artículo 1904 del Capítulo XIX del TLCAN. Las resoluciones del Capítulo XIX han sido en diversos sentidos, en unas ocasiones favorables a las autoridades nacionales de Canadá, Estados Unidos y México, y en otras a los particulares de los tres países que han solicitado su integración. Los usuarios del sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional han acudido en múltiples ocasiones al mecanismo contemplado en el artículo 1904 del TLCAN desde su entrada en vigor obteniendo resultados de diversa índole, pero siempre positivos para la relación comercial, no debemos nunca cerrar esa puerta a los exportadores de los países parte del Tratado.

El Capítulo 10 del T-MEC garantiza la imparcialidad y la capacidad que puede ofrecer un mecanismo arbitral internacional, objetivo e independiente. Eso le interesa y le conviene a todas las Partes del Tratado. Durante la vigencia del TLCAN se presentaron 118 casos, 18 en contra de México. Exportadores mexicanos presentaron 35 casos contra Estados Unidos y 2 contra Canadá.

El Capítulo 10 se divide en secciones:¹¹

Sección A: Salvaguardias

Sección B: Derechos Antidumping y Compensatorios.

Sección D (sic): Revisión y Solución de Controversias en materia de Derechos Antidumping y Compensatorios.

¹⁰ Así las manifestaciones en redes sociales y las comunicaciones directas a la Secretaría de Economía del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y de la Barra Mexicana Colegio de Abogados. Lo mismo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, de la Asociación Nacional de la Industria de Cerraduras, Candados, Herrajes y Similares, A.C., de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica, el Instituto Mexicano de Contadores Públicos, el Colegio de Profesores de Comercio Exterior de la Facultad de Derecho de la UNAM, la Asociación de Consultores en Prácticas Comerciales Internacionales, A.C., la Cámara de Comercio del Canadá en México, el Instituto Mexicano de Ejecutivos en Comercio Exterior, A.C., la ICC México, y diversos juristas expertos en la materia.

¹¹ Sobre el tema de remedios comerciales véase Cruz Barney, Oscar, *Antidumping*, Barcelona, Wolters Kluwer-BOSCH, 2013.

Cabe destacar que se inserta una sección sobre salvaguardas que no estaba en el Capítulo XIX original y diversos anexos, inspirados en el CPTPP.

En la Sección A: Salvaguardias se establece que cada Parte conserva sus derechos y obligaciones conforme al Artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias excepto los referentes a compensación o represalia y exclusión de una medida en cuanto sean incompatibles con las disposiciones del T-MEC.

LA TORMENTA PERFECTA DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA MERCANTIL: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

Daniel GARCÍA BARRAGÁN L.¹

La pandemia causada por el Virus SARS-CoV-2 es una tragedia que ha causado pérdidas incalculables, tanto por lo que se refiere a vidas humanas, como la situación económica de comercios e individuos azotados por los estragos de la misma. Una situación de naturaleza extraordinaria que ha sacado a la luz las carencias de distintos ámbitos de la vida humana, desde su fragilidad misma, hasta la poca preparación e infraestructura del sector salud alrededor del mundo.

En el caso de México, esto no ha sido la excepción y como país en vías de desarrollo incluso algunos de estos problemas se han visto agudizados. Sin entrar a un mayor análisis de las políticas públicas adoptadas por el gobierno durante el transcurso de la pandemia, el lector estará de acuerdo en que las instituciones de salud, tanto en la prevención como en atención de pacientes, han sido superadas por la crisis sanitaria y lo cual desafortunadamente se refleja en las cifras de contagios y decesos que crecen de manera diaria. De acuerdo con cifras oficiales, al día de elaboración del presente texto,² México aún no alcanzaba el punto máximo o pico de contagios.

De igual forma, el sector judicial y la impartición de justicia —en materia civil y mercantil— se vieron superados por la situación y las implicaciones en materia de salubridad que obligaron —al menos en la Ciudad de México— a la suspensión de labores jurisdiccionales desde el día 18 de marzo de 2020 y sin que a la fecha de elaboración del presente texto exista una fecha cierta para la reapertura de juzgados y salas civiles y mercantiles.³

¹ Socio de García Barragán Abogados, S.C. Cualquier comentario será bienvenido en el correo electrónico: danielgb@garbar.mx.

² El presente texto se escribió el día 21 de junio de 2020.

³ A la fecha de elaboración del presente texto, está vigente la Circular CJCDMX-18/2020 misma que establece que la reanudación de labores jurisdiccionales del Tribunal Superior de Justicia será a partir del día 1 de julio de 2020. Sin embargo, dicha Circular, como aquellas que la precedieron y establecían fechas previas para reiniciar labores judiciales, no garantizan la reapertura de juzgados y salas en la Ciudad de México pues depende también de la evolución de la pandemia.

Una de las grandes razones detrás del congelamiento de las actividades judiciales, aparte de las medidas sanitarias para evitar aglomeraciones y contagios, se encuentra justamente en la falta de tecnología e infraestructura digital, así como regulación, para permitir que los juicios civiles y mercantiles puedan tramitarse de manera electrónica. En este sentido, en la medida en que nuestro arcaico (como la coyuntura pandémica lo ha reflejado) sistema de justicia no tiene la capacidad de ventilar juicios de manera digital y, por ende, remota, ello obliga a que el acceso de justicia esté supeditado a la tramitación presencial de las diversas instancias procesales de los juicios civiles y mercantiles.

En este sentido, para acudir a la justicia mercantil y hacer valer cualquier derecho, es necesario apersonarse en la oficialía de partes común de los juzgados locales o federales y presentar los escritos conducentes. Posteriormente se tendrá que acudir a sacar cita con el actuario que corresponda para llevar a cabo el emplazamiento de los demandados, en un siguiente momento procesal deberán presentarse ante la oficialía de partes del juzgado que conoce del juicio todos los escritos de mérito, así como acudir al propio juzgado para que se lleve a cabo la audiencia del juicio y, en su caso, se desahoguen las pruebas que requieren de un acto adicional en juicio para tenerse por desahogadas. Desde luego, todo lo anterior es una fotografía muy general de los actos que tienen que hacerse presencialmente en el juzgado y no incluyen, por ejemplo, la sola revisión del expediente, lo cual también requiere la asistencia personal para consultar sus acuerdos y escritos de manera completa, o bien, la posibilidad de hacer comentarios o “alegatos de oreja” con los magistrados, jueces o sus secretarios.

La paralización del sistema de justicia local y federal en materia civil y mercantil ha coartado —de facto— el derecho fundamental de acceso a la justicia en estas materias. Al día de hoy y desde el 18 de marzo, las personas físicas y morales no han podido contar con resoluciones que den trámite o fin a sus reclamos legales, ni tampoco han podido solicitar la protección de la justicia estatal cuando sus derechos se ven afectados o el ordenamiento de medidas cautelares que impidan la consumación de actos que pongan en peligro el objeto de futuros litigios, entre otros supuestos. Lo anterior genera que las relaciones sociales y los conflictos de esta naturaleza se encuentren sub-judice y la válvula de escape que constituye el sistema judicial estatal como catalizador

de las relaciones humanas de toda sociedad no cumpla su función. En el caso de muchos asuntos, al margen de que eventualmente será posible presentar estos reclamos ante las autoridades judiciales y los plazos de prescripción negativa de las acciones no se encuentran corriendo, lo anterior tendrá consecuencias irreparables para muchos asuntos.

En virtud de todo lo anterior, los medios alternativos de solución de controversia se han constituido como el único recurso a disposición de los comerciantes para dirimir sus controversias derivadas de la pandemia y la crisis económica causada por la misma, como cualesquiera disputas previas que no puedan esperar el lento retorno de la actividad judicial.

Desde luego, debe decirse que no todas las controversias del orden civil o mercantil pueden sujetarse a arbitraje o mediación. En principio existen ciertas materias que están reservadas a los juzgados estatales y, por otra parte, aquellas que permiten la cláusula compromisoria correspondiente, requieren, justamente, de la existencia de la misma. Es decir, debe mediar un compromiso previo de someter una controversia a mediación o arbitraje para obligar a la parte demandada o con la cual quiere iniciarse una mediación a someterse a dicho procedimiento.

En este sentido, dichos medios alternos de solución de controversias (también definidos como “MASC”) dejaron de ser, justamente, alternativos, pues —al menos de forma temporal— no ha existido otra opción con función igual o semejante a los MASC y que tradicionalmente correspondía a la justicia del Estado. El monopolio de la adjudicación de controversias se ha centrado durante estos meses en aquellos procedimientos no vinculados al sistema convencional de solución de controversias y deberían ser, en principio, un verdadero alivio para todos aquellos que tienen posibilidades de someter cualquiera de sus disputas a arbitraje o mediación.

No obstante lo anterior, he visto con sorpresa que durante estos meses de nula actividad judicial los medios alternativos de solución de controversias que implican la adjudicación de una disputa, tal y como el arbitraje o la mediación, no han visto un incremento significativo en su número de casos. La anterior impresión, aunque personal, la he formado a partir de conversaciones con experimentados mediadores y árbitros quienes han coincidido en que el potencial de dichos procedimientos en épocas en que

otros juzgadores se ven impedidos a actuar se ha quedado en eso, justamente, un potencial.

Incluso, tuve la oportunidad de comentar esta situación con el secretario de una institución arbitral mexicana quien entrados en algunos meses de pandemia y suspensión de labores del Poder Judicial, me informó que no se había presentado ninguna solicitud de arbitraje durante dicho periodo. De igual forma me compartió que había recibido llamadas de parte de abogados postulantes, así como abogados de empresa, quienes creían que la institución arbitral se encontraba cerrada y, de alguna forma, limitada por la suspensión de labores judiciales.

Sin duda la negociación, que es el medio alterno de solución de controversias más utilizado, ha tenido un gran papel en esta crisis de justicia, como siempre lo hace desde épocas inmemoriales previas incluso a la creación del Estado-nación. Sin embargo, existen casos donde la negociación no es fructífera y las partes se ven obligadas a acudir a un tercero que resuelva su controversia. Es ahí donde sorprende que estos procedimientos adjudicativos estén teniendo tan poca relevancia y por lo que es necesario indagar de manera más profunda la razón de este fenómeno.

Resulta difícil encontrar una respuesta rápida al fenómeno que se vive, todo indicaría que esta (desafortunada) tormenta perfecta de crisis sanitaria y de acceso a la justicia colocaría a los MASC como un instrumento necesario, casi obligatorio, para la subsistencia de las relaciones de negocio de los comerciantes.

Por otra parte, los medios alternos de solución de controversias están perfectamente regulados en nuestro sistema jurídico, mismo que contiene una de las legislaciones más avanzadas en materia arbitral comercial. Incluso, en el año 2017 el derecho a contar con leyes que regulen los MASC fue elevado a rango constitucional y, desde entonces, ronda en el Congreso de la Unión un proyecto de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para regular la mediación, así como la conciliación.

¿Cuál es entonces la razón de la tibia utilización de los MASC durante la emergencia sanitaria? Hace no más de dos años compartí un foro de discusión con Magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito en materia civil y mercantil del primer circuito, así como practicantes expertos en materia arbitral sobre los retos y tendencias

del arbitraje en Iberoamérica. En dicho foro y a manera de conclusión uno de los expertos⁴ resumió que lo más importante que requería el arbitraje para florecer era “educación, educación y educación”.⁵ Lo anterior daba a entender que mientras que todos los actores relevantes en la impartición de justicia, incluyendo la justicia arbitral, no llevaran a cabo esfuerzos de divulgación, concientización e incluso “evangelización” sobre el arbitraje los resultados a ser esperados serian medianos. Lo anterior incluso considerando que México ya contaba con el reconocimiento constitucional de los MASCS, una ley arbitral de avanzada basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), un Poder Judicial mayoritariamente receptivo y responsable en la decisión de asuntos relacionados al arbitraje, así como un gremio de profesionistas experimentados y de primer nivel en cuanto al conocimiento y manejo de procedimientos arbitrales.

El comentario referido, mas allá de ser atinado exhibe un problema de fondo que puede dar respuesta al fenómeno acusado y que, desde mi perspectiva, se refiere a la falta de legitimación que dichos medios alternos de solución de controversias tienen *vis a vis* la justicia estatal. Al hablar de legitimación me refiero al concepto utilizado por Thomas Schultz o Erns Haas⁶ cuando analizan el mismo como la óptica racional de las personas afectadas por un organismo (o mecanismo) y la validación que hacen del mismo al entender la influencia que este tiene sobre de ellos. En otras palabras, la legitimación, para efectos de este texto, se entiende como el valor que la sociedad da a los medios alternos de solución de controversias, como consecuencia del beneficio o la afectación que el sistema tiene en su actividad.

En primer lugar y a diferencia de la premisa de Schultz, para determinar si una organización o mecanismo goza de legitimidad, es necesario que los individuos que se ven afectados por el mismo entiendan las ventajas o desventajas que el sistema les genera. En mi experiencia como abogado especializado en arbitraje comercial en México

⁴ El atinado comentario fue expuesto por el Lic. Omar Guerrero Rodríguez.

⁵ La forma del comentario se hizo como un símil de la frase “location, location, location” o “ubicación, ubicación, ubicación”, la cual es utilizada por los corredores inmobiliarias alrededor del mundo para resaltar el valor de un inmueble.

⁶ Thoms Schultz, “Legitimacy Pragmatism in International Arbitration: A Framework for Analysis”, en “The Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration” Series del Congreso del International Council for Commercial Arbitration No. 20, Wolters Kluwer, 2020, p. 41.

me atrevería a decir que, fuera de los abogados expertos en solución de controversias, o derecho mercantil, así como algunos abogados de empresa y empresarios generalmente sofisticados y, en muchos casos, con experiencias previas de procedimientos arbitrales, la sociedad (incluyendo a los comerciantes) tienen poco conocimiento sobre el valor colectivo que tienen dichos medios alternos de solución de controversias y, en particular el arbitraje.

Recayendo en mi experiencia nuevamente, no son pocas las situaciones en que —como asesor de alguna persona o empresa— deba ser necesario explicar desde cero lo que es el arbitraje, su naturaleza adjudicativa y el extraordinario alcance y poder de los laudos resultados de dicho procedimiento. En muchas ocasiones, eso sorprende a clientes quienes de manera incrédula se preguntan por qué no habían escuchado más de este sistema. En otras ocasiones, la labor va más allá de una simple explicación, sino que implica desmitificar ciertas percepciones erróneas alrededor del mecanismo, entre las que destaca la falacia correspondiente a un “doble litigio” ante el tribunal arbitral y, posteriormente, tribunales judiciales. Lo anterior, en ocasiones, suele ser el caso con algunos abogados transaccionales quienes dan un valor decorativo a la función de los árbitros cuando la disputa “se acaba resolviendo” en el Poder Judicial.

Esta falta de legitimación, entendida como la falta de conocimiento o percepción de los beneficios del sistema que configuran los MASC y que impide su configuración en el imaginario colectivo como un sistema que agrega valor a la sociedad, generan un impasse que frustra la materialización del potencial que tienen dichos procedimientos como válvula de escape de los conflictos sociales.

Lo anterior debe ser un asunto prioritario, incluso considerado de política pública, no solo para los comerciantes y aquellos actores que pueden directamente beneficiarse del robustecimiento del sistema arbitral (abogados, instituciones arbitrales, empresas transnacionales, entre otras), sino para la sociedad en lo general, incluyendo las autoridades jurisdiccionales. El beneficio indirecto de la divulgación y uso de los MASC incide sobre el Poder Judicial al relevarlo de una carga de asuntos que puede ser considerable y que se ventila ante las instituciones arbitrales o directamente ante el tribunal arbitral. Lo anterior también implica el menor empleo de recursos públicos en la adjudicación de una disputa y los cuales son asumidos directamente por los particulares.

Por otra parte, dicha relevación de una carga de asuntos también beneficia a los particulares en la medida en que el sistema judicial se agiliza y genera una justicia más pronta y más expedita.

De nueva cuenta, la falta de legitimidad de los MASC no radica en su falta de valor, ventajas o beneficios a todos aquellos individuos o empresas que se ven afectados por este régimen, sino por la falta de conocimiento que dichos beneficios tienen justamente en todos los favorecidos. La falta de percepción del valor agregado del sistema tiene un efecto materialmente idéntico a la falta de valor misma, la no utilización y favorable evolución de dicho sistema.

En este orden de ideas, la divulgación y educación sobre los MASC va más allá de un ejercicio para fomentar el correcto ejercicio y desenvolvimiento de dichos procedimientos, la formación de mejores abogados especializados en dicha área del Derecho, o el mejoramiento de las normas en materia de arbitraje o mediación (todo lo cual tiene un valor enorme en sí mismo), sino para otorgar legitimidad al propio sistema de los medios alternativos de solución de controversias.

La legitimidad, a su vez, permitirá la configuración o solidificación de estos sistemas como una piedra angular en el escenario de la resolución de controversias lo cual, como hemos mencionado anteriormente, incluso impacta de forma favorable en todas aquellas personas que jamás pensarían en someter una disputa a arbitraje o mediación. Lo anterior, también dará lugar a que el sistema de los MASC mitigue ciertas deficiencias de la justicia estatal, tal y como es actualmente la paralización de actividades judiciales, por razón de la pandemia del virus SARS CoV2, la dilación en el acceso a la justicia de todos los interesados, o el padecimiento de los estragos derivados de situaciones donde la demora en el acceso a dicha justicia tiene efectos materialmente adversos o, incluso, idénticos a la denegación de la misma.

También vale la pena decir que aquellas instituciones o sistemas que no son plenamente entendidos por una sociedad o respecto de los cuales no se percibe su beneficio personal y colectivo no suelen quedarse inmóviles o evolucionar favorablemente. Por el contrario, sufren un gran riesgo de ser abruptamente modificados.

Lo anterior, en el caso del arbitraje tendría un costo sumamente alto en virtud que, como hemos mencionado previamente, México tiene un marco normativo del arbitraje

comercial sofisticado y a la altura de cualquier nación comprometida con el comercio internacional.

Serán todavía algunos meses para saber a ciencia cierta el papel que jugó el arbitraje durante la emergencia sanitaria y el total de casos referidos a dicha institución durante esta crisis judicial. De igual forma, será en algún plazo de tiempo cuando conozcamos las implicaciones que sufrieron los comerciantes al no haber podido acudir a la justicia estatal, así como la decisión de algunos de ellos de mantener en suspenso cualquier reclamo en tanto el Poder Judicial levantara la suspensión de labores por razón de la emergencia sanitaria.

Sin embargo, existen indicadores que nos dan a entender que el potencial del arbitraje no ha sido despertado y que, como sociedad, hemos dejado pasar la oportunidad de consolidar al sistema arbitral cuando más nos podía beneficiar y cuando era —bajo el paradigma temporal de la pandemia— una de las únicas alternativas para tener un verdadero acceso a la justicia.

Resulta difícil pensar que una situación de esta naturaleza donde se conjuntaron elementos sanitarios e instituciones judiciales tecnológicamente débiles vuelvan conjugarse para dar lugar a esta tormenta perfecta a favor de los medios alternativos de solución de controversias y, particularmente, el arbitraje. Sin embargo, dicho sistema de MASC, está llamado a tener un papel central en cualquier crisis judicial que pueda presentarse en un futuro.

El valor social que tiene el arbitraje, así como la mediación, tanto para aquellos comerciantes que lo utilizan como para las empresas e individuos que nunca han recurrido a ellos es enorme. Corresponde a todos los actores que participamos en algún aspecto del sistema de impartición de justicia, empezando por el Estado mismo, dar pie a la legitimación del sistema mediante su divulgación y fomento.

Por todo lo anterior, recuerdo la frase “educar, educar, educar” de aquel experto, mas ahora no solo como un medio para hacer mejores técnicos en materia de arbitraje, sino para darle una legitimidad al sistema que, a su vez, permita florecimiento y potencial subsistencia del sistema mismo. Solo así estaremos preparados ante cualquier crisis judicial.

LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN EL ESTADO DE QUINTANA ROO. PRECURSOR EN MÉXICO

Joaquín GONZÁLEZ CASTRO¹

Quintana Roo es el más joven estado de la República Mexicana, junto con Baja California Sur, que fueron creados el 8 de octubre de 1974, en que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas constitucionales.

El 12 de enero de 1975 se promulgó la Constitución Política del Estado y a partir de esa fecha inició una ardua labor legislativa y de creación de instituciones.

La nueva entidad federativa, que carecía de leyes propias al ser territorio federal, tenía que construir su andamiaje jurídico, empezando por la estructura y organización del poder público; bases y reglas electorales, leyes orgánicas de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; para continuar con códigos y leyes en materia Civil, Penal y Fiscal, de procedimientos, etc.

A 45 años de su creación, el Estado cuenta con aproximadamente 173 leyes y 7 códigos, donde se han aprobado leyes propias de las potencialidades geográficas de la región, como la Ley Apícola, Turismo, Aprovechamiento forestal, Indígena y en el caso de justicia alternativa en el año de 1997, la adopción de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

En este último caso, el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 1995-2000, en materia de impartición de justicia establecía implementar la mediación y la conciliación, logrando el mismo efecto de la justicia ordinaria a un bajo costo y revalorar la justicia de paz, ya que por su agilidad y rapidez puede constituirse en una institución fundamental para la justicia.

El gobierno federal tardó mucho en impulsar los medios alternativos de resolución de conflictos y 23 años después del Estado de Quintana Roo, tiene en proceso legislativo su primera Ley de Justicia Alternativa en materia civil, familiar y mercantil.

¹ Consejero Ciudadano del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo. Expresidente del TSJ (*joagonzalez2000@yahoo.com.mx*).

El Poder Judicial del Estado de Quintana Roo obtuvo la facultad de iniciar leyes y decretos el 15 de abril de 1996, relativo a la organización y administración de justicia.

En ejercicio de esa potestad, se celebró un convenio de trabajo con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, dirigido en esas fechas por el Dr. José Luis Soberanes Fernández y un servidor en su carácter de Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo (TSJ).

Se elaboró un Programa de Modernización de la Impartición de Justicia que comprendió los siguientes rubros; Marco jurídico del poder Judicial; Justicia Alternativa; Justicia de Paz; Informática Jurídica; Palacio de Justicia; Autonomía Presupuestal; Capacitación y especialización Judicial y finalmente Unidad de Jurisdicción.

En la materia que nos ocupa, destacan reformas y adiciones a la Constitución del Estado aprobadas el 30 de abril de 1997, cuyo fin fue incorporar en sede constitucional la garantía de todo habitante de Quintana Roo, de resolver sus controversias de carácter jurídico mediante la conciliación: “Art. 7. Todos los habitantes del Estado tienen derecho a resolver sus controversias de carácter jurídico, mediante la conciliación, la que podrá tener lugar antes de iniciarse un juicio o durante su tramitación. Cuando los interesados así lo determinen, habrá lugar a la conciliación en la fase de ejecución”.

Para cumplir con tal derecho ciudadano, se estableció la obligación del TSJ, de proporcionar medios alternativos de solución de controversias jurídicas, como la conciliación mediante procedimientos de mediación.

Art. 99. Fracción IX. El Tribunal Superior de Justicia proporcionará medios alternativos de solución a sus controversias jurídicas, tales como la conciliación o el arbitraje, de acuerdo a procedimientos de mediación. La ley establecerá las facultades e integración de la institución que brindará estos servicios, así como los procedimientos y eficacia de sus acuerdos y resoluciones. Esta institución brindará servicios de defensoría de oficio y de asistencia jurídica a sectores sociales desprotegidos.

Con fundamento en estas normas constitucionales el Poder Judicial del Estado presentó para su aprobación ante el H. Congreso local, la Iniciativa de Ley de Justicia Alternativa, primer proyecto normativo de su clase en el país, la cual se publicó en el Periódico Oficial del Estado el 14 de agosto de 1997.

La Ley contaba con 23 artículos y entre sus particularidades estableció que a la institución encargada de brindar el servicio de los medios alternos, se le llamaría Centro de Asistencia Jurídica (actualmente Centro de Justicia Alternativa), el cual además de brindar ese servicio, tenía a cargo la prestación del servicio de defensoría de oficio en materia penal y brindaba asesoría a personas de escasos recursos en las demás ramas.

Una característica relevante del Centro de Asistencia Jurídica, es que se concibió como un órgano desconcentrado del Poder Judicial del Estado, es decir, con autonomía orgánica.

La pregunta obligada de investigadores y académicos, es cómo surgió la idea de implementar los MASC en Quintana Roo; ante ello siempre les recuerdo algunos pasajes de la actuación peculiar de las primeras autoridades electas en el año 1975.

Fueron 72 años en que como Territorio Federal (1902) enviaban gobernantes desde el centro del país, la mayoría desvinculados de la población y sus problemas; muchos obtenían el nombramiento por “servicios prestados a la patria”, y su afán era enriquecerse de los recursos forestales y el contrabando, aprovechando la condición de frontera.

Lo anterior originó que con el nacimiento del Estado el 8 de octubre de 1974, los ciudadanos encontraron desde el primer gobernador electo, los presidentes municipales y sus colaboradores, más que a una autoridad, a un gestor de todo tipo de conflictos.

El Titular del Poder Ejecutivo recibía y solucionaba controversias de carácter laboral, ejidal, escolares, comunitarios en general y frecuentemente, asuntos familiares eminentemente particulares.

Ante ello, el Ejecutivo del Estado, el Secretario de Gobierno y otros servidores públicos desempeñábamos nuestra función legal pero además actuábamos como lo que ahora se conoce como mediadores o facilitadores.

Esa experiencia a los ojos de los juristas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM se denominaba técnicamente: *justicia alternativa*, la cual ellos ya la conocían y estudiaban de otros países; inmediatamente Quintana Roo la adoptó y juntos trabajamos para darle forma y fundamento a los medios alternos en la solución de conflictos.

Indudablemente los primeros mediadores y facilitadores no tenían la experiencia y mucho menos las técnicas actuales de negociación, sin embargo, reunían el perfil natural que ahora se requiere para la práctica de la mediación.

Hubo algunas resistencias a la nueva forma de resolución de conflictos.

Juan Castro Palacios comenta en su libro titulado “Justicia Alternativa. La experiencia de Quintana Roo”:

Cuando se discutía el proyecto de Ley en el Congreso del Estado, pequeños grupos de abogados manifestaban su preocupación y temor por lo que consideraban un peligro para sus respectivas fuentes de ingreso. En la Ciudad de Cancún, un polo de desarrollo con cerca de medio millón de habitantes y más de doscientos abogados registrados en los dos gremios de abogados de la ciudad, bastaron un par de reuniones informativas para que quedara perfectamente claro que el Centro de Asistencia Jurídica no vendría a desplazar a nadie y que mucho menos se convertiría en un órgano omnipotente, que, por ser una especie de apéndice del Poder Judicial, se convertiría en el adversario imposible de vencer.

En el proceso de implementación fue necesario ir sumando voluntades y haciendo ajustes en el trabajo del Centro de Asistencia Jurídica; una de las aportaciones importantes se obtuvo por parte de las incipientes escuelas de derecho del Estado, quienes apoyaron el proyecto a través del servicio social de jóvenes estudiantes de derecho que con mucho entusiasmo participaron.

Al cabo de los años, los resultados son palpables. El Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo en 2018, radicó un total de 4770 asuntos, dentro de los cuales se llevaron a cabo 3069 audiencias de conciliación y se suscribieron 1770 convenios (57.67%). Por otra parte, en 2019 se radicaron 5503 asuntos, hubo 3377 audiencias de conciliación y se logró la firma de 1977 de convenios (58.64%).

Lo anterior es una demostración de la importancia que va adquiriendo la Justicia Alternativa; obtener un porcentaje superior al 50% de convenios logrados mediante el dialogo asistido, es motivador para los responsables de brindar el servicio.

Si se comparan las estadísticas de los medios alternos con los juicios ante tribunales, el porcentaje es superior al 5%. Esto significa la finalización de muchos conflictos por medios conciliatorios, además de los ahorros en tiempo y dinero.

Como todos saben, la pandemia que golpea al mundo acelera los cambios y la administración de justicia lo está haciendo. En sesión del Consejo de la Judicatura de fecha 30 de abril del presente año, como Consejero Ciudadano de dicho cuerpo colegiado, presenté los Proyectos de “Mediación desde tu Casa” y los “Lineamientos para la presentación y recepción de demandas y/o promociones”.

“Mediación desde tu casa”, es una realidad en el Estado pues el 29 de mayo de 2020 se publicó el Acuerdo del Consejo de la Judicatura, iniciando funciones el Centro de Justicia Alternativa a mediados de este mes de junio, con el objetivo de atender dentro de ese marco normativo, las solicitudes de mediación y conciliación, valiéndose de medios electrónicos.

Para la implementación del servicio, el Consejo, la Escuela Judicial y la Unidad de Certificación brindaron capacitación a los 34 facilitadores en las materias civil, familiar y mercantil para que tuvieran las herramientas necesarias para poder implementar de la mejor manera esta nueva modalidad.

Con el propósito de que la mediación a distancia esté a disposición del mayor número de personas, en tanto se prepara la plataforma digital necesaria, el proceso de mediación se realiza mediante teléfono celular, correo electrónico y la aplicación de WhatsApp.

La recepción de solicitudes de mediación es desde los módulos de Chetumal y Cancún para su asignación a los facilitadores de los once municipios del Estado (http://www.tsjgroo.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=3916&Itemid=1226).

A lo largo de los 22 años desde que fue publicada la primera ley en medios alternos, se han realizado diversas reformas a la ley del 97; en el año 2011, se publicó una nueva ley de Justicia Alternativa abrogando la que fue la primera ley en esa materia del país, y actualmente se encuentra vigente la ley publicada en el año 2014, la cual es un cuerpo normativo muy completo y contiene los diversos avances que en materia de mediación se tienen a la fecha en México.

Sin embargo, es necesario profundizar en los cambios; se requieren reformas legislativas donde se adicionen diversos temas como son la mediación privada, asesores colaborativos, mediación a distancia, registro de facilitadores públicos y privados,

inscripción de convenios, fe pública para los mediadores y un empleo generalizado de los avances electrónicos en todos los renglones de la impartición de justicia.

El Poder Judicial en coordinación con los poderes Legislativo y Ejecutivo elaborarán un proyecto de reformas y adiciones o una nueva Ley que incluya todos estos aspectos.

OFERTAS SELLADAS Y TEORÍA DE LOS JUEGOS

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO¹

Una *Oferta Sellada* es un ofrecimiento de transacción emitida en sobre sellado, conservada confidencialmente por la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), y entregada al árbitro una vez que haya decidido el fondo del caso con miras a que la considere al tomar una decisión sobre la distribución de costas.² Es una figura nutrida de derecho y praxis inglesa que constituye un punto medio entre la oferta ‘abierta’ (que no es más que correspondencia normal) y la oferta ‘sin perjuicio’ (*without prejudice*) que nunca puede ser conocida por el tribunal. Es por ello que suele llevar la leyenda “sin perjuicio salvo en lo relativo a los costos” (“*without prejudice save for costs*”).³ Su objetivo es permitir al árbitro discernir si la oferta fue rechazada en forma razonable *quod non*, para, en base a ello, ejercer su facultad de distribuir costas.⁴

Idea

Postulo, y someto a la consideración de la comunidad arbitral, que las Ofertas Selladas pueden ser un instrumento extraordinariamente útil para generar incentivos que imbuyan buena fe en las negociaciones, fomenten transacciones y eviten litigio innecesario. Pero para que ello se logre, se necesitan tres cosas:

1. Que las partes conozcan, entiendan y utilicen las Ofertas Selladas;
2. Que el árbitro haga un ejercicio ponderado, no mecánico, de su facultad de distribuir costas; y

¹ Árbitro, mediador y representante en arbitrajes. Profesor de arbitraje y mecanismos apropiados de solución de controversias, Universidad Iberoamericana.

² Ver *Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI*, enero 2019, ¶¶227-231.

³ Christopher Seppälä, Paul Brumpton y Marièle Coulet Díaz, *Ofertas Selladas: Cómo resolver más arbitrajes internacionales de manera amistosa*, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, marzo 2018 (www.caic.org.mx).

⁴ González de Cossío, *Arbitraje*, 5ª edición, 2018, p. 761.

3. Que el árbitro conozca, entienda y considere las Ofertas Selladas. Ello incluye ahorrarse el costo y desgaste de un litigio.⁵

A continuación sustancio el postulado anterior. Dado que el mismo habla de 'entender' y 'ponderar', utilizaré la (poderosa) herramienta de teoría de los juegos.

Demostración

Pensemos en dos partes en disputa: *A* y *B*. *A* demanda \$1,000 de *B* como resultado de un hecho ilícito. *B* no niega su error pero considera que lo que *A* pide es excesivo (¿suena familiar?); que un monto más razonable y cercano al daño infligido es \$300. Hace por ende un ofrecimiento por dicho monto que *A* rechaza y continúa con el arbitraje.

B pondera hacer una Oferta Sellada. Su deseo es incentivar transacción. Sabe que los hechos comunican más que las palabras. Conoce su efecto jurídico. Entiende que ello detonará un 'juego' (en su sentido conforme a la teoría de los juegos⁶). Para entender el juego que detona la Oferta Sellada, a continuación se analizan escenarios estratégicos, no sin antes revelar tres suposiciones de este análisis:

1. Que en efecto los daños y perjuicios ascienden a \$300.
2. Que el árbitro conocerá el régimen de las Ofertas Selladas y hará un uso sofisticado de la facultad de distribuir costas.
3. Que las partes prefieren no-pelear a pelear.

Con estas suposiciones, regresemos a nuestro ejemplo con miras a desarrollar un modelo.

Al ponderar emitir una Oferta Sellada, *B* tiene opciones. Al recibir la Oferta Sellada *A* también tiene opciones. Conjugadas, generan escenarios estratégicos. Veámoslos:

⁵ La suposición, como toda suposición, no siempre es válida. Sin embargo, es válida para modelar. Y sobre todo, no desdice el mensaje de este ensayo: como se explicará más abajo, si una parte propicia litigar mientras que otra hace lo posible por evitarlo, el costo de hacerlo le puede ser canalizado mediante una distribución de costas que considere la Oferta Sellada.

⁶ Conforme a la teoría de los juegos, un 'juego' es una interacción estratégica entre dos o más participantes.

		<i>A Receptor</i>	
		Acepta	Rechaza
<i>B</i> <i>Oferente</i>	Oferta: menos de \$300	+1, -1	-1, +1
	Oferta: \$300 o más	+1, +1	+1, -1

(*B*, *A*)

En el juego descrito, *B* tiene *grosso modo* dos opciones: ofrecer menos o más que el monto que considera que constituye el daño real sufrido por *A*: \$300. De ofrecer menos, *A* tiene a su vez dos opciones: aceptar o rechazar. Dividamos los resultados (*payoffs*) en base a los escenarios posibles:

- (1) Si *A* acepta, ello será bueno para *B* pero malo para *A*: *B* habrá evitado el litigio y habrá evitado pagar el valor real del daño infligido a *A* (escenario contemplado en el cuadro izquierdo superior, ejemplificado numéricamente con “+1” para *B* y “-1” para *A*).
- (2) De rechazar *A* la oferta, el resultado será bueno para *A* pero malo para *B*: *A* obtendrá su indemnización en el arbitraje (*ex hypothesi* superior a la oferta de *B*), y *B* será condenado a su pago (y posiblemente a pagar costas). El escenario es por ende el contemplado numéricamente en el cuadro derecho superior con un “-1” para *B* y “+1” para *A*).

Ahora contemplemos los escenarios y resultados si es que *B* da un primer paso radicalmente distinto: *B* ofrece \$300 o más. Ante ello, *A* tendrá de nuevo dos opciones: aceptar o rechazar.

- (1) Si rechaza, ello será bueno para *B* pero malo para *A*: Concluido el arbitraje *B* será condenado a pagar solamente \$300 (siendo victorioso en contra de la demanda de *A* de \$1,000) y *A* tendrá que pagarle costas a *B*, pues el árbitro determinará que el rechazo de la Oferta Sellada fue irrazonable (es por ello que se representa numéricamente en el cuadro derecho inferior con “+1” para *B* y “-1” para *A*).

(2) Si *A* acepta la oferta sin embargo, el resultado es favorable para ambos: *A* obtendrá la indemnización debida sin necesidad de litigio; *B* pagará el daño infligido, y sólo el daño realmente infligido. Es por ello que ambos reciben “+1” (cuadro izquierdo inferior).

Como puede observarse, la estrategia dominante (de *iterated dominance*⁷) es el cuadro izquierdo inferior: *que B haga una oferta de \$300 o más*. (De allí que esté resaltado y en negritas.) Ofrecer más que \$300 puede ser sensato para incrementar la probabilidad de transar (o condenar a *A* por no aceptar una oferta razonable). Claro que entre más alto sea, se puede estar dejando dinero en la mesa. Cuánto dar será función de la certeza de la condena a la luz del caso particular. Es ante ello que puede ser conveniente subirla un poco: para asegurar un resultado favorable. (Como el lector atento puede detectar, lo que está ocurriendo es un análisis estratégico y de incentivos. Y dado que suponemos que es preferible no-pelear a pelear, se tratará de incentivos positivos: *B* ofrece lo más que puede; *A*, que es víctima del ilícito, obtiene lo más posible.)

Conocido el juego desde la perspectiva de las partes, pasemos ahora a considerar la perspectiva del árbitro. Seguido el arbitraje, el árbitro decide que **A** tiene razón en la acción, mas no su cuantificación.⁸ Es aquí donde se abren dos posibilidades:

(1) *Condena baja*: si por ejemplo el árbitro decide que la condena debe ser por \$250, al abrir la Oferta Sellada se percata que lo que *B* ofrecía era superior a lo condenado. El efecto jurídico que la Oferta Sellada debe tener en dicha situación es que *A* sea condenado a pagar todos los costos legales a partir de la fecha en que se hizo la oferta (incluyendo las costas).⁹ Ello pues el arbitraje habrá sobrado. Fue desperdicio. Se tratará de una reclamación inflada. *A* debió aceptar la Oferta Sellada. Es por ende justo y eficiente —conforme a un análisis de incentivos como parte de elección racional (*rational choice*)— que *A* sea condenado por los costos a partir de la fecha de la Oferta Sellada.

⁷ Un *iterated-dominance equilibrium* es un equilibrio que resulta de borrar una estrategia (débilmente) dominada mediante la estrategia establecida por uno de los jugadores, recalculando para determinar cuál de las que quedan es la débilmente dominada y así sucesivamente hasta que se llega a un equilibrio.

⁸ Es decir, el árbitro ha decidido el fondo del caso y, previo a decidir sobre costas, el árbitro es informado por la ICC que existe una Oferta Sellada. El árbitro manifiesta interés en conocerla.

⁹ Según se definen en el artículo 1416.IV del Código de Comercio.

(2) *Condena media o alta*: ¿Qué sucede si la condena es por \$300 (o más)?
Respuesta: el árbitro debe aplicar su facultad tal cual,¹⁰ como si nunca hubiera existido la Oferta Sellada. Se tratará de una diferencia de opinión legítima, por la cual el uso de los recursos en el arbitraje es apropiado. Justificado. Racional. No habrá desperdicio alguno.

¿Qué pasa si existe una contra-Oferta Sellada de A por \$750? Respuesta: depende de la condena. Se sigue el mismo análisis, pero ahora del lado de A. Y si el resultado de la cuantificación es por ejemplo \$500, se tratará de una circunstancia más que el árbitro podrá tomar en cuenta como parte de las circunstancias para distribuir las costas.¹¹ La constante: información útil para que el árbitro realice un ejercicio ponderado de su facultad de distribuir costas.

Corolario: las Ofertas Selladas detonan un juego (cooperativo¹²) compuesto por incentivos positivos que, siguiendo un análisis racional, evitan desperdicio, canalizándolo cuando ocurre a la parte que lo genera. Son por ende *eficientes*. Lo único que se necesita es que las partes las usen y los árbitros las entiendan y apliquen como he explicado.

Conclusión

Las Ofertas Selladas pueden ser un instrumento útil para lograr negociaciones de buena fe, evitar litigio innecesario, y para procurar resultados eficientes. Lo único que se necesita es que las partes las utilicen y el árbitro las aplique: que, como parte del ejercicio de la facultad de distribuir costas, considere si el rechazo de la Oferta Sellada fue razonable o no —y distribuya en consecuencia—.

¹⁰ Conforme a derecho arbitral, el árbitro tiene discreción en la distribución de los costos del arbitraje (Artículos 1453 y 1455 del Código de Comercio).

¹¹ Como lo establecen el primer y segundo párrafo del artículo 1455 del Código de Comercio al decir respectivamente que “el tribunal arbitral podrá prorratear los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso” y “el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que es lo razonable”.

¹² Parecería que la caracterización es cuestionable. ¿Cómo tildar de ‘cooperativo’ lo ocurrido si justamente lo que está pasando es que las partes no están cooperando? Respuesta: porque en teoría de los juegos se tilda de ‘cooperativo’ un juego cuando los jugadores pueden realizar compromisos vinculantes —en contraposición de los no-cooperativos, cuando no—.

SESGOS COGNITIVOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA Y SU PERTINENCIA PARA MEDIACIÓN

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN¹

Fernando NAVARRO SÁNCHEZ²

Podemos ser ciegos ante lo obvio
y ante nuestra ceguera también.

Daniel KAHNEMAN

I. Introducción

Una mediación, desde una perspectiva simple y general, es un proceso de negociación asistida por una persona neutral.³ El objetivo del mediador puede ser, entre otros, que se resuelva una controversia legal, que se mejore o reinstaure una relación personal, o que se complete un acuerdo.⁴

En ese sentido, la mediadora o mediador debe ser capaz de allegarse y utilizar la mayor cantidad de herramientas posible para que las personas u organizaciones que participan en la mediación, tengan mejores posibilidades de alcanzar el objetivo trazado.

Es cierto que las personas pueden negociar y buscar alcanzar cualquiera de los objetivos enlistados arriba sin la necesidad de la asistencia de una tercera persona neutral; pero también lo es que, por razones múltiples, esa negociación puede verse obstaculizada y el acuerdo impedido. La mediación ofrece superar esos obstáculos.

Como ejemplo, enumeramos a continuación algunos de los obstáculos al acuerdo que pueden aparecer en la negociación e impedir el alcance de tal objetivo:⁵

¹ Investigadora Titular C del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Especialista en derecho internacional privado y en Medios Alternos de Solución de Conflictos. Mediadora privada certificada por el TSJCDMX. Consultora externa *ad honorem* Secretaria Relaciones Exteriores. Senior Weinstein International Fellow, Weinstein International Foundation (WIF) y JAMS International Fellow 2015.

² Mediador nacional e internacional, JAMS. Co-fundador de Academia de Negociación. Abogado consultor. Mediador privado certificado por el TSJCDMX. Senior Weinstein International Fellow, Weinstein International Foundation (WIF) y JAMS International Fellow 2013.

³ Golann, Dwight y Folberg, Jay, "Mediation, the Role of Advocate and Neutral", 2da Ed., Aspen Publishers, 2011, p.89

⁴ *Idem*.

⁵ Mnookin, Robert H., "Why Negotiations Fail, An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict", 8 Ohio St. J. Disp. Resol. 235, 1993, available online at: <https://core.ac.uk/download/pdf/159607251.pdf>.

- Asimetría de información;
- Falta de técnica de negociación;
- Falta de preparación de la negociación;
- El problema del principal y el agente que no tienen los incentivos alineados;
- Conflictos emocionales;
- Sesgos cognitivos;
- ...

En cualquiera de los casos anteriores las negociaciones pueden fallar, sin que necesariamente eso equivalga a que el acuerdo no es posible. Simplemente las condiciones no se dieron. En esos casos, la ayuda de la mediación ofrece extender el puente que separa a las personas en una disputa o diferencia para que alcancen un acuerdo. Las herramientas de las que se vale la mediación son esencialmente aquellas que permiten superar los obstáculos al acuerdo, algunos de los que expresamos arriba.

La multidimensional crisis desatada por la pandemia de COVID-19, trae al ecosistema de interacción interpersonal, comunitario, social, empresarial, laboral e internacional, un componente adicional que altera las condiciones normales de dichas relaciones. En muchísimos aspectos ese componente se traduce en una inestabilidad emocional y psicológica que impacta la forma en que tomamos decisiones, la forma en que accedemos a nuestras negociaciones: los sesgos cognitivos. De manera que, para las y los mediadores, tener herramientas para identificar los sesgos cognitivos y en particular aquellos que están más presentes en esa dinámica, se torna fundamental.

II. Sesgos cognitivos

La economía del comportamiento es una disciplina que estudia la toma de decisiones y los juicios de las personas. En años recientes, esta disciplina, con ambos objetos de estudio, se ha estudiado por parte, entre otros, de premios Nobel como Daniel Kahneman⁶, Richard Thaler⁷ u otros célebres académicos como Dan Ariely⁸ o Amos

⁶ Premio Nobel de Economía, 2002 y autor de múltiples obras de economía del comportamiento, destacando el *best-seller* "Pensar Rápido, Pensar Despacio" (2011).

⁷ Premio Nobel de Economía, 2017 y autor de múltiples obras, destacando "Un Pequeño Empujón" (*Nudge*) (junto con Cass Sunstein) (2008) y "La Psicología Económica" (2015).

⁸ Autor, entre otros, de "Las Trampas del Deseo" (2008).

Tversky. En esencia, la economía del comportamiento busca explicar la toma de decisiones de los seres humanos que no siempre coinciden con lo estrictamente racional, sino muchas veces es influida por sesgos o atajos mentales que terminan orillándonos a decisiones irracionales o contrarias a nuestros propios intereses. De ahí, la relevancia para el tema que nos ocupa, es decir, los sesgos cognitivos influyen en la toma de decisiones, y la mediación es en buena medida un procedimiento en el que el mediador ayuda a las personas a informar su toma de decisiones.

Los sesgos cognitivos son errores en nuestras decisiones y pensamientos basados en un patrón de comportamiento inspirado en experiencias pasadas que nos lleva a conclusiones. Dicho de manera más simple, son atajos mentales que nos llevan a concluir cosas que ya concluimos en el pasado en lugar de concluir cosas nuevas con base en la nueva información. Es el sistema de pensamiento rápido, al que se refiere Daniel Kahneman, uno de los dos sistemas con los que decidimos los seres humanos.

Para los individuos es muy difícil percatarnos de nuestros sesgos, pero es posible pedir a terceros, en quienes confiamos, que nos ayuden a identificarlos. Así que la mediadora o mediador que conozca y entienda los sesgos cognitivos que pueden estar influyendo las decisiones de las partes o mediados, redundará en su capacidad de ayudar de mejor manera al proceso de toma de decisiones informado.

En tiempos de pandemia como los que vivimos, la alteración de las esferas personales y profesionales o laborales, traen consigo sesgos cognitivos especialmente prevalentes. A cinco de ellos nos referiremos en este trabajo.

1. Sesgo de confirmación

Uno de los más comunes y prevalentes en estos tiempos en que las fuentes de información están al alcance de cualquiera. Se trata del atajo mental que implica buscar información que confirme nuestra conclusión previamente tomada por creencias, hipótesis o expectativas, en lugar de recibir información antes de concluir algo. La polarización sociopolítica y otras vicisitudes de la contemporaneidad nos presentan ejemplos cotidianos de este tipo. Además, verse expuesto a que un prejuicio y conclusión preconcebida sea evidenciada como equivocada nos resultará incómodo, lo cual refuerza

el sesgo de confirmación. No queremos vernos en el escenario de reconocer que nuestra conclusión era equivocada.

En un ambiente de desconfianza y estrés como el actual, esos sentimientos se exageran. La manera de recibir y evaluar propuestas o peticiones en una mediación tendrá por efecto, muy posiblemente, que los filtros de información de las personas estén contaminados por un sesgo de confirmación.

El arrendatario que tiene una controversia legal con su arrendador y considera que las peticiones del arrendador son motivadas por una actitud de avaricia, porque así lo ha catalogado siempre, en mediación tendrá mucho menos apertura a la colaboración porque buscará confirmar que lo que proponga o solicite el arrendador, será motivado por esa actitud avara.

2. Sesgo de disponibilidad

Se trata del sesgo cognitivo que nos ayuda a decidir con base en la información más disponible, con el mundo que conocemos, aunque no sea la información más certera. Si un niño pequeño solo ha visto a un perro azul porque sus padres tienen al único perro azul del mundo, el niño podría pensar que todos los perros son azules. Por eso también se escuchan cosas como “fumar no hace daño, mi abuelo murió a los 95 años y fumaba 3 cajetillas diarias”. El sesgo de disponibilidad nos dibuja un mapa de riesgos equivocado.

Pensemos que una persona inmersa en una controversia legal por un negocio que terminó mal, vio en *Facebook* que una empresa tuvo que despedir al 50% de sus empleados, por ejemplo. Luego habló con una prima a la que despidieron de su empresa. A falta de mayor contexto e información y en un clima de miedo colectivo, pensamos que eso es algo que pasará por regla general aun cuando la realidad demuestre y permita otra cosa. Como el dato que tenemos disponible es el de que al menos la mitad de la gente perderá su empleo, y la persona en cuestión es empleada de una empresa, estará tentada a tomar la decisión de aceptar ofertas de los antiguos socios en la mediación que le brinden algo de liquidez para estar preparada para el desempleo, aunque el caso concreto le brinde elementos para obtener un mejor resultado en la mediación.

3. Aversión a la pérdida

Se dice que el dolor de perder algo es mucho mayor al placer de ganar eso mismo. Eso hace que tengamos más disposición al riesgo cuando tenemos la amenaza de perder algo, que cuando tenemos la promesa de ganarlo.

En mediaciones se ve con frecuencia y en estos tiempos aún más. Pensemos en una persona que ya percibió un anticipo por un servicio de banquetes que se canceló; esa persona tendrá mucha mayor dificultad de dejar ir ese ingreso que ya consideraba suyo, que la promesa de ganar más dinero con el mismo cliente en el futuro incierto.

4. Costos hundidos

Se trata de otro sesgo muy común en mediaciones. Yuvel Noah Harari, en su libro *Homo Deus: Breve Historia del Mañana* se refiere a este sesgo cognitivo con el ejemplo de los italianos en la Primera Guerra Mundial. Resulta que Italia empezó su participación en aquel conflicto bélico con las mejores intenciones de recuperar territorios de manos del imperio austro-húngaro. Pero las muertes de soldados italianos fueron muchas. En la primera batalla se cree que perdieron 15,000 soldados; luego 40,000, posteriormente 60,000 y al final cerca de 700,000. Los políticos y generales italianos tuvieron la oportunidad de cortar las pérdidas humanas tras la primer batalla, reconociendo que no era la mejor estrategia, que había sido un error, o cualquier otra cosa, pero eso implicaba que los 15,000 primeros soldados hubieran muerto en vano. Así que, bajo el lema “nuestros muchachos no murieron en vano”, siguieron reclutando soldados solo para enfrentarlos al mismo fatídico destino en un volumen mayor y, en última instancia, perder las vidas, la guerra y pavimentar el acceso al poder de Benito Mussolini y a la segunda guerra mundial con todo lo que ello implicó para Italia.

El sesgo de costos hundidos se presenta mucho en época de crisis, pues la gente ve amenazado el trabajo o la inversión de muchos años, y con tal de que todo ese esfuerzo no sea en vano, se aferran a una dinámica que puede hacerles perder mucho más.

5. Sesgo de atribución hostil

Cuando tenemos un conflicto en tiempos de crisis y con altos índices de estrés, tendemos a atribuirle intenciones hostiles a las personas con las que tenemos ese conflicto o desacuerdo.

Imaginemos un conflicto familiar entre hermanos que se disputan el uso de una propiedad de su madre, una persona mayor de 70 y por lo tanto población de riesgo para el COVID-19. Uno de ellos se entera que el otro estuvo visitando a la madre esporádicamente y piensa que la visita tiene que ver con la intención de persuadir a la madre de que tiene razón sobre la disputa y, además, la pone en riesgo de salud. Cuando en realidad puede ser que el hermano que visita a la madre solo haya ido a llevar algunos bienes de consumo necesarios para su madre, con todas las medidas de seguridad.

III. Herramientas para el mediador

Una vez descritos algunos de los posibles sesgos cognitivos que aparecerán con mayor probabilidad en esta etapa durante y posterior al COVID-19 en los conflictos, será indispensable para el mediador hacer una evaluación consciente y constante para identificar la presencia de estos sesgos cognitivos.

Habiéndolo hecho, podrá fortalecer su intervención con algunas de las siguientes herramientas del mediador:

1. Escucha activa

La escucha activa permitirá a las personas en un conflicto revisitar sus historias al volverlas a contar, escuchados y guiados por la habilidad de comunicación del mediador y, en lo posible, con su ayuda tener una perspectiva más objetiva, preguntando, por ejemplo, cómo se compara un futuro (sin arreglar el asunto) frente a otro futuro posible (arreglando el asunto) y así quitar el foco del pasado (sesgo de costos hundidos). Además, la mediadora o mediador deberá animar a las partes a escucharse entre ellos, auténtica y genuinamente, tratando de ejercer una empatía tal vez inédita.

2. Re-enmarcar

Como vimos, los sesgos se valen de la forma en que la información es recibida por las personas. Una herramienta clave para el mediador en ese sentido es presentar la información de otra manera, cambiando el contexto o cambiando la sustancia misma con base en una nueva y más acertada información.

En ese sentido, la mediadora o mediador puede ofrecer mucho más valor, por ejemplo, presentando información como una potencial pérdida, en lugar de una potencial ganancia (sesgo de aversión a la pérdida) o presentando más información que agregue referencias a las breves que tiene disponible la persona (sesgo de disponibilidad).

3. Preguntas: agente de la realidad

Cuando se ha ganado la confianza de las personas, la mediadora o mediador puede entrar en el peligroso pero eficiente mundo de convertirse en agente de la realidad. Esto implica que el mediador puede contribuir poderosamente a cambiar la narrativa que la persona ha creado del conflicto y de las otras personas. Lo que crees cierto e indiscutible, tal vez no lo es tanto.

Y la forma más adecuada de hacerlo es a través de preguntas que inviten a las personas a cuestionar sus propios sesgos: ¿Qué te hace pensar que la otra persona desea eso? ¿Qué otros motivos (además de la intención hostil que le atribuyes) crees que pueda tener? Él/ella explicó que XYZ. (sesgo de atribución hostil) ¿Qué pasa si continuamos y esto no se resuelve?, ¿cómo se ve tu vida? (sesgo de costos hundidos) ¿Por qué piensas que vas a perder tu empleo? (sesgo de disponibilidad).

4. Animar a la cooperación

Finalmente, recordar que el mediador es un profesional que puede especialmente procurar la cooperación en un proceso de solución de problemas conjunto. A través de esa dinámica procesal de mediación, es decir, las sesiones conjuntas, las reglas conjuntas para el proceso, la construcción conjunta de una agenda, la lluvia de ideas conjunta, y otros ejercicios concretos, pueden ayudar a la cooperación y a reconstruir al menos un mínimo de confianza y de empatía que permita superar los sesgos creados.

IV. Conclusión

Ha quedado claro en la ciencias sociales y económicas de las últimas décadas, que la mente humana emplea procesos de pensamiento y toma de decisión distintos de una visión objetiva y racional de las cosas. La memoria, las emociones, la perspectiva, el contexto y los sentidos, todo influye y altera, por lo tanto, las decisiones que tomamos. Si a esto, en condiciones normales, le añadimos el aislamiento, el miedo, el efecto angustiante por la crisis económica, la incertidumbre y otros elementos propios de la pandemia, entonces tendremos un acentuado caldo de cultivo para los sesgos cognitivos.

Lo cierto es que los conflictos no desaparecerán y, al contrario, es previsible que se incrementen tras la crisis por la pandemia de COVID-19. También es previsible que los canales tradicionales de gestión de conflictos e impartición de justicia como lo son los tribunales del Estado, se saturen o se vuelvan más ineficientes en los tiempos por venir. De manera que, la capacidad de ofrecer a la sociedad un proceso útil, eficiente y satisfactorio de solución de controversias como lo es la mediación, y fortalecer las herramientas de las y los mediadores, se vuelve un tema trascendental.

El reconocimiento de la existencia de sesgos cognitivos, su identificación y la intervención que las y los mediadores pueden hacer para permitir a las personas en mediación superar esos sesgos y tomar mejores decisiones, es una función de altísimo valor.

LA MEDIACIÓN COMO OPORTUNIDAD ANTE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA DEL SIGLO XXI

Francisco GORJÓN-GÓMEZ¹

Introducción

A lo largo de este artículo hacemos varias afirmaciones complejas que han surgido por esta nueva forma de vida a la que nos enfrentamos, afirmaciones como: es necesaria la participación ciudadana en estos momentos; la ciudadanía debe apoyar la generación de bienestar; los conflictos sociales han aumentado por la apatía de la sociedad. Surgiendo como contrapeso y me atrevo a decir como la solución a estas afirmaciones la “mediación”, que implica principalmente la participación activa de todas y todos los mexicanos como los principales actores en la gestión y transformación de los conflictos particulares y sociales que evitaren la escalada del conflicto y el colapso social en este agreste escenario social, que ha provocado la pandemia.

¿Por qué la mediación es una oportunidad?

Esta es una pregunta muy compleja, porque atiende a los diversos cambios en nuestra forma de vida de todos los ciudadanos del mundo, no solo de México, ya que el confinamiento no solo es un fenómeno aislado de nuestro país, sino del mundo entero, con consecuencias similares, que han afectado principalmente nuestro bienestar subjetivo percibido, teniendo como principal factor la incertidumbre, la infelicidad, el miedo a enfermar y hasta morir, lo que ha generado un sinnúmero de conflictos que superan y afectan nuestra vida diaria.

Esto es consecuencia de una falta de planeación y una deficiente reacción de las instituciones responsables de nuestro bienestar, manifestándose una evidente desorganización carentes habilidades de gestión para contener el problema, entiéndase que solo señalo contener, ya no solucionar, ya que, a nivel mundial, siquiera aquellas

¹ Coordinador Académico del Doctorado en MASC programa consolidado PNPC de la UANL, Miembro del SNI nivel 2, Presidente de la Asociación Internacional de Doctores en MASC y Presidente del Colegio de Mediadores de Nuevo León (fgorjon@hotmail.com).

naciones con mayor nivel o capacidades organizativas han logrado reaccionar adecuadamente y mucho menos encontrar la cura.

¿Entonces qué hace la mediación en esta ecuación o para que nos servirá?, la respuesta es *evitar la escalada del conflicto*. Este estadio de vida es proclive para el aumento de conflictos derivados de la violencia estructural que la pandemia ha generado. Entiéndase en este momento que por violencia estructural debemos pensarla como la suma de todas las violencias no por el solo efecto conceptual de todas ellas y sus características intrínsecas, sino por los actores generadores de ella y de quienes participan en ella, en donde todos los actores sociales colaboran para su surgimiento por sus acciones u omisiones.

La desesperanza del bienestar

El bienestar social es responsabilidad del Estado y es un derecho inalienable de la sociedad, traducido este en servicios que nos permiten vivir bien, que permiten el buen vivir, constituyéndose tradicionalmente en una obligación del Estado proporcionarlo y mantenerlo. Esta obligación está en crisis, está en franco fracaso, producto de la violencia estructural derivada de la pandemia. La omisión del Estado y la falta de respuesta por la falta de mecanismos reactivos positivos, es violencia en sí, no solo un generador de violencia, es violencia *per se*, ya que las omisiones evidentes afectan nuestro bienestar, afectan nuestra felicidad y la estructura de la sociedad organizada en general es copartícipe.

La felicidad y el bienestar son sinónimos, podemos decir que una sociedad es feliz a mayor bienestar, pero en donde radica esa sincronidad entre ambos conceptos. Son simbióticos no puede haber bienestar si no hay felicidad. Esa felicidad depende de nuestra percepción y de nuestros intereses, intereses que mueven a nuestra vida diaria, que tienen un alto nivel de subjetividad, ya que los intereses de una persona no son los mismos que los de la otra y tienen como límite los intereses de los demás, si este límite se transgrede, surge entonces el conflicto.

¿Cómo evitar la escalada del conflicto?

El impacto que la pandemia ha tenido sobre nuestro bienestar subjetivo percibido es evidente y superlativo, excepcional, es la gota que ha derramado el vaso. Nuestro sistema de bienestar no prevé mecanismos de éxito o de gestión de conflictos surgidos por la operatividad de la política pública y los diseñados para solucionar los conflictos que surgen en la sociedad, están orientados a responder a políticas normativistas de obediencia y no de bienestar.

El Estado crea el entorno, pero no asegura que el fin de ese servicio sea *ad hoc*, por lo que sus esfuerzos e intenciones son limitadas y mediocres y los recursos invertidos no impactan en todos. Retrocedamos un momento en el tiempo y ubiquémonos en un par de párrafos nuestra realidad antes de la pandemia, para comprender la gravedad de nuestro momento actual, al ser la pandemia un elemento extra potencializar de conflictos, que no estaba considerado como un efecto generador de desestabilización social.

Los niveles de inseguridad en nuestro país son los más altos en la historia contemporánea de México, el nivel de desigualdad y de pobreza es igualmente enorme como nunca antes visto, la falta de servicios eficientes que impacte en todos, como la salud o la educación, la gestión inadecuada de recursos económicos y humanos, el poco alcance de nuestro sistema de impartición y procuración de justicia con un 93.7 de cifra negra, más del 70 % de los mexicanos nos sentimos inseguros y que tengamos que vivir encerrados en nuestras casas, el desempleo y la falta de oportunidades para trabajar, la falta de planes institucionales que generen reales oportunidades de trabajo permanente.

Cómo podemos sentirnos felices con el estómago vacío, cómo podemos sentirnos felices si nuestros seres queridos están enfermos, cómo podemos sentirnos felices si no tenemos trabajo, si nuestros negocios los tenemos que cerrar, si no podemos salir de noche en nuestra propia colonia, cómo podemos sentirnos felices si nuestros hijos no van a la escuela o cuando van no hay clases, podemos sentirnos felices ante la violencia que aqueja a nuestro entorno más cercano, cómo podemos sentirnos felices si nuestros seres queridos no lo son, cómo esperan que reaccionemos positivamente ante este escenario, cómo esperar que seamos solidarios, cómo pensar en los demás si no podemos resolver los problemas que nos aquejan, cómo vivir bien si nuestro sistema de bienestar social está colapsado.

Hoy más que nunca es necesario que seamos solidarios, la participación ciudadana podrá revertir este escenario, pero no de forma pasiva como nos ha caracterizado a la sociedad mexicana hasta el momento, debemos de ser proactivos, ser capaces de resolver nuestros conflictos, seamos capaces de ser generadores de bienestar, tenemos la capacidad de ser generadores de bienestar, de invertir la lógica del bienestar del recibir por el dar, dejar de esperar y reaccionar.

Sin embargo, nuestro accionar es limitado a nuestro propio entorno, pero este límite es nuestra verdadera fortaleza, la clave está en reaccionar de forma sincrónica, todos tenemos que reaccionar no solo unos cuantos, porque si no esa fortaleza será nuestra gran debilidad, como lo es hoy. ¿A qué me refiero con esto? Para que el bienestar produzca felicidad nuestro entorno debe estar sincronizado en 4 estadios, la familia, los amigos, el trabajo y la salud, por lo tanto, si en estos 4 estadios influimos directamente, gozaremos de bienestar y por lo tanto de felicidad. La meta es asegurar que no tengamos conflictos en ellos y los que surjan resolverlos, con ello colaboramos en el éxito del servicio que el Estado nos preste, en nuestras relaciones laborales y personales, disminuyendo la tensión y evitando la escalada del conflicto y las consecuencias psicosociales que afectan principalmente nuestra salud.

Violencia genera violencia

Hemos patentizado hasta ahora el entorno conflictivo en el que vivimos, en donde la violencia estructural es una característica de nuestra sociedad moderna que no solo nos afecta a todos, sino que también la practicamos y somos parte de ella. La violencia genera violencia, y su escalada es evidente. Donde surge todo esto, en la violencia intrafamiliar, si la familia se afecta se afecta entonces a la sociedad, la familia es la célula de la sociedad.

La pandemia ha afectado a la familia de una forma singular, los conflictos internos se han potenciado. Antes podíamos considerar a la familia como un remanso del entorno externo, de lo que sucedía afuera en nuestra casa no pasaba, pero, resulta que sí y no nos dábamos cuenta o no queríamos darnos cuentas.

La pandemia ha hecho que esos conflictos que dejábamos pasar por alto y que eran tal vez parte de una costumbre, hoy se hacen evidentes y exponenciales. La

ausencia de tiempo y de convivencia con la familia, hacía que no nos diéramos cuentas de esos conflictos o simplemente los suplíamos con otras actividades, distractores que disuadían nuestra verdadera realidad y que nuestros intereses no estaban ubicados en el lugar y el tiempo correcto.

Hoy la pandemia nos obliga a estar y compartir el mismo espacio y el mismo tiempo, en un estadio sincrónico, por lo que la violencia intrafamiliar ha aumentado, surgiendo conflictos entre parejas, abandono, angustia por el encierro, conflictos entre padres e hijos, conflictos entre hermanos, conflictos con la familia extendida, alcoholismos, drogadicción, incertidumbre económica y social, conflictos todos ellos que pueden ser resueltos a través de la mediación, por lo que debemos estabilizar a la familia, de lo contrario nuestra sociedad colapsara.

Nuevas habilidades del mediador

Dos son las habilidades que hemos ido parafraseando a lo largo de este artículo. La sincronidad y la solidaridad. Quienes practicamos la mediación sabemos sus bondades, sus valores intangibles que la hacen ser el mejor sistema de gestión y transformación de conflictos.

Sin embargo, los mediadores al igual que otras profesiones no nos habíamos enfrentado a un entorno tan hostil como en el que nos ha ubicado la pandemia, careciendo de elementos fundamentales para lograr la gestión de los conflictos, como lo es la empatía del mediador con el mediado por mencionar solo alguna, alejándonos de la posibilidad de gestionar el conflicto correctamente, siendo entonces este un gran reto. Esta y otras habilidades tienen que ver con las técnicas que el mediador aplica al momento de gestionar el conflicto y ayudar a las partes a resolver sus conflictos.

Empero, el confinamiento, nos ha obligado a accionar de manera diferente y nos sitúa en un escenario que no es el *ad hoc* para aplicar lo que nos enseñaron, por lo que surge la variable de la falta de presencia de las partes, surgiendo entonces los MSC a distancia, la gestión remota del conflicto.

Esta situación genera un sinnúmero de posibilidades y soluciones no consideradas en el diseño de la gestión del conflicto, prevé variables tan importantes, como que no todos cuentan con los medios o TIC' s para poder generar el entorno

adecuado para llevar a cabo la mediación, ello aparte, si consideramos que nuestro sistema legal no está del todo preparado para aceptar un acuerdo virtual, esto abre una puerta a un mundo no explorado, desconocido, sin embargo, es proclive, ya que hay en este momento una aceptación social a los medios telemáticos como facilitadores de nuestra vida diaria.

Es aquí en donde surge la posibilidad de su implementación, sin embargo, solo nos referiremos a dos habilidades que señala al principio de este apartado como fundamentales para hacer realidad este nuevo entorno de gestión de los conflictos, la sincronización y la solidaridad.

La primera de ellas nos implica estar ubicados en tiempo igual, en lugares diferentes, significa que debemos comunicarnos en tiempo real, de ahí la importancia de los TIC's, ya que debemos lograr una comunicación efectiva, de lo contrario no podremos interactuar y lograr un acuerdo, esta habilidad es una habilidad técnica y sin la cual es imposible la comunicación, significa que no puedo esperar una gestión exitosa derivada de una grabación o de un email, es necesario interactuar e intercambiar en tiempo real nuestros intereses, por lo que alinearlos implica estar sincronizados.

La sincronización también significa coordinación, esto implica avanzar en un mismo sentido, el sentido de la felicidad y la paz. Y el toque impulsor de esta felicidad de esta paz, son los MASC principalmente la mediación. No puede surgir la mediación solo de una familia, se requiere que muchas familias accionen la mediación y generemos un efecto positivo a la sociedad, evitando la escalada del conflicto.

La otra habilidad no es una habilidad técnica es una habilidad blanda o líquida que tiene como principal fin adaptarnos, pero con un sentido humano, la solidaridad implica un esfuerzo mayor del de solamente querer resolver el conflicto, implica comprensión y entendimiento de que no todos gozamos de las mismas condiciones para lograr la solución, es entonces donde surge la solidaridad, no como un punto débil que implique ceder, no, implica comprender y ser más flexible para lograr el mismo acuerdo, que en otras condiciones sería tal vez más simple ante la presencialidad, el ser solidario requiere de una mayor colaboración, de paciencia, por lo que tal vez el acuerdo requerirá de un mayor esfuerzo y de un nivel de proactividad que tendrá como meta lograr el acuerdo.

Conclusión

La pandemia es un entorno por demás difícil y complejo que ha cambiado nuestra forma de vida, por lo que necesariamente los sistemas de solución de conflictos tradicionales tienen que cambiar, por demás está decir que los sistemas de gestión de conflictos como la mediación, también. La mediación goza de una ventaja en este sentido, ya que depende totalmente de las partes. La tarea del mediador es ahora más importante, ante el colapso del sistema de procuración e impartición de justicia, la pandemia es un área de oportunidad para los MSC, en especial la mediación.

Aprovechemos el sentido de solidaridad de la mediación, para lograr o mejor dicho recuperar nuestro bienestar social, seamos generadores de felicidad y de paz a través de los MSC, permitamos que nuestros intereses confluyan con los de los demás, seamos respetuosos y solidarios. Hagamos de este momento difícil una oportunidad para vivir en paz, resolvamos nosotros mismos nuestros conflictos, recordemos que para que gocemos de bienestar debemos estar bien con nuestra familia, con nuestros amigos, en nuestro trabajo y gozar de salud. Asumamos nuestra responsabilidad y sincronicemos con las demás personas de nuestro alrededor y caminemos en un mismo sentido, en pro del buen vivir, de vivir bien.

MEDIACIÓN EN LOS TIEMPOS DEL COVID-19

Pascual HERNÁNDEZ MERGOLDD¹

En estos tiempos de tensión derivada de la pandemia del Covid-19 nuestras ideas sobre normalidad, vida pública e interacción social se han puesto a prueba.

La vida cambió de forma drástica, ha afectado a todos. Millones han tenido que mantenerse en sus casas, establecimientos de todo tipo han debido cerrar, se han cancelado clases presenciales, eventos, reuniones familiares y sociales. Se han perdido miles de fuentes de empleo.

La situación imperante afectada por la pandemia del coronavirus nos mueve a asumir determinados valores y a descartar otros. Todos intentamos adaptarnos lo mejor posible a esta nueva circunstancia y buscamos soluciones a algunos de los problemas que se nos presentan.

La Semana Santa de este 2020 tuvo la peculiaridad de transitar en la pandemia, se recomendó el encierro generalizado para evitar contagios. Así mismo, el Día de las Madres, una de las fechas más importantes en México, este año tuvo una celebración atípica ante la recomendación de quedarse en casa y no salir a visitar ni a festejar.

La intensa convivencia entre integrantes de familias nucleares y ampliadas, lejos de propiciar la felicidad de sus integrantes, ha suscitado incomodidad, así como acciones de violencia. A esa situación, en muchos casos, hay que sumarle la falta de recursos económicos y las condiciones adversas para el cuidado de sus integrantes.

El aislamiento combinado con esa intensa convivencia propició frustración, tensión y aumento de la violencia doméstica y familiar, situación generadora de conflictos y controversias.

En la Semana Santa y el 10 de mayo suelen recordarse valores como el de la paz y la bondad, tan necesarios en esta crisis global, nacional, comunitaria y familiar. La

¹ Abogado, mediador y negociador. Forma parte de Asociación Nacional de Mediación. Ha sido funcionario en el sector público, catedrático, titular del Centro de Justicia Alternativa del TSJDF y es autor del libro *Hacia un sistema mexicano de mediación*.

bondad frecuentemente parece ser rebasada y aún olvidada debido a lo mundano y muchas veces frívolo de la vida cotidiana y los retos de cada día.

Ahora estamos inaugurando una circunstancia distinta a la que se le ha denominado *nueva normalidad*. Independientemente de las continuas distracciones para desviar la atención, no conviene soslayar que esta *nueva normalidad* está plagada de datos duros: más de veinte mil muertos por el Covid-19 y más ciento cincuenta mil contagiados; pérdida de millones de empleos. Para este 2020 se calcula que la cifra podrá rebasar los tres millones que afectarán también a los dependientes económicos de quienes pierden sus fuentes de ingreso, y una caída del PIB que oscilará entre el 7.5 y el 12 por ciento.

Ello es un caldo de cultivo en el que la violencia aumenta -sobre todo-, al profundizar la polarización *institucionalizada* desde el discurso que la alienta además de propiciar la discordia.

En los hechos, podemos constatar que formamos parte de sociedades cuyo motor es la violencia y los conflictos que genera con frecuencia se gestionan por esa misma vía, lo que resulta en un riesgoso círculo vicioso. La violencia disipa la seguridad humana y puede someter al Estado, además de obstaculizar las condiciones idóneas para el desarrollo social.

La violencia intrapersonal, interpersonal y grupal se manifiesta de distintas maneras y nos coloca en riesgo de auto destruirnos, de destruir al otro y a la vida social, incluso dañar irreversiblemente nuestro medio ambiente. Es omnipresente, pues ha contaminado a la sociedad con efectos destructivos y autodestructivos. No es casual que los temas relacionados con la violencia sean cada vez más abundantes en los contenidos de los medios de comunicación masiva.

En esta hora oscura de México y del mundo urge actuar para disminuir la violencia y propiciar la armonía.

La paz no puede construirse, alcanzarse ni apoyarse en la violencia y la violencia no puede conducir a la paz.

Vivimos en una sociedad en la que las controversias forman parte de la normalidad, muchas de ellas son de carácter legal y no sólo no se han detenido, sino que han aumentado día con día. No ha sido posible atenderlas y menos resolverlas

debido, principalmente, al cierre de poderes judiciales y tribunales con motivo de la pandemia.

Como toda crisis, esta también contiene nichos de oportunidad. La mayor parte de los juzgados y tribunales se han visto forzados a acelerar la adopción de tecnologías de la información para abatir la avalancha de asuntos que podrá ocurrir conforme se puedan abrir para atender presencialmente a los usuarios de los servicios jurisdiccionales. Esta nueva circunstancia estará impregnada de información electrónica, estamos entrando a una normalidad cibernética.

En tratándose de conflictos de carácter legal, los tribunales comparten desde hace varios lustros, crecientemente con los ciudadanos, la responsabilidad de gestionar, prevenir o resolver sus conflictos legales con la mediación, mecanismo pacífico de solución de controversias reconocido por la Constitución ya que, como se sabe, un creciente cúmulo de conflictos o controversias precisan de un tratamiento distinto al del proceso judicial y los mecanismos pacíficos de solución de controversias, particularmente la mediación, ofrecen esa opción.

Toda persona puede aprovechar los servicios de mediación e impulsar la gestión, prevención y resolución de las controversias que le afecten, no sólo las de carácter legal, también las del ámbito familiar o del comunitario, entre otras.

La mediación en tiempos del coronavirus ha sido posible principalmente utilizando la mediación a distancia o en línea. Si bien es cierto que aún nos encontramos en el umbral de esa modalidad de la mediación y todavía nos falta mucho por construir para que dichos servicios sean una realidad generalizada, existen mediadores privados que ofrecen esa modalidad del servicio en cualquier momento. Además, cada vez más centros o institutos de justicia alternativa, dependientes de poderes judiciales estatales, inauguraron los servicios de mediación a distancia que, a pesar de estar sujetos a un horario y calendario y de carecer de una plataforma propia, diseñada y aprobada por cada tribunal, sin duda es una buena opción que, en la experiencia, seguramente habrá de mejorarse.

La mediación en línea o a distancia es aprovechada de manera creciente ya que permite la gestión, resolución y prevención de controversias o conflictos de manera accesible y rápida, ya que evita desplazamientos de personas. No obstante, debe

tenerse la certeza de que la plataforma que se utilice cumpla con los requisitos básicos de seguridad, transmisión y confirmación de datos y de que, en su desarrollo, se respeten todos los principios que rigen a la mediación.

La mediación a distancia permite actuar muy rápidamente pues no existen problemas para concertar una cita o una sesión de mediación, ni para desplazarse. Se puede abrir el espacio virtual de una mediación de manera inmediata, y los mediados (las partes) pueden estar en cualquier parte del mundo. Esto significa que es posible atender las expectativas de la gente de un servicio instantáneo, rápido y eficaz de mediación.

Con los servicios de mediación en línea, particularmente los que ofrecen mediadores privados, pueden gestionarse, prácticamente en cualquier momento, conflictos legales de carácter mercantil, civil y familiar, así como los conflictos no legales de carácter comunitario o de violencia intrafamiliar, de manera fácil y rápida.

La mediación en línea, además de tratarse de una gestión de carácter confidencial en la que las soluciones son propuestas por las partes involucradas, ofrece un espacio de confianza en el que pueden ventilar todos los aspectos que se encuentran dentro de un conflicto o controversia, que a veces incluye factores emocionales.

Los mediadores están llamados a ser constructores de la cultura de la paz en esta *nueva normalidad* cibernética.

Es muy importante tener en cuenta que la mediación comunitaria en línea, acerca la administración a la ciudadanía.

El regreso paulatino a actividades laborales y económicas en lo que se ha denominado *nueva normalidad* incluye la reapertura de tiendas, restaurantes y centros de trabajo, entre otro tipo de establecimientos, en condiciones diferentes a las anteriores a la pandemia. Ello implica que quienes regresan a esos sitios, como clientes o empleados, han de conducirse con restricciones de convivencia y con mayor cuidado hacia los demás. Esas nuevas circunstancias habrán de propiciar situaciones incómodas y aún conflictivas. Por ejemplo, al no utilizar cubrebocas, no mantener la distancia adecuada para evitar mayores contagios o no utilizar el gel antibacterial.

Una opción real y accesible es conocer y aprovechar la mediación para superar esas controversias.

Existen ámbitos de la mediación bien estudiados y aplicados en México y en otras latitudes. Una vertiente es la denominada mediación comunitaria que se ha especializado en mediación vecinal, mediación organizacional y mediación policial, entre otras, todas ellas son aplicables en esta etapa del Covid-19.

La mediación comunitaria es un método no judicial para gestionar, prevenir y resolver conflictos entre vecinos de una comunidad; la mediación organizacional sirve para detectar oportunamente controversias o conflictos entre empleados y entre empleados y clientes o proveedores, a fin de que se prevean o resuelvan, y la mediación policial permite a las policías aumentar su capacidad de prever, reducir, manejar y propiciar la solución de los conflictos de la comunidad, de manera pacífica.

Parece olvidarse que la concordia es indispensable para comprender a nuestros semejantes, que la generosidad da sentido a la coexistencia y que la solidaridad se expresa cuando se tiende la mano a quien lo necesita. Somos seres amistosos, hospitalarios, fraternales y solidarios por naturaleza y estamos obligados a ser defensores de nosotros mismos y de nuestro prójimo.

La realidad que impone la *nueva normalidad* exige que todos propiciemos una convivencia en armonía, en una cultura de la paz, debemos evitar que la creciente discordia se transforme en odio que pueda salirse de control.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA CONTINGENCIA SANITARIA COVID-19

Manuel HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹

Al decretarse la contingencia sanitaria derivada del COVID-19, el estado mexicano generó diversas directrices y lineamientos en temas de salud con la finalidad de proteger a la población y superar el estado de emergencia, señalando entre algunas la sana distancia, permanecer en casa y limpieza específica para impedir y disminuir el contagio y, derivado de ello, los Tribunales Superiores de Justicia de las diversas entidades federativas emitieron lineamientos para suspender provisionalmente las convivencias de niños, niñas y adolescentes decretadas de manera supervisada en los diversos Centros de Convivencias Familiares para transformarse en convivencias digitales o telefónicas y las convivencias decretadas fuera del centro de convivencias deberían continuar con las recomendaciones sanitarias y bajo la estricta responsabilidad de los padres, lo que originó que los padres que tenían problemáticas de comunicación y con resentimientos de odio o rencor aprovecharon la situación para restringir total o parcialmente las convivencias familiares, sin que existiera orden judicial, abusando así de su propio derecho como padre custodio, con el argumento que su hijo al convivir con su padre podría contagiarse por COVID-19 y comprometerse su salud.

A continuación, mencionaré diversas problemáticas de las convivencias en tiempos de contingencia sanitaria por COVID-19:

- 1) Derivado de la contingencia sanitaria, algunos padres tuvieron la oportunidad de trabajar en casa y procuraban los cuidados y recomendaciones sanitarias cuando salían de su hogar para satisfacer necesidades primarias, sin embargo, al solicitar las convivencias con sus hijos, existiendo o no orden judicial, el padre o madre que ejerce la custodia negaba las mismas, sin entender o escuchar la situación particular del padre, vulnerando a su hijo el derecho de convivencias con sus figuras representativas que complementan su desarrollo personal.

¹ Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro, Docente de la Facultad de Derecho de la UAQ. Abogado especialista en Derecho Familiar y Mediación, certificado como cybermediador por ODR México y ODR Latinoamérica.

2) También algunas personas aprovecharon la pandemia para pasar el tiempo de cuarentena en la casa de algún familiar y estar esos meses con sus hijos y sus familiares, sin que haya existido el consentimiento del otro padre y además vulnerando el derecho del niño a convivir con su padre no custodio.

3) De igual forma, hubo casos en los que algunos padres tomaron la decisión de cambiarse de residencia a otro país, generando así trasladados y retenciones ilícitas, y como consecuencia de la pandemia, además, en algunos lugares se cerraron parcialmente las fronteras, se publicaron decretos en los que se suspendían actividades clasificadas como esenciales y no esenciales, teniendo con ello como consecuencia la imposibilidad del padre no custodio para poder ejercer alguna acción ya sea ante la Autoridad Central o ante la Autoridad Judicial.²

4) Aún cuando los padres no tuvieran una controversia judicial, muchos de ellos tenían una custodia o convivencia efectiva, es decir, de hecho, sin orden judicial y estos padres fueron también afectados, ya que en el supuesto de negarles las convivencias, al acudir ante la autoridad jurisdiccional a solicitar convivencias, no lo consideraban urgente, por lo tanto tendría que esperar hasta que se levante la suspensión de labores en los Juzgados Familiares por la contingencia sanitaria para ingresar su demanda de convivencias.

5) Algunos ciudadanos acudieron a solicitar medidas urgentes argumentando hechos falsos de violencia familiar, provocando que los Juzgadores decretaran orden de restricción para no acercarse a domicilio, salida del posible agresor de su domicilio con fuerza pública, inscripción de la medida con las corporaciones policiacas para asistir a la víctima en caso de presencia del presunto agresor, en consecuencia la restricción de convivencias hasta en tanto el Juez cuente con todos los elementos para variar la medida, afectando irreparablemente al niño y al padre al ser hechos falsos, sobre todo cuando fueron decretadas en tiempos de

² Tal como nos lo explica Nuria González Martín en el artículo “Sustracción internacional parental de niñas, niños y adolescentes y COVID-19”, en la serie Emergencia Sanitaria por COVID-19: Reflexiones desde el derecho (III), UNAM, 2020, pp. 28-36. El cual puede ser consultado en la página: <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/159> (Última vez consultado: 18 de junio de 2020).

la cuarentena sanitaria y no había la posibilidad de contestar demanda o variar la medida por la suspensión de actividades laborales en los Tribunales Superiores de Justicia.

En dichos supuestos, los niños fueron afectados en sus derechos de convivencia con sus padres y mantener relaciones personales con sus familiares significativos, trasgrediendo el padre custodia lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que indica: “Niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, *tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular*, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez...”.³

Por consiguiente, la limitación o suspensión de convivencias de manera unilateral del padre custodia, debe ser analizado desde una perspectiva de derechos humanos e interés superior de la niñez, reconociendo al niño como un sujeto de derechos, tal y como lo refiere la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y cambiar la visión asistencialista por un enfoque de protección de derechos humanos.

El artículo 4 constitucional establece el interés superior del niño de la siguiente manera:

...En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios...”.⁴

Sin embargo, aún cuando existen ordenamientos jurídicos los padres abusaron de su derecho de custodia y utilizaron el tema de la contingencia sanitaria por el COVID-

³ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2020). Obtenido de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_171019.pdf (Última vez consultado: 18 de junio de 2020).

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2020). Obtenido de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf (Última vez consultado: 18 de junio de 2020).

19 para limitar, restringir o suspender derechos familiares mientras duraba la misma, generando con ello múltiples discusiones y problemáticas por impedir las convivencias, situación que se agrava al momento que se encontraban imposibilitados de acudir ante los tribunales para solicitar el cumplimiento, la ejecución o la orden judicial de convivencias.

En consecuencia, la nula convivencia del niño con su padre no custodio, generó un distanciamiento parental, un abandono de las figuras significativas para el niño y un asilamiento de los padres por un plazo de 3 meses aproximadamente.

Por ello el procurar que los ciudadanos o partes del proceso puedan llegar a un acuerdo que ponga fin a ese conflicto de la forma más rápida y eficiente es una de las finalidades del artículo 17 Constitucional; por ello los mecanismos alternos de solución de controversias son una excelente alternativa para que los padres puedan lograr las convivencias con sus hijos en tiempos de cuarentena sanitaria, siendo además indispensable por temas de protección y prevención de contagios realizarla por cibermediación, utilizando plataformas digitales que sean seguras por la confidencialidad de los temas expuestos.⁵

A partir de la reforma Constitucional del 15 de septiembre de 2017, resulta primordial, fomentar e impulsar la cultura de la paz con los mecanismos alternos de solución de controversias y para ello el artículo 17 constitucional refiere lo siguiente:

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

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...⁶

⁵ Mecanismo alternativo que se viene usando cada vez más, en razón a las medidas de protección implementadas a nivel mundial, es decir el distanciamiento social. Véase González Martín, Nuria “Mediación en línea y emociones en tiempos del COVID-19”, Serie Emergencia Sanitaria por COVID-19: Reflexiones desde el derecho (I), número 14, UNAM, 2020, pp. 69-77. El cual puede ser consultado en la página: <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/151> (Última vez consultado: 18 de junio de 2020).

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2020). Obtenido de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf (Última vez consultado: 18 de junio de 2020).

Por ello resultará importante que el facilitador se encuentre capacitado o certificado para que pueda elegir el modelo mas idóneo para la mediación, tales como el modelo Harvard, circular narrativo o transformativo, de igual forma que sea capaz de elegir entre algún otro tipo de mecanismo alternativo, considerando las siguientes diferencias:

Conciliación: El facilitador generará el espacio y contexto adecuado para promover la comunicación asertiva y la lluvia de ideas que generen los intervinientes o el facilitador para llegar a los acuerdos deseados.

Mediación: Proceso en el que un tercero neutral facilita la comunicación entre las partes involucradas en un conflicto para que ellos construyan los acuerdos deseados.

La justicia restaurativa: Son procesos que involucran a todas las personas que tengan interés en atender el daño causado, necesidades y obligaciones en el entorno familiar, siendo base del proceso el reconocimiento de la responsabilidad, la reparación, restauración y protección.

En lo particular, considero que el modelo transformativo y éste a través de la mediación podría ser un excelente método alternativo de solución de conflicto para restablecer las convivencias de los padres con sus hijos en tiempos de contingencia sanitaria por COVID-19, además que será muy importante el perfil del mediador y que tenga amplios conocimientos en la materia familiar, así como de mediación, para lo cual deberá seguir las siguientes etapas:

- a) Premediación.
- b) Invitación.
- c) Discurso de apertura-presentación.
- d) Narración de la historia-exploración.
- e) Agenda de trabajo.
- f) Observo intereses y necesidades.
- g) Lluvia de ideas.
- h) Evaluación de opiniones-propuestas.
- i) Cierre-convenio.

Consecuentemente el mediador deberá obtener información relevante tales como:

- 1) El estado de salud del ascendiente no custodio.
- 2) Verificar si tiene contacto con personas infectadas por COVID-19.
- 3) Lugar de trabajo, actividad laboral y jornadas laborales.
- 4) Si trabaja en lugares de mayor o menor riesgo de contagio.
- 5) Las condiciones y medidas sanitarias adoptadas por la fuente laboral, así como los estándares de protocolos y la utilización de equipo para evitar el contagio, tal como la careta, tapabocas, tapetes sanitizantes, gel antibacterial, medición de temperatura, etc.
- 6) Si el trabajo es en casa, verificar que también que el inmueble cuente con los insumos para desinfectar artículos, tapete sanitizantes y demás contemplados en las recomendaciones para evitar el contagio.
- 7) Si ha tenido contacto con personas infectadas.
- 8) Indagar sobre la forma de transportación.
- 9) Conocer las condiciones de riesgo de contagio también de las personas con la que habita.
- 10) Obtener propuestas para la convivencia y las modalidades de seguridad necesarias para proteger el interés superior del niño a la salida.
- 11) Conforme a la edad y madurez del niño o adolescente, recabar la opinión.
- 12) Las demás recomendaciones que se considere conveniente conforme a los estándares y lineamientos de la autoridad sanitaria.

Una vez obtenida la información, se inicia con la lluvia de ideas, propuestas de convivencia, que contemple la manera de llevar las mismas, es decir, si serán digitales, telefónicas, presenciales con distancia, con medidas sanitarias para evitar contagio por COVID-19, el tiempo de convivencia y que podrán ser modificadas de manera progresiva y más flexible conforme a los semáforos de la contingencia. Tomando en cuenta lo anterior se llegarán a los acuerdos, se firmará el convenio, el cual se estará presentando una vez que se levante la contingencia para ser ratificado ante el Juez Familiar, logrando así una Sentencia a la medida, una justicia individualizada, que reconstruye las relaciones personales y familiares, coadyuvando con la infancia y las familias en México, y promover una cultura que privilegie el perdón y el acuerdo.

MEDIACIÓN: NUEVA JUSTICIA PARA UNA NUEVA REALIDAD

Rafael LOBO NIEMBRO¹

I. Introducción

El plan nacional de desarrollo del actual gobierno de la república contempla que, para alcanzar sus objetivos, propone diversas estrategias, entre ellas destaca la 1.4.1 que dice: “Promover mecanismos para la resolución pacífica de conflictos que favorezcan la reconstrucción del tejido social y contribuyan a la construcción de la paz”.

Es importante contabilizar que se ha hecho y que está aún pendiente por hacer para cumplir con esta disposición del gobierno federal.

La justicia no solo en México, pero en el mundo tiene una deuda de algún tiempo atrás con la sociedad, esta tiene que ver con modelos que han tenido muy pocos cambios en los últimos 100 años, al menos en nuestro país.

Lo complejo, lento y costoso de estos sistemas los han vuelto además de ineficientes, inalcanzables para muchas personas el día de hoy. De ahí frases como: “más vale un mal arreglo que un pleito”, pero ¿en verdad queremos eso, un mal arreglo?, pienso que merecemos mejor que eso como sociedad.

Ante estos desafíos de resolver los conflictos de todos los días, sumando esta difícil e histórica realidad que actualmente nos plantea el COVID19, el mundo y México, deben de girar en la dirección en que podamos salir delante de la mejor y más rápida forma.

Los métodos alternos de solución de controversias, como pueden ser entre otros la mediación y la conciliación, han existido en nuestra historia y tradición desde hace muchos años, más recientemente en 1997 con la primera ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo y desde entonces en prácticamente casi todos los Estados del país.

El 2008 fue un año que marco cambios legislativos a nivel federal con las reformas para la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, el cual entre otros cambios

¹ Mediador Certificado por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León con el registro No. 1, Mediador del Banco Mundial y socio de Alinea Centro de Mediación y Resolución de Controversias, S.C. www.alinea.mx.

proyectaba diversas formas de salir del proceso penal, una de ellas la mediación como manera de reparar el daño además del uso de la justicia restaurativa. La reforma penal hoy en día no ha podido lograr los resultados que se prometieron, donde se contemplaba que el 80% de los delitos denunciados podrías ser sujetos a una mediación, hoy menos del 20% de estos se resuelven por esta vía en promedio en el país, aún es muy bajo el número de asuntos que se resuelven por estas vías alternas, entre otros motivos por la falta de cultura de la misma comunidad, de algunos abogados que prefieren los procesos judiciales, de algunos operadores del sistema que boicotean estas posibilidades por falta de criterio, no contar con el perfil ni la preparación adecuada y en algunos casos por actos de corrupción. Aún hay mucha tarea por hacer en esta materia a más de 10 años de su implementación.

II. Justicia cotidiana

Dado que la materia penal solo constituye el 13% de las causas que se manejan en los tribunales en nuestro país, se hace la pregunta por la otra justicia, es decir, la que no tiene que ver con los asuntos de índole penal y que son la gran mayoría de los asuntos como son los de carácter familia, civil, mercantil, laboral, administrativo e incluso los conflictos que no se encuentran en tribunales como son los comunitarios o vecinales.

Es por ello que a finales del sexenio pasado y después de los esfuerzos por tratar de implementar el nuevo sistema penal acusatorio en México, el ejecutivo federal creó un paquete de reformas denominado Justicia Cotidiana, en base a diversos estudios donde participó el CIDE y la UNAM entre otras entidades.

Entre las propuestas y recomendaciones que se presentaron, destaca la necesidad de un mayor uso de los métodos alternos de solución de conflictos como es la mediación, para atender asuntos que no sean de naturaleza penal, en ese orden de ideas se presenta este paquete legislativo al Congreso de la Unión para entre otros hacer cambios profundos a nuestro sistema de justicia en general.

III. Justicia cívica

Dentro del paquete legislativo antes mencionado se impulsó un nuevo concepto de justicia cívica, esta se relaciona con los asuntos más comunes que se dan todos los días

entre una comunidad, para asuntos vecinales o faltas administrativas en donde los municipios son la autoridad competente para intervenir y como medida de prevención, evitar escalen estos conflictos y se conviertan en delitos del orden penal.

En estos nuevos juzgados cívicos, se contempla la participación de facilitadores o mediadores que debidamente preparados y certificados como tales, puedan ayudar a dirimir sus controversias, fomentando una cultura de diálogo, tolerancia y de pacificación social.

Dado que los recursos son siempre limitados en el sector gubernamental y que el municipio es quien menos recursos recauda y recibe del Estado como de la federación, es que encontramos este modelo limitado, pues no alcanza el presupuesto para contratar personal suficiente y pagado, como tampoco existirá capacidad instalada por estos municipios en todo el país para atender la cantidad de asuntos que se generan todos los días en una sociedad cada vez más conflictuada.

Nuestra propuesta fue y sigue siendo, el desarrollo de políticas públicas incluyentes, plurales y transversales en donde el ente de gobierno fomente la verdadera participación ciudadana organizada y responsable, en donde la misma comunidad se vuelva autogestora de sus propias causas. Estamos hablando de una reingeniería social en donde la comunidad, habilitada por la autoridad, colabora y se compromete en mejorar su entorno para desarrollar una cultura de paz. El mediador comunitario debe de ser un miembro de la misma comunidad que vive, conoce y entiende mejor que nadie las realidades que se presentan en cada entorno, a través de pares, de iguales que cuentan con el reconocimiento y respeto de su entorno estando dispuestos en ser voluntarios en estos programas.

Tenemos el testimonio de algunos ejemplos de estos programas donde hemos participado y que han tenido un impacto positivo en comunidades donde los mismos vecinos han participado activa y responsablemente, mejorando su entorno y pacificándolo para crear verdadero tejido social en los hechos más que en los discursos.

IV. Ley general de mecanismos alternativos de solución de controversias

Otro de los elementos del paquete de reformas de la justicia cotidiana fue la que faculta al congreso de la unión para expedir una ley general en mecanismos alternativos, en esta ocasión para todo lo que no contempló la reforma penal de 2008.

Esta reforma busca homologar criterios que, en México, los tribunales de los Estados no han podido resolver en más de 20 años de mediación en sede judicial, como es la formación y certificación de mediadores, los requisitos para ser mediador, la participación de mediadores privados, la tramitología en algunos casos absurda para elevar un convenio de mediación para alcanzar valor de cosa juzgada entre otros temas que aún no se han resuelto en nuestro país.

Desafortunadamente esta iniciativa carece de los elementos esperados por años para resolver diversos temas trascendentales para un verdadero cambio e impulso de la mediación, entre ellos y posiblemente uno de los más importantes sea el requisito de procedibilidad, el cual ya está de alguna manera contemplado en el artículo 17 constitucional en la reforma del 15 de septiembre de 2017, que dice en su párrafo tercero: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”. Esto quiere decir que la mediación debe de ser primero y los juicios después de haber intentado resolver por estas vías asistidas por un mediador profesional.

Hoy posiblemente más que nunca toma otra importancia ante el COVID-19 pues se espera una avalancha de demandas de toda naturaleza por los incumplimientos, en un sistema de justicia que carecía ya desde antes de los recursos suficiente y que a través de estas medidas puede ayudar a que se evite un colapso del mismo, son cada vez más los países que han realizado estos cambios y otros tantos más que debido a la emergencia sanitaria están buscando a través de la mediación como requisito de procedibilidad, evitar el colapso de los sistemas de justicia, esto ha impactado al mundo entero y México no puede, ni debe ser ajeno. Mediación primero y juicios después, debe ser el camino a seguir.

Esta iniciativa fue votada al final de la pasada legislación en cámara de diputados y está actualmente en el senado esperando ser votada para cumplir con el mandato

constitucional que tiene más de dos años de vencido el plazo para la expedición de la misma.

V. Reforma laboral

México cuenta con un sistema de justicia laboral que no opera desde el poder judicial del Estado, entendido esto desde el origen de la división de poderes de la república, ha sido una deuda que se tenía con la justicia laboral y enmendar la real división de poderes. Como parte de este paquete legislativo que hemos mencionado de la justicia cotidiana, se planteó la desaparición de las juntas de conciliación y arbitraje locales y federales que dependen de las secretarías del trabajo estatal y federal respectivamente. En cambio, propone la creación de juzgados especializados en materia laboral en los poderes judiciales y la creación de centros de conciliación en los Estados y la federación.

Es posiblemente la reforma más ambiciosa de los últimos 100 años en estos temas en donde plantea la obligatoriedad de la conciliación laboral previo a presentar una demanda laboral ante un juez en los tribunales de los poderes judiciales, con lo cual se busca resolver de manera más rápida y con menor costo para todas las partes incluyendo al Estado.

Pensamos que la reforma laboral en materia de conciliación tiene mejores oportunidades de ser exitosa que lo fue la reforma penal, entre otros porque al menos en la reforma a la ley federal del trabajo, se prevé que los conciliadores deben de ser seleccionados por medio de convocatoria pública y abierta, en base a concurso de oposición, en donde se puedan seleccionar a los mejores perfiles y más preparados. Habrá que estar muy pendiente de estos procesos y evitar malas prácticas que hemos visto en otros procesos similares donde este tipo de errores en la selección del personal idóneo mata toda posibilidad de éxito en la implementación de estas reformas.

Un área pendiente y no contemplada por esta reforma es la participación activa de conciliadores laborales privados, como si se contempla en otras materias, se repite el modelo de la reforma penal y de la justicia cívica en donde el Estado no considera la posibilidad de habilitar e incrementar sus posibilidades a través de personas que cuentan con una valiosa experiencia y que esta no se capitaliza para auxiliar al Estado como en otras tareas para una mejor y más ciudadana solución de los conflictos. El presupuesto

será siempre una limitante que se puede aliviar con la participación responsable de particulares que colabores con el Estado en estas tareas.

Hemos desarrollado junto con la secretaría del trabajo y previsión social del Estado de México, un estándar de competencia para conciliadores laborales a través del CONOCER (Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales) de la secretaría de educación federal, en donde cualquier persona ya sea en el sector público o privado que demuestre tener las competencias suficientes pueda adquirir dicha certificación, esperamos que esta y otras iniciativas similares fomenten el uso de la conciliación en sindicatos, cámaras empresariales, lugares de trabajo para de manera aún más preventiva se puedan resolver los conflictos laborales en sus lugares de origen, evitando saturar los centros de conciliación oficiales a través de una red de servicios públicos y privados.

VI. Mediación en línea

Las tecnologías de la información y la comunicación han desarrollado avances importantes en acercar a las personas a múltiples posibilidades para hacer su vida más fácil, ante la imposibilidad de la movilidad por la actual pandemia cada vez son más quienes prefieren resolver por estas vías que esperar a que vuelvan a funcionar los sistemas de justicia, recordemos que los conflictos no se van a cuarentena y estos se siguen multiplicando de manera exponencial.

Si ya contábamos con la tecnología y la legislación en algunos casos para ello, ¿Por qué nos cuesta tanto trabajo hacerlo?, ¿Qué dejamos de hacer para haber estado mejor preparados para lo que estamos viviendo hoy?, no es sencillo responder como tampoco es cuestión de buscar culpables. Por una parte, encontrábamos resistencias naturales de los tribunales debido a la desconfianza que se genera de la ignorancia en muchos casos de estos temas. Hoy parece ser que lo que se propuso hace años es ya inevitable y les llevo cerca de 100 días de encierro descubrirlo y aunque tarde, reconocerlo. Hoy estamos ante la implementación en ciernes de estos programas en sede judicial, en muchos casos con nula o muy poca preparación, habrá que estar atentos a que estos servicios cumplan con los estándares internacionales y éticos que

provean servicios seguros y confiables de otras maneras de hacer mediación, lo cual cambiará para siempre la manera de resolver los conflictos.

Los ODR (Online Dispute Resolution) por sus siglas en inglés o resolución de disputas en línea, como se les conoce en el mundo, tienen décadas de funcionar y resolver conflictos, principalmente de materia comercial, sin embargo, estas plataformas han evolucionado y se han vuelto más “amigables” para que cada vez sean más accesibles para más personas, lo cual nos lleva a pensar en la posibilidad y necesidad de poderlo hacer en otras materias distintas a la comercial.

No se trata de sustituir lo presencial por lo virtual, son dos cosas diferentes que presentan ventajas y desventajas cada uno, debemos de estar consciente de ello y conocer más del tema. Ante la realidad del COVID19 cada día más y más personas están usando la tecnología y sus posibilidades a distancia para resolver otras situaciones como compras y servicios, educación a distancia y un gran número de actividades que pensamos no eran posible realizar si no era a través de actor presenciales.

Lo anterior ha implicado adaptarnos a las nuevas realidades impuestas al mundo por esta pandemia, no se trata ya más de si nos gusta o no, pues las necesidades de resolver de las personas están por encima de nuestras preferencias. Esto implica estar abiertos a aprender nuevas formas de hacer lo mismo, desarrollar otras competencias para poder prestar servicios profesionales, para lo cual debemos de prepararnos y estar capacitados para de manera segura ayudemos a resolver conflictos por estos medios.

En mi experiencia como mediador de más de 20 años y de los cuales casi la mitad de ellos he realizado mediaciones a distancia para el Banco Mundial y otros clientes, he encontrado los beneficios para las partes de evitar gasto de traslados al viajar, hospedaje y la perdida de tiempos muertos que esto genera, en un mundo cada vez más práctico y enfocado en resultados. Lo anterior no va en detrimento de la parte humana que es propia de la mediación y que se debe de cuidar tanto en lo presencial como en lo virtual.

Es increíble pensar en los cambios que el uso de estas tecnologías generará en pocos años más, como el crecimiento de la inteligencia artificial, en donde se nos hará incluso rudimentario las formas con las que contamos hoy, pues los avances en los tiempos de los cambios tecnológicos crecen de manera exponencial y vertiginosa, en donde la tecnología es una herramienta, no para sustituir a las personas o las formas

presenciales, pero que nos ayuda a llegar a más personas, más rápido y con menor costo para todos.

Finalmente, la mediación en su esencia y principios es la misma, es solo usar un vehículo diferente que nos podrá llevar más lejos y más rápido que nunca.

VII. Conclusiones

1) La justicia actual tal y como la conocemos está obligada a abrirse a cambios radicales y necesarios para hacerla más accesible, los métodos alternos de solución de conflictos, en particular la mediación nos ayuda a cumplir con un derecho humano que es el acceso a la justicia.

2) Existen las reformas actuales en México y algunas pendientes que requieren particular atención en la parte más crucial que es la implementación y aprender de los logros y errores de otras experiencias propias y de otros países.

3) El estado mexicano debe de generar políticas públicas más plurales e incluyentes de la sociedad para una ciudadanía de la justicia más participativa, basada en principios democráticos, de transparencia y rendición de cuentas.

4) La mediación debe de ser la primera opción por mandato antes de entablar un juicio, como requisito de procedibilidad en donde todos ganan en ahorros y eficiencia de sus tiempos, fomentando una cultura de paz.

5) Se debe de impulsar el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para ofrecer servicios de mediación en línea desde la esfera gubernamental como desde el ámbito privado para llegar a más personas, esta debe ser una medida permanente y no eventual por motivos de la pandemia, que complemente y fortalezca los actuales servicios públicos y privados de la mediación en nuestro país, para darle más opciones a las personas y sean ellos quienes decidan el tipo de servicio a escoger.

LA IMPORTANCIA DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS FRENTE A LA PANDEMIA COVID-19

Víctor Manuel NAVARRETE VILLARREAL¹

Nuestra deshumanización y torpeza han alcanzado grados superlativos. No nos ha bastado ejercer violencia contra nuestros semejantes, sino que los seres humanos también hemos destruido el único hogar que todos compartimos.

A partir de la Revolución Industrial, nos hemos dedicado, en forma sistemática, a destruir el ambiente. Este ecocidio podría, en el largo plazo, acabar con la humanidad. Sin embargo, existen peligros de corto y mediano plazos, derivados de la escasez de recursos naturales y de ciertas enfermedades, los cuales pueden generar conflictos severos entre las naciones o en el seno de los Estados. A esta clase de problemas habrá de enfrentarse el científico social del siglo XXI.

En la misma línea de pensamiento de Tad Homer-Dixon y Daniel Deudney, Robert Kaplan² afirma que las ciencias sociales han asumido, de manera errónea, que los cambios políticos y sociales sólo pueden producirse por causas sociales, pero no así por las de orden natural. El deterioro ambiental y la escasez de recursos naturales pueden desembocar en conflictos graves. Por ejemplo, Turquía controla una parte sustancial del suministro de agua que un gran sector de la población de Medio Oriente habrá de consumir en el futuro. En nuestro mundo, el control de recursos naturales vitales, se ha convertido en un instrumento de negociación preponderante en las relaciones internacionales. Las palabras que al respecto expresara un alto funcionario turco, son ilustrativas: "...Es verdad, nosotros podemos parar el suministro de agua que llega a Siria y a Irak hasta por un periodo de 8 meses, sin que se inunden nuestras presas, con la única finalidad de controlar el comportamiento político de estas naciones..."³

¹ Director General del Centro Estatal de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México.

² Robert Kaplan. "The Coming Anarchy", en *The Atlantic Monthly*. <http://www.theatlantic.com/politics/foreign/anarcf.htm>.

³ *Idem*. "...It is true, we can stop the flow of water into Syria and Iraq for up to eight months without the same water overflowing our dams, in order to regulate their political behavior" (traducción libre del autor).

Al igual que en el caso de los recursos naturales, las enfermedades pandémicas y la sobrepoblación pueden desencadenar confrontaciones violentas en los pueblos que habitan la Tierra.

El 31 diciembre de 2019 se notificó que un extraño virus había infectado a varias personas, probablemente en un mercado de Wuhan, China. Pronto se le conoció como el virus SARS CoV 2 que provoca la enfermedad denominada Covid 19. En la fecha en que este escrito se redacta, en el mundo existen 7,273, 958 personas confirmadas como infectadas y 413, 372 personas fallecidas. No hay, prácticamente, un rincón en el mundo en el cual no se haya esparcido el virus y la enfermedad.⁴

El gobierno mexicano reporta al día de ayer un total de 129,184 casos confirmados y 15,357 muertes, en donde la Ciudad de México y el Estado de México, concentran 33,173 y 20,723 casos confirmados respectivamente.⁵

Tal vez esta sea la pandemia de mayor envergadura de la que la humanidad tenga registro, no por su letalidad, pero sí por sus alcances. La globalización, nuestra gran movilidad por el planeta, nos da cuenta de ello.

El mundo comenzó a reaccionar como pudo. Cada nación ha intentado poner en práctica los mejores protocolos para atender a los enfermos y evitar los contagios. No ha sido fácil. Las economías han sufrido los embates de este mal, ya hay desempleo y una depresión económica que aún no se puede calcular con precisión.

México ha puesto su mejor esfuerzo por derrotar a un enemigo invisible y terco. Gobierno y sociedad civil se han movilizado para paliar este mal. Aún no logramos detenerlo, pero la vida sigue con sus exigencias que no admiten demora: empleos, alimentación, educación, por supuesto salud y también justicia.

La justicia no es un derecho de segunda categoría, sino uno fundamental. Imaginemos que hiciéramos una pausa mientras que un violador se burla de la justicia y de su víctima; o mientras que un hombre golpea a su esposa.

⁴ Página Web de la Organización Mundial de la Salud, 11 de junio de 2020: <https://www.who.int/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>.

⁵ <https://coronavirus.gob.mx/datos/> 10 de junio de 2020.

Ni el país, ni el Poder Judicial del Estado de México podían permitir eso. En virtud de ello, el Consejo de la Judicatura, encabezado por su Presidente, se dio a la tarea de reactivar la mayor parte de los servicios de justicia.⁶

Uno de los servicios que se reactivó vía remota fue el de mediación, a cargo del Centro Estatal de Mediación, Conciliación, y de Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México. Había que instrumentar lineamientos sencillos para poner en marcha la mediación en línea o mejor dicho a distancia. No contábamos con la infraestructura de telecomunicaciones idónea para llevar a cabo nuestro trabajo, pero sí con la inquebrantable voluntad de más de 85 compañeras y compañeros que echarían a andar su talento y creatividad para acercarnos a la población que solicitara nuestros servicios e infundirles confianza en algo que, para muchos, parecía una fantasía en el mejor de los casos.

Cuando iniciamos el servicio vía telefónica o a través de la computadora la gente se preguntaba: “¿Es usted mediador? ¿Cómo sé que no es una extorsión? ¿Quién me garantiza que mis datos personales no se divulgarán o que la persona con la que tengo el problema no me va a grabar? ¿Qué es eso de la firma electrónica?”.

En fin, todos teníamos muchas dudas; sin embargo, nos dimos cuenta que la mejor estrategia era escuchar, entender, explicar e infundir confianza. Así lo hemos hecho desde el 4 de mayo de 2020 y al día de hoy hemos llevado a cabo más de 370 sesiones efectivas de mediación virtual en todo el Estado de México. Se han logrado acuerdos verbales, de mutuo respeto y algunos convenios escritos, a través de la firma electrónica. Debemos de tener en cuenta que los compañeros encargados del área de tecnologías de la información están brindando ayuda a todo el Tribunal, institución que está operando todos sus servicios vía remota, salvo aquellas diligencias jurisdiccionales que requieren de notificación personal, como el embargo de bienes.

⁶ Circular No.27/2020 de 29 de abril de 2020. Acuerdo del Pleno del Consejo de la Judicatura del Estado de México de veintinueve de abril de dos mil veinte, mediante el cual se prorroga la suspensión de labores en los órganos jurisdiccionales y unidades administrativas, se amplían los servicios del Tribunal Electrónico y se emiten los lineamientos generales de operación de los servicios del Centro Estatal de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa.

Circular No. 32/2020 de 27 de mayo de 2020. Acuerdo del Pleno del Consejo de la Judicatura del Estado de México de veintisiete de mayo de 2020, mediante el cual se implementan los mecanismos que permiten mantener y ampliar los servicios a distancia a través del Tribunal Electrónico y se establecen las bases para la reanudación gradual de labores en los órganos jurisdiccionales y unidades administrativas.

No nos queda la menor duda que las crisis tienen aspectos positivos. En primer término, la pandemia nos obligó a digitalizarnos de un día para otro. Estos servicios de mediación digital habrán de perfeccionarse para que, una vez terminada la contingencia, los podamos ofrecer, en forma ordinaria, a la ciudadanía.

También pudimos corroborar lo que ya sabíamos, pero no palpábamos: nuestro apego al mundo sensible, lo que se ve, toca, escucha, huele, lo que se percibe de manera presencial, captamos a los otros más rápido si compartimos el mismo espacio físico. Somos animales extraordinariamente territoriales, pero aprendemos con rapidez y flexibilidad. El modo virtual de comunicación exige un gran esfuerzo al cerebro, pero no es imposible lograr dominar este tipo de comunicación en un tiempo relativamente corto, nuestros cerebros poseen una gran plasticidad.

Por otro lado, nos dimos cuenta, en forma nítida, de la enorme desigualdad social que prevalece en el país y de la brecha digital que existe entre diversos sectores de la población. Siempre hemos atendido a sectores con escasos recursos económicos, pero de manera presencial. Recargar el teléfono celular para atender una sesión en línea o comprar más comida para la familia puede hacer la diferencia entre mediar o no mediar. Respecto de este punto, fue motivo de regocijo saber que muchas personas que no tenían celular, lo pedían prestado a algún pariente o amigo, con tal de intentar resolver su conflicto con nuestra ayuda.

También nos dimos cuenta que la gente comienza a quedarse sin empleo, que se avecinan tiempos difíciles desde el punto de vista económico y social.

Estamos ciertos que una vez concluida la contingencia sanitaria, se vendrá un alud de asuntos judiciales que los tribunales habrán de atender. Es momento de que la mediación crezca de verdad y que este procedimiento se convierta en requisito preprocesal; es decir, anterior al juicio. Sólo así, la mediación se convertirá en una posibilidad real no solamente para despresurizar a los órganos jurisdiccionales, sino para devolverle a la gente la posibilidad de resolver por sí misma sus controversias jurídicas, solo con la facilitación de alguna persona mediadora, sin necesidad de mover toda la maquinaria jurisdiccional, incluyendo a los abogados. Los juicios implican un gasto fiscal altísimo si se les compara con la inversión requerida en los procesos de mediación, conciliación o de justicia restaurativa.

No hay razón de peso para que los métodos alternos de solución de controversias no sean requisito de procedibilidad.

Muchos críticos dirán que este movimiento significaría desplazar el problema y saturar a los mediadores. Hay que recordar que siempre se puede capacitar mediadores privados que serían, al igual que los públicos, auxiliares de la administración de justicia. El Estado no debe hacerlo todo, por ello hay que fomentar su sistema armónico de mediadores públicos y privados, ambos con la misma dignidad y credibilidad. Es probable que, en un principio se generen ciertos cuellos de botella que irán desapareciendo conforme se afine este nuevo sistema.

Si logramos este crecimiento de la mediación, estaríamos dejando de ser paternalistas, fomentando la democracia real y ampliando, de verdad, el espectro de posibilidades de solucionar conflictos legales. El Estado pasaría de ser un leviatán, o un ogro filantrópico, en el mejor de los casos, para convertirse en un verdadero facilitador de la vida democrática, en donde las personas asumen su propia responsabilidad para con los demás y para consigo mismas.

Por último, me parece que la gran lección que nos deja esta pandemia es que nos recuerda nuestra vulnerabilidad y fragilidad como seres humanos. Esta vulnerabilidad es precisamente lo que puede despertar la compasión entre los mediadores y los mediados. La compasión es, a nuestro juicio, la máxima expresión de la empatía. Fomentémosla hoy más que nunca. La mediación es un ejercicio de entendimiento entre los seres humanos. No insistamos en tener la razón en un pleito. Recordemos que un monstruo microscópico tiene en vilo a la humanidad.

MEDIACIÓN: MÉTODO EFECTIVO PARA AFRONTAR CONTROVERSIAS SURGIDAS POR LAS MEDIDAS TOMADAS EN MÉXICO PARA AFRONTAR EL COVID-19

Antonio M. PRIDA PEÓN DEL VALLE¹

Irene Mariana CUÉLLAR ARAIZA²

En México y en el mundo se ha presentado una situación sin precedentes, la cual tuvo que afrontarse especialmente en México sin estar preparados. Las medidas del gobierno para afrontar la misma han consistido, entre otras cosas, en la emisión de acuerdos del Consejo General de Salubridad General en materia sanitaria y por otro lado de acuerdos de la Secretaría de Salud.

Una de las principales consecuencias de la implementación de las acciones establecidas en México, indudablemente deriva de la suspensión de todas las actividades que no entren dentro de la categoría de “esenciales”. Si bien lo que se esperaba con esta medida era detener la propagación del COVID-19, la misma también ha tenido como consecuencia graves repercusiones económicas, laborales, civiles y comerciales, que sin duda provocaron y seguirán provocando el incumplimiento de contratos de todo tipo.

Aunado a esto, la pandemia del COVID-19 continúa afectando al mundo entero; hasta el día de hoy en México no tenemos una fecha cierta de cuándo se volverá a la “normalidad”. Así, a mediados de junio de 2020 hay 16 entidades federativas en un nivel de riesgo máximo epidémico y 16 entidades federativas en nivel de riesgo alto epidémico, por lo que por el momento varias actividades económicas se mantienen cerradas y

¹ Es socio fundador de la oficina en México del despacho internacional de abogados Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, es abogado de la Escuela Libre de Derecho, admitido como Foreign Legal Consultant por la Suprema Corte de Justicia de los Estados de Nueva York y de Texas, es Presidente del Comité de Mediación de ICC-México y Mediador Privado Certificado No. 619 por el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

² Asociada en Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle en la oficina de Ciudad de México, donde ha tenido la oportunidad de trabajar en materia de métodos alternativos de solución de controversias. Así, cuenta con práctica en materia de mediación, donde ha trabajado con el Mediador Privado Certificado Antonio Prida Peón del Valle, y en materia de arbitraje donde ha podido participar en disputas relacionadas con tratados de inversión y contratos bajo las reglas de LCIA, CIADI y CNUDMI. La Srta. Cuéllar es licenciada en derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas.

algunas otras pueden reiniciar operaciones con aforos restringidos. Se tiene registro de más de 20,000 casos confirmados activos y aproximadamente 155,000 casos acumulados, además de las más de 18,000 defunciones registradas.

Para afrontar las consecuencias económicas y comerciales, el gobierno federal ha implementado diversas acciones que incluyen nuevos giros en el listado de actividades esenciales, el otorgamiento de apoyos financieros a pequeños y medianos empresarios, así como a bancos comerciales y de desarrollo, “tandas para el bienestar”, Créditos INFONAVIT, diferimientos parciales o totales de pagos de capital o intereses, el conocido plan de la “Nueva Normalidad”, entre otros. Si bien el efecto que se busca con estas acciones es tratar de mitigar las graves consecuencias económicas y comerciales, muchos de estas controversias vienen acompañadas de conflictos civiles, mercantiles y laborales que no pueden ser mitigados únicamente con estas medidas, por lo que en muchos casos, sino es que en la mayoría, se deberá hacer uso de medios de solución de controversias.

Por ejemplo, sabemos que aún con estas medidas económicas la decisión de suspender las actividades no esenciales, ha ocasionado ya el incumplimiento de acuerdos y contratos en las diversas actividades que realizamos los seres humanos, incluyendo aquellas tan personales como la provisión de alimentos y sustento a nuestras familias, el pago de los créditos relacionados con la compra de nuestras viviendas, o bien, el pago del arrendamiento de las mismas, así como otras relacionadas con el pago de nóminas, la entrega de productos y el pago de créditos, hasta la pérdida de empleos. Además de los problemas de incumplimiento que también enfrentan o enfrentarán las grandes empresas, nacionales o aún las transnacionales, en sus grandes proyectos de infraestructura o de prestación de servicios, incluso aquellas que cotizan en las Bolsas de Valores, todo lo cual ha provocado un círculo vicioso que nos pone a todos en la posibilidad de incumplir con nuestras obligaciones.

Al respecto, las legislaciones del mundo, incluyendo la mexicana, contemplan mecanismos extremos como el caso fortuito y la fuerza mayor, como excluyentes de responsabilidad ante incumplimientos, cuando se está frente a acontecimientos ajenos a la voluntad del deudor, imprevisibles o inevitables, que impiden cumplir con una obligación determinada y, aunque se cause daño al acreedor, no producen la

consecuencia jurídica de tener que pagar los daños y perjuicios causados. Tal es el caso de hechos naturales como un ciclón o aún una pandemia, o los llamados “hechos del príncipe”, como una orden o un decreto como los adoptados en México, que obligan a suspender actividades no consideradas esenciales, durante un plazo, lo que impide generar recursos económicos para cumplir con una obligación de pagar, o bien, impide generar productos o prestar servicios. La razón de ser de estos mecanismos deriva del principio jurídico de que “nadie está obligado a lo imposible”.

Sin embargo, la aplicación de las disposiciones legales relacionadas con las mencionadas instituciones del caso fortuito y la fuerza mayor es muy casuística, y cada caso en particular requiere ser analizado a gran detalle y contrastado con la legislación aplicable, que varía de país a país, y en nuestro caso de entidad federativa a entidad federativa; todo lo cual puede derivar en posicionamientos jurídicos opuestos entre las partes, que motiven la necesidad de que un juzgador determine cuál de ellas tiene mayor razón legal y, en consecuencia, cuál de las posiciones debe prevalecer. Otro reto que se presentará cuando se busque la solución de controversias por el medio judicial radicará en la sobrecarga de trabajo de los tribunales, derivado entre otras cosas del cierre temporal de los mismos y de la adaptación, al menos a nivel federal, de la integración y tramitación de expedientes electrónicos. Esta situación que los tribunales muy probablemente enfrentarán, hará poco viables los litigios como medida para resolver de manera efectiva y con celeridad los problemas derivados de las medidas impuestas para afrontar la pandemia COVID-19.

Es por ello que se abre para todos el fértil terreno de los llamados medios alternativos de solución de controversias, los cuales incluyen desde medios heterocompositivos como el arbitraje, en el que uno o varios terceros neutrales llamados árbitros, intervienen por voluntad de las partes para juzgar su respectiva posición legal en controversia y definir con fuerza vinculativa cuál de ellas debe prevalecer, hasta medios autocompositivos, como la mediación o conciliación, en los que uno o más terceros neutrales apoyan a restablecer la comunicación entre las partes, para ayudarles a construir una solución negociada del conflicto que enfrentan. En estos mecanismos autocompositivos, el mediador o conciliador no juzga la posición legal de las partes, sino que les ayuda a escudriñar en sus intereses y necesidades, a efecto de que de manera

creativa construyan una solución buena para todas las partes en conflicto, la cual incluso puede construirse con elementos ajenos al mismo.

Ante la pandemia que enfrentamos, resulta particularmente interesante y útil la figura de la mediación, en la que se enfoca este artículo. La misma se distingue de la conciliación en que el mediador ayuda a restablecer la comunicación de las partes y a equilibrar el poder de las mismas para encontrar una solución común, pero no juzga ni da una solución al conflicto, sino que ayuda a las partes a que ellas mismas construyan la solución. Mientras que en la conciliación, aunque el conciliador tiene una posición más proactiva, tampoco juzga ni tiene facultades de imponer una solución a las partes, pero sí llega a hacer propuestas de solución a las partes que serán aceptadas o no por éstas, según lo decidan.

En la coyuntura actual, el mediador puede contribuir a identificar los intereses de las partes y a alinearlos hacia un interés común que les permita crear un mejor futuro para ellas. Lo anterior debido a que a diferencia de lo que sucede en los litigios ante tribunales, sean judiciales o arbitrales, en el campo de la mediación el enfoque está en el futuro más que en el pasado, así como en la satisfacción de los intereses y las necesidades de las partes, más que en la aplicación de la ley, aunque desde luego sin violentarla.

El mediador ayuda resolver ese conflicto humano fundamental que surge cuando hay una controversia y que no puede ser resuelto por un juez, porque el juez va aplicar el derecho, lo que dice la ley, no va a poder considerar otra solución, que quizá sea lo que las partes desean. En muchas ocasiones una sentencia judicial o un laudo arbitral deja insatisfechas a las dos partes o a varias partes, que acudieron a esos medios heterocompositivos, en tanto que en el contexto de la mediación generalmente ambas partes salen satisfechas, e incluso logran en muchas ocasiones recuperar su relación, lo que no solo genera que se resuelva el conflicto, sino que puede ayudar a generar nuevas oportunidades entre las mismas.

Algo que resulta fundamental en el contexto de la mediación, y que ayuda a generar ideas de solución, incluso con elementos externos al conflicto, es el ambiente que genera el mediador de confidencialidad y de confianza. Uno de los principios esenciales de la mediación es que todo aquello que se discuta en el contexto de la

mediación, así como los documentos que se produzcan con motivo de la misma no pueden ser revelados a terceros, no pueden ser utilizados en juicio, y no obligan sino hasta que las partes lo acepten y confirmen por escrito en un instrumento legal apropiado. Esto ayuda a que las partes tengan la oportunidad de posicionarse sobre el asunto y que puedan proponer distintas soluciones al conflicto que de otra manera no podrían proponer, por considerar que dicha información pueda ser utilizada posteriormente en su contra en un litigio.

Otra ventaja fundamental que ofrece la mediación privada, especialmente en la Ciudad de México, es que los convenios que se formalicen ante mediador privado certificado por el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y sean registrados ante el mismo, gozan del privilegio legal de tener fuerza ejecutiva y de ser considerados cosa juzgada, tal como si se tratara de sentencias judiciales o de laudos arbitrales. Esto es, que la controversia resuelta a través de este mecanismo ya no puede ser juzgada por un juez o por un árbitro, pues por voluntad de las partes la misma ya ha sido resuelta de manera definitiva por ellas y sólo en caso de incumplimiento de las partes la autoridad judicial puede intervenir, pero exclusivamente con el propósito de darle ejecución forzada. Ello en adición a la utilidad que significa en el arreglo, la fe pública con que cuentan los mediadores certificados en el ámbito de sus respectivas mediaciones.

Aunque normalmente la mediación se lleva a cabo de manera presencial, ante la pandemia la tecnología ha sido fundamental para la resolución de conflictos mediante este mecanismo, pues la misma brinda instrumentos para que las mediaciones se lleven a través de videoconferencias, e incluso existen disposiciones legales en relación con la formalización de convenios online, a través de la firma electrónica.

Todos estos elementos hacen muy conveniente para las partes considerar la mediación para resolver sus conflictos derivados de posibles incumplimientos, tanto en el campo civil, familiar, y mercantil, como en el laboral y penal, por lo que invito a mis colegas abogados a que conozcan los beneficios que otorga este mecanismo alternativo de solución de controversias y lo consideren en beneficio de sus clientes, especialmente ahora que veremos los tribunales colapsados y en crisis, siendo los mecanismos alternos

de solución de controversias la forma apropiada de aliviar esta crisis legal que tendremos que enfrentar.

COVID-19 Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS EN MATERIA PENAL: ¿OXÍGENO PARA REFRESCAR AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ANTE LA NUEVA CONFLICTIVIDAD?

Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA¹

El contexto de la pandemia causada por COVID-19 nos enfrenta a dos realidades inminentes que tendrá que enfrentar el sistema de justicia penal durante los próximos meses. La primera es el crecimiento de nuevas conflictividades que se han generado durante el confinamiento y la segunda es la esperada saturación de los recursos del sistema de justicia penal. La intención de este artículo es abordar las posibilidades de los mecanismos alternativos de solución de controversias [MASC] para superar este nuevo contexto, sin renunciar a la finalidad de resolver los conflictos con un mínimo nivel de justicia.

A pesar de que la justicia alternativa fue propuesta como uno de los elementos más relevantes de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, el sistema de justicia mexicano se ha adaptado poco a este nuevo paradigma, por lo que se mantiene como una de las áreas retrasadas en la implementación de la reforma. El artículo considera que el contexto apuntado brinda una nueva oportunidad de refrescar la justicia alternativa en nuestro país, siempre y cuando permitamos superar los límites formalistas que el sistema conserva en la forma de observar los conflictos penales, así como la atención a los problemas propios de la justicia alternativa.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias

La justicia alternativa ha recibido un fuerte impulso en los últimos treinta años en el país. La Ley Federal del Consumidor de 1992 fue la primera en considerar los mecanismos alternativos como manera de resolver conflictos entre particulares. En 1993 también se incluirían en la Ley de Comercio Exterior y en 1999 en la Ley de Protección y Defensa a los Servicios Financieros. A nivel local, desde 1997 se incorporó en la constitución local

¹ Coordinador del Área de Sociología del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM e Investigador Nacional CONACYT (abad@unam.mx).

del estado de Quintana Roo la garantía dentro de la administración de justicia de la búsqueda de medios alternativos. Previo a la reforma al artículo 17 de la Constitución federal de 2008, otros estados como Baja California Sur, Nuevo León y Querétaro también la incorporaron.

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008 estableció como nuevo principio del sistema de justicia en México la presencia de los MASC.¹ Su finalidad es encontrar una solución para conflictos que han sido planteados de naturaleza penal, mediante un acuerdo reparatorio sujeto a control judicial. Los MASC no proceden ante cualquier denuncia penal sino que solo para los delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admitan el perdón de la víctima o el ofendido, delitos culposos, o delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.¹ Pueden ser planteados desde el momento de presentación de la denuncia y hasta antes del auto de apertura a juicio. Los MASC se encuentran regulados por el Código Nacional de Procedimientos Penales, así como por la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (LNMASC).

Los MASC buscan una forma directa, fácil y eficaz de lograr la justicia mediante la intervención de las partes involucradas en un conflicto como los principales responsables de encontrar una solución. Esto da pie a una justicia más próxima para quienes intervienen en ella. Entre sus características principales se encuentra que no se somete a un proceso judicial formal el conflicto, que hay flexibilidad en los procedimientos y que se aleja de las formalidades para resolver los conflictos. Además, los MASC reducen la carga de trabajo penal y gastos procesales, además de encontrar soluciones a los problemas de una manera pacífica, integral y eficiente. Con ellos se busca reparar el daño causado a las partes, además de reestablecer el tejido social que hubiera sido lastimado por un conflicto.

La LNMASC reconoce la existencia de tres tipos de mecanismos que pueden llevarse adelante en materia penal: mediación, conciliación y junta restaurativa. La mediación es el mecanismo voluntario mediante el cual los propios intervinientes buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución a esta. La intervención estatal se da mediante la participación del facilitador para propiciar la comunicación y el entendimiento mutuo entre los intervinientes y la del

ministerio público o juez para calificar la legalidad del acuerdo reparatorio y su cumplimiento.

La conciliación es el mecanismo voluntario mediante el cual los intervinientes proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados con el apoyo del facilitador quien sobre la base de criterios objetivos puede presentar alternativas de solución diversas a las partes. Aquí como se observa, la participación del facilitador es más activa, teniendo la posibilidad de proponer una solución.

El tercer mecanismo reconocido es la junta restaurativa en la cual la víctima, ofendido, imputado y en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades colectivas, así como la reintegración de los involucrados a la comunidad y la recomposición del tejido social.

A pesar de todas estas ventajas, los MASC tienen algunos puntos débiles que deben observarse atentamente. El primero y más importante refiere a las resistencias culturales que se traducen en el rechazo que existe en muchos sectores del complejo legal (jueces, abogados, defensores, escuelas de derecho) para considerarlo como justicia plena. Para un gran número de abogados y abogadas los MASC no alcanzan a ser justicia porque no cumplen con algunos elementos del sistema penal formal como el esclarecimiento de los hechos. Mucho de este rechazo se encuentra fundamentado en profundas creencias autoritarias en nuestra sociedad, en donde es difícil imaginarse que la justicia pueda ser alcanzada por los propios ciudadanos y se considera que debe existir una intervención estatal fuerte para lograrla. Pare del rechazo refiere a la concepción tradicional decimonónica de la justicia, en donde se incorporó como un principio central del estado moderno la impartición de justicia por tribunales establecidos.

También es cierto que los MASC pueden presentar fallas importantes que reproduzcan los vicios que atraviesa la justicia penal ordinaria. Por ejemplo, en muchas ocasiones las partes que concurren a las sesiones no tienen acceso a la misma calidad de información y por lo tanto es fácil observar que las negociaciones pueden acontecer con serios desequilibrios. No está adecuadamente garantizado el acceso a la asesoría jurídica de los intervinientes, por lo que es posible que alguna de las partes se sienta comprometida a realizar cierto tipo de actividades cuando jurídicamente no existe la

posibilidad de que tuviera que enfrentar consecuencias legales por una acción. También los MASC representan la posibilidad de que se presione a una persona a aceptar un acuerdo, a pesar de que no tenga responsabilidad en los hechos, debido a su perfil racial, social o a su record criminal.

Los MASC y la nueva conflictividad

Poco sabemos pero mucho nos imaginamos de como será la nueva cotidianidad en el mundo y nuestro país al terminar el aislamiento como medida de salud pública. Lo que si sabemos es que los problemas que arrastra nuestra justicia desde hace tiempo no desaparecerán por arte de magia y que, por el contrario, el contexto post pandemia se acompañará de nuevas conflictividades surgidas durante la misma. El sistema penal mexicano arrastra un serio déficit debido a que la reforma penal de 2008 nunca llegó a una suficiente implementación. Los grandes problemas del sistema de justicia mexicano permanecen a la fecha sin que la reforma haya podido resolverlos. El sistema de justicia penal mexicano continúa siendo elitista, corrupto e ineficiente, aunque hay avances importantes en áreas como las defensorías públicas o la participación de la víctima en el proceso.

La nueva cotidianidad que viviremos en los próximos meses sumará a estos problemas nuevas conflictividades. Por ejemplo, se avizora como se ha vivido en muchas regiones del mundo, un menor respeto hacia los derechos humanos en pro de un mejor control de la sanidad pública entre la población e incluso, un aprovechamiento del contexto de la pandemia para restringir injustificadamente las libertades. También es posible pronosticar un futuro de recursos económicos disminuidos para los particulares y para el Estado. Todas las economías del mundo enfrentarán un año económico 2020 peor al del año anterior y en muchos pronósticos el 2020 igualará o superará los records negativos de los momentos más problemáticos de la historia mundial reciente como la crisis económica del año 2008.

La combinación de estos factores con el sistema de justicia puede aumentar la intensidad de los problemas que arrastra el sistema penal mexicano si no se buscan soluciones. Una de ellas puede encontrarse en un uso más extenso de los MASC para resolver conflictos planteados con naturaleza penal. Para hacerlo será necesario superar

las resistencias que existen a la implementación de los MASC, con la finalidad de incrementar su importancia y uso.

Es evidente que el uso de los MASC hace mucho más eficiente el sistema de justicia porque permite resolver más conflictos, con un mayor porcentaje de aceptación por las partes involucradas, en menor tiempo y con menor uso de recursos. Pero para conseguir que esto permee en el sistema de justicia es necesario que el complejo legal le de la importancia que a la fecha les ha negado. Debe en primer lugar considerarse que el uso de los MASC permite llegar a una solución justa de los problemas y no a una segunda opción menos cara. Un acuerdo reparatorio debe ser visto con la misma fuerza dentro del sistema de justicia que una sentencia, sin embargo, a la fecha eso no sucede. Una vez que se le da ese nivel a la justicia alternativa, tiene que estar respaldado con los recursos humanos y materiales suficientes para ello. Actualmente dentro de las procuradurías las áreas de MASC son marginales, mientras que el peso institucional se sigue dando a la investigación y persecución dentro del proceso tradicional del delito.

También debe dejar de pensarse que los MASC sirven para resolver problemas de poca importancia o de delitos “no graves”. Lo que define la procedencia de los MASC no debe ser la gravedad o importancia sino la capacidad de que las partes puedan llegar a un buen acuerdo reparatorio en donde se consiga reparar el daño y recomponer el tejido social. Para combatir esta visión lo más importante es alejarnos de las visiones punitivistas de la materia. Lamentablemente estas visiones se encuentran aún en boga; existe una tendencia a construir *enemigos* dentro del derecho penal a quienes se debe castigar con *todo el peso de la ley*. Poco ayuda la existencia de normas que castigan con prisión preventiva oficiosa a los procesados por cierto tipo de conductas. Por ejemplo, casos prototípicos para la resolución a través de MASC como los de violencia familiar, se alejan de la posibilidad de ser solucionados con un mecanismo debido a una visión punitiva de como debe procesarse su tratamiento.

La nueva conflictividad nos da la posibilidad de incrementar el uso de los MASC en un contexto de sobresaturación del sistema de justicia y de pocos recursos económicos para enfrentarlo con instituciones que de por sí arrastran una larga historia de ineficiencia, corrupción, etc. La oportunidad se presenta para que reaccionemos con una modernización fuerte de nuestro sistema que permita una incorporación plena de los

MASC a la idea de justicia en el país, en donde involucremos a las partes de mayor manera, reduzcamos la intervención estatal y ayudemos a utilizar los recursos de manera eficiente. La oportunidad esta a la vuelta de la esquina.