

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

**FACULTAD DE DERECHO
POSGRADO EN DERECHO**

ALCANCES Y LÍMITES

DE LA JUSTICIA PENAL ALTERNATIVA EN MÉXICO

TESIS:

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

PRESENTA

ESP. CÉSAR FERNANDO RAMÍREZ FRANCO

ASESOR: DR. GUILLERMO TENORIO CUETO

CHIHUAHUA, CHIHUAHUA

OCTUBRE DE 2011

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

A NUESTRO SEÑOR POR TODAS SUS BENDICIONES

A LA IMBORRABLE MEMORIA DE MI PADRE

JUAN FRANCISCO RAMÍREZ BOLÍVAR

A LA RESIDENCIA UNIVERSITARIA PANAMERICANA, RECUERDO PERENNE

A MI FAMILIA... PASADA Y PRESENTE

A MI MADRE MARIA DE LOURDES FRANCO AGUILERA

A MIS ABUELOS

Q.E.P.D

CON ETERNA GRATITUD

DON JUAN FRANCISCO RAMÍREZ GUZMÁN

DON CARLOS FRANCO PEÑA Y DOÑA ADELA AGUILERA TORRESDEY

A MIS AMIGOS, POR SIEMPRE

A LAS VÍCTIMAS, FUENTE DE INSPIRACIÓN DE ESTE TRABAJO

AL DR. GUILLERMO TENORIO CUETO, POR SU GUIA, PACIENCIA, PERO SOBRE

TODO POR SU AMISTAD.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN:	7
I. CAPITULO I.- PENA Y DELITO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL	10
1.- EL IUS PUNIENDI COMO DERECHO SUBJETIVO ESTATAL DE SANCIONAR CONDUCTAS.	15
2.- LÍMITES FORMALES	20
3.- EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES	23
3.1.- DE LA VENGANZA PRIVADA	24
3.2.- DE LA VENGANZA DIVINA	24
3.3.- DE LA VENGANZA PÚBLICA	25
3.4.- EL PERIODO HUMANITARIO	25
3.5.- LA ETAPA CIENTÍFICA	26
4.- LAS ESCUELAS PENALES	27
4.1.- ESCUELA CLÁSICA	27
A).- CONCEPCIONES O TENDENCIAS DENTRO DE LA ESCUELA CLÁSICA	28
4.2.- DEFINICIÓN CLÁSICA DEL DELITO	29
4.3.- ESCUELA POSITIVISTA	29
4.4.- TENDENCIAS ECLÉCTICAS	32
4.5.- LA TERZA SCOUOLA	32
A).- PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA TERZA SCOUOLA	33
4.6.- LA DIRECCIÓN TÉCNICO – JÚRIDICA	33
4.7.- LA PENA	33
4.8.- LA PUNIBILIDAD	34
4.9.- LA PUNICIÓN	34
4.10.- PROBLEMAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	35
4.11.- LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS	35
4.12.- PRINCIPIOS RECTORES DE LA PENA	38
4.13.- CATALOGO DE PENAS EN MÉXICO	39
II.- CAPÍTULO II EL FRACASO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO MEDIO DE REINSERCIÓN SOCIAL	44
1.- CRÍTICAS Y ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	45
2.- MEDIDAS ALTERNATIVAS	46
3.- EL FRACASO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN MÉXICO	52
III.- CAPÍTULO III LA JUSTICIA ALTERNATIVA, EL PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO	58
1.- ORIGEN DEL PROCESO	58
1.1.- CONCEPTO DE PROCESO	60

1.2.- CLASES DE PROCESO	62
2.- EL PROCESO CIVIL	62
2.1.- CLASES DE PROCESO CIVIL	65
2.2.- EL PROCESO CIVIL COMO RELACIÓN JURÍDICA	66
2.3.- LOS SISTEMAS EN EL DERECHO PROCESAL	66
A).- SISTEMA ACUSATORIO	67
B).- SISTEMA INQUISITIVO	69
C).- SISTEMA MIXTO	70
2.4.- UNA NUEVA OPCIÓN DE SISTEMA: CUARTA VÍA	72
2.5.- UNA NUEVA OPCIÓN DE SISTEMA: EXPERIENCIA INTERNACIONAL	74
3.- UBICACIÓN DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA DENTRO DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES	76
4.- MECANISMOS DE ATENCIÓN A LOS CONFLICTOS SOCIALES, RESPECTO DEL PROCESO PENAL	79
4.1.- TABLA 1. MECANISMOS ALTERNATIVOS AL JUICIO ORAL EN LATINOAMERICA	80
4.2.- UBICACIÓN DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA	81
4.3.- TABLA 2. MECANISMOS ALTERNATIVOS AL PROCESO PENAL JURISDICCIONAL EN MÉXICO	81
A).- DESPENALIZACIÓN	81
5.- LA JUSTICIA ALTERNATIVA	83
5.1.- LA JUSTICIA ALTERNATIVA: DEFINICIÓN	87
5.2.- LA JUSTICIA ALTERNATIVA: FUNDAMENTO Y NATURALEZA	89
5.3.- LA JUSTICIA ALTERNATIVA: MARCO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	91
6.- MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL	92
6.1.- LA VÍCTIMA	95
6.2.- EJECUCIÓN DE LA PENA	95
6.3.- DELITOS QUE PUEDEN LLEGAR A SOLUCIONES ALTERNAS	96
6.4.- FASE DE INVESTIGACIÓN ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO	97
6.5.- EJECUCIÓN DE SENTENCIA	98
7.- LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS COMO FILTRO PROTECTOR DE LA JUSTICIA	101
8.- LA JUSTICIA ALTERNATIVA: POSIBLES PROBLEMAS	104
9.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS	112
10.- LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO UNA JURISDICCIÓN CONVENCIONAL AJENA AL PODER JUDICIAL	113
IV.- CAPITULO IV MEDIOS ALTERNOS	116

1.- LA MEDIACIÓN, EL ARBITRAJE, LA CONCILIACIÓN, LA TRANSACCIÓN, LA AMIGABLE COMPOSICIÓN Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA	116
1.1.- LA MEDIACIÓN	118
1.2.- EL ARBITRAJE	119
1.3.- LA CONCILIACIÓN	119
1.4.- LA TRANSACCIÓN	120
1.5.- EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN COMO PRINCIPALES FORMAS ALTERNAS DE HACER JUSTICIA	122
A).- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MEDIACIÓN Y DEL ARBITRAJE	122
B).- EL ARBITRAJE	127
1).- CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE	127
2).- DIVERSAS CLASES DE ARBITRAJE	128
3).- REQUISITOS INDISPENSABLES PARA SER ÁRBITRO	128
4).- PRINCIPIOS PROCESALES DEL ARBITRAJE	129
5).- CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL	131
6).- ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL	132
7).- ELEMENTOS DE LOS LAUDOS	133
8).- EL CONVENIO ARBITRAL	134
9).- NULIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL	135
10).- LA ELECTRÓNICA EN MATERIA ARBITRAL	135
C).- EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN	137
1).- FORMAS DE LA MEDIACIÓN	140
2).- EL PERFIL DEL MEDIADOR	142
3).- DEPENDENCIA DEL MEDIADOR	143
4).- LAS SOLUCIONES HIPOTÉTICAS DE LA MEDIACIÓN	144
D).- JUSTICIA RESTAURATIVA	145
E).- JUSTICIA RESTAURATIVA VERSUS JUSTICIA RETRIBUTIVA	153
F).- DIFERENCIAS ENTRE JUSTICIA RETRIBUTIVA Y LA RESTAURATIVA	159
1).- JUSTICIA RETRIBUTIVA	159
2).- PRACTICAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA	160
3).- LAS LEYES DE JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO	169
G).- ANÁLISIS DE LAS LEYES DE JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO	177
1).- AGUASCALIENTES	177
2).- BAJA CALIFORNIA	180
3).- CHIHUAHUA	181
4).- COLIMA	182
5).- HIDALGO	183
6).- MORELOS	189
7).- ZACATECAS	190
H).- ALCANCES Y LÍMITES DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA	195

1).- LOS SUJETOS Y LA JUSTICIA ALTERNATIVA	196
2).- SOBRE LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA	198
I).- LA JUSTICIA ALTERNATIVA: TEORÍA Y PRÁCTICA	203
V.- CONCLUSIÓN	206
1.- RAZONES PARA UN CAMBIO NECESARIO	206
FUENTES DE INVESTIGACION	211

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo sumarse a la serie de esfuerzos que en los últimos tiempos se han presentado a lo largo de nuestro país, en torno a un movimiento que se ha generado como efecto colateral, que se enfrenta a la posible descomposición social que actualmente sufre nuestra sociedad. La justicia alternativa en materia penal, puede ser esta fuerza de choque que aporte soluciones racionales al ambiente enrarecido que hace que nuestros tribunales y operadores del derecho parezcan insuficientes a estas controversias y litigios constantes que nos asolan.

El fracaso de la Pena privativa de la libertad en relación con el principio de prevención general positivo exige en la administración de justicia penal la implementación de los mecanismos alternativos para la solución de controversias, ya que no existen medios alternos para la reincorporación del delincuente durante el proceso de sanación.

Entendido el Derecho Penal como el conjunto de conocimientos que tratan de mantener el equilibrio social y sancionar a aquellos sujetos que han roto o desviado dicho equilibrio.

La Justicia Alternativa en materia penal pretende no ser la panacea sino un punto de apoyo más a la problemática antes descrita.

Ahora bien, resulta claro que no se puede simplemente arribar al concepto de justicia alternativa en materia penal, sino que se ha planteado un camino metodológico que se muestre por lo menos en dos grandes columnas; la primera con fuerza, abrevia en conceptos que suponen una cierta evolución en la cual se convierte como en la

columna vertebral del derecho; es decir, se refiere a conducta y sanción al derecho penal por antonomasia.

En este sentido se aportan algunos de los conceptos básicos del derecho penal, y por supuesto la necesaria revisión en torno a la evolución de las ideas penales; esto es así debido a que todas y cada una de las escuelas penales convergen en una reacción o consecuencia necesaria a la manera de la tercera Ley de Newton; es decir, La Pena, su concepto básico, sus tipos o variantes en el sistema positivo mexicano y desde luego la esencia que vincula a este concepto con el derecho constitucional, esto es el *Ius Puniendi*.

A continuación, derivado del rigor metodológico que antes se ha mencionado, se debe proyectar la siguiente columna que dará conocimiento a nuestro edificio conceptual, ya que la presente aportación pretende poseer por lo menos una estructura férrea a efecto de agregarse a los esfuerzos de los trabajadores y científicos del derecho que día a día tratan desde sus trincheras aportar soluciones posibles y reales a las necesidades de la sociedad. Luego entonces el Derecho Procesal es la rama de la cual saciaremos nuestras necesidades ideológicas en torno a la cual la Justicia Alternativa en materia penal se ha sostenido. Lo anterior es así, puesto que se estudiará el concepto de proceso, así como entendido a éste, como relación jurídica y desde luego sus principales principios. En este tenor, se describirá la diferencia entre proceso y procedimiento, todo ello para poder estudiar los distintos sistemas en materia procesal; es decir aspectos históricos de cómo se ha desarrollado la resolución de conflictos desde la visión histórica-procesal.

En este sentido, pareciera que la justicia alternativa en materia penal es un posible parte aguas, no sólo en el derecho penal, sino también en el derecho circunstancial que no es así, sino por el contrario se observa que se ha dado una simbiosis necesaria, porque pareciera que es insuficiente el aparato estatal basado en procurar y administrar justicia.

Por tanto será necesario delimitar algunos de los aspectos de la justicia alternativa en materia penal, tales como; definición, naturaleza y algunos de los subtipos o figuras inmersas al interior de la misma, verbigracia: negociación, arbitraje, mediación, justicia restaurativa, entre otros.

Finalmente, se llega a la quinta esencia de este esfuerzo; lo es en el sentido de que se ha realizado un recorrido teórico y práctico de la justicia alternativa en materia penal en nuestro país, en un marco contemporáneo; es decir, se analizarán de manera somera no sólo los puntos de vista de los estudiosos actuales en torno a la aplicación práctica en nuestro país de la justicia alternativa en materia penal, sino que se estudiarán algunas de las legislaciones más representativas que se han elaborado en las entidades federativas en torno a esta disciplina.

Así, veremos cómo nuestros gobiernos tratan de aportar soluciones al clima de violencia social y de falta de credibilidad en las figuras institucionales que procuran y administran justicia; todo ello, sumando una herramienta más que es el fin máximo de la justicia alternativa en materia penal, teniendo como objetivo el quitar presión al trabajo en los tribunales, menos reos y la rehabilitación del tejido social al enfrentar a víctima y

I. CAPÍTULO I

PENA Y DELITO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Se inicia con la siguiente consideración, en cierta forma fundamenta el desarrollo del siguiente capítulo y de este trabajo de investigación en general. A decir de Rodríguez Delgado y varios especialistas en el Derecho Penal moderno, la pena privativa de la libertad se ha convertido en la sanción por excelencia: es decir la esencia del *ius puniendi*, convirtiéndose así en la parte central del Derecho Penal.

“Todo intento de buscarle una finalidad distinta de la que en concreto viene siendo cada vez más difícil. Desde el surgimiento de dicha pena como sanción punitiva, su justificación cada vez resulta más compleja. Fue concebida de una forma y para cumplir con una específica función. La función a la que hago referencia es al disciplinamiento del ser humano...¹.

El disciplinamiento o la educación de la persona que delinque, objeto primordial de la pena de prisión como ya se ha observado apareció como una forma más humana de aplicar un castigo a todo aquel que atentara contra la sociedad, sofisticándose el suplicio por la economía de la libertad, como menciona Michel Foucault en *Vigilar y Castigar*.²

1 Rodríguez Delgado, Julio A. *El fracaso de la pena privativa de libertad*. Perú. Instituto de Ciencia Procesal Penal. 1999. Pág. 1. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe>

2 Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*. D. F., México. Siglo XXI Editores. 2008. Pág. 18.

Sin embargo desde el nacimiento mismo de la pena privativa de la libertad se puede hablar del fracaso o decadencia de la misma, ya que a decir de Rodríguez Delgado: “Como veremos posteriormente, prácticamente, desde el surgimiento de la pena privativa de la libertad se habla de una crisis de la misma.”³ ¿A qué se debe esta crisis en la cual se ve inmersa la pena privativa de libertad? Tal crisis se puede decir, y con ella su fracaso, se debe al sentido que la prisión debe tener desde que fue concebida, en primer lugar como una negación de la idea de castigo y en segundo lugar como en un sentido de cura. Gran parte del fracaso de la pena privativa de la libertad, como un mecanismo reformador o disciplinante, se debe a la conceptualización de la pena que se deriva del castigo hacia la “corrección”. A decir de Foucault:

“(…) lo esencial de la pena que nosotros, los jueces, infligimos, no crean ustedes que consiste en castigar; trata de corregir, reformar, "curar"; una técnica del mejoramiento rechaza, en la pena, la estricta expiación del mal, y libera a los magistrados de la fea misión de castigar. Hay en la justicia moderna y en aquellos que la administran una vergüenza de castigar que no siempre excluye el celo; crece sin cesar: sobre esta herida, el psicólogo pulula así como el modesto funcionario de la ortopedia moral.”⁴

Si la pena ya no es un castigo sino un modo de reformar, curar, readaptar o reinsertar a la sociedad, la privación de la libertad debería desde el inicio establecer como objetivo final la incorporación a la “ortopedia moral”; cosa que

3 Rodríguez Delgado. Ob. Cit.

4 Foucault, Ob. Cit. Págs. 17-18.

dista mucho de la práctica. ¿Cómo es que dista? Más allá de establecer como objetivo o fin deseable la reinserción social, en el objeto de la privación o economía de la libertad, se encuentra en ella la contradicción misma del objetivo que pretende. Se ha de analizar a que se refiere con ello, específicamente a la función de la pena.

“Para las sociedades de hoy, la pena aparece como una función necesaria de defensa social, sin la que sería imposible mantener el orden público tal y como se lo concibe actualmente.”⁵

Se podría decir que el problema de la privación de la libertad tiene su origen en la justificación de la pena misma. Para Fernández Muñoz hay dos posturas esenciales que son las teorías absolutas y las relativas. Para las primeras el sentido de la pena es la retribución, “el imponer un mal al sujeto que con su actuar cometió un mal” ⁶, que es el sentido primigenio de la pena, y que se supuso superado al momento de la conceptualización de la economía de la libertad. Tal idea pareció conceptualizarse de modo distinto cuando la justificación de la pena dejó de ser en sí misma, y pasó a relativizarse. La pena se justificaba a través de otras formas ajenas a ella misma, que en este caso sería la prevención general y la especial. Para la prevención general la pena, y en nuestro caso la privación de la libertad, es un castigo ejemplar, ya que ésta se entiende con el fin de “intimidar a toda la colectividad para que se abstenga de delinquir”⁷.

5 Rico, José María citado por Fernández Muñoz, Dolores E. *La rehabilitación de las prisiones: ¿éxito o fracaso?* D. F., México, Boletín de Derecho Comparado. UNAM. No. 57 Septiembre de 1986. Pág. 908.

6 *Ibidem*.

7 *Ibidem*.

No obstante es en la prevención especial que la idea de la reeducación entró a escena. La pena se instituye con el fin de evitar que el infractor cometa de nuevo tal delito, y a su vez evite con ello que otros lo cometan.

“(…) Ven como el fin de aplicar una pena el evitar que quién delinquirió vuelva a hacerlo, ya sea apartándolo del medio propicio para ello, o bien corrigiéndolo, readaptándolo a fin de que pueda volver a vivir en comunidad sin delinquir”.⁸

Así se puede encontrar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Artículo 5 sobre el Derecho a la Integridad Personal, que su numeral seis define que *“las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*

Hasta aquí se puede observar que la prisión posee una doble función de prevención en su sentido general y especial. A decir de Rodríguez Manzanera:

“La prisión fortifica la prevención general, en su sentido de ejemplaridad, al demostrar que la punibilidad, es decir la amenaza, no era vana.

Y en cuanto a la prevención especial, cumple esta función en principio, al aislar al delincuente de la sociedad, impidiéndole la reincidencia.”⁹

Además Rodríguez Manzanera añade que al concebir la prisión en esa forma las convertiría en simples “presotecas”, lugares donde se depositarían a los transgresores sociales, por lo que será necesario agregar también la función socializadora, donde se “intente hacer del reo una persona socialmente apta para la convivencia en sociedad”.

⁸ Íbidem.

⁹ Rodríguez Manzanera, Luís. *Penología*. D. F. México. Porrúa. 1998. Pág. 215.

Sin embargo el sólo hecho de privar de la libertad demuestra, en los hechos que se presentan en los datos de aumento de la delincuencia y la reincidencia, que ésta por sí sola no es solo insuficiente sino ineficaz. Esto se debe a que en el sentido de la privación de la libertad está en el extraer un individuo de la sociedad para reincorporarlo de nuevo. Se aísla a una persona del contexto social al que pertenece por considerársele poco apto para relacionarse en un estado sano con la comunidad. Se le encierra para luego reinsertarlo en la dinámica social, sin tomar en cuenta que en primera, tal acción lo segrega causando con ello ciertos problemas psicológicos y emocionales ligados al origen de la violencia carcelaria, y en segunda que queda aún el estigma de “haber estado en la cárcel” o de tener “antecedentes penales”.¹⁰

Se le separa para reinsertarlo a una sociedad que no lo desea colaborando con ella de nuevo.

Ahora bien, el sistema de privación de la libertad siempre ha estado en crisis como toda construcción social o humana, que está en si misma dispuesta a desaparecer. Pero tal parece que la privación de la libertad, y con ella la institución que la ejerce tiene su crisis en su propia forma de organización. A decir de Ruiz Fuñes:

“La prisión, penal relativamente reciente en el sentido estricto, se ha contaminado en todos los defectos de las penas del pasado y no ha acogido una sola de las ventajas que pudiera ofrecerle el progreso de los estudios penales, como una verdadera pena del futuro; es decir, ha ahondado cuanto lograra deshumanizarla y ha desdeñado cualquier corriente humanista que tratara de vigorizarla y de ennoblecerla. Esta crisis

¹⁰Fernández Muñoz, Op Cit. Véase sobre el origen de la violencia en las cárceles podría resultar ilustrativo al lector la siguiente lectura: Padrón, Miguel. *La violencia carcelaria*. Venezuela. Revista de Psicología. Volumen XXV. Número 1. Año 2006.

estructural a su vez se encuentra condicionada por el abuso que el Derecho Penal a hecho de la prisión siendo el núcleo de todo sistema penal en el mundo, así como el único recurso al que éstos recurren para el control de las conductas antisociales y la salvaguarda de la seguridad de sus ciudadanos.”

El notorio abuso de la pena de prisión ha causado un franco deterioro en todo el sistema penal; las esperanzas que alguna vez se depositaron en ella se han desvanecido, y se está de acuerdo con Carrancá y Rivas en que: “La prisión no es, desde luego, expiativa y redentora en el grado extremo en que le han imaginado sus apasionados defensores. Incluso de las mejores cárceles puede decirse que son criminógenas: que corrompen en un índice alarmante y preparan a la reincidencia.”¹¹

Si la crisis se encontrara solamente en el abuso de su aplicación la solución sería sencilla: elimínese la pena privativa de libertad y sustitúyase por otra. No obstante, queda el cuestionamiento de cuál debe ser el sistema que llegue si no a destituir la pena de prisión a desintoxicar el Derecho Penal. Esto último precisamente será lo que se abordará en los siguientes puntos de la presente investigación

1. EL IUS PUNIENDI COMO DERECHO SUBJETIVO ESTATAL DE SANCIONAR CONDUCTAS.

“¿Queréis evitar los delitos? Haced que acompañen las luces a la libertad.”

César Becharia.

En la presente tesis es necesario delimitar los supuestos teóricos que dan sustento al tema de la justicia penal. Es por ello que se vuelve relevante abordar el

¹¹ Rodríguez Manzanera, Ob. Cit. Pág. 218.

concepto de *ius puniendi* para adentrarse en las facultades que tiene el Estado para administrar la justicia.

Desde su raíz etimológica el *ius* (derecho) *puniendi* (castigar) se aproxima a una característica que le es exclusiva al Estado. Es importante hacer la diferenciación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo; en el campo de acción del derecho objetivo se encuentra el conjunto de normas penales, mientras que el derecho subjetivo revisa y declara punibles determinados hechos y conductas.

Toda relación humana lleva en su seno el conflicto; frente a los intereses sociales hay en todas las civilizaciones individuos que ponen en riesgo el sano desarrollo de la comunidad. Una de las ideas centrales es que el derecho debe normar las relaciones sociales con el fin de procurar la paz y la equilibrada convivencia; la finalidad de las tareas centrales del derecho es imponer castigos, penas o normas para lograr que la sociedad se mantenga unida.

Sobre el Estado recae la exclusividad para delimitar e imponer castigos y sanciones; la posibilidad de “hacer justicia por propia mano” está prohibida. La exclusividad del Estado en la determinación de las penas, conlleva a que las ciencias penales traten de delimitar los alcances y límites que debe desarrollar el Estado respecto a las conductas que atentan contra el orden legal.

22 Durante la Edad Media los castigos se distinguían por ser crueles torturas; esto bajo la complacencia y aprobación de la autoridad. Sin respetar ninguno de los derechos humanos más elementales los “culpables” padecían una serie de vejaciones a su integridad física, moral y psicológica. De esta forma la autoridad que se supone debe tener una calidad moral incuestionable, utilizaba métodos por demás censurables. Es

por ello que la obra de Cesare Beccaria es fundamental para la transición hacia el modelo contemporáneo donde el castigo o pena, debe partir del respeto absoluto a los derechos humanos.

*“Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre por conservarla”.*¹²

La visión de Beccaria está estrechamente ligada a lo que Juan Jacobo Rousseau desarrolló en el *contrato social* ya que en su libro afirma que los hombres se han visto en la necesidad de asociarse para defenderse y dicha acción se la encomiendan al Estado, de esta manera el Estado se vuelve el depositario de la defensa de los intereses privados y por ello los hombres se esmeraron en “Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada uno de los asociados, pero de modo tal que cada uno de éstos en unión con todos, sólo obedezca asimismo y quede tan libre como antes.” Este es el problema fundamental, cuya solución se encuentra en el **Contrato Social**.¹³

La cuestión que se plantea es que el ciudadano cede parte de su libertad a cambio de la convivencia social. Lo que el hombre pierde por el contrato social, es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que intente y que pueda alcanzar.

¹² Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas. Origen de las Penas*. Ed. Porrúa. D. F., México 2006. Pág. 7.

¹³ *El contrato social, como teoría política, explica, entre otras cosas, el origen y propósito del Estado y de los derechos humanos. La esencia de la teoría (cuya formulación más conocida es la propuesta por Jean-Jacques Rousseau) es la siguiente: para vivir en sociedad, los seres humanos acuerdan un contrato social implícito, que les otorga ciertos derechos a cambio de abandonar la libertad de la que dispondrían en estado de naturaleza*

Lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee.

La legitimidad moral del castigo del Estado se fundamenta en el contrato social, ya que al tener la exclusividad de imponer las penas también recae sobre el Estado la obligación de proteger los intereses de los particulares, mismos que han cedido parte de su libertad para recibir certidumbre.

Si el Estado vela por el buen desempeño de la sociedad, por su sana y articulada interrelación, entonces la forma en que castigue debe ser por un lado enérgica pero por el otro –debido a su investidura moral- debe ser apegada a los derechos humanos. El fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. El fin, pues, no es otro que impedir a el reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.¹⁴

Es importante destacar, que a principios del siglo XVII comienza el uso de la reclusión como la pena por excelencia en el sistema penal, debido a que 200 años antes, las torturas, la muerte con suplicio, las amputaciones, el destierro y las exhibiciones públicas constituían las bases del catálogo punitivo de las sociedades occidentales (México); el encierro solamente se utilizaba como forma de mantener al reo bajo la tutela de la autoridad mientras se llevaba a cabo el juicio o se ejecutaba la condena.

Durante los siglos XVII y XVIII, diversos autores atribuyeron el surgimiento de la prisión a un proceso de “humanización” de las penas, e incluso las propuestas de criminólogos, médicos u otros reconocen a Beccaria, Lombroso y Bentham, como los
22 padres de la prisión a quienes se les atribuye la idea evidenciaría, que si bien abogan

¹⁴ Beccaria, *Tratado de los Delitos y las Penas*. Cap. XII. Fin de las Penas. Pag.31

por las penas humanizadas y proporcionales al delito cometido nunca se refirieron a la prisión como el eje de la sanción penal o como alternativa única.¹⁵

Según Foucault, la prisión se presentó como un símbolo del avance de las ideas humanistas y de que el sistema penal en un momento determinado optó por una penalidad más justa y con un tratamiento más humano en la ejecución de la pena; sin embargo, señala que en realidad lo que motivó el surgimiento de esta sanción es un criterio socio-político y económico que sigue manteniendo el cuerpo de los condenados como el objeto de la sanción penal, antes mediante el suplicio y la muerte y posteriormente encerrando el cuerpo en una celda. Referente a la pena de muerte es una sanción que continúa siendo vigente en algunos sistemas penales.

Según Sandoval Huertas, la prisión indujo el argumento resocializador del reo como principal legitimación de las sanciones penales hacia finales del siglo XVIII. Era necesario devolver al delincuente lo antes posible a la sociedad, de forma que pudiera readaptarse y aportara su fuerza de trabajo. Aunque han existido otras funciones teóricas asignadas a la pena, la hipótesis de la resocialización, fue recogida en los instrumentos internacionales de derechos humanos relativos a los reclusos, así como el Artículo 58 de las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos; mismo que establece “el fin y la justificación de las penas y las medidas privativas de la libertad son: en definitiva proteger a la sociedad contra el crimen”.

¹⁵ Véase sobre el nacimiento de la prisión, el análisis realizado por Sandoval Huertas, Emiro. *Penología*. Ediciones jurídicas. Colombia. 1998.

Sólo alcanzará este fin si se aprovecha el período de la privación de la libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino que también sea capaz de hacerlo.

En la teoría penal se vuelve indispensable delimitar con claridad la forma en que puede ser sometida a castigo una persona; es por ello que el *ius puniendi* tiene una serie de principios que lo delimitan, para evitar caer en prácticas que violenten los derechos humanos.

“El único titular del *ius puniendi* es el Estado, hay que someterlo al Ordenamiento Jurídico, (“*nullum crimen, sine lege*”), y a los Jueces y Tribunales que aplican las leyes y las penas (“*nulla poena, sine legale iudicio*”). Pero no sólo a estos, incluso a límites tanto formales como materiales o límites político-criminales”.

2. LÍMITES FORMALES

Principio de Legalidad. Se refiere a que todo delito y pena debe ser producto de una ley debidamente aprobada. Tuvo como precursor a Beccaria, pero su principal exponente fue Feuerbach⁵ quien definió los tres principios en que se asienta:

- 1). Nula Pena sin Ley. (Garantía Penal).
- 2). Nula Pena sin crimen (no se puede sancionar sin delito)
- 3). Nulo Crimen sin Pena garantía criminal, no hay delito si no esta previamente penado en la Ley).

Principio de Protección de Bienes Jurídicos. Señala que el Derecho Penal solo debe intervenir si se amenaza o está en peligro bienes jurídicos tutelados.

Principio de Subsidiariedad. Señala la intervención mínima o de último ratio y tiene un carácter *subsidiario* (se puede resolver por otra vía no se lleva a la penal) y *fragmentario* menciona que es el último recurso al que hay que acudir.

El principio de efectividad, eficacia o idoneidad. Estipula la intervención del derecho en cuanto sea mínimamente eficaz y que busque la prevención del delito,

El principio de proporcionalidad. Vela porque la pena sea proporcional a la falta cometida.

El principio de culpabilidad. Tiene una doble limitación: que no hay pena sin culpabilidad y que la pena debe obedecer a la gravedad del delito.

El principio de humanidad. Refiere que las sanciones deben de respetar la integridad de la persona, prohibiendo penas inhumanas y degradantes.

El principio de resocialización. Vela porque quienes han tenido que caer en un centro de readaptación social, tengan dentro de éste la posibilidad de adquirir las herramientas para que cuando regresen a la comunidad, puedan vivir de una forma honesta y productiva ¹⁶. “En proporción que se moderen las penas, que se quiten de las cárceles la suciedad y el hambre, que la compasión y la humanidad penetren las puertas de hierro y manden a los inexorables y endurecidos ministros de la justicia, podrán las leyes para encarcelar contentarse con indicios menores”.¹⁷

La tendencia de los sistemas penales es hacer de la cárcel el último recurso, la sobresaturación de los centros penitenciarios, la dificultad para que la readaptación en

¹⁶ Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Parte General.* 8ª Ed. Reppertor. Barcelona, España. 2008.

¹⁷ Beccaria. *De la Prisión.* Cap .XXIX. Pág.90.

verdad funcione hacen que se privilegien modelos de castigo o sanción que no sólo vean la cárcel como forma de corrección, por supuesto en los delitos de esa gravedad la cárcel es y será insustituible. De todo lo anterior se pueden destacar los siguientes puntos en relación con la pena y el *ius puniendi*:

- Que el concepto de Pena ha evolucionado en la historia; en la antigüedad perseguía un fin vindicativo y en la actualidad además del necesario castigo y la retribución por el mal causado se toma en cuenta la prevención y la resocialización.
- Que el *IUS PUNIENDI* o facultad del Estado de sancionar en nuestro ordenamiento penal se afilia a las Teorías Mixtas pues para justificar las penas toma en cuenta tanto el carácter utilitario como represivo de la Ley.
- Que el *IUS PUNIENDI* no es un derecho subjetivo del Estado sino una función propia del mismo en virtud del Pacto Social traducido en Constitución.
- Que el *IUS PUNIENDI* o facultad punitiva del Estado opera dentro del conjunto de Principios Internacionales reconocidos a los ciudadanos que generan un equilibrio o límite a su aplicación partiendo del principio de “que las libertades de los ciudadanos terminan allí donde se afecta la libertad de todos los ciudadanos” y tiene tratamiento en la Constitución y las Leyes consecuencias del delito.
- Que en determinación de la Pena no puede hablarse de adecuación pues no hay precedentes previos para adecuar; debe hablarse de individualización que es una categoría más abarcadora por ser el acto donde el Juez fija la consecuencia del delito.
- La determinación de la Pena debe estar reflejada en la motivación de la sentencia en todas sus partes especialmente en el quinto considerando donde resulta

trascendente la valoración del artículo 47.1 del Código Penal por los operadores de la justicia para lograr un fallo justo, humano y equitativo como el derecho corresponde.¹⁸ Para los fines de este apartado es necesario aclarar el marco conceptual respecto al tema de las penas¹⁹.

PENALOGIA:

Es “El estudio de la reacción social que se produce contra personas o conductas que son captadas por la colectividad (o por parte de ella) como dañinas, peligrosas o antisociales”.

LA PENA

Está definida como un medio de control social que ejerce el estado de su potestad punitiva (*ius puniendi*) frente al gobernado, para cumplir con sus fines, asimismo ésta no debe ser excesiva ni escasa; es decir, solamente sirve como una medida punitiva y preventiva, justa y útil²⁰.

La pena descansa en principios de racionalidad, por lo que los referidos dispositivos sólo son una guía. “la Pena es la manifestación más violenta del poder del estado que se manifiesta sobre las personas”

3. EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES

A lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas, según los distintos pueblos. Estas tendencias han sido agrupadas en cinco periodos:

¹⁸ Francisco MUÑOZ CONDE *Derecho Penal, Parte General, Sexta Ed. Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2000*)

¹⁹ Es necesario distinguir tres momentos diferentes en la reacción penal: el legislativo, al crearse la norma y la amenaza de sanción, a la que llamamos “punibilidad”; al judicial, al fijarse la punibilidad, denominada “punicción”; y el momento ejecutivo al que dejamos el término de “pena”.

²⁰ Ob. Cit. Montañón Guerrero

3.1. DE LA VENGANZA PRIVADA

A esta etapa suele llamársele también “Venganza de la Sangre” o “Época Bárbara” por falta de protección adecuada, que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hacía justicia por sí mismo²¹. La actividad vengadora contaba con el apoyo de la colectividad, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho de ejercitarla. Se estima que los vengadores, al ejercitar su reacción, casi siempre se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, por lo que hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la LEY DEL TALION: “Ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura”, para significar que solo se reconocería al ofendido el Derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido. Este sistema del Talión supone que ya existía un poder moderador y en consecuencia un desarrollo del poder público considerable. Surgió más tarde el sistema de las composiciones según el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el Derecho de Venganza ²²

3.2. DE LA VENGANZA DIVINA

Ésta surge cuando los pueblos adoptaban la organización Teocrática y todos los problemas se proyectaban hacia la divinidad como eje constitutivo del Estado. En esta etapa se considera al delito como una causa de descontento de los dioses; y jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sentencias y aplicando penas para satisfacer su ira. En esta etapa, la justicia represiva se manejaba

²¹ López Escobar, Leonardo David, *Ob. Cit.* Capítulo 7; Jiménez Martínez, Javier, *Ob. Cit.* Libro 1, sección 3.

²² López Betancourt, Eduardo, *Ob. Cit.* Unidad 1 de su libro; Urosa Ramírez, Gerardo Armando. Guía de estudio de Derecho Penal, Parte general. Capítulo I. Porrúa. D. F., México, 2009.

generalmente por la clase sacerdotal y el ejemplo más relevante en el pueblo hebreo, que por tradición ha sido profundamente religioso.²³

3.3. DE LA VENGANZA PÚBLICA

A medida que los Estados adquieren mayor solidez, principia por hacerse la distinción entre “Delitos Públicos y Privados”; según el hecho, lesionará los intereses de los particulares o el orden público. En esta etapa los Tribunales juzgan en nombre de la colectividad, pero las penas son cada vez más crueles e inhumanas.

Los Jueces tenían facultades ilimitadas que se prestaban a abusos, ya que inclusive podían incriminar por hechos no previstos como delitos en las leyes, desenterrar cadáveres para procesarlos, etc.; y estos abusos generalmente eran en beneficio de los déspotas y los tiranos. Por medio del terror y la intimidación, se conseguía el sometimiento al soberano. En este periodo se aguzó el ingenio para inventar suplicios y formas de torturar. La tortura estaba presente durante la instrucción, hasta la ejecución a efecto de obtener revelaciones o confesiones. Nacieron los calabozos en donde los sentenciados sufrían prisión perpetua en subterráneos, la jaula de hierro o de madera, la argolla, “el *pilor*”, la horca, los azotes, las galeras, el descuartizamiento, la hoguera, la decapitación por hacha, la marca infamante por hierro candente, los trabajos forzados y con cadenas.²⁴

3.4. EL PERÍODO HUMANITARIO

A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y en general de los sistemas penales; esta tendencia se dio hasta la mitad del siglo XVIII con

²³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Capítulo 3.

²⁴ Castellanos, Fernando. Ob. Cit. Tema 2.

el Marqués César Beccaria y con los filósofos y pensadores Voltaire, Rousseau, Montesquieu, etc. Beccaria publicó su libro “Del Delito y de las Penas” en 1764; el cual consistió en una crítica demoledora contra los sistemas empleados hasta entonces y la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas. De entre los puntos más importantes del libro de Beccaria, destacan los siguientes:

- ❖ El derecho de castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina, son independientes.
- ❖ Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes, éstas han de ser generales y solo los jueces pueden declarar que han sido violadas.
- ❖ Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionales al delito y las mínimas posibles; nunca deben ser atroces.
- ❖ Los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley (para Beccaria); nada hay tan peligroso como la necesidad de consultar el espíritu de la ley.
- ❖ El fin de la pena, es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres.
- ❖ La Pena de Muerte debe de ser proscrita por injusta; el contrato social no lo autoriza dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida de la cual no puede disponer, ya que no le pertenece.²⁵

3.5. LA ETAPA CIENTÍFICA

Esta etapa inicia con la obra de Beccaria y culmina con la obra de Francisco Carrara, quien es el principal exponente de la Escuela Clásica del Derecho Penal. A

²⁵ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit. Capítulo 3.

partir de Beccaria se abordaron los estudios sobre el Derecho Penal, en forma ordenada y sistemática, que es lo que sustenta el conocimiento científico, hasta llegar a nuestros días.²⁶

4. LAS ESCUELAS PENALES

4.1. ESCUELA CLÁSICA

Se denomina así, ya que el positivista Enrique Ferri le adjudicó ese nombre con ánimo de crítica despectiva, para significar lo viejo, lo caduco. Representa una poderosa corriente de Pensamiento Científico Penal y se inició a partir de la publicación del libro de Beccaria (1764) que venía a dar nacimiento a las nuevas ideas sobre el delito y la pena. Pensadores notables de esta corriente:

Manuel Kant. Para quien la pena es un imperativo categórico, una exigencia de la razón y de la justicia y consecuencia jurídica del delito realizado afirma también que “el mal de la pena debe ser igual al mal del delito”.

Romagnosi. Para quien “El Derecho Penal es un derecho de defensa que debe ejercitarse mediante la punición de los delitos pasados, para conjurar el peligro de los delitos futuros, por ser el delito contrario al derecho de los hombres”.

Hegel. Para quien “El delito es negación del derecho y la pena es negación del delito”.

Von Fierbach. Para quien “No hay delito, ni pena, si no hay una ley que los precise, anterior al hecho ilícito cometido”.

Francisco Carrara. El más representativo de esta corriente de pensamiento, (1805-
22 1888) quien es considerado el padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal, porque

²⁶ Cruz y Cruz, Elba, *Ob. Cit.* Unidad 3.

dio una sistematización impecable. Carrara sostiene que “El derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad”.

La ciencia del Derecho Criminal es una serie de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El delito es un Ente Jurídico que tiene dos fuerzas esenciales: 1. Una voluntad inteligente y libre; 2. Un hecho exterior lesivo del Derecho y peligroso para él mismo.

La pena con el mal que inflige al culpable, no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del derecho, sino violación del mismo. La imputabilidad penal se funda en el principio del “libre albedrío”. El método utilizado por la Escuela Clásica es el método deductivo de investigación científica, es el adecuado, ya que el estudio del Derecho no puede plegarse a los sistemas de las ciencias naturales; las cuales obedecen a relaciones causales y a leyes naturales, cuyo contenido expresa un “tiene que ser” ya que su relación es precisa en cuanto a causa y efecto. El estudio del Derecho pertenece al campo de la conducta de los individuos y tiene propósitos ordenadores de esa conducta, presentándose como un conjunto de normas que expresan “un debe ser” aunque en la realidad la conducta de los hombres, dado su libre albedrío actúa contraria a ese “debe ser” que representa normas.²⁷

a). CONCEPCIONES O TENDENCIAS DENTRO DE LA ESCUELA CLÁSICA

Los postulados que sustenta la Escuela Clásica son los siguientes:

A). IGUALDAD. El hombre ha nacido libre e igual en derechos.

B). LIBRE ALBEDRÍO. Si todos los hombres son iguales; en todos ellos se ha

22 depositado el bien y el mal; pero también se les ha dotado de capacidad para elegir

²⁷ Castellanos, Fernando, *Ob. Cit.* Tema 2.

entre ambos caminos, y si se ejecuta el mal, es porque se quiso y no porque la fatalidad de la vida haya arrojado al individuo a su práctica.

C). ENTIDAD DELITO. El Derecho Penal debe volver sus ojos a las manifestaciones externas del acto a lo objetivo; el delito es un ente jurídico, una injusticia; sólo al derecho le es dable señalar las conductas delictuosas.

D). IMPUTABILIDAD MORAL. Si el hombre está facultado para discernir entre el bien y el mal y ejecuta éste debe responder de su conducta, dada su naturaleza moral, por tal motivo no se le podrá pedir cuentas de un resultado dañoso, del cual sea causa puramente física, sin haber sido causa moral.

E). PENA PROPORCIONAL AL DELITO. Las penas deberán ser proporcionales a la gravedad del delito cometido.

❖ **MÉTODO DEDUCTIVO.** Teleológico; es decir, finalista propio de las ciencias culturales.

Según Carrara, para que el delito exista, precisa de un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral, que derive de él un daño social y se halle prohibido por una Ley Positiva.

4.2. DEFINICIÓN CLÁSICA DEL DELITO

Es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo; moralmente imputable y políticamente dañoso.

4.3. ESCUELA POSITIVISTA

22

Nace a consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales y los estudios Filosóficos y Científicos que se hicieron sentir en todas las disciplinas culturales. Esta

corriente surgió como negación de las concepciones anteriores de la Escuela Clásica, cuyo idealismo y abstracción fueron combatidos por los positivistas quienes pretendieron cambiar el criterio represivo suprimiendo la fundamentación objetiva del delito para dar preponderante estimación a la personalidad del delincuente.

Todo el pensamiento científico debe descansar en la experiencia y la observación y se fundamenta en tesis materialistas de que no existe ningún conocimiento más allá de lo que se pueda percibir con los sentidos; por lo cual el método seguido en sus investigaciones es el inductivo, el cual es aplicado en la investigación de la naturaleza basándose en la observación y la experimentación, para luego inducir las reglas generales. Entre los **fundadores de la Escuela Positiva** del Derecho Penal destacan:

César Lombroso. Sostuvo que las características del criminal principalmente eran un ser atávico, con regresión al salvaje, un epiléptico, un loco moral.

Enrique Ferri. Modifica la doctrina de Lombroso y estima que si la conducta humana se encuentra determinada por instintos heredados, también debe tomarse en consideración "El Medio Ambiente" que rodea al individuo; en el delito también concurren causas sociológicas.

Rafael Garofalo. Es quien con más sentido jurídico pretendió dar contextura jurídica a las concepciones positivistas, haciendo la distinción entre el Delito Natural y el Delito Legal y Artificial.

DELITO NATURAL. Se entiende como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

DELITO LEGAL O ARTIFICIAL. Es la actividad humana que contrariando la ley penal, no es lesivo de los sentimientos de piedad y probidad. Para Garofalo, lo fundamental del delito es la oposición a las condiciones básicas indispensables para la vida gregaria.

CONCEPCIONES COMUNES QUE SUSTENTA LA ESCUELA POSITIVISTA

➤ El punto de mira de la justicia penal es el delincuente; el delito no es sino un síntoma revelador de su estado peligroso.

➤ La sanción penal, para que derive del principio de Defensa Social debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción.

➤ El método es el inductivo-experimental.

➤ Todo infractor de la Ley Penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal.

➤ La pena posee una eficacia muy restringida, importa más la prevención que la represión de los delitos, y por lo tanto importan más las medidas de seguridad que las penas mismas.

➤ El juez tiene la facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarla a las necesidades del caso.

➤ La pena como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles.

22 El positivismo ha caído en desuso como sistema jurídico, ya que los positivistas no elaboraron Derecho sino Ciencias Naturales, a pesar de haber creído construir lo

jurídico; no obstante se reconoce que los positivistas aportaron el mérito de insistir sobre la importancia que el factor personal tiene en el desarrollo de la criminalidad, basado en:

1. El delincuente es siempre un hombre, un ser humano.
2. Entre los delincuentes existe un número de anormales mucho mayor de lo que

antes se creía.

4.4. TENDENCIAS ECLÉCTICAS.

En la lucha entre las dos corrientes, la clásica y la positivista surgieron teorías que aceptaron solo parcialmente sus postulados: la *Terza Scuola* en Italia y la Escuela Sociológica o joven Escuela en Alemania.

4.5. LA TERZA SCOULA.

Encuentra su formación en las teorías de Alimena y Canivale y constituye una postura Ecléctica entre la Escuela Clásica y el Positivismo. Niega el libre albedrío y concibe el Delito como fenómeno individual y social, inclinándose hacia el estudio científico del delincuente, al tiempo que propala las conveniencias del método inductivo.²⁸

Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la Responsabilidad Legal y acepta el principio de la Responsabilidad Moral; distingue entre delincuentes imputables e inimputables, aun cuando niega que el delito sea un acto ejecutado por un ser dotado de libertad.

²⁸ Castellanos, Fernando. *Óp. Cit.* Temas 5 a 7.

A). PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA TERZA SCOLA

- Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre. (solo son imputables los capaces de sentir la amenaza de la pena).
- La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica.
- La pena tiene como fin la defensa social.

Franz Von Liszt. Sostuvo que el delito no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas. La pena es necesaria para la seguridad en la vida social, porque su finalidad es la conservación del orden jurídico.

4.6. LA DIRECCIÓN TÉCNICO – JÚRIDICA

Rocco, Manzini, Massari, Bataglini, Vanini, etc., sostienen que sólo el Derecho Positivo constituye el objeto de una ciencia jurídica. El Derecho Penal debe reducirse al conocimiento científico de los delitos y de las penas; no debe pretender la indagación de principios filosóficos. La pena es un instrumento para lograr no únicamente la prevención general o especial de los delitos, sino la readaptación del delincuente; de esa forma, la pena cumple su función defensora del orden jurídico. Según Cuello Calón, su objeto se limita al Derecho Positivo Vigente, a elaborar técnicamente los principios fundamentales de sus instituciones y a aplicar e interpretar ese Derecho.²⁹

4.7. LA PENA

La pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito

²⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Ob. Cit.* Cap. 4. Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal P. Gral.* 4ª edición. Trillas,

“La ejecución de la punición se da en la instancia o fase ejecutiva”. Por lo general es la autoridad administrativa la encargada de la ejecución, aunque pueden mostrarse variantes según los diferentes ordenamientos jurídicos.

4.8. LA PUNIBILIDAD

La punibilidad consiste en una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal. Es por lo tanto la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o que deja de hacer algo ordenado por la ley penal.

4.9. LA PUNICIÓN

“La punición es la fijación de la concreta privación o restricción de bienes al autor del delito; es decir concreción de la punibilidad. La legalidad la obtiene al seguir el proceso tal y como lo garantiza la Constitución o la norma máxima del lugar.”³⁰

En su texto el autor maneja una idea que es central y relevante, el fin de la pena es “la prevención especial” que busca que el sujeto no reincida una vez que obtenga su libertad.

La pena por supuesto tiene límites y son aquellos que garanticen el pleno y absoluto respeto a los derechos humanos en todas las partes del proceso legal; en esta materia México en la actualidad tiene una serie de problemas.

³⁰ Luis Rodríguez Manzanera, Penología. Ed. Porrúa. D. F., México. 1998. Págs. 1, 88, 91, 94.

4.10. PROBLEMAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En nuestro país, estudios de investigación han revelado que el uso de la prisión preventiva contraviene el derecho internacional de los derechos humanos, “es excesivo e injusto y costoso”.

En México, la Constitución Política Federal, las Constituciones Políticas locales y los Códigos de Procedimientos Penales rigen la prisión preventiva y obligan a su utilización contra personas acusadas de delitos calificados como “graves” incluidos dentro de un catálogo. Para delitos “no graves”, no obstante que la libertad provisional es una posibilidad, la falta de alternativas a la prisión preventiva genera que un gran número de personas no la obtenga por no poder pagar una caución –única opción posible para salir en libertad-.

Esta combinación de disposiciones jurídicas relativas a los delitos “graves” sumada a la falta de opciones para otro tipo de delitos, más las onerosas condiciones financieras para los acusados, pone a México en jaque frente a las pautas internacionales que prevén el uso excepcional de la prisión preventiva.

4.11. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS

El sistema jurídico tradicional mexicano viola el derecho internacional de los derechos humanos al concebir la prisión preventiva como una regla que trae como consecuencia una pena anticipada; es decir violenta el principio de presunción de inocencia.

22 Las normas de derecho internacional establecen que “La prisión preventiva debe ser utilizada como excepción una vez que se compruebe que otras alternativas no serían efectivas para prevenir el riesgo de fuga, el peligro para la víctima o la sociedad

o la obstrucción de la justicia”. Todas las declaraciones, tratados y convenciones en materia de derechos humanos estipulan que el principio de presunción de inocencia impone al Estado la carga de probar que alguien es responsable de un delito. Así está obligado a disponer los mecanismos necesarios para tratar a los individuos como inocentes hasta que se les pruebe lo contrario. El establecimiento de un catálogo de delitos “graves” para los cuales la prisión preventiva opera automáticamente violenta la regla de excepcionalidad en su aplicación. La tendencia de los estados a incrementar dicho catálogo hace nula la posibilidad de libertad provisional. En muchos casos existe discrepancia entre un estado y otro en cuanto a los delitos que cada uno considera “graves”. Los organismos de derechos humanos de nuestro país demandan poner un alto a la impunidad; que en la persecución de los delitos y el castigo a la delincuencia se preserven los derechos humanos de acuerdo con las normas establecidas en los pactos y convenios internacionales.”³¹ “El marco normativo actual mexicano ha generado que 92,000 personas se encontraran en prisión preventiva en 2007. Esto quiere decir que aproximadamente el 40% de la población carcelaria son personas en prisión sin condena. Los acusados en prisión preventiva tienen mayores inconvenientes para dar seguimiento a su defensa; mayores probabilidades de declararse culpables y en algunos casos reciben sentencias más severas.”³²

Estudios de investigación señalan que el costo de la prisión preventiva es de 33% del presupuesto destinado a seguridad y justicia. En 2007 el estado mexicano gastó 5.8

³¹ Zepeda Lecuona Guillermo. Los Mitos de la prisión preventiva en México, Open Society Justice Initiative, México. 2005

³² Cárceles en México: Cuadros de una Crisis. Revista latinoamericana de seguridad ciudadana No.1.

billones de pesos en costos directos para mantener a la población carcelaria en prisión preventiva.

Asimismo, la sobrepoblación carcelaria y las malas condiciones sanitarias conducen a altas tasas de homicidios, suicidios y contagio de enfermedades como VIH y tuberculosis.

“El sistema penitenciario en nuestro país es un fracaso, pues en la mayoría de los Ceresos existe hacinamiento, autogobiernos de reclusos que imponen las reglas y la falta de un programa homogéneo de vigilancia”³³.

“Se puede observar, que el sistema penitenciario actual, al representar un costo social que no readapta, no capacita para el trabajo; no educa, no dignifica a la persona y lo más grave no propicia la reparación de daños causados a las víctimas ni a la sociedad.”³⁴

Se abusa de la prisión preventiva y se genera sobrepoblación en los penales; para las personas detenidas esto se convierte en una larga pesadilla y en jugosas ganancias para quienes se aprovechan de la situación; contrario a lo que establece la norma de Derecho Internacional, la cual cita que “la prisión preventiva debe ser utilizada como excepción ante la falta de garantías de fuga o riesgos contra la sociedad. Es importante replantear que las penas se encaminen a resarcir los daños a las víctimas; el canje de las penas por trabajo a la comunidad y la vigilancia en la reparación de daños, en tanto se debe reorientar el sistema penitenciario. Puesto que existe una correlación evidente

³³ EL UNIVERSAL. Cárceles en México. Castigo sobre castigo. Junio de 2005.

³⁴ Como en su momento lo señaló Foucault, (y es una realidad contraria al argumento de Sandoval Huerta).

entre crisis económica e índice de delincuencia, las políticas de prevención de los delitos deberían propiciar la creación de programas de atención a la pobreza; la creación de empleos; mejoras laborales; programas sociales y culturales que eviten la descomposición de la sociedad.

4.12. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PENA SON

- **Principio de necesidad.** Como en los casos anteriores el principio de necesidad es fundamental para entender la moderna Política Criminológica en todas sus partes, incluida desde luego, la Política Penológica. En este caso, el principio de necesidad indica que sólo se debe privar o restringir de bienes a título de pena, en casos en que sea indispensable. Lo que da pauta en el principio de necesidad es la finalidad o función de cada momento o instancia; en este caso, la pena no se ejecuta si no es indispensable para la Prevención Especial y si no se altera la Prevención General. Los avances en este terreno han sido notables, y han aparecido instituciones como la libertad condicional, la libertad bajo palabra *parol*, *probation*, *sursis*, condena condicional, etc., que suspenden o interrumpen la pena privativa de la libertad.

- **Principio de Personalidad.** Solamente al culpable de la infracción puede ejecutarse, la pena no puede ser trascendente, Actualmente las penas ya no son trascendentes, al menos desde el punto de vista jurídico, pero penológicamente no cabe duda de que la pena trasciende, principalmente a la familia que se ve estigmatizada, empobrecida, lastimada y abandonada.

Una de las misiones más importantes de la penología moderna debe ser la

- **Principio de Individualización.** No puede ejecutarse a todos por igual, aunque dos sentencias sean iguales, en el momento de la ejecución deben tomarse en cuenta las peculiaridades individuales del reo.
- **Principio de Particularidad.** “Se sanciona a un sujeto en particular y determinado, no es como la Punibilidad, que sigue el principio de generalidad”.³⁵

4.13. CATÁLOGO DE PENAS EN MÉXICO

En el “Manual del justiciable penal” describe los casos en que la pena carcelaria puede ser sustituida en México y estos son:

La prisión puede ser sustituida, a juicio del juzgador en los términos siguientes:

- 1). Por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de 4 años.
- 2). Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de 3 años.
- 3). Por multa, si la prisión no excede de dos años.

Algunas de las penas impuestas en México son:

- a) Multa.
- b) Prisión.
- c) Reparación de daño.
- d) Trabajo a favor de la comunidad.
- e) Suspensión, distribución o privación del empleo, cargo o comisión.
- f) Suspensión o privación de derechos.

³⁵ Luis Rodríguez Manzanera. Penología. Editorial Porrúa. D. F., México. 1998. Pág. 96.

- g) Decomiso de bienes producto del enriquecimiento ilícito.
- h) Decomiso de los elementos del delito.

La Prisión. Es la privación de la libertad, la cual se cumplirá en los términos y con las modalidades previstas en la ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad.

La multa. Consiste en el pago de una suma de dinero al estado, que se fijará por días multa y días multa de salario mínimo.

Reparación del Daño. Comprende la restitución del bien obtenido por el delito, el pago, indemnización o el reparamiento del daño material y moral o perjuicios ocasionados que cause el sujeto activo al sujeto pasivo.

El trabajo a favor de la comunidad. Consiste en la prestación de servicios no remunerados en instituciones públicas y de asistencia social.

También existen: la suspensión de funciones o privación del empleo; son de dos clases; la que por el ministerio de ley es consecuencia necesaria de otra pena; la que se impone como pena independiente.

Suspensión o Privación de Derechos. La suspensión prohíbe el desempeño de la tutela y ser apoderado defensor, albacea, perito, interventor de quiebra, árbitro y representante del ausente.

La Publicación especial de sentencia. Consiste en la inserción total o parcial de ella hasta en dos medios de comunicación de mayor circulación de la localidad.

22 **El Decomiso de bienes producto del enriquecimiento ilícito.** Consiste en la pérdida de la propiedad o posesión; se aplicará en forma equitativa a la procuración y administración de justicia.

El Decomiso de los instrumentos, objetos y efectos del delito. Consiste en la pérdida de la propiedad o posesión de los instrumentos, objetos y efectos del delito a favor y en forma equitativa de la procuración y administración de justicia.

A su vez es importante recalcar la forma en que se tipifican las medidas de seguridad que son: **El Confinamiento.** Consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él.

Prohibición de ir a un lugar determinado. Se extenderá únicamente a aquellos lugares en los que el sentenciado haya cometido el delito y residiere el ofendido o sus familiares.

La Amonestación. Consiste en la advertencia que el órgano jurisdiccional hace al inculcado, explicando las consecuencias del delito que cometió, excitándole a la enmienda y previniéndole de las penas que se imponen a los reincidentes. Se impondrá en toda sentencia condenatoria.

La Caucción de no ofender. Consiste en la garantía que el órgano jurisdiccional puede exigir al sentenciado para que no repita el daño causado al ofendido.

La Vigilancia de la autoridad. Tendrá un doble carácter la que se impone por disposición expresa de la ley y la que se podrá imponer discrecionalmente a los responsables de delitos de robo, lesiones y homicidios dolosos y a los reincidentes o habituales.

El Tratamiento de inimputables. Cuando exista alguna de las causas de inimputabilidad, el inculcado previa determinación pericial según sea el caso será declarado en estado de interdicción, para efectos penales e internado en hospitales

psiquiátricos o establecimientos especiales por el término necesario para su tratamiento bajo la vigilancia de la autoridad.

Es necesario tener en claro la extensión de la pretensión punitiva:

El Estado es el ente titular del Derecho Punitivo y tiene como finalidad Primordial, entre otras, procurar el orden común de una sociedad, garantizando así la seguridad pública para que el individuo o gobernado disfrute de sus garantías individuales previstas por la Constitución.

Cumplimiento de la pena o medida de seguridad. Se distingue con todos sus efectos en el momento en que se agota su cumplimiento o por los que hayan sido sustituidos o conmutados.

Sentencia o procedimiento penal anterior. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene; cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que exista otro en relación con la misma persona o por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso.

La ley más favorable. Cuando por virtud de una nueva ley se suprima un tipo penal, se extinguirá la potestad punitiva correspondiente y se pondrá en absoluta y mediata libertad al inculcado o sentenciado y cesarán todos los efectos de procedimiento.

Extinción de las medidas de tratamiento de inimputables. La ejecución de la medida de tratamiento se considera extinguida si se acredita que las condiciones personales del sujeto no corresponden a las que hubieran dado origen a su imposición.

Muerte del inculpado. Extingue la pretensión punitiva, incluso la pena impuesta, con acepción del decomiso de los instrumentos y efectos del delito.

Amnistía. Extingue la pretensión punitiva y todas las consecuencias jurídicas del delito, como si éste no se hubiere cometido sin perjuicio de la reparación del daño.

Indulto. Por gracia de la pena impuesta en la sentencia irrevocable la extingue por lo que respecta a su cumplimiento, pero no en sus efectos en cuanto se refiere a la reincidencia, ni a la obligación de reparar el daño.

Perdón del ofendido. Extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela necesaria, siempre que sean otorgados antes de que se dicte sentencia en primera instancia otorgando perdón y no habiendo oposición a él no podrá revocarse.

Revisión extraordinaria. La sentencia dictada en el recurso de revisión extraordinaria, sólo en caso de que se declare la inocencia del inculpado extingue las penas impuestas si el reo está cumpliéndolas; si las ha cumplido vivo o no, da derecho a él o a sus herederos en sus respectivos casos, a obtener la declaratoria de inocencia.

Rehabilitación. Tiene por objeto reintegrar al sentenciado en el ejercicio de los derechos políticos, civiles o de familia que hubiera perdido o estuviere en suspenso.

CAPÍTULO II

EL FRACASO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD COMO MEDIO DE REINSERCIÓN SOCIAL.

La privación de la libertad como pena por la comisión de una conducta, típica antijurídica, imputable, culpable y punible (delito) es una técnica penal relativamente reciente. Hasta siglos después de la Edad Media imperaban los castigos corporales, los trabajos forzados y las penas infamantes y trascendentes.

Los presidios se conciben como lugares de tránsito hasta el juicio o la ejecución de la pena. Posteriormente, ante el fracaso del catálogo de penas, se configuró la pena privativa de la libertad con objeto de:

- Corregir al culpable y disuadir a la sociedad (prevención especial y general).
- Aislar al delincuente.
- Garantizar seguridad.
- Contribuir a la maltrecha economía de la época.

De acuerdo a lo expresado por Hans Von Hentig (*Die Strafe*) "*eran demasiados y demasiado miserables para colgarlos a todos*", así que había que encontrar otra forma de castigo.

La pena privativa de libertad, tal como su nombre lo indica, consiste en privar de libertad de tránsito al individuo sentenciado. Se diferencia de la "*prisión preventiva*"

porque la pena privativa es resultado de una sentencia firme y no de una medida transitoria como sucede con aquélla. Además, su finalidad es distinta: la pena privativa de libertad tiene como fin castigar (penar) al condenado por el delito que ha cometido, mientras que la prisión preventiva tiene la finalidad de evitar una posible fuga del acusado en tanto es procesado. Asimismo “se diferencia de las denominadas “*penas limitativas de derechos*”; en la pena privativa no permite al reo conservar su libertad ambulatoria mientras la ‘*pena limitativa de derechos*’ por cuanto ésta no afecta en modo alguno la libertad del reo para desplazarse y solamente impone la obligación de realizar ciertos actos (por ejemplo, prestar servicios a la comunidad) o el impedimento de ejecutar otros (ejercicio de una profesión).”³⁶

1. CRÍTICAS Y ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La pena de prisión nace en España en el siglo XVI, como sustituto de galeras o como trabajos forzados. En el siglo XVIII el objeto de las penas cambia debido a dos razones principalmente: el exceso de mano de obra de la revolución industrial y el pensamiento ilustrado de la época que creía en la rehabilitación del delincuente. Es de esta manera como se legaliza la pena y se empieza a imponer en tribunales, y a orientarla hacia la prevención. En la actualidad, a pesar de los intentos por endurecer las penas privativas de libertad hay corrientes que ven la pena de prisión como un método obsoleto e inhumano por las siguientes razones:

1. **Desigualdad.** La gran mayoría de los reos pertenecen a clases bajas y no altas, que se ven obligados a delinquir para mejorar sus precarias condiciones de vida.

³⁶ Mir Puig, Santiago (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor. Muñoz Conde y García Arán, Francisco y Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición. Tirant Lo Blanch. Ley Orgánica. 23 de noviembre de 1995 del Código Penal.

2. **Estigmatización.** La pena de prisión “deshonra” al reo frente a la sociedad una vez que sale de la cárcel.
3. **Marginación.** Derivada de la estigmatización.
4. **Aislamiento de la sociedad.** Que produce la cárcel cuando su pretensión es resocializar.
5. **Subculturas carcelarias.** Dentro de la propia prisión rigen unos códigos entre los presos.

Por todos estos motivos se intenta llevar a cabo una sustitución de la pena de prisión que tienda a una verdadera reinserción y resocialización del reo.³⁷

2. MEDIDAS ALTERNATIVAS

- a) Multa.
- b) Soluciones procesales. El fiscal y el abogado defensor llegan a un acuerdo.
(No apta para delitos graves).
- c) Trabajos en beneficio de la comunidad.
- d) Prisión abierta: Que otorgan más libertad de movimiento para los presos.
- e) Regímenes de prueba: el juez no emite sentencia condenatoria, sino que establece unas condiciones que el delincuente debe cumplir en un determinado período de tiempo. Pasado ese tiempo, el juez decide dictar condena o dejar sin efectos el procedimiento.
- f) Vigilancia electrónica: A través de pulseras o collares para obtener constantemente la localización de su portador.

³⁷ Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olivé, Serrano Piedecabras, García Rivas, Terradillos Basoco (2004). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Experiencia.

Lo más importante y trascendente, pilar de la reforma penal en México: la justicia penal alternativa. Por lo anterior no debe olvidarse que se debe hacer una verificación práctica de la finalidad de la pena, ya que su verificación en la práctica es la mejor prueba de su eficacia o fracaso.

En lo relativo, es necesario retomar las teorías existentes referentes a la pena. Tradicionalmente las teorías de la pena, han sido divididas en dos grupos: se habla de teorías **absolutas y teorías relativas**, las primeras son todas las doctrinas retribucionistas y las segundas son todas aquellas doctrinas utilitaristas de la pena.³⁸ Por aspectos metodológicos, se incursionará inicialmente en las teorías relativas, Las teorías relativas indican una supuesta eficacia preventiva de la pena y en sentido doble³⁹. Por un lado la prevención general, que se produce cuando la afectación preventiva implica a la totalidad de los ciudadanos, con el ánimo de robustecer la conciencia jurídica de la colectividad. Por otro lado existe la prevención especial que deja a la colectividad con la intención de centrarse en el individuo autor de la conducta antijurídica; en este sentido la pena tiene una función pedagógica, ya que busca enseñar la forma correcta de actuar. He ahí donde aplica la teoría de la Prevención especial la cual cita que la prevención especial tiene dos funciones claramente definidas, pero no antagónicas en términos prácticos. La primera de sus finalidades “teoría positiva” implica un intento de reeducación del sujeto interno en un penal. La segunda de sus finalidades “teoría negativa” se relaciona con la eliminación o neutralización del reo. Para Ferrajoli⁴⁰ ambas finalidades concurren acumulativamente

38 Ferrajoli, Luigi. *Ob. Cit.* 1995. Pág. 253.

39 Rodríguez Delgado, Julio A. Abogado de la PUCP. Máster en Sistema Penal y problemas sociales. 40 *Ob. Cit.* 1995., Pág. 264.

en el concepto de la finalidad de la pena, dándole a ésta un fin diversificado que se rige por el binomio entre corregible o incorregible.

Estas doctrinas se centran más en los internos que en los hechos ilícitos perpetrados, dando mayor énfasis a las características de los autores que a la conducta punible cometida. “Ni el castigo ni la intimidación tienen sentido; lo importante es corregir, enmendar o rehabilitar, siempre que haya posibilidades de hacerlo puesto que si no las hay el único posible será la inocuización ⁴¹. Dentro de estas teorías se tienen cuatro subteorías;

1) Teoría de la prevención especial negativa. Le otorga a la pena privativa de la libertad, la función de mantener al sujeto activo de un delito aislado de la sociedad. Se habla de la peligrosidad de dicho sujeto, por lo que mantenerlo en reclusión permite neutralizarlo. Se acerca más a un Estado totalitario, distanciándose de uno de naturaleza democrático. Baratta ⁴² señala que esta teoría tiene como única función la neutralización del trasgresor, y ello incluye custodia en lugares separados, aislamiento y sobre todo un aniquilamiento físico y psíquico.

2) Teoría de la prevención especial positiva. Esta teoría va en función de la resocialización que se le busca dar a la pena en la actualidad.

Se habla en este sentido de la re-educación y la re-inserción. Con esta teoría se busca dar importancia al tratamiento penitenciario, con lo cual los grupos interdisciplinarios de tratamiento pasan a primer plano como encargados de llevar a cabo las políticas penitenciarias.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, Bustos Ramírez, Juan. Introducción al Derecho Penal., Editorial Temis. 2ª edición. Bogotá, Colombia.

⁴² Alessandro Baratta. Viajes y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal, en Poder y control, Editorial. P.P.U., Barcelona, España. 1986. Pág. 83.

Bustos Ramírez ⁴³ señala que la resocialización otorgaría al Estado la posibilidad de manipular a los individuos teniendo el monopolio de aplicación y definición de tales pautas resocializadoras, lo que implica el absoluto totalitarismo de unos sobre otros.

Por otra parte, Jakobs ⁴⁴ mantiene una postura funcionalista-sistemática más cercana a la prevención-integración, “El hecho antijurídico que realiza el autor se convierte en el motivo del tratamiento; hecho que por otra parte no es suficiente para graduar el tiempo que requiere para resocializarse”.

En esta teoría -de carácter básicamente preventivo- la finalidad es evitar que el sujeto cometa nuevos delitos desde un intento de transformar su adaptación social para así poderlo reinsertar en la sociedad. Larrauri ⁴⁵ señala que la prevención especial positiva tiene dos cuestiones teóricas insuperables: la primera es que la concepción de una sanción adaptada a las necesidades del autor del hecho punible permite justificar las medidas de seguridad indeterminadas temporalmente; en segundo lugar la posibilidad de imponer medidas de seguridad pre-delictuales.

La Teoría de la prevención general tiene dos vertientes: por un lado busca generar miedo (intimidación) en los individuos de la sociedad para que no realicen dichas conductas prohibidas.

43 Bustos Ramírez, Juan., Ob. Cit. 1994. Pág.86.

9 GÜNTHER JAKOBS. *Fundamentos y teorías de la imputación, Parte general*. Marcial Pons. Madrid, España. 1995. Pág. 31.

45 Larrauri, Elena. *Los límites del tratamiento penitenciario*. Ponencia presentada en el VIII Congreso universitario de alumnos de Derecho Penal, Salamanca del 20 al 22 de marzo de 1996.

La otra versión de la prevención general busca que la sociedad se cohesione alrededor de la norma y que mediante esto se justifique la imposición de una sanción al autor del hecho punible.

La pena en estas teorías sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar la realización de conductas ilícitas. En ambas doctrinas se llega a caer en el terror penal, puesto que se utiliza la elevación de la pena como medio de controlar la futura comisión de hechos antijurídicos y dentro de esto el hombre pasa a ser también un medio para prevenir la criminalidad debido a que se produce una instrumentalización en aras de la defensa del Estado⁴⁶.

3) **Teoría de la prevención general negativa.** Esta teoría busca que la pena cumpla la función de intimidación social. La pena tiene que aplicarse a costa del individuo autor de un hecho punible con la finalidad de que sirva como ejemplo para el resto de la sociedad. Se busca intimidar a la sociedad a través del castigo infringido a una persona considerada culpable dentro de un proceso penal.

Para esta teoría, la pena no es otra cosa que un efecto desincentivador de la norma penal con la intención de disuadir a los demás individuos de cometer delitos, con la amenaza (intimidación) de dicha sanción punitiva.⁴⁷

4) **Teoría de la prevención general positiva.** Es también conocida como la prevención-integración. La pena debe ejercitar la confianza en la norma, es decir al infractor se le castiga para que se vea en la sociedad que el sistema funciona.

46 *Bustos Ramírez, Juan.* Ob. Cit. 1994. Pág. 75.

47 *Ferrajoli, Luigi.* Ob. Cit. 1995. Pág. 275 y 276.

También se consigue con ello que la pena despliegue una fidelidad al derecho. “La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. La reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”.⁴⁸ La prevención general positiva, pese a su presentación como una doctrina superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional intimidatoria, se muestra en última instancia como una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redundaría en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos.⁴⁹ Por otra parte, las teorías absolutas también conocidas como teorías retribucionistas se basan en la pena justa; es decir la pena se aplica con la finalidad de retribuir el mal social realizado con un mal que afecte al sujeto activo del injusto penal. Esta tesis tiene dos vertientes: La primera de ellas se basa en la retribución ética, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y de la sanción que por consecuencia se le infringe concibiendo a la pena como un “imperativo categórico”. La segunda -tesis hegeliana- se basa en la retribución jurídica, que se justifica en la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que pueda restablecer el orden legal violado.

Luzón Peña se inclina por una teoría que mezcle tanto la prevención general positiva y negativa, con la prevención especial; por ende se adscribe a una teoría de carácter mixto; “esto quiere decir que a su vez la punición de la acción es por regla general necesaria para los fines preventivos-generales de la pena”.

48 Jakobs, Günther, Ob. Cit. 1995. Pág. 8.

49 Rodríguez Delgado Julio. *La Reparación como sanción Jurídico Penal*. Capítulo I.

La amenaza de pena resulta necesaria para evitar mediante la intimidación general acciones cuya realización se considera altamente indeseable, y para lograr con ello el reconocimiento social de las normas jurídicas y la confianza en el ordenamiento jurídico- y también para la prevención especial, pues normalmente existe el peligro de repetición de dicha acción disvaliosa.⁵⁰

3. EL FRACASO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN MÉXICO

La pena privativa de libertad, como es concebida actualmente, no cumple con la mencionada función; resulta difícil de establecer que dentro de la situación actual de la cárcel se pueda alcanzar una resocialización o reducción del condenado, ya que tal objetivo es imposible de alcanzar dentro de una institución regida por un sistema que se centra en el disciplinamiento.

Los principios de la función jurisdiccional en donde la pena de privación de la libertad tenga por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

"En México están presas 82 mil personas que no han sido sentenciadas y que tienen la garantía de presunción de inocencia, que sufren la privación de su libertad en las condiciones dantescas que prevalecen en las cárceles mexicanas", aseguran estudios realizados en nuestro país, tras considerar que la prisión preventiva en México, es una práctica inefectiva que ha sido utilizada irracional e indiscriminadamente."

50 Luzón Peña, Diego Manuel. *La relación del Merecimiento de Pena y de la necesidad de Pena con la estructura del delito*. En fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, libro-homenaje a Claus Roxin, J.M. Silva, B. Schünemann y J. De Figueiredo Dias. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1995. Pág. 123.

"El sistema penitenciario en nuestro país es un fracaso, pues en la mayoría de los Ceresos (Centro de Readaptación Social) existe hacinamiento, autogobiernos y la falta de un programa homogéneo de vigilancia".

En investigaciones realizadas en las cárceles mexicanas, se observa que los internos perciben a la institución como algo "temido", "terrible" que provoca pánico; por otro lado se observa en ellos que la institución no les ayuda a modificar la conducta y valores personales de una manera positiva que se traduzca en provecho para los reclusos y para la sociedad (no se obtienen los fines de rehabilitación o de readaptación social).

La cárcel que debiera ser un lugar para preparar socialmente al individuo que ha cometido un delito, se encuentra separado tanto geográfica como psicológicamente de la comunidad. La pregunta fundamental para dicho argumento es ¿se socializa a una persona aislándolo de la sociedad?; ya Radbruch ha señalado la paradoja de que "para ser sociales a los antisociales se les debe disociar de la comunidad cívica y asociarlos con otros antisociales"; Roxín, afirma que "nadie puede aprender a vivir en libertad, sin libertad". Ya que es bien sabido que la vida de la sociedad libre y la vida carcelaria son totalmente antagónicas.

En México se sostiene que la cifra de reincidencia en las cárceles es del 43% de la población total.

El interno se convierte en un número más dentro de la institución, o en un individuo automatizado.

Autogobierno en cárceles

Para los directivos carcelarios, entre los principales problemas que enfrentan los penales mexicanos está el creciente ingreso de personas acusadas por delitos federales, muchas de las cuales esperan meses para ser procesados en cárceles municipales y estatales. Además, debido a que manejan más dinero que los presos por delitos del fuero común, son difíciles de controlar y propician el tráfico de drogas.

En los penales estatales de ciudad Juárez y de la ciudad de Chihuahua, las autoridades han enfrentado casos graves de hacinamiento y tráfico de drogas, con violentos enfrentamientos entre reos o entre custodios e internos que controlan las crujías e imponen la ley del más fuerte. A ello se agrega la falta de presupuesto y de apoyo económico de la Federación, que para cada interno por delitos federales aporta sólo 18 pesos diarios y en promedio, a nivel nacional, se gastan poco más de 100 pesos cada día en la manutención de los reos, aunque hay situaciones extremas, ya que mientras en Guerrero el costo por cada preso es de 10 pesos, en San Luis Potosí llega a 175 pesos.⁵¹

Sobrepoblación en el centro y el norte

En parecida situación están las autoridades penitenciarias de Baja California, donde operan cuatro de los llamados Ceresos que albergan a 13 mil 963 presos, incluidas 637 mujeres, 47.36% más de los que pueden recibir sus instalaciones.

Del total de internos, 6 mil 637 aún no son sentenciados; entre ellos gran parte de los 4 mil 996 acusados por delitos federales.

51 Datos y estadísticas tomados de la investigación realizada por El Universal. Junio de 2005.

Un caso similar enfrenta Michoacán. En junio de 2005, tenía 8 mil 10 reos en 16 centros preventivos y ocho Ceresos diseñados inicialmente para recibir a 6 mil internos. Ahí, de los mil 755 reos del fuero federal, 404 esperaban su proceso, mientras que del fuero común 3 mil 929 estaban en proceso contra 2 mil 10 ya sentenciados.

El "mal necesario" de la prisión preventiva se convierte en un mal completamente innecesario e injusto cuando ella se aplica en forma infundada y masiva, como sucede en nuestro país.

Tan sólo en el Distrito Federal hay cientos de personas sujetas, ilegal e inconstitucionalmente, a prisión preventiva en circunstancias en que ésta no procede, porque la ley prevé penas alternativas o sustitutivas de prisión.

Una gran cantidad de personas están físicamente detenidas por no haber podido pagar la fianza requerida para obtener la libertad caucional.

Otros de los procesados sujetos a prisión preventiva han logrado recuperar la libertad bajo caución, realizando sacrificios económicos que suelen ser desproporcionados a sus ingresos.

De todo lo anterior se puede concluir que:

a) La prisión preventiva no procede cuando la punibilidad del delito que se persigue, admite una pena alternativa o sustitutiva de prisión.

b) La prisión preventiva -con derecho a la libertad provisional bajo caución- procede cuando el delito de que se trata merece exclusivamente una pena corporal y no está considerado entre los graves, de acuerdo con el artículo 194 último párrafo del

c) La prisión preventiva -sin derecho a la libertad provisional bajo caución- sólo procede cuando el delito que se le imputa al acusado es considerado grave en los términos del precepto citado en el inciso que antecede.

Lo anterior hace prácticamente inoperante el artículo 133 bis del CPPDF que establece la procedencia de la libertad provisional sin caución cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no excede de tres años.

A pesar de que está claramente establecido en la Constitución Política y en los códigos de procedimientos penales de la mayoría de las entidades federativas, que la prisión preventiva no procede en caso de penas alternativas y que, en lo relativo a las penas sustitutivas de prisión, ha quedado demostrado que tampoco cabe dicha medida de seguridad, sucede que la práctica jurídica se aparta del derecho y de la correcta interpretación de las normas jurídicas. Todos los días se ordena la aprehensión y detención preventiva de personas cuando esto es totalmente improcedente.

Al respecto, el licenciado Enrique Rafael León Álvarez ⁵², en su reseña sobre la reforma penal señala que la cárcel en la actualidad es duramente criticada, y no sólo porque rebasa en mucho sus propios fines, sino por su engendro, la prisión preventiva, que en poco tiempo ha llegado a ser en nuestro país y en el extranjero la principal forma de la privación de libertad de una persona; existe una proporción de cuatro a uno entre los presos procesados y los que ya cumplen una pena; esto es que la prisión ya no es primordialmente una pena sino una medida de seguridad, un instrumento de prevención

⁵² León Álvarez, Enrique Rafael, "La reforma penal de diciembre de 1991", *Revista de la Facultad de Derecho de México, México, t. XLII, núm. 183-184, mayo-agosto 1992, p. 281.*

social consistente en la privación real de una serie de derechos (la libertad misma) sin previo juzgamiento, sin condena.

Por ello, la moderna política criminológica ha tenido cuidado al proponer una serie de medidas alternativas de la prisión, minimizando efectos sociales, combatiendo las penas cortas de duración y reduciendo el ámbito coactivo de la materia penal.

CAPÍTULO III

LA JUSTICIA ALTERNATIVA

EL PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO

1. ORIGEN DEL PROCESO

En la sociedad humana se producen con frecuencia conflictos de intereses que el derecho está llamado a componer o a arreglar a fin de restablecer la paz por medio de la justicia, el Derecho y en especial una de sus ramas: el Derecho Penal y ciencias auxiliares, se encarga del estudio y elaboración de dichos conceptos.

En tanto que las necesidades del hombre son ilimitadas y los bienes para satisfacerlas son pocos, sobre los que recaen los intereses son limitados, *“como correlativa a la noción de interés y de bien, expresa Carnelutti, aparece la de conflicto de intereses”*.⁵³

En efecto, en la actualidad el crecimiento de la población es de manera geométrica y junto con ella sus necesidades básicas; en tanto que los bienes o recursos para satisfacer esas necesidades son escasos.

Es por ello que surge la creación de los conflictos entre los seres humanos, y tal vez reflexionando un poco, **lo que deberían hacer los gobiernos actuales es buscar mecanismos alternativos que solucionen estos problemas y así atender a la población al menos para que disminuya el carácter conflictual.**

*“Este conflicto calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro se denomina **litigio**.*

⁵³ Carnelutti, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal*. Traducción española de Niceto Alcalá – Zamora Castilla y Santiago Sentís Melendo. Editorial Uteba. Buenos Aires, Argentina Pág. 16.

*La institución jurídica que tiene como finalidad componer o arreglar y prevenir los litigios y resolver cualquier incertidumbre que pueda causarlos, es el proceso, aunque en la realidad se dan procesos sin litigio (jurisdicción voluntaria) y litigio sin proceso (arreglo o transacción)".*⁵⁴

Algunos tratadistas consideran dos posturas conceptuales básicas en torno a la noción de proceso: una de orientación material y otra de orientación formal. Mientras la primera parte de la vida social humana, en la que se originan roces y colisiones, que deben normarse por el derecho en defensa de la paz, “que sufriría si no se diera regulación al conflicto”⁵⁵, y de la justicia que asimismo sufriría “si se le diera una regulación arbitraria”; la segunda considera el proceso como un medio que tiene por objeto la puesta en práctica del derecho.

No se justifica considerar separadamente tales posiciones. El proceso reconoce una base social constituida por conflictos humanos intersubjetivos que exigen solución mediante la actuación del derecho.

La formación del proceso ha seguido una larga trayectoria.

“En las sociedades primitivas (históricas o actuales) los hombres apelaban a la fuerza para defender sus derechos. Cada cual calificaba su pretensión; elegía los medios para poner término a la amenaza o para vengar el agravio y era, de ese modo Juez y parte en los conflictos que le afectaban.

Esta etapa, llamada régimen de la “defensa privada” o de la “autodefensa” se caracteriza por el predominio de la violencia, y en ella, como ha escrito Dos Reis “en

54 Alzamora Valdez, Mario, *Teoría general del proceso*. Lima- Perú. 1981. Pág. 11.

55 Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España. 1962. Pág. 13.

vez de que la fuerza esté al servicio del derecho, éste último se encontraba a merced de aquella” ⁵⁶

Tal situación, que lleva consigo radicales obstáculos para la convivencia humana no podía persistir. De allí que con el nacimiento de la autoridad se haya tendido a la limitación, al encauzamiento y a la reglamentación de la auto-defensa, para abolirla después casi del todo, puesto que subsiste sólo como excepción.

La lucha contra la auto-defensa, largo y constante esfuerzo en pro de la creación, y el desenvolvimiento del proceso, cuya historia es la *“historia del Estado y de la misma civilización humana”* ⁵⁷, ha pasado por diversas etapas: a) La moderación de la venganza mediante el talión, b) La reglamentación del empleo de las armas y del combate mismo, y c) El sometimiento de las partes a la decisión de un tercero con el fin de autorizar el empleo de la fuerza a quien le asista la razón.

1.1. CONCEPTO DE PROCESO

“El proceso surge de una situación extra y meta procesal que va a resolverse en virtud de aquél. Esta situación de conflicto es lo que se llama litigio, entendido este término en la misma acepción Carneluttiana, como conflicto de intereses cualificado por la pretensión de una parte y la resistencia de la otra, pero en términos más amplios - dice Alcalá Zamora y Castillo - como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución asimismo jurídica, en virtud de las tres vías posibles para dicha solución: proceso, autocomposición y autodefensa. Estas dos últimas denotan una solución

56 J.A. Dos Reis. *Proceso Ordinario o Sumario*, 2a Edición. Editorial Coímbra. 1928. T.L. Pág. 92.

57 Calamandrei, Piero. *Instit. del Derecho Procesal Civil*. Editorial Palma. Buenos Aires, Argentina. 1943. Pág.145.

parcial (opuesto a imparcial) del litigio, mientras que el proceso supone la solución imparcial del litigio”.⁵⁸

“El término proceso deriva de “procedere” y “processus” que “indican una cadena de actos coordinados para el logro de una finalidad”.⁵⁹

“El derecho antiguo empleó las expresiones “iudicium”, “dicepsatio”, “iurgium”, “causa”, “lis”. Nuestro derecho positivo usa el vocablo “juicio” y también “pleito”.⁶⁰

La palabra “juicio” que aún se sigue arrastrando en el vocabulario común de la gente y que semánticamente quiere decir la operación lógica de discernir entre la verdad y el error, la justicia y la injusticia resulta insuficiente, puesto que el proceso no comprende sólo el ejercicio de la actividad de juzgar sobre el derecho, sino porque por parte del Juez se dan mandatos que traducen la voluntad de la ley y persiguen la aplicación de sanciones. Debe considerarse también que “procedimiento” no equivale a proceso, ya que se refiere al aspecto externo o meramente formal de la actividad procesal.

“El proceso supone un contenido orgánico, variado, desde la intervención de los propiamente llamados sujetos del proceso, hasta la actividad desplegada por los órganos jurisdiccionales.

Toda esta actividad se ve regida por una serie de principios que se incluyen en los Códigos Procesivos Modernos”.⁶¹ Al proceso se le puede estudiar desde dos puntos

58 Aguirre Godoy, Mario. *Introducción al estudio del derecho procesal civil*. 1981. Pág. 57.

59 Canelutti, Sistema. Ob. Cit. Pág. 48. Kelley Hernández, Santiago A. *Teoría del Derecho procesal*. Capítulo I. 7ª edición. Porrúa D. F., México, 2010.

60 Alzamora, Teoría, Ob. Cit. Pág. 13; Arellano García, Carlos, *Teoría general del proceso*, 14ª edición. Porrúa. D. F., México, 2005, capítulo I.

61 Aguirre Godoy, Mario. Ob. Cit. Pág. 82.

de vista: el meramente estático, estructural, que constituye el tema de estas consideraciones generales, y el funcional o dinámico, que supone entrar de lleno en el estudio de las diferentes clases de procesos, que más adelante se verá en lo que concierne al proceso civil.

1.2. CLASES DE PROCESO

2. EL PROCESO CIVIL:

Hugo Rocco, define el proceso civil *“como el conjunto de las actividades del Estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de éstos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechos por falta de actuación de la norma de que derivan”*⁶²

Se habla de proceso civil cuando la materia del procedimiento constituye una controversia de derecho civil, el cual es en consecuencia el procedimiento jurídicamente regulado que versa sobre una controversia de derecho civil planteada ante los Tribunales. *“No todo proceso civil presupone un litigio; proceso civil y litigio no son cosas idénticas. Es cierto que por regla general se ventila en el proceso civil una contienda, pero no siempre es necesario que ésta exista; así, por ejemplo, no hay controversia cuando la acción es inmediatamente reconocida (allanamiento). Al proceso civil, además, se le impone una función de profilaxis procesal con el procedimiento de conciliación; es decir, que la “contienda” se puede decir que existe en muchísimos juicios civiles, pero no comprende a todos, y aun habría que agregar el hecho de que una serie de conflictos jurídicos se solucionan no por medio de un*

22 *proceso civil, sino por un acto de jurisdicción voluntaria, por decisión de una autoridad*

62 Rocco, Hugo. *Derecho Procesal Civil*. Porrúa. D. F., México, 1944, pág. 67.

administrativa, o por otro medio".⁶³ En el proceso civil se discute y resuelve acerca de un conflicto de derecho civil.

Los preceptos que regulan el procedimiento son llamados Derecho formal, oponiéndose, como derecho material, todos los que afectan al contenido sustantivo de la resolución que recae.

Los preceptos del derecho material que se aplican en el proceso civil pertenecen casi totalmente al Derecho privado; pero el proceso civil mismo es una parte del Derecho Público.

A causa de la naturaleza privada de los preceptos generalmente aplicables en el proceso civil, se deja a las partes un margen mayor de poderes dispositivos que en el penal o en el contencioso-administrativo; pero esto no le priva de su carácter de institución del Estado en la cual han de anteponerse los intereses de la comunidad a los intereses de los particulares.

Las partes no pueden nunca regular el procedimiento a su antojo, y un procedimiento convencional es inadmisibles según la jurisprudencia.

En el proceso civil se concatenan una serie de actos del Juez (o tribunal) de las partes, de los auxiliares de justicia y de terceros intervinientes.

El Juez organiza, dirige y resuelve el proceso para lo cual realiza una tarea compleja que comprende: conocimiento de los hechos, búsqueda de la norma y declaración de derecho.

63 Schönke, A. D. *Proc. Civil*, Bosh, Editorial Urgel Sibís. Barcelona, España. 1950, p13; Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1993; Devis Echandía, Hernando. *Teoría Gral. del Proceso*. 2ª edición. Univ. Bogotá, 1997; Fábrega, J *Inst. de Derecho Procesal Civil*. 2ª edición. Editorial Jurídica Panameña. Panamá.

Las partes presentan sus peticiones, aportan pruebas, formulan alegaciones, afirmaciones, negaciones, realizan negocios jurídicos-procesales, etc.

Los auxiliares: actos de documentación, comunicación, conservación y otros que le son propios, y los terceros aquellos que corresponden a la naturaleza de su intervención (autonomía o corroborante)

La actividad subjetiva del órgano del Estado, en lo que toca a su finalidad, comprende tres fases de las que pueden derivar tres tipos de proceso civil.

Cuando se presenta un conflicto de intereses que debe ser resuelto por el órgano jurisdiccional, éste se halla obligado a declarar la norma destinada a tutelar el caso concreto. Se trata de una declaración.

Si es necesario que la ley se sustituya al obligado para satisfacer al titular del interés protegido se produce la ejecución forzosa. Si, finalmente es preciso asegurar los bienes de las partes, para evitar que se produzcan cambios en ellos mientras se pronuncia la declaración de tutela jurídica, se realizan actos precautorios o de aseguramiento. Las citadas actividades son autónomas y no se siguen necesariamente. En muchos casos basta la declaración de tutela jurídica por parte del Estado; en otros es necesaria tan sólo la realización de intereses; y, finalmente, pueden tomarse providencias de seguridad en forma independiente de las otras actividades.

“Pese a que en el proceso civil se dilucidan intereses de carácter privado, por su naturaleza es una institución de Derecho Público, dada la primacía del interés social en la composición de la litis sobre los intereses en litigio, y la importancia de los actos que

ejerce el Estado como sucedáneo de la actividad que desplegaban las partes en el período de la autodefensa”⁶⁴

Por esa razón el procedimiento no está sujeto al libre arbitrio de los interesados y no es lógico pensar que pueda ser absolutamente convencional. Por excepción, dada la naturaleza de las normas de derecho material aplicables, y la posibilidad que las partes realicen determinados actos en uso de sus derechos éstas gozan de ciertos poderes de disposición.

2.1. CLASES DE PROCESO CIVIL

Según lo que en un proceso civil aparezca en el primer plano de la actividad judicial, se pueden distinguir diferentes partes del proceso:

➤ *“Por regla general, en el proceso civil se ha de averiguar y declarar primeramente lo que en el caso a resolver es justo. Esto se efectúa en el **proceso llamado** de cognición, que tiene como fin el alcanzar un pronunciamiento judicial sobre el caso concreto. Dentro del proceso de cognición se distingue de nuevo entre el proceso ordinario y los procesos especiales, como el documental, cambiario, matrimonial, de interdicción, monitorio. El proceso de cognición es llamado también por oposición al de conciliación, proceso contencioso.*

➤ *Al proceso de cognición subsigue la realización del derecho declarado, que se realiza en el proceso de ejecución.*

➤ *A veces pueden ser necesarias ciertas medidas para evitar el riesgo que pueda correr la futura ejecución, u otros inconvenientes, y para ello establece el Código*

64 Alzamora Valdez, Mario. Ob. Cit. Pág. 15.

procesal determinadas posibilidades de aseguramiento: el embargo preventivo y las medidas provisionales de seguridad".⁶⁵.

2.2. EL PROCESO CIVIL COMO RELACIÓN JURÍDICA

Por la presentación de la demanda se origina entre las partes y el Tribunal una relación jurídica, o conjunto de vínculos jurídico-procesales establecidos por medio del proceso entre el Tribunal y las partes, y entre éstas entre sí. Se sostuvo que por el proceso no podía nacer una relación jurídica, pues en él las partes no tenían deberes sino solamente "cargas" y por relación jurídica sólo había de entenderse el conjunto de deberes y derechos correspondientes a los interesados. Actualmente es innegable que las partes tienen en el proceso toda una serie de deberes, y por tanto desde este punto de vista no pueden hacerse objeciones a que el conjunto de los vínculos jurídico-procesales sea recogido en el concepto de relación jurídico-procesal.

Además la relación jurídico-procesal se establece por la presentación de la demanda, y continúa siendo la misma aun cuando tenga lugar un cambio en la persona de los en ella participantes; es decir tribunal o partes, o se modifique la materia del proceso. Con la sucesión en la calidad de parte, se efectúa al mismo tiempo una sucesión en la relación jurídico-procesal, y ésta sólo concluye con la terminación del proceso.

2.3. LOS SISTEMAS EN EL DERECHO PROCESAL

La reforma procesal penal que se ha estado implementando a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en toda América Latina, obedece a una crítica y a un agotamiento del sistema penal último que ha tenido la humanidad; es decir se refiere al

22

65 Schönke, Adolfo. Ob. Cit. Pág. 14.

sistema penal mixto. La deficiencia que entraña dicho sistema ha permitido que pensadores del área del derecho penal se esfuercen por crear un sustituto del modelo penal mixto. A su vez ha implicado una gran reforma y cambios de todos los códigos del proceso penal de corte napoleónico, los cuales respondieron al sistema penal mixto.

Este sistema penal conjuntamente con el sistema penal acusatorio y el sistema penal inquisitorio, constituyen los tres sistemas que conoce el mundo como forma de enjuiciar a las personas que cometen un delito. Cada uno por separado tienen sus convenientes características y los tres presentan formas distintas de perseguir el delito.

En consecuencia, la implantación de un nuevo modelo penal ha implicado la eliminación de códigos procesales, la desaparición de viejas figuras jurídicas y la supresión de prácticas procesales. Esto a su vez, ha traído todo un nuevo esquema penal y un nuevo pensamiento penal. Su aplicación genera grados de tensión, y como es normal lo nuevo siempre provoca un estadio de incertidumbre.

Por otro lado esta reforma genera preguntas que no han sido contestadas y tratadas, por lo que sería de utilidad provocar un debate en torno a la misma, y es por ello que el presente trabajo pretende por lo menos encender la llama de la provocación intelectual sobre el tema.⁶⁶

a). Sistema acusatorio

Del sistema acusatorio se puede decir que es el primero de los tres. El mismo surge en la sociedad primitiva, cuyas raíces se encuentran en la Grecia democrática y la Roma republicana. Para esta época no existía un poder central y los seres humanos que la conformaban estaban organizados con base en grupos parentales.

22

66 Kelley Hernández, Santiago A., Ob. Cit. Capítulo V.

Este modelo de juzgamiento es propio de los regímenes políticos de corte liberal. Dentro de sus principales características presenta la división y separación de funciones como una de las más significativas, en la cual hay un acusador con un papel importante, una defensa con amplios derechos y un tribunal al que se le confirió la obligación de decidir la cuestión planteada. Para este procedimiento, el acusador penal era el ofendido inicialmente; es decir, la víctima era la que ponía en movimiento la acción penal, era la que investigaba y mantenía la acusación. Luego, al hacerse diferencia entre delitos públicos y privados, esa función, en relación con los delitos que interesan a la comunidad, la desempeñó un ciudadano, como representante de la comunidad.

En esta forma de juzgar a la gente, no estaba presente la figura del Ministerio Público. Un ejemplo de lo que fue en principio este sistema y que hoy se representa como tal es el procedimiento especial para infracciones de acción privada. En este procedimiento no hay un acusador público, o sea, un ministerio público, sino más bien lo que hay es un acusador particular.

En conclusión, la función represiva penal en el sistema acusatorio se practicó sin la intervención estatal; es decir, en forma privada, y se ejercía a través de los instrumentos como el tabú, la venganza privada, la expulsión o pérdida de la paz (el destierro), ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente) y la composición (pago en dinero). Este sistema acusatorio duró aproximadamente ocho siglos, desde el siglo III hasta casi el XI o el XII.⁶⁷

67 Corrales Hernández, Jesús. *20 Aspectos sobre la prueba en el Sistema Acusatorio*. Editorial Ubijus. D. F., México, 2010, pág. 27.

b). Sistema inquisitivo

El fin del período de la alta edad media en el siglo XII marca el inicio del sistema penal inquisitorio y a su vez la caída del sistema acusatorio.

Es el momento donde la iglesia católica tiene el predominio y marca el ritmo de todo lo que se pudiera mover.

Este sistema, contrario al acusatorio es propio de los regímenes políticos de corte centralista, autoritarios, absolutistas y monárquicos.

Se caracteriza por ser un sistema penal que tiene un claro contenido persecutorio, y es en este sistema en donde la persecución penal deja de ser privada y pasa a ser pública; es decir, la persecución se convierte en un servicio público y en consecuencia se estatiza la persecución penal. Se puede decir, entonces, que el derecho penal constituye un asunto público.

Este segundo sistema de juzgar el delito, el nuevo persecutor del crimen ya no es el ofendido, la víctima o el particular sino más bien el juez inquisidor. Este funcionario es quien pone en movimiento la acción penal y en consecuencia dicho empleado estatal investiga, persigue, acusa y juzga.

Como se puede apreciar en este sistema de juzgamiento penal tampoco existe la figura del Ministerio Público. El amo y señor de todo este proceso lo era el juez inquisitivo, quien tenía el inicio y desarrollo del procedimiento -escrito y secreto- encaminado a condenar o absolver al imputado de un delito, sin debate previo ni derecho de defensa.

22 No obstante que el juez inquisitivo era la figura principal en este proceso, se crearon paralelamente otras instituciones como lo fue el abogado o representante del

rey, quien se convirtió en un funcionario o agente del rey que defendía los intereses particulares del monarca o los intereses fiscales de la corona en los juicios. Es así como en Francia le llamaron *procureurs et advocatus du roi*, Alemania *das Fiskalat* y otros similares en el continente europeo.

En este modelo penal se estatiza el derecho penal, se crea el juez inquisidor, el procedimiento se origina de oficio, el delito dejó de ser un interés individual para ser de interés público, y no hay ministerio público. Este sistema se inició más o menos a partir del siglo XII y su extinción ocurrió en el siglo XVIII. Sin embargo, piensa el autor de este trabajo de investigación y lo afirman destacadas y autorizadas voces de que el mismo sigue vigente aun en algunos lugares del mundo.

c). Sistema mixto

Es el tercero y último sistema penal que ha conocido la humanidad para perseguir y juzgar a la gente. También llamado por los alemanes sistema inquisitivo reformado. Su nacimiento se relaciona con la época post-Revolución Francesa cuando voces desde el principio del siglo XVIII se alzaron en contra del sistema inquisitivo por lo irrespetuoso que era de los derechos del ciudadano. En efecto fue el desprestigio del modelo inquisitivo que motivó al legislador napoleónico para que se dedicasen a construir un sistema penal que acumulara lo mejor de los anteriores; es decir, elaboraron un sistema penal que combinaba lo bueno del sistema acusatorio y lo bueno del sistema inquisitivo. Es así como nace el sistema mixto. La característica principal de este modo de juzgar al delito es que el mismo se divide en dos partes. En la primera parte: fase preparatoria, quien hace la investigación es un juez, el juez de la instrucción y la hace de manera secreta y sin permitir el ejercicio del derecho de defensa del

imputado –sistema inquisitivo-. La segunda parte: fase del juicio, esta fase se practica de manera oral, contradictoria y pública, y con respeto al derecho de defensa del imputado- sistema acusatorio-.

La alta concentración de poder que exhibía el sistema penal inquisitivo llamó la atención de los promotores de la Ilustración, y en consecuencia, empezaron a pensar y adecuar el ejercicio del poder punitivo estatal a los estándares de un sistema republicano de gobierno, propugnando por un modelo procesal con reparto de funciones y que garantizara el respeto pleno de los derechos fundamentales del ciudadano.

Se empezó, entonces, a hablar de la separación de funciones procesales. Es por ello que surge la necesidad de organizar por separado las funciones de perseguir y juzgar, y la creación de un órgano específico para la persecución penal el cual recayó en la figura del Ministerio Público. No en vano se le ha definido al Ministerio Público como hijo de la Revolución. Fue en este sistema penal que surgió el Ministerio Público y es a partir de ahí, que hoy día se cuenta con esta institución entre nosotros de manera concreta.⁶⁸

Se puede decir que la creación de esta institución del sector justicia fue reciente y que los procuradores del rey de la edad media fueron las plataformas que le dieron origen a lo que se llama Ministerio Público, y su papel para esa época fue básicamente una: la de mantener la acusación pública que sobre la investigación hacía el juez de instrucción.

68 Hidalgo Murillo, José Daniel. *Sistema acusatorio, mexicano y garantías del proceso*. Porrúa-Universidad Panamericana. D. F., México. 2009. Pág. 243.

El juez de la instrucción le preparaba el caso al ministerio público y éste defendía el caso ante el juez de juicio oral. Esa fue su principal función y su principal papel en el tercer sistema penal que vio la humanidad.

Tuvieron que pasar muchos años para que el Ministerio Público evolucionara y asumiera el papel que en la actualidad le tiene reservado el código procesal penal.

Se puede decir que no se contó con Ministerio Público ni en el sistema acusatorio, ni en el sistema inquisitivo: sólo se tuvo esta institución en el sistema mixto.⁶⁹

2.4. UNA NUEVA OPCIÓN DE SISTEMA: CUARTA VÍA

Con la instauración de códigos procesales penales en toda la región de América a través de una gran reforma penal que se inicio con la creación del código procesal penal tipo para Ibero América cuando destacados juristas de la talla de Vélez Marizconde junto a Jorge Clariá Olmedo fueron designados en las Cuartas Jornadas de Derecho Procesal, realizadas en Venezuela en 1967, para la redacción de las bases fundamentales de la legislación procesal penal Latinoamericana.

Si bien es cierto, que esta reforma penal que abarcó a toda América se hizo instaurando nuevos códigos que trajeron consigo mismo la sustitución del sistema penal mixto, no es menos cierto que esos códigos procesales no han definido cuál es el sistema penal que lo sustenta.

Es cierto que dichos instrumentos procesales asumieron gran parte de las características del sistema penal acusatorio, pero por ello no se puede afirmar que estos códigos pertenecen al sistema acusatorio. Cada uno de los sistema penales

⁶⁹ Carbonell, Miguel. *Juicios orales en México*, Los. Porrúa. D. F., México, 2010, capítulo 5; Una oportunidad para reflexionar, XXV Aniversario del Ministerio Público. San José, Costa Rica. 2000.

tienen sus propias características que lo distingue de los demás, y estos códigos tienen contenidos muy distintos a los otros, y lo hacen merecedor de que tengan su propio sistema que lo sustenten.⁷⁰

Las características que se exhiben en la administración de justicia penal en la actualidad no son las que tuvo el sistema acusatorio para que se le pueda llamar acusatorio.

El sistema acusatorio nunca tuvo un ministerio público ni algo que se pareciera, pero tampoco el derecho penal fue concebido como un servicio público ni mucho menos el ejercicio de la acción penal estuvo en manos de un funcionario público.

Todos estos elementos son diferentes a los de hoy, y marcan una fuerte divergencia penal.

El nuevo orden penal es y será, cualquier otra cosa pero nunca puede ser acusatorio.

Este nuevo sistema tiene supuesto que nunca lo tuvo el acusatorio y el supuesto más destacado es la aparición del Ministerio Público, así como también, que el derecho penal es una función pública, y otras características.

No menos importantes son la protección a la víctima y testigo que percibieron un caso, la implementación de soluciones alternativas al juicio, el establecimiento de recursos contra una decisión jurisdiccional y la creación de la figura del juez de la ejecución de la pena, son también características que hacen presumir que este sistema

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi. *Retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado*. Tema 4. Editorial Ubijus. D. F., México. 2010., tema 4; Díez-Picazo, Luz María. *El poder de acusar*. Editorial Ariel S. A., Barcelona, España. 2000. Becerra, Nicolás E. *El ministerio público fiscal*. Editorial Argentina. Buenos Aires, Argentina. 2004.

no es acusatorio.⁷¹ De igual manera se observa cómo se han desarrollado nuevas corrientes y doctrinas que giran alrededor del derecho penal actualmente, tales como la corriente que habla de un derecho penal mínimo, la política de última ratio o la doctrina de un derecho penal máximo; todos estos pensamientos de corte penal hacen también, que este sistema actual no se llame acusatorio. La idea de llamarle acusatorio a este actual sistema penal parece que responde al hecho de que la reforma procesal penal, adopta una gran parte de las características del sistema acusatorio, pero los ideólogos perdieron de vista que los cimientos y basamento estructural del sistema acusatorio no son los mismos, y que lo que hoy se tiene como sistema penal es algo completamente distinto; aunque tiene muchas características del sistema acusatorio pero no es lo mismo. A lo que asistimos hoy no es ni acusatorio ni inquisitivo ni mixto, en consecuencia lo que se enfrenta hoy es un nuevo sistema penal al que se tendría que buscarle un nombre que se identifique con sus nuevas características, con sus nuevas formas y sus nuevos sucesos; es una especie de sistema penal de cuarta vía.⁷²

2.5. UNA NUEVA OPCIÓN DE SISTEMA: EXPERIENCIA INTERNACIONAL

De lo anterior, es fácil observar que el estado poco a poco debe captar mayor cantidad de recursos con eventos de este tipo, lo cual permitirá que se eliminen con el tiempo los tributos porque atentan contra la economía del pueblo; en tal sentido, no tienen una justificación adecuada.⁷³ Se ha advertido que muchas personas han cursado estudios sobre los medios alternativos de solución de conflictos, pero no han

71 Pastrana Berdejo, Juan David. *Implementación del Proceso Penal acusatorio de oralidad*, 2ª edición. Editorial Flores, editor y distribuidor. D. F., México, 2010, capítulo XIII. Borthwick, Adolfo e. c. *Nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Mave. Buenos Aires, Argentina. 2005.

72 Reyes, Salas, Gonzalo. *Seguridad pública, política criminológica y el nuevo sistema acusatorio*. En Separata, año dos, número cuatro. Septiembre 2009. Págs. 10-22.

73 Horvitz Lennon, María Inés, y Julián López Masle. *Derecho procesal chileno*, tomo I. Editorial jurídica de Chile. 2002.

estudiado ni conocen la buena fe, ni que ésta se aplica incluso a la negociación; por ello se debe cuidar de no incurrir en responsabilidad, dentro de las cuales se puede citar el caso de responsabilidad precontractual civil, y en otros casos se pueden estudiar tipos penales, lo cual trae como consecuencia que, si un negociador no estudia estos temas es evidente que no podrá actuar en forma coherente sino que podrá cometer una injusticia, con lo cual, se ocasionará que los derechos de muchas personas serán atropellados.⁷⁴ .Por lo cual, se establece el criterio que junto con estos temas se debe desarrollar la responsabilidad social, el cual es un tema actual que ha motivado escasos estudios por parte de los diversos tratadistas del estado peruano, los cuales son especialistas en estos temas. Si no se conocen estos temas indicados es claro que no se pueden conocer los medios alternativos a cabalidad. Este tipo de información brindada se hace necesaria no sólo dentro de los medios alternativos de resolución de conflictos, sino también en el derecho comparado, el cual no sólo es internacional, sino que también existe el externo y el interno entre otras tantas clasificaciones, lo que hace posible un estudio mas acucioso.

Si un comparatista tiene acceso a esta información, es claro que podrá hacer derecho comparado en forma detallada con lo cual se podrá mejorar las currículas y la costumbre, realidad social, jurisprudencia, contratos, garantías, entre otras tantas, de diferentes países.

El objetivo principal es proporcionar una visión moderna, rigurosa, global e integrada sobre las líneas principales de intervención en el campo de la resolución pacífica de conflictos.

74 Carbonell, Miguel. *Qué son y para qué sirven los juicios orales*. Capitulo III. 6ª edición. Porrúa. D. F., México, 2010.

Las sociedades contemporáneas se caracterizan por cambios profundos y acelerados que, desde diferentes ámbitos: personal, social y organizacional, generan conflictos difíciles de resolver y que suponen elevados costos humanos y económicos.

Se ha de asumir la inevitabilidad del conflicto, entender sus motivaciones y saber explotar las posibilidades de mejora y cambio que éste puede generar con una intervención adecuada. El Área de Conflictología, de carácter internacional, integra a profesionales y docentes de universidades de todo el mundo, facilitando la información necesaria para establecer programas personales de práctica internacional.

La integración de disciplinas y metodologías diversas permite planteamientos conjuntos de análisis con carácter multidisciplinario. El enfoque pragmático, con orientación hacia la capacitación profesional, permite el planteamiento de intervenciones directas y sobre el terreno en casos concretos de conflicto. El itinerario, en su conjunto aporta conocimientos teóricos fundamentales, así como planteamientos prácticos y técnicos que capacitan a quienes lo cursan para el ejercicio profesional.⁷⁵

3. UBICACIÓN DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA DENTRO DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES

Ya sea desplazando los principios fundamentales del proceso penal tradicional o estableciéndose como excepciones, se ha ido abriendo paso una amplia gama de mecanismos diferenciados de atención y resolución de conflictos penales.

Así, frente al principio de legalidad se sitúan modalidades o excepciones del principio de oportunidad; frente al principio de la verdad material como objetivo del

75 Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. Tema 5.

proceso penal se configuran modalidades en las que se puede disponer, negociar y pactar el contenido y alcance de las imputaciones, suspendiendo o terminando de forma anticipada el procedimiento de resolución del conflicto penal.

Asimismo, frente a una justicia retributiva que supedita el conflicto penal al interés público derivado de la comisión del delito, se plantean supuestos en los que proceda una justicia restaurativa, en virtud de no existir un interés social o público en la persecución del delito, o bien, que de existir tal interés, éste puede ceder ante la posibilidad de resolver el conflicto social y restaurar el orden y la armonía en el grupo social en el que se dieron los hechos.

Legalidad – Oportunidad

Persecución oficial y verdad material – Justicia penal

Consensuada

Justicia retributiva – Justicia restaurativa

Delimitar el alcance y contenido de la justicia alternativa dentro de esta amplia gama de mecanismos no es una tarea sencilla. Se habla con frecuencia de acepción amplia del principio de oportunidad (como toda excepción al principio de legalidad),⁷⁶ cuya concepción podría abarcar la mayoría de las instituciones propuestas por los movimientos de reforma.

Así, por ejemplo, BACIGALUPO proporciona una noción amplia del principio de oportunidad: (...)”Todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social que representa el hecho delictivo”.⁷⁷

76 Armenta. (1991).

77 Nataren. (2008),

De esta forma, esta noción abarca prácticamente todo desarrollo procedimental distinto del proceso penal jurisdiccional:

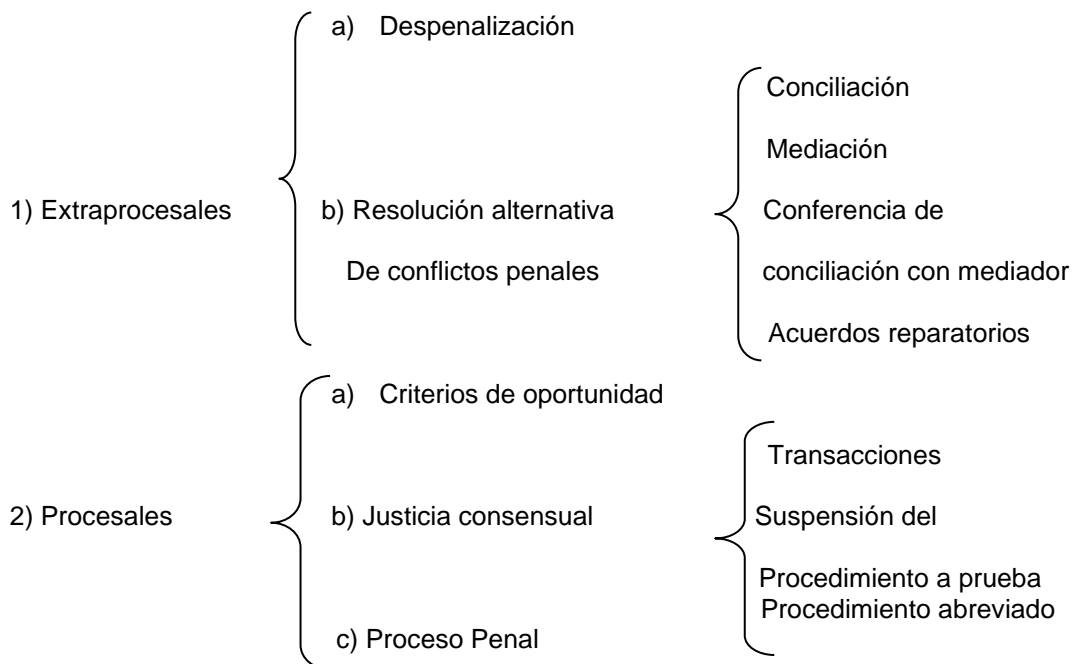
(...) “Todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo, esto es, tanto las técnicas despenalizadoras cuanto las específicamente procesales. Con arreglo a un sentido más estricto, el principio de oportunidad se limita en el aspecto subjetivo a los sujetos públicos, y desde el objetivo al marco del proceso, abarcando, o bien la obligación de incoación ante todo conocimiento de una “notitia criminis”, que se enerva; o bien el desarrollo del proceso que puede verse interceptado por acuerdo del acusador y acusado, u otro mecanismo distinto a la resolución judicial al final del mismo”.

Por su parte, Nataren (2008) considera dentro de la noción “salidas alternas” los criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba.

Marchisio (2002a) considera el criterio de oportunidad, y como salidas alternativas al juicio oral; suspensión condicional del proceso, juicio abreviado y reparación integral.

Con base en el estudio y análisis del marco conceptual desarrollado en diversos autores consultados, se propone el siguiente esquema para ubicar los diversos mecanismos de atención a los conflictos sociales, respecto del proceso penal.

4. MECANISMOS DE ATENCIÓN A LOS CONFLICTOS SOCIALES, RESPECTO DEL PROCESO PENAL



En una breve descripción de estas figuras, se tiene en primer término el ámbito extraprocesal o, como señala la doctora Teresa Armenta Deu, “la huida del proceso hacia mecanismos alternativos”.

En sentido contrario a la inflación penal de las últimas décadas, este movimiento reductor del ámbito de la prohibición y sanción penales parte del reconocimiento de una serie de conflictos sociales para los que el sistema penal ha acreditado no ser el mejor cauce para su atención y resolución.

En las siguientes tablas se presenta un panorama general de algunos países latinoamericanos, así como de algunas entidades federativas de los mecanismos de atención a los conflictos penales distintos del proceso penal tradicional.

**4.1. TABLA 1. MECANISMOS ALTERNATIVOS
AL JUICIO ORAL EN LATINOAMÉRICA**

	Argentina	Bolivia	Colombia	Chile
Oportunidad	No	Sí	No	Sí
Acuerdo reparatorio	No	Sí	Sí	Sí
Suspensión condicional	Sí	Sí	No	Sí
Juicio abreviado	Sí	Sí	Sí	Sí

	Ecuador	Paraguay	Venezuela
Oportunidad	No	Sí	Sí
Acuerdo reparatorio	No	Sí	Sí
Suspensión condicional	No	Sí	Sí
Juicio abreviado	Sí	Sí	Sí

4.2. UBICACIÓN DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA

4.3. TABLA 2. MECANISMOS ALTERNATIVOS AL PROCESO PENAL JURISDICCIONAL EN MÉXICO

	Chihuahua	Oaxaca	Nuevo León	Coahuila	Jalisco
Oportunidad	Sí	Sí	No	No	No
Acuerdo reparatorio	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí ⁷⁸
Suspensión condicional	Sí	Sí	Sí	Sí	No
Juicio abreviado	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí

FUENTE: *Elaborado con base en la legislación local.*

a). Despenalización

La primera vía extraprocesal, la despenalización o descriminalización,⁷⁹ se funda en el reconocimiento de que el reproche social no debe implicar una sanción de corte penal. La instancia criminal polariza los conflictos y amenaza el tejido social que pueda quedar en torno a las relaciones interpersonales afectadas por el conflicto. La solución auto compositiva espontánea o en instancias ajenas al sistema legal o ante personas que no sean servidores públicos, sino que pertenezcan a la propia comunidad en un

78 Está previsto en la legislación de justicia alternativa, aunque se ha postergado la entrada en vigencia de dicha ley.

79 Alejandro Baratta consideraba la descriminalización como una técnica extra sistémica o exterior al derecho penal. Referido en Armenta. (1991). Pág. 25.

contexto de informalidad, han demostrado ser soluciones de mayor calidad y más estables.⁸⁰

Asimismo, de manera consistente con el principio de un derecho penal mínimo, antes de acudir a las figuras delictivas, las instancias sociales de deliberación deben considerar que sean agotados los mecanismos de la justicia cívica, de la procuración social, la justicia administrativa o la reparación civil.

Se parte de que la sanción penal no es una respuesta adecuada para todos los conflictos legítimos de las personas, sino que debe reservarse para los conflictos de alta intensidad y alto impacto.⁸¹

Para trascender a la categoría de tipo penal, una conducta que busque ser prohibida debería de pasar por el cedazo de la justificación penal, el principio de proporcionalidad, el análisis de la idoneidad de la sanción, así como el análisis del costo social de la prohibición de determinado comportamiento.

Como afirmara Beccaria hace más de doscientos años: “Prohibir una enorme cantidad de acciones indiferentes no significa prevenir los crímenes que de ellas puedan resultar, sino crear otros nuevos”.⁸²

La descriminalización puede ser general (en la ley) o particular (caso por caso), ya sea suprimiendo tipos penales, o bien, si subsisten como tales dándoles una sanción

80 Gessner (1986) documentó que en México, en el ámbito rural, un gran número de conflictos se resuelven en instancias tales como la mediación del profesor rural, el párroco del pueblo o las autoridades comunales o ejidales.

81 Eiras (2005). Pág. 27.

82 Citado en Eiras. 2005. Pág. 27.

alternativa a la prisión o bien de naturaleza no penal, como una sanción administrativa.⁸³

En México, en el pasado reciente se han dado casos de descriminalización que reconocen la necesidad de discutir y enjuiciar si sigue siendo válida la existencia de ciertos tipos penales.

Así, en el ámbito federal se eliminó el delito de injurias, dejando expedita la vía de reparación civil. Recientemente – junio de 2008 -, en el Distrito Federal se acordó que los accidentes de tránsito en los que no se registren lesiones u homicidios imprudenciales, ni estén asociados con el consumo de alcohol o alguna otra sustancia tóxica, se canalizarán a instancias de la justicia cívica capitalina.

Desde luego que la política de atención de estos conflictos deberá llevar un registro que permita dejar constancia y documentar los antecedentes y sanciones respectivos. Estas medidas deberían ser objeto de un detenido análisis por parte de las autoridades para ponderar sus resultados, en aras de aprender de su instrumentación. Buenas prácticas en esta materia serían un gran referente para muchas entidades federativas. Por ejemplo, en Jalisco durante 2007 se iniciaron más averiguaciones previas por el delito de daño en las cosas derivado de accidentes de tránsito que por el delito de robo.

5. LA JUSTICIA ALTERNATIVA

Cada vez que se habla de la existencia de medios alternativos que permiten la solución o resolución de conflictos penales y civiles, comerciales y agrarios, administrativos y laborales, etc., esto es sin distinción alguna de la rama del Derecho,

83 Armenta. 1991. Págs. 25 y 26.

se está haciendo referencia expresa a aquellas formas, mecanismos, modos o maneras en que, de modo alternativo al proceso, puede disolverse el conflicto suscitado entre entes –personas jurídicas- o gentes –personas naturales-; conflicto éste cuya materia o contenido que tiene una clara fisonomía jurídica; es decir, se trata de conflictos, que originados en el plano de la realidad social, ostentan como nota distintiva la existencia de una pretensión de contenido jurídico justiciable; es decir, que puede ser debatida en el plano estrictamente jurídico procesal.⁸⁴ Es importante que se tome en consideración que esas formas, mecanismos, modos o maneras alternativas de solución o de resolución de los conflictos jurídicos, cualquiera que sea la naturaleza del contenido propio de la pretensión jurídica, se presentan como específicos métodos auto-compositivos o hetero compositivos. De allí que sea menester tomar en consideración que las vías auto-compositivas se caracterizan, exclusivamente, por la intervención de las voluntades de las partes; es decir, que en la decisión, tipo solución, no hay imposición de la decisión a través de la participación de la voluntad de un tercero; pero, por otra parte, a las vías hetero compositivas es esencial y propio de su naturaleza jurídica que la decisión sea el producto de la participación o intervención de la voluntad de un tercero con caracteres de independencia, imparcialidad a quien se le conoce como juez –parte el caso del proceso- árbitro –para los arbitrajes- o arbitrador –para el arbitramento-. En las formas auto-compositivas, aun cuando interviene un tercero -caso del amigable componedor, del conciliador o del mediador- resultará que la decisión del caso no se impone sino que es aceptada sobre la base del acuerdo o del consenso. La

84 Alzate Sáez de Heredia, Ramón. *La dinámica del conflicto en mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Editorial Tecnos. Madrid, España. 2007. Pág. 37.

decisión se acata por la fuerza de la aceptación, permisión o convención que tuteló o patrocinó el avenimiento o entendimiento.⁸⁵

Algunos autores, entre ellos el procesalista argentino Adolfo Alvarado Velloso⁸⁶, entienden que el arbitraje ingresa en la categoría de vía auto-compositiva dado que su existencia y realización depende de un acto de voluntad privado y bilateral; es decir, consensual. Sin embargo, a juicio del autor de esta investigación, no es esto lo que debe tipificarse o trascender a nivel jurídico, sino que la decisión, como ya se ha advertido emana de un tercero independiente, imparcial, tal y como ocurre en el proceso; decisión ésta que reviste la forma de la resolución. Es por ello que, finalmente, Alvarado Velloso entienda que el arbitraje entraña un método de hetero composición privada de los conflictos subjetivos de intereses.

Es claro, que cada vez que se está en presencia de un conflicto intersubjetivo de intereses y que adviene como consecuencia de la permanente interacción humana, tras el desplazamiento que se hiciera por la fuerza de la razón para con la razón de la fuerza, se piensa, por parte de los sujetos que se encuentran en extremos opuestos - pretendiente y resistente- o, por lo menos, por parte de uno de ellos, en asistirse del proceso judicial o legal como método de diálogo o debate civilizado, racional, lógico, científico, sistémico, bilateral y reglado de resolución del conflicto.

No debe perderse de vista que el proceso es una alternativa más, tal vez la de mayor generalización y aceptación en la sociedad contemporánea, que se presenta

85 Vinyamata Camp, Eduard. *Manual de Prevención y solución de conflictos. Conciliación, Mediación, Negociación*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1999. Pág.19 y siguientes.

86 Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Primera Parte. Reimpresión. Rubinzal- Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina 1997. Pág. 239.

inserta dentro de una vasta gama de posibles métodos de debate o diálogo –mediación, arbitraje, amigable componedor o conciliador, etc.- para la efectiva solución de los conflictos penales, civiles, mercantiles, laborales, etc.; sin embargo es importante destacar que, paralelo al proceso, existen otros mecanismos o instrumentos, de allí que ostenten también el carácter instrumental propio del Derecho Procesal, que pueden ser empleados o utilizados para la solución o resolución del conflicto jurídico que se suscita entre las partes, sólo que en algunos de ellos vgr: La conciliación, la mediación, la amigable composición, etc., no se produce, generalmente, la afirmación de conflicto alguno en el plano del proceso mediante la presentación de la demanda que configura el ejercicio claro y expreso del derecho abstracto y autónomo, proyectivo, de la acción procesal.

Lo anterior, puede ocurrir ya que en otros mecanismos, sí puede haberse dado tal afirmación en el plano del proceso, por lo que el conflicto ha dejado de ser tal para trastocarse o mutarse en litigio propiamente dicho.

Así ocurre con el desistimiento de la pretensión, de la demanda o del proceso siendo que cada tipo de deserción o de abandono se origina una vez haya sido entablada la demanda y ejercitado el derecho de acción, aunque se condiciona a la concurrencia de algunos factores como es el caso de que se haya o no trabado la *litis*; que la demanda haya sido contestada o dejado de contestar en el término fijado por Ley; que se hayan practicado medidas cautelares, etc.⁸⁷

87 Antes de entablarse la demanda tan sólo existe el conflicto; presentada ésta surge, ineludiblemente el litigio. Algunos procesalistas creen que en el plano del proceso existe un conflicto y emplean el pensamiento de Carnelutti para sustentarlo, señalando que antes del proceso existe una especie sub-judice *lis est*, lo cual es, indiscutiblemente cierto, pero no en el sentido de inexistencia de conflicto sino, por lo contrario, de la efectiva afirmación de un conflicto que llevado al proceso se convierte en puro litigio, esto es, *litem inferre* o *litem orare.*, el proceso mismo decía Carnelutti. Sistema de derecho procesal civil. Tomo I. Editorial Uthea. Buenos. Aires, Argentina. 1994. Pág. 45.

Existe el propósito de ingresar al estudio de esos medios alternativos al proceso en procura de la solución o resolución de los conflictos jurídicos, procurando no repetir lo que ya han declarado connotados estudiosos o no caer en la reiteración de cuestiones que la doctrina procesal tiene bien definidas y clarificadas; sin embargo, sí se pretende atisbar o especificar algunos conceptos científicos y filosóficos que, de seguro permitirán entender tales “formas alternativas”.

5.1. LA JUSTICIA ALTERNATIVA: DEFINICIÓN

La mera expresión “medios alternativos de solución de conflictos” plantea la siguiente interrogante: ¿alternativos respecto a qué? La respuesta que se ha venido dando a la misma connota que es en relación al proceso legal o judicial; Sin embargo, la misma no es lógica, dado que, del mismo modo, se podría señalar que el proceso es alternativo en relación a la mediación, a la conciliación, el arbitraje, etc. Esta ilogicidad amerita un cierto grado de discernimiento o análisis conforme al cual se postula el concepto de que referir la existencia de medios alternativos al proceso que permiten la solución o resolución de conflictos, constituye toda una impropiedad de lenguaje, por lo que lo más correcto y conveniente sería hablar de la existencia de medios o métodos de solución o resolución de los conflictos jurídicos.

Por otra parte, la palabra alternativa o alternativo, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define como una cualidad que puede ostentar un cierto orden de cosas en el que participan más de dos elementos. Que una cuestión sea “alternativa” respecto a otra, implica que ostente la capacidad de alternar con función igual o semejante y, es claro que, no es del todo cierto que todos los medios de solución o resolución de los conflictos tengan una función igual o semejante; inclusive

esto puede advertirse en el carácter o estado del caso juzgado que solamente puede derivarse de la sentencia y ciertos tipos de autos que adquieren la condición de inmutables e inimpugnables, como es el caso, en materia penal, del auto que postula un sobreseimiento definitivo firme y ejecutoriado.

Otros ejemplos que se podrían presentar son los siguientes: la mediación –en la que la solución es de naturaleza convencional; la amigable composición –también la solución es pactal-; etc. Gozaíni, siguiendo a Alcalá Zamora y Castillo ha sostenido, en atención a lo que se ha venido señalando, que proceso judicial, auto-composición y auto-defensa, presentan las variables posibles para resolver un litigio, sin que ello signifique ponerla en pie de igualdad, ni que entre ellas se repelan.⁸⁸

Por otra parte, la palabra “alternar” tiene diversos significados que van desde el variar las acciones diciendo o haciendo ya unas cosas, ya otras, y repitiéndolas sucesivamente; distribuir alguna cosa entre personas o cosas que se turnan sucesivamente; cambiar los lugares que ocupan los términos medios o los extremos de una proporción; hacer decir una cosa o desempeñar un cargo; sucederse unas cosas a otras recíproca y repetidamente; entrar a competir con alguien.

Como se puede advertir, luego, la palabra “alternativo-va” es de naturaleza multívoca y tal calificativo es proscrito por el lenguaje científico y técnico que es el que debe ser empleado en todo conocimiento con pretensiones científicas en el que debe imperar la valiosidad y univocidad de las palabras.

⁸⁸ Gozaíni, Osvaldo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Ediciones Depalma-Buenos Aires, Argentina. 1995. Pág. 8.

5.2. LA JUSTICIA ALTERNATIVA: FUNDAMENTO Y NATURALEZA

¿Cuál es el fundamento de estos medios o métodos de solución o resolución de conflictos?; ¿Cuál será su naturaleza jurídica? Si el proceso, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arbitramento, el defensor del pueblo –Ombudsman-, etc., son todos y cada uno de ellos efectivos medios y métodos para encontrar una conclusión que brinde, a su vez, una solución o resolución al conflicto, se tendría que plantear el fundamento y la naturaleza jurídica de los mismos.

Al igual que el proceso, se entiende que ninguno de ellos tiene naturaleza jurídica, ya que como advierte Alvarado Velloso respecto al proceso

“...para explicar la esencia de la serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial e independiente, no se precisa buscar su encuadramiento en otra figura del Derecho en razón de que es un fenómeno único en el mundo jurídico y, por ende, inconfundible por irrepetible”.⁸⁹

Además en la actualidad a nadie se le ocurre discutir en torno a la naturaleza jurídica del proceso, por lo que se sostiene con rigor científico que carece de tal naturaleza.⁹⁰

⁸⁹ Alvarado Velloso, Adolfo. *La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses*. Revista uruguaya de Derecho Procesal. 1986.

⁹⁰ Es importante destacar que la más autorizada doctrina procesal española ya ha advertido esta situación. Por otra parte, todas las teorías que han intentado brindar una fundamentación so pretexto de explicar la naturaleza jurídica del proceso han fracasado precisamente, por ser objeto de reducciones. Y a sistematizaciones; pero además, porque no es posible, desde el punto de vista científico insertarlas en una Teoría General del Proceso-

Cada uno de esos medios implica la realización de un fenómeno insustituible, irrepetible e inconfundible en el plano de la realidad social. Podría argumentarse y sostenerse que la naturaleza jurídica de la mediación, la cláusula compromisoria para la celebración del arbitraje, la conciliación, etc., siguen la suerte propia de las relaciones jurídicas bilaterales, consensuales; en consecuencia le es común a todas ellas una naturaleza contractual; sin embargo, la naturaleza jurídica, que importa determinar, no es la del instrumento, acto o negocio jurídico que viabiliza la celebración de uno de estos medios, la cual es obvia, sino la del efectivo conflicto intersubjetivo de intereses que se suscita u origina en el plano de la realidad social y que se proyecta de modo bilateral; esto es, entre las partes antagónicas, lo cual permite que exista un pretendiente y un resistente, sólo que a diferencia del proceso, no se hace el debate frente a un tercero independiente e imparcial, sino que las partes ponen o deponen la solución o resolución de sus diferencias en el diálogo civilizado, pacífico y metódico en el cual impera la fuerza de la razón y no la razón de la fuerza.

Con base en todo lo expuesto en este epígrafe, precisa que se connote y denote a estos medios de solución o resolución de conflictos, y determinar si ellos son efectivos equivalentes jurisdiccionales o, de alguna manera encierran a diversas instituciones sustitutivas del proceso público.

Como se ha sostenido *ut supra*, se trata de medios *sui generis* que eligen las partes en conflicto y cuyas voluntades de arreglo o entendimiento se ven animadas y fortalecidas por la nobleza; la efectiva inclinación a la disolución del conflicto o diatriba; 22 la intención positiva y una acendrada creencia y fe en la paz y el mantenimiento necesario de la convivencia armónica entre los hombres.

5.3. LA JUSTICIA ALTERNATIVA, MARCO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Existen algunos elementos para crear un marco de resolución de conflictos. Determinar los papeles al empezar el proceso de resolución de conflictos.

Abogado: representa y aboga por un interés particular.

Árbitro: toma una decisión a pedido de los interesados.

Componedor: el que convoca, inicia y diseña el proceso de resolución de conflictos junto a los interesados.

Experto: provee información que puede ser útil para resolver el conflicto.

El que toma las decisiones: tiene autoridad para decidir, puede o no ser una autoridad.

Mediador: Sirve como parte neutral para asistir a los interesados a resolver el caso.

Negociador: participa como un representante de un interés particular en discusiones con otros interesados para resolver el conflicto.

Interesados: los individuos o grupos que están directamente involucrados en el conflicto o quienes están afectados por la forma en que el conflicto será resuelto.

Apreciación general: es un intento estructurado de evaluar la naturaleza del conflicto. Se debe determinar quiénes están involucrados y obtener otra información que podría ser útil en diseñar un proceso de resolución de conflicto efectivo.

22 Involucrar a las partes interesadas afectadas: Esta es la fase de comunicación y negociación en la que se hace el intento de encontrar una solución que responda a los intereses reales de los interesados.

Implementación y evaluación: En esta etapa las soluciones son implementadas y evaluadas; luego, suele ocurrir que el proceso se repite a medida que se identifican más temas y ocurren más conflictos.

6. MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL

Es un hecho innegable que la imposición de las penas no debe ser connatural al ser humano, ya que la pena representa un símbolo claro de la descomposición humana o la forma más efectiva de sojuzgar a un pueblo. Al respecto ha escrito Zaffaroni "(...) El poder punitivo sólo eventualmente es un ejercicio racional de poder y por ende debe ser considerado como un fenómeno extrajurídico, meramente político."⁹¹

En la actualidad un significativo grupo de juristas en todo el mundo han considerado que lo más adecuado para evitar esta práctica tan indeseable es el establecimiento de procedimientos extrajudiciales privados como la mediación o judiciales como la conciliación.

Se considera que tanto la mediación como la conciliación y el arbitraje se justifican plenamente en virtud de acabar con procedimientos engorrosos relacionados con delitos menores, con las prácticas irracionales de la imposición de penas en este tipo de delitos, o como lo señala el propio Zaffaroni aplicarlas eventualmente.

Adicionalmente a lo anterior, estas figuras se justifican asimismo, de acuerdo con lo manifestado por Eleonora A. Devota ⁹², en virtud del reconocimiento de la primacía de la víctima y dado que la mediación y como consecuencia la conciliación tienden a

91 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Pág. 58.

92 Devota. Eleodora A. *Conferencia organizada por la Comisión de Arbitraje y Mediación de la Cámara Argentina de Comercio*.

hacer más eficiente el sistema debido a que se encuentran ubicadas en la antesala del proceso o al inicio del mismo.

Así pues, la mediación y el arbitraje surgen en el derecho penal como un medio adecuado para desjudicializar los conflictos surgidos en algunas clases de conductas tipificadas como delitos. Pero cuando no hubiere esa posibilidad de desjudicializar; es decir cuando es inevitable llevar el caso a un procedimiento jurisdiccional, la conciliación sirve como una forma más para dar oportunidad a la víctima de ser oída y poder resolver el conflicto antes de que se dicte sentencia.

Los tipos penales en los que se recomienda estas formas alternas de acuerdo a Junco Vargas citados en su obra "La Conciliación" son aquellos que tienen "(...) Una intensidad menor en el impacto social que produce la conducta. Se trata de delitos en los cuales es más leve la punibilidad y el daño irrogado recae prácticamente en el aspecto patrimonial y el perjuicio es más particular que social."⁹³. "(...) Por eso en la tipificación de las conductas punibles la ley consagra una clasificación de los delitos y dentro de ella se encuentra una clase de tipos penales en la que el interés jurídicamente protegido va más dirigido a la protección de la víctima. Luego en ese tipo de delitos es donde la conciliación encuentra más aplicación y campo de acción y en esa clase de delitos en donde el estado permite un estadio en el que la víctima sea un sujeto lo suficientemente activo y permita un acuerdo."⁹⁴

Resultará claro que no es el hecho punible lo que va a ser objeto de componenda, pues éste no puede ni debe ser conciliable ya que se atentaría contra la moral y el

93 Junco Vargas, José Roberto. *La Conciliación*. 1994. Pág. 410.

94 *Ibidem*. Pág. 380.

orden público. Al respecto Junco Vargas señala: “Cuando se llega a un acuerdo de los efectos patrimoniales con el hecho delictual: es decir, cuando el titular de la acción civil generada por el hecho punible ha consentido en un determinado monto de indemnización o reparación integral o cuando el derecho subjetivo patrimonial del perjudicado ha sido reparado integralmente, el estado, por medio de una ficción legal perdona el daño social que el ilícito ha producido, daño éste que no tiene un valor patrimonial de ninguna índole... el efecto jurídico es la extinción de la acción penal.”⁹⁵

De esta manera el principio básico de las formas alternas de hacer justicia no es el de extinguir la pena, sino el de tomar en cuenta a la víctima y desde luego agilizar los procesos penales.

Así pues dentro de este capítulo se hará referencia a estas formas como mecanismos alternos para la solución de controversias entre los particulares nacidos de la conducta punible con lo que alguien ha sido afectado en su patrimonio, en su moral y en su misma dignidad. Como se indicó la víctima es el sujeto que además de que en su persona o en su patrimonio se cometió el delito, en el proceso penal positivo no cuenta con una participación directa, por lo que en la conciliación en materia penal el estado empieza a mirar hacia la víctima, porque comprende que con el acaecimiento de una conducta típica siempre se generan conflictos tanto sociales como generales y además el estado comprende que los métodos tradicionales de hetero composición resultan cada vez mas ineficaces e insuficientes para satisfacer las necesidades de todos los sujetos que quedan vinculados o pueden verse involucrados en una situación de

95 *Ibidem*. Pág. 409.

conflicto.⁹⁶ En materia penal la forma es indispensable para que los acuerdos tomados sean válidos y constituyan cosa juzgada, por lo que resulta indispensable que los acuerdos se tomen ya sea ante la presencia del Ministerio Público o ante la presencia del juez instructor, según si se trata de un acuerdo tomado en la etapa de investigación o dentro del juicio.

6.1. La víctima

Es de explorado conocimiento que en la mente del infractor nunca está la restitución del daño ya sea moral o patrimonial que se le hizo a la víctima, ya sea por la propia irresponsabilidad del infractor como por el hecho de que le es imposible resarcirle el daño, pues su calidad de persona privada de la libertad le impide pensar en otorgar alguna clase de indemnización; es por este motivo que las formas alternas son formulas efectivas para hacer que el responsable realmente resarza el daño causado a la víctima.

6.2. Ejecución de la pena

Resulta incuestionable que los medios alternos se deben desarrollar antes de la imposición de la pena; sin embargo hay autores que consideran que estas figuras pueden efectuar aún después de haberse citado sentencia; esto es, cuando ya se está ejecutando la condena.

Al respecto Julián Ríos Martín y coautores señalan:

“La mediación que se realiza en la fase de ejecución de la pena preventiva de libertad tiene posibilidades de ser valorada, cuando la persona no se encuentre
22 cumpliendo condena en el centro penitenciario, en los siguientes supuestos:

⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 377.

a) Suspensión ordinaria. Con anterioridad a la concesión de la suspensión, la conciliación entre la víctima y la persona infractora puede ser tomada en consideración a los efectos del cumplimiento del requisito de satisfacción de la responsabilidad civil. Asimismo puede ser un elemento a tener en cuenta en orden a valorar la disminución o eliminación de peligrosidad criminal como fundamento de concesión de la suspensión. Con posterioridad a la concesión de la misma, el juez o el tribunal podría imponer, como condición para su cumplimiento, y previa conformidad de la víctima, la realización de una mediación extrajudicial entre la persona que comete el delito y aquella.

b) Suspensión de la pena para personas que han cometido delito por adicción o algunas sustancias. Aunque el fundamento de esta suspensión sea la posibilidad de sometimiento a un proceso de deshabituación o rehabilitación de la adicción a las sustancias.

c) Suspensión durante la tramitación del indulto. A estos efectos la mediación puede servir de valoración positiva para la solicitud y eventual concesión del indulto.

d) Valoración de la conciliación a los efectos de aplicación de la sustitución de la pena de prisión por multa.”⁹⁷

6.3. Delitos que pueden llegar a soluciones alternas.

De conformidad con Julián Carlos Ríos Martín, la mediación en materia penal puede aplicarse en todo tipo de delitos con excepción de:

“Atentado contra la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos....ante la desigualdad institucional en que se encuentran las partes.

97 Ríos, Martín Juan Carlos y otros, Ob. Cit. Pág. 43.

Delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.”⁹⁸

Los autores en cita consideran que en los delitos de violencia de género y contra la libertad sexual, en razón de la tensión emocional entre las partes, el equipo mediador debe de evaluar la situación psicológica de la víctima, y en los delitos contra la salud pública es posible la medición simbólica con representantes de entidades de atención a personas toxicómanas para que la persona infractora caiga en cuenta del daño que están causando en las personas las conductas delictivas.

En relación con la reparación simbólica, se puede definir como un acto de reconocimiento de la norma vulnerada.

6.4. Fase de investigación ante el Ministerio Público.

En la fase de investigación previa al procedimiento jurisdiccional, el Ministerio Público es el que debe determinar de acuerdo con la ley, si somete a las partes a la mediación dependiendo del delito que se está investigando.

Antes de que el Ministerio Público turne el expediente al Juez, es decir ejercite la acción penal, es muy importante la mediación como uno de los medios alternativos, ya que es dentro de esta etapa cuando el Ministerio Público tiene una percepción clara de la posibilidad de turnar el asunto al órgano jurisdiccional o de que se llegue a un acuerdo entre el inculpado y la víctima, mediante la aplicación de cualquiera de los medios alternativos de justicia penal.

98 *Ibidem*. Pág. 48.

Auto de vinculación al proceso.

En el derecho positivo mexicano para que se dicte el auto de vinculación al proceso se deben de satisfacer los siguientes requisitos:

- I. Que el delito se impute al acusado.
- II. El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y
- III. Los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Antes de que el Juez dicte el auto de vinculación al proceso, si el delito que se imputa permite la mediación, o cualquiera de los medios alternos, el Juez debe de tener la oportunidad de proponerla a las partes, terminando en consecuencia con un procedimiento penal desgastante tanto para el inculpado como para la víctima.

La mediación, puede tener por objeto dejar en libertad al inculpado o en su defecto en caso de que no exista legalmente esta posibilidad llegar a un acuerdo sobre la reparación del daño, en cuyo caso el juez de la causa deberá de tomar en cuenta esta circunstancia para atenuar la pena.

6.5. Ejecución de sentencia.

Para la procedencia de mecanismos alternos en esta etapa del juicio, es indispensable que se haya dictado sentencia y que la parte responsable no haya cubierto el daño causado a la víctima.

22 Los mecanismos alternos en la ejecución de sentencia tendrán por objeto además, de que se resarza el daño causado a la víctima, la renuncia a cualquier tipo de violencia tanto de la víctima como del sentenciado.

Los abogados se encuentran hoy frente a una nueva perspectiva en el modo de ejercer la profesión. Se está empezando a ver cómo los distintos “medios alternativos de resolución de conflictos” irrumpen en el escenario profesional. Además del fuerte impulso que se está dando desde distintos ámbitos a la mediación y al arbitraje, algunos países han sancionado leyes que imponen la mediación o la conciliación obligatoria como instancia previa al litigio judicial.⁹⁹

Muchas de estas iniciativas han sido consecuencia de la crisis del sistema estatal de administración de justicia. En México es ostensible que el Poder Judicial atraviesa por una etapa de alarmante incapacidad operativa. Tantos y tan graves son los problemas que presenta, que difícilmente pueda considerarse garantizado el acceso de los ciudadanos a la justicia. Los obstáculos que encuentra el justiciable para obtener de los tribunales una sentencia justa y en tiempo, son de tal magnitud que puede afirmarse que carece hoy de vías adecuadas para la resolución de los conflictos que surgen de sus relaciones interpersonales, lo que genera tensiones que alteran la paz social.¹⁰⁰

El hombre es por naturaleza un ser social que vive en comunidad compartiendo un ámbito físico común. Es por ello inevitable que la convivencia genere a diario diferencias de opiniones o apreciaciones, intereses contradictorios, roces y controversias. El conflicto, en consecuencia, forma parte de una realidad insoslayable, inherente a la sociedad, que no debe sorprender ni afligir en sí mismo. Lo perturbador

99 Además de las leyes 24.573 y 24.653 recientemente sancionadas en Argentina, hay estados en los EE.UU. que establecen mecanismos de mediación conexos a los tribunales con algún grado de obligatoriedad. Colombia ha pasado por experiencias similares, y en Perú existen al menos tres proyectos de iniciativa parlamentaria en los que se plantean alternativas similares a la de Argentina. Una descriptiva recorrida por la situación de los mecanismos alternativos en diferentes países puede verse en Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Ad. Hoc. Segunda edición. 1996. Pág. 143 y siguientes.

100 Caivano, Roque J. *El acceso a la justicia (La búsqueda constante del mejoramiento del servicio)*. Revista La Ley. 1989-B-797.

no es la existencia del conflicto, sino la falta de vías adecuadas para resolverlo. El crecimiento demográfico, la mayor concentración de población en las grandes ciudades, el avance tecnológico y el aumento del tráfico de bienes y servicios, la generación permanente de nuevas necesidades sociales –entre otras muchas razones- han producido un aumento en la conflictividad y desbordado las estructuras que el Estado provee para dirimirlos.

Al no ser posible la eliminación de los conflictos, el foco debe girarse hacia el modo en que son resueltos. La concepción tradicional –aun hoy un dogma para gran parte de la abogacía- considera al sistema estatal de administración de justicia como la única posibilidad, en el mejor de los casos luego de fracasado algún intento informal de conciliación extrajudicial. Los ciudadanos, llevados de la mano por los abogados, acuden a los jueces planteándoles sus diferencias y reclamándoles una solución. A primera vista ello no parece desacertado: ¿Quién mejor que el estado como garante de la justicia y como proveedor de un servicio imprescindible para la continuidad de la vida en sociedad? En teoría –y en abstracto- no cabe duda de que esta forma de pensar es correcta. Pero en un análisis más exhaustivo se advierten dos ingredientes que resultan esenciales y que permiten enfocar el problema desde otros ángulos: se olvida un aspecto de la realidad (la profunda crisis de la justicia ordinaria) y se parte de un supuesto erróneo (que todos los conflictos son iguales y exigen la misma respuesta).

Es por ello que en la actualidad surge la necesidad de un cambio de mentalidad que termine con preconceptos y hábitos, y que evite no el uso, sino el abuso del proceso judicial que desvirtúa su verdadera significación social. Es necesario considerar las formas alternativas de solucionar los conflictos, que con mayor creatividad

permitirán hallar respuestas fuera del proceso tradicional. La ancestral cultura adversarial, y la visión del litigio judicial como única y exclusiva vía de solución de diferendos, deberían adecuarse a los tiempos de interdependencia social y económica que transcurren.

El problema de la administración de justicia reviste una gran complejidad, donde se interrelacionan problemas jurídicos, sociales, culturales, políticos y hasta económicos. Esa complejidad impide concebir una solución unilateral o basada exclusivamente en un aspecto parcial: exige una reforma integral de la justicia.

7. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS COMO FILTRO PROTECTOR DE LA JUSTICIA.

Por todo lo dicho es imprescindible buscar instrumentos que permitan obtener resultados más satisfactorios para las partes, y que a su vez ayuden a descongestionar los tribunales y a ubicarlos en su verdadera claridad. Por la sociedad, y por el propio Poder Judicial, la adopción de alternativas resulta impostergable. Es necesario crear conciencia de que se debe conversar más y pelear menos, y si resulta más apropiado, negociar las diferencias en lugar de demandar judicialmente. Este último recurso, en definitiva, siempre estará disponible, si alguna de las alternativas se muestra inconveniente.¹⁰¹

La eficacia de todo ello, sin embargo, está condicionada a que ese cambio en los comportamientos sociales sea producto no de una imposición ni de una moda, sino de un profundo cambio de cultura en los operadores jurídicos, en especial en los

¹⁰¹ Padilla, Roberto E. y Caivano, Roque J. *Abogacía Moderna vs Abogacía Tradicional. Los sistemas alternativos de solución de disputas como forma de ser más eficientes*. Rev. La Ley 1994-E-885.

abogados. Como profesionales del Derecho, gestores¹⁰² de los conflictos de los clientes y encargados de procurarles la solución más satisfactoria, se debe tomar conciencia de que el pleito judicial es un valioso recurso que conviene reservar para resolver aquellos conflictos que revisten trascendencia social, o en los que no fuese posible arribar a un acuerdo (sea de manera directa o con la asistencia de un mediador) ni siquiera a acuerdos mínimos que hagan viable el arbitraje.

Los medios auto compositivos deberían actuar como filtros que retengan todas aquellas situaciones litigiosas en las que pueda lograrse una solución a partir de la voluntad de las partes. La solución más adecuada –de ser posible- es la que las propias partes encuentren, ya que será la que mejor atienda sus necesidades y la que tenga mayores probabilidades de ser cumplida espontáneamente. La negociación y la mediación son los medios alternativos que permiten alcanzar el ideal: una solución mutuamente acordada. Pero si esta instancia no es eficiente, el arbitraje puede a su vez retener aquellos casos en que, aunque no sea posible un acuerdo, exista al menos un grado de entendimiento mínimo que les permita convenir el sometimiento de las diferencias a juicio de un tercero imparcial, pero escogido por las partes. Si tampoco es posible o eficaz el arbitraje, se tendrá a la justicia estatal como el recurso final.

La conveniencia –en términos generales- de recurrir en primera instancia a la negociación para encontrar la solución y, ante el fracaso, permitir la participación de un tercero ya sea como mediador o como árbitro y, en última instancia, recurrir al reparto del juez, tiene sentido por las características de estos métodos:

102 Si bien la aclaración de esta terminología debería ser innecesaria, en la práctica se ve que el término “gestión” referido a los conflictos suele prestarse a malas interpretaciones, incluso entre los profesionales. Se suele confundir “gestión (administración eficiente)” con “gestación” (provocación, inducción) del conflicto.

– En la negociación directa las partes mantienen el control tanto sobre el procedimiento como sobre el resultado, conservan su autonomía: ellas serán quienes fijen y dirijan el proceso, y quienes elaboren la solución.

– Cuando ese mecanismo fracasa, las partes deben resignar cierta cuota de control y autonomía en aras de obtener satisfacción. Al valerse de la asistencia del mediador, si bien continúan manteniendo pleno control sobre el resultado y la facultad de diseñar el procedimiento en particular, las partes delegan la dirección del proceso en manos del tercero.

– En el arbitraje, por ser un mecanismo adjudicativo aunque privado, se pierde el control sobre el resultado. Su ventaja radica en la posibilidad de elegir el árbitro y el procedimiento, dotándolo de dos elementos generalmente ausentes en el litigio: la especialidad del juzgador y la celeridad en el trámite.

– En el litigio, la potestad jurisdiccional y las férreas normas de los códigos de forma impondrán restricciones absolutas que harán resignar irremediabilmente el control de las partes tanto sobre el procedimiento como sobre la solución.

Si logramos percibir la función de los métodos alternativos como una malla protectora de la justicia que retenga asuntos que no requieren el desgaste del sistema tribunalicio, mucho se habrá hecho a favor del Poder Judicial. Y si ese cambio cultural se viera complementado con modificaciones estructurales al procedimiento judicial, con una concientización del papel de los jueces en el proceso, y con soluciones definitivas a los crónicos problemas de infraestructura y recursos del Poder Judicial, la mejora del servicio sería sensible, con beneficio directo para los ciudadanos y para la propia judicatura.

8. LA JUSTICIA ALTERNATIVA, POSIBLES PROBLEMAS

Desde la época del derecho romano, esta fue característica de los procesos, y a lo largo de la historia en Francia, España y Alemania hubo movimientos tendientes a institucionalizar la oralidad en los respectivos ordenamientos jurídicos. A finales del siglo XIX y comienzos del XX, Chiovenda, inicia en Italia una campaña doctrinal a favor de la oralidad, la cual influyó tanto en la doctrina Italiana como en la Española y hasta en la Latinoamericana; incluso hasta después de su fallecimiento y el de algunos de sus discípulos. Pero este hecho no mermó el embeleso por la oralidad que había contagiado a tantos procesalistas, sino que continuó tal admiración¹⁰³.

En segundo lugar, el desarrollo práctico del proceso la estricta oralidad es insostenible, por diversidad de razones, entre las cuales destacan el hecho de que el juez en su función de impartir justicia conoce de diversos asuntos, por lo cual es imposible que en un proceso exclusivamente oral retenga en su memoria los datos aportados en las audiencias orales de cada proceso. Asimismo, considera un inconveniente de la oralidad la posible dificultad de expresión tanto de las partes como de los abogados; incluso la poca capacidad de reacción debida a las alegaciones de la parte contraria en un breve lapso de tiempo. Igualmente, la imprescindible dotación de recursos humanos y materiales que amerita la oralidad, incrementan el presupuesto de la administración de justicia.

A continuación, sobre las ventajas de la escritura, ésta favorece a precisar con claridad el objeto del juicio. Además que simplifica los trámites de los procesos cuyo
22 objeto es más sencillo evitando la celebración de audiencias innecesarias. Igualmente,

103 Nieva Fenoll, Jordi. *Los Problemas de la Oralidad*. VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal.

la escritura brinda la oportunidad a las partes de reflexionar sobre el objeto del juicio, y al juez la oportunidad de leer y releer un escrito en corto tiempo; incluso a utilizar partes de éste para la elaboración de su respuesta judicial.¹⁰⁴

Enseguida la doctrina reseña que tanto de la oralidad como de la escritura, emanan unos principios consecuencia; a la primera le atribuyen la inmediación, concentración y publicidad, y a la segunda la mediación, dispersión y secreto. Al respecto señala que no es conveniente hablar de principios-consecuencia de la oralidad o de la escritura, ya que los principios procesales pueden conferir una imagen teórica que no se corresponde con la realidad. Sostiene que cuando un juez lee los escritos de las partes, actúa con inmediación, pues el contacto del juez con las actuaciones escritas es directo. De la misma manera, sobre la concentración expresa, que si bien es cierto que es correlato de la oralidad, en la audiencia es necesario el orden y la unidad de acto, de lo contrario será presa de la dispersión. Con relación a la publicidad, sostiene que un procedimiento escrito es tanto o más público, que un procedimiento oral.¹⁰⁵

Por otra parte y con base en los argumentos precedentes, concreta las fases procesales o los procedimientos en los cuales debe prevalecer la oralidad o la escritura. Al respecto de la oralidad, dice que ésta debería ser exclusiva de la fase probatoria considerando imprescindible la realización de una audiencia para la práctica de los medios de prueba que la precisen; igualmente, considera necesaria la oralidad en la segunda instancia porque normalmente toda prueba ha sido practicada en primera (instancia), y el debate oral entre las partes se centrará en intentar expresar los errores

104 Pastrana Berdejo, Juan David. *Juicio oral*. Ob. Cit. Capítulo II.

105 Casanueva Reguart, Sergio E. *Juicio oral teoría y práctica*. Unidad 3. 5ª edición. Porrúa. D. F., México. 2010.

de la instancia recurrida; así mismo, piensa que la oralidad debe aplicarse en procesos cuyo objeto sea muy simple, que precisen una mínima actividad probatoria, todo ello con la finalidad de simplificar los trámites y brindarle celeridad a la resolución de las controversias.

Por último, tanto en la demanda y contestación, en las cuales por medio de sus escritos las partes fijan sus discrepancias, así como las posibles cuestiones previas planteadas por el demandado, infiere que la escritura es la forma más adecuada para la fase de conclusiones, porque resume reflexivamente los resultados de la fase probatoria. Asimismo sostiene que en los procesos sencillos en los que los medios de prueba son solamente documentales y se anexan a la demanda de la contestación, la celebración de la audiencia oral es ociosa.

Luego de este cúmulo de argumento se destaca que ni la oralidad debe ser concebida como una panacea, ni la escritura considerada como el pandemonio, sino que, ambas necesitan conjugarse en la mayoría de los procesos jurisdiccionales de hoy en día. El proceso cimentado en oralidad proporcionará mayor rapidez, mayor facilidad de entendimiento; sin embargo, la escritura también es de suma utilidad y necesaria para el proceso, pues es el medio más idóneo para plasmar en forma razonable, detallada y perenne, las ideas expuestas por las partes. En este sentido, la opinión del autor de esta investigación como estudiante inevitablemente le lleva a considerar que la mejor opción para la configuración de las leyes adjetivas, es la instauración del sistema mixto, pues hay actos procesales que requieren estrictamente de la oralidad, pero a la

vez, hay otros tantos que requieren exclusivamente la escritura. Por lo tanto la idea de una simbiosis entre ambas técnicas, en su criterio, es lo más acertado.¹⁰⁶

9. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS PENALES

La justificación del desarrollo de estos mecanismos es la misma que el mecanismo de la despenalización: el principio de mínima intervención en materia penal; con la diferencia de que en la despenalización se opta por sanciones no penales. En la justicia restaurativa las conductas bajo las que subyace el conflicto están tipificadas como delitos. Si bien la prohibición y la sanción penal permanecen, lo que se suaviza es el procedimiento de la resolución del conflicto, que queda fuera del proceso penal ante autoridad jurisdiccional.

Compartiendo la convicción de que el proceso penal no es el mecanismo idóneo para la resolución de conflictos sociales incipientes, menores o no violento, se establece un procedimiento flexible e informal en el que se puedan dar acuerdos espontáneos. A pesar de que esta vía despierta suspicacias en los juristas más ortodoxos, estos mecanismos informales y flexibles tienen un gran potencial habida cuenta de que muchos de los delitos (la mitad, según Rodríguez, 2000) son conflictos no violentos entre familiares, vecinos, amigos, compañeros de trabajo o socios, y que en estos conflictos suelen tener papeles intercambiables, pasando de víctimas a victimarios y viceversa a lo largo del tiempo.

Los medios alternativos de resolución de controversias tienen tres principios fundamentales: voluntariedad (las partes deben aceptar libremente acudir a la vía);
22 confidencialidad (no puede utilizarse información expuesta en el procedimiento

¹⁰⁶ Carbonell, Miguel, Ob. Cit. Capítulo IV; Pastrana Berdejo, Juan David, *Juicio Oral*. Ob. Cit. Capítulo IV.

alternativo en caso de ir a proceso jurisdiccional ni puede interpretarse la participación en el procedimiento como una aceptación de los hechos imputados), y neutralidad (el mediador o facilitador debe garantizar ante las parte su imparcialidad).

En conflictos de naturaleza penal se agrega un cuarto principio: la horizontalidad, entendido como

(...) Que el facilitador debe comportarse, respecto de las partes, como alguien sin poder sobre ellas, que obtiene la legitimación de su intervención por la aceptación de ambos. Este principio aportará la imprescindible nota diferenciadora entre el sistema informal (RAC) y el sistema judicial de persecución pública, caracterizado por la figura fuerte del Estado (representado por el juez o por el fiscal) que desplaza la víctima de su lugar de dueño del conflicto.¹⁰⁷

Aunque se insistirá en estos aspectos a lo largo de este texto, es muy importante señalar desde este apartado introductorio de los mecanismos alternativos de la definición de los casos que son susceptibles de ser canalizados a estas instancias no procesales o extraprocesales se da con base en el análisis de las características del conflicto, sin otro fundamento que el considerar que esta vía le permitirá una mayor calidad de los servicios de resolución del conflicto, siguiendo el principio de que la justicia sustantiva debe estar por encima de una justicia formal.

Por ello, en el diseño y operación de la justicia alternativa o restaurativa no deben introducirse intenciones de descongestión ni medidas inspiradas por criterios de política criminal. Estas tendencias suelen ser fuertes tentaciones para el legislador y para los operadores del sistema, y en caso de concretarse en las modalidades de justicia

22

107 Rodríguez. Ob. Cit. 2000. Pág. 11.

alternativa o restaurativa rasgos al servicio de la descongestión o la política criminal, se desnaturalizarían estas figuras con efectos adversos tanto para la eficacia de los derechos fundamentales de víctimas e imputados como para la legitimidad y calidad de los servicios del sistema penal.

No obstante, los estudiosos y operadores de programas exitosos de justicia restaurativa suelen señalar que estos mecanismos, debidamente instrumentados y aplicados por facilitadores muy calificados, podrían extender su aplicación a una amplia gama de delitos.¹⁰⁸

Entre las modalidades o mecanismos específicos de la justicia restaurativa o alternativa más frecuente se encuentran la conciliación, la mediación y los acuerdos reparatorios. En muchos casos las primeras dos modalidades pueden traducirse en un acuerdo reparatorio. También modalidades de la justicia consensual, como la suspensión del procedimiento a prueba, pueden plasmarse en un acuerdo reparatorio. Diversos autores y la legislación presentan otras modalidades de estos mecanismos de resolución alternativa de conflictos penales. Por ejemplo: mini juicio y mediación-arbitraje,¹⁰⁹ negociación y juntas de facilitación.¹¹⁰

Criterios de oportunidad

Para Manuel Ortells, el principio de legalidad se contrapone al principio de oportunidad, según el cual, el órgano de la acusación dispondría de una esfera de discrecionalidad para valorar la conveniencia de ejercitar la acusación en determinados

108 *Ibidem*. Pág. 9.

109 *Ibidem*. Pág. 1,

110 Artículo 1º de la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua (LIPACH).

supuestos, que el legislador delimitaría en atención a consideraciones vinculadas a la finalidad preventiva de la pena o – en caso de infracciones leves – a la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y a la eficacia general del sistema penal.¹¹¹

En los países europeos y latinoamericanos de tradición del derecho civil, han respetado como regla el principio de legalidad, que como señala el doctor Julio Maier implica que “Frente a la noticia de un hecho, eventualmente punible, perseguible por acción pública, es obligatorio promover la persecución penal y, tras el trámite procesal pertinente, arribar a la decisión judicial que solucione el caso según las normas del derecho penal y ponga fin al proceso”.¹¹² Ante esta regla se regulan algunas excepciones que implican criterios de oportunidad, que de acuerdo con el mismo tratadista argentino significa :

*(...) La posibilidad de que órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.*¹¹³

En no pocos casos, reformas posteriores a la operación de esos criterios suelen ampliar progresivamente el ámbito de su aplicación.

Estos mecanismos para desestimar un caso o darle una salida alternativa sin necesidad de iniciar un proceso o, en caso de que se inicie el mismo, sin necesidad de

111 Ortells (1998). Pág. 536.

112 Maier. (2002). Pág. 830.

113 Ibídem. Pág. 836.

llegar a una sentencia, suelen proceder en casos de delitos no graves.¹¹⁴ Por ejemplo en Perú el artículo 2º del Código Procesal Penal, al regular el “principio de oportunidad”, establece que el Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercer la acción penal. Cuando se trate de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público... cuando la culpabilidad del agente... o su contribución a la preparación del mismo sean mínimos.

Resulta peculiar la aplicación del principio de oportunidad en Perú cuando “(...) El agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada (Código Procesal Penal, artículo 2º, apartado 1). Algunos ordenamientos otorgan la posibilidad de que las autoridades de investigación apliquen estos criterios como contraprestación a los imputados que brinden información sobre grupos del crimen organizado.

En algunos supuestos, otra condicionante para que se deje de ejercer la acción penal es que se dé la reparación del daño. La mayoría de los países contemplan el control judicial (en otros el control por parte de superiores del fiscal) sobre la aplicación de los criterios de oportunidad. En la mayoría de los sistemas, la víctima puede impugnar la procedencia de la aplicación del criterio de oportunidad, así como inconformarse por el monto de la reparación del daño.

114 Esta noción de gravedad o escaso interés público suele ser asociado por el legislador a la eventual sanción que podría recibirse por el delito imputado. Así, en Perú se aplica el principio de oportunidad cuando la pena mínima no supera los dos años (artículo 2º, apartado 2); en Chile se aplican criterios de oportunidad cuando la pena no excede los 540 días de privación de la libertad. En el estado mexicano de Coahuila, la “vía de falta penal” (mediante la que se determina no ejercer la acción penal o sobreeser el proceso imponiendo una multa y un “pago preventivo de la reparación del daño”) procede cuando el mínimo de la pena no excede los tres años (artículo 265, Código de Procedimientos Penales) y pueden considerarse delitos no graves que no tengan pena máxima de seis años de prisión (artículo 29).

9. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Después de haber analizado los juicios orales resulta indispensable el análisis de las formas alternativas de justicia, por medio de las cuales se puede evitar que innumerables conflictos se ventilen en los tribunales.

Las formas alternativas de justicia se encuentran plasmadas como mandato constitucional consignadas en los artículos 17 y 18 constitucional.

El artículo 17 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala textualmente:

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

Por su parte el artículo 18 párrafo sexto señala:

“Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente.”

Se puede sintetizar como principales formas alternas al juicio, a la mediación y al arbitraje las cuales traen como consecuencia: a) El no ejercicio de la acción penal por parte del ministerio público b) el perdón del ofendido que se puede presentar en la etapa de investigación o en cualquier otra fase antes de que se dicte sentencia y c) en la suspensión del procedimiento a prueba.

Existen estas dos formas alternas de hacer justicia y otras más que han tenido un gran desarrollo a nivel internacional, y que han coadyuvado a que muchos conflictos no se conviertan en conflictos de naturaleza penal.

10. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO UNA JURISDICCIÓN CONVENCIONAL AJENA AL PODER JUDICIAL

Existe la creencia generalizada que solamente el Poder Público a través del Poder Judicial es el único facultado para conocer de las controversias que se presentan entre los individuos de un conglomerado social; sin embargo es algo muy lejano a la realidad ya que a lo largo de la historia han existido conflictos que se han podido resolver mediante la intervención de terceros ajenos al poder público. Al respecto José F. Merino Marchán y José María Chillón Medina han señalado que de ser así “La renuncia de las acciones judiciales, a favor de los propios litigantes, confiando la resolución a un tercero no constitucionalmente creado a tal efecto, sería nula o inconstitucional.”¹¹⁵

No existe una razón lógica ni jurídica para considerar que únicamente el estado pueda resolver conflictos ya que los particulares pueden válidamente crear su propia jurisdicción siempre que la misma no sea contraria a derecho.

Esta forma de resolver los conflictos sin necesidad de la intervención de un tercero se le ha denominado la autocomposición, en contraposición a la hetero composición mediante la cual se requiere de la presencia de un tercero. Al respecto Carnelutti ha señalado “Basta alguna experiencia en el mundo de los negocios o en el de los juicios, para saber que muchas veces son las propias partes quienes proveen a la composición del litigio, lo que permite distinguir la composición del litigio que efectúen las partes, o autocomposición, de la que lleve a cabo el juez, o hetero composición.”¹¹⁶

115 Merino Merchán José y José María Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ª edición. España. Editorial. Civitas 2006. Pág. 84.

116 Carnelutti, Francesco/ *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. D. F., México. Editorial Harla 1997. Pág. 24.

Este jurista se refiere a la autocomposición como “(...) La expresión del poder reconocido a la voluntad de los interesados para la tutela de sus intereses. El hecho de que el litigio pueda ser compuesto por las propias partes sin intervención del juez significa que la ley se remite a la voluntad de ellas en lo que concierne a la tutela de los intereses recíprocos.”¹¹⁷

Siguiendo a Carnelutti explica que la autocomposición puede ser un acto simple o complejo. De esta forma si se trata de un acto simple se le denomina renuncia y si se refiere a un acto complejo se trata de una transacción.

Por su parte Guasp distingue entre mecanismos de autocomposición y heterocomposición al señalar que la autocomposición no sería otra cosa que decisiones voluntarias a través de las cuales son los propios interesados quienes resuelven sus controversias: renuncia, desistimiento, allanamiento y otras formas que extinguen el problema, y que en cambio la heterocomposición supone que las partes no son capaces de solucionar el conflicto por sí mismas y necesitan acudir a un tercero.¹¹⁸

De esta manera el mismo Guasp define a la conciliación cuando el tercero intenta una aproximación entre las partes, los escucha y propone pautas para llegar a un acuerdo, a la mediación cuando el tercero tiene un papel activo pues no sólo hace propuestas sino que tiene la dirección de las tratativas, teniendo los interesados plena libertad para aceptar o rechazar las posibles soluciones.¹¹⁹

117 *Ibíd.*

118 Guasp Delgado, J. *El Arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona, Bosch. 1956. Págs. 11 y 12.

119 *Ibíd.*

La renuncia es una especie de autocomposición unilateral, esto es como lo señala el propio Carnelutti un abandono de la pretensión, y la transacción es un acuerdo entre las partes.

“La transacción es no sólo un contrato, sino un contrato bilateral, mediante el que cada uno de los contratantes dispone de la propia situación jurídica.”¹²⁰

Otra figura jurídica que tiene por objeto resolver un conflicto en forma extrajudicial es la conciliación que de acuerdo con Carnelutti es similar a la mediación ya que tienen la misma finalidad, solamente que la transacción es una forma de resolver un conflicto con justicia.

“La conciliación tiene la estructura de la mediación, ya que se traduce en la intervención de un tercero entre los portadores de los dos intereses en conflicto, con objeto de introducirles a la composición contractual. Cuando la teoría del derecho privado enseña que el mediador aproxima a los contratantes, afirma sustancialmente lo expuesto, ya que los contratantes no son si no los dos sujetos de un conflicto de intereses, y el contrato no es más que su composición. El concepto de mediación no desaparece por el hecho de que el conflicto de intereses asuma la fisonomía de un verdadero litigio, puesto que la función del mediador no queda excluida del campo de la transacción, en que, antes bien, es muy activa.

Así pues, la distinción entre conciliación y mediación no podría encontrarse en la naturaleza del conflicto, asignando a la mediación el conflicto de intereses en general (litigio económico) y a la conciliación el litigio en sentido jurídico, sea porque la

120 *Ibidem*. Pág. 26.

mediación actúa también frente a este o porque la conciliación funciona también, a su vez, para la composición de conflictos que no son verdaderos litigios.

La nota diferencial entre las dos formas de actividad se refiere, por el contrario, a la finalidad, puesto que la mediación persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la composición justa. En este sentido, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda.”¹²¹

CAPITULO IV. MEDIOS ALTERNOS

1. LA MEDIACIÓN, EL ARBITRAJE, LA CONCILIACIÓN, LA TRANSACCIÓN, LA AMIGABLE COMPOSICIÓN Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Otra forma de hacer justicia.

La justicia alternativa día con día va teniendo más auge en aquellos países que aspiran a un verdadero sistema democrático, pues en los países en donde el modelo de justicia es centralizado y autoritario las formas alternas de hacer justicia como son la mediación y el arbitraje son aún incipientes.

Esta otra forma de hacer justicia tiene como sustento que se realice por particulares que no formen parte del poder jurisdiccional o de la fiscalía.

Las formas alternas para alcanzar la justicia son consecuencia de una crisis por la que atraviesan los órganos jurisdiccionales lo cual deriva en principio en falta de credibilidad y sobre todo en la percepción de una justicia tardía.

121 *Ibidem*. Pág. 28.

Al respecto Ángela Figueruelo Barrieza citando a Ortega y Gasset señala: “Permítanme que comience aludiendo al conocido ensayo de Ortega y Gasset – Esquema de la crisis – para señalar que las reflexiones sobre los conceptos básicos y los elementos fundamentales de la Teoría del Estado no pueden prescindir del concepto de crisis histórica que por distintas razones nos ha tocado vivir.

En tiempos de crisis, -decía Ortega-, lo que nos pasa es que no sabemos qué es lo que nos pasa. Es pues, evidente que la primera condición para poder salir de la crisis es tomar conciencia de ella, de su realidad y de su alcance; evitando realizar diagnósticos simplificadores de una realidad compleja que lo único que hace es impedir análisis esclarecedores”.¹²²

De la misma manera la tratadista al referirse a la tardanza en la impartición de justicia señala: “La lentitud de la justicia es una asignatura pendiente; su mal endémico, junto a la acumulación de proceso ante el fracaso de los sistemas arbitrales. También se debe a la insuficiente dotación de jueces y medios materiales modernos para agilizar la tramitación. Existen además unas normas procesales excesivamente formalistas reinterpretadas por las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales que acentúan al máximo el garantismo y que hacen del juez un sujeto sometido a la admisión de cualquier documento de las partes. Todo ello prolonga de forma excesiva la lenta marcha del proceso y se traduce en que la dimensión formal o prestacional de la justicia no se imparte con eficacia.”¹²³

122 Figueruelo Barrieza, Ángela. *Crisis de la Justicia y tutela judicial efectiva. Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*. Editorial Ratio Legis. Salamanca, España. 2006. Pág. 299.

123 *Ibidem*. D P 309.

De esta manera es que la sociedad ha tomado conciencia de la crisis de la justicia, lo cual la ha llevado a instrumentar medios alternos para alcanzarla en forma rápida y sin el temor de la existencia de corrupción.

Las principales formas alternas de resolver conflictos son la mediación, el arbitraje, la conciliación, la transacción y la amigable composición. A continuación se analiza cada una de estas figuras centrándose la atención en la mediación y en el arbitraje.

1.1. LA MEDIACIÓN

Los autores Rodolfo Cruz Miramontes y Oscar Cruz Barney analizan a la mediación desde dos puntos de vista, tanto como un medio pacífico de solución de controversias entre sujetos de derecho internacional público, y como un medio privado de solución de conflictos.¹²⁴

Méndez Silva al hablar de la mediación desde el punto de vista de derecho internacional la define como “(...) Uno de los medios tradicionales de solución pacífica de las controversias que se caracteriza por la participación de un tercer estado en un conflicto que involucra a otros estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo.”¹²⁵ Posteriormente se hará referencia a la mediación en forma más específica ya que esta figura representa uno de los temas importantes de este trabajo.

124 Cruz Miramontes, Rodolfo y Oscar, Cruz Barney. *El Arbitraje*. D. F., México. Porrúa. 2004. Pág. 19.

125 Méndez Silva, Ricardo. *Mediación Internacional*. Diccionario Jurídico Mexicano. México. Porrúa-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994 t. L-0.

1.2. EL ARBITRAJE

De acuerdo con Ramón García Gómez es un “(...) Método paradigmático de hetero composición de intereses privados; es decir, un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos.”¹²⁶

Esta forma de resolver conflictos en forma alterna al poder jurisdiccional, ha sido la más frecuentemente utilizada ya que aparece tanto en Grecia como en Mesopotamia 3000 años A. C., y es citada en los textos romanos como en la *Lex Aebutia*, en el Código de Justiniano, y en la Ley de las XII Tablas.

Al respecto Ma. Silvia Velarde Aramayo y Rafael Sastre Ibarreche señalan: “En este contexto, el arbitraje ha sido posiblemente la vía más utilizada a la hora de esquivar un proceso, y por ello no puede sorprender que algunos autores como Motulsky distinguan entre -justicia estática- y -justicia arbitral-; entendiendo a esta última como aquella que se administra de forma diferente y que responde a un esquema mixto por ser convencional en su origen pero jurisdiccional en su función.”¹²⁷

1.3. LA CONCILIACIÓN

No cabe duda que tanto el arbitraje como la conciliación frecuentemente se confunden, pues el resultado que conllevan ambas es el mismo; esto es, resolver un conflicto; sin embargo existe una diferencia sutil entre ambas lo cual es aclarado por Carnelutti: “La nota diferencial, frágil y valiosa, entre las dos formas de actividad se refiere, por el contrario, a la finalidad, puesto que la mediación persigue una

¹²⁶ García Gómez, Ramón. *El sistema Arbitral de Consumo y su Repercusión Práctica*. Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación. Salamanca, España. Edit. Ratio Legis. 2006. Pág. 209.

¹²⁷ Velarde Aramayo, Ma. Silvia y Sastre Ibarreche, Rafael. *Mecanismos de heterocomposición de Conflictos. Del Arbitraje a los –ADR- Introducción al Derecho del arbitraje y la Mediación*. Salamanca, España. Ratio Legis. 2006 Pág. 11.

composición contractual cualquiera, sin preocuparse por su justicia, mientras que la conciliación aspira a la composición justa.”¹²⁸

Rodolfo Cruz Miramontes y Oscar Cruz Barney indican que existen autores como Medina Mora que consideran a la mediación y a la conciliación como sinónimos, si bien matizando el sentido de que la mediación indica la actividad del tercero que actúa como mediador y la conciliación el contenido y propósito de su actividad.¹²⁹

Autores como Julián Carlos Ríos Martín, Esther Pascual Rodríguez y Alfonso Bibiano Guillén que identifican a la mediación como un elemento indispensable de la conciliación lo cual se puede constatar de la siguiente definición que aportan:

“La mediación para la conciliación en el proceso penal es una actividad en la que una parte neutral, independiente e imparcial ayuda a dos o más personas implicadas en una infracción penal en calidad de víctimas e infractor a comprender el origen de las diferencias que les separa, a conocer las causas reales de la infracción y las consecuencias del mismo, a confrontar sus puntos de vista y a encontrar soluciones sobre la forma de reparación, tanto de una manera simbólica como material”.¹³⁰

1.4. LA TRANSACCIÓN

La transacción representa la culminación y formalización de lo acordado por las partes como resultado de la conciliación, la mediación y cualquier otro medio de solución alternativa de conflictos.¹³¹

128 Carnelutti, Francesco. Ob. Cit. Pág. 28.

129 Cruz Miramontes, Rodolfo y Oscar; Cruz Barney. *El Arbitraje*. Ob. Cit. Pág. 21.

130 Ríos Martín, Juan Carlos. Esther, Pascual Rodríguez, y Alfonso Bibiano Guille. *La Mediación Penal y Penitenciaria*. Madrid, España. Editorial Colex. 2006. Pág. 42.

131 Cruz Miramontes, Rodolfo y Oscar Cruz Barney. Ob. Cit. Pág. 24.

Al respecto Armienta Calderón en su obra *Teoría General del Proceso* señala: “Aunque la autocomposición tiene también como expresiones el desistimiento y el allanamiento de las partes, la figura de mayor trascendencia en el proceso contemporáneo es la transacción por avenencia o convenio conciliatorio. Solución transaccional que si comúnmente se observa como fenómeno intra procesal antes de que se dicte sentencia, puede presentarse también con posterioridad, cuando afecte a la ejecución de lo juzgado”.¹³²

La transacción se encuentra definida en el artículo 2994 del Código Civil Federal el cual señala que es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.

La amigable composición es una manera de solucionar conflictos mediante un amigo mutuo sin sujetarse a normas establecidas, tomando en consideración sólo la equidad y la buena fe.

Rodolfo Cruz Miramontes y Oscar Cruz Barney señalan como características de la amigable composición “(...) El deferir a individuos ‘que no necesariamente han de ostentar calidades profesionales o técnicas especiales’, pero de conducta intachable, honestidad y honorabilidad probada, la decisión de un conflicto. En la decisión de un conflicto podrá actuar el amigable componedor con la libertad más amplia en el marco de la equidad y la justicia.”¹³³

132 Armienta Calderón, Gonzalo M. *Teoría General del Proceso*. Porrúa. D. F., México. 2003. Pág. 98.

133 Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar. Ob. Cit. Pág. 26.

1.5. EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN COMO PRINCIPALES FORMAS ALTERNAS DE HACER JUSTICIA

Como ya se señaló en líneas anteriores este capítulo se centrará en el análisis del arbitraje y de la mediación, ya que actualmente constituyen las principales formas alternas de solución de conflictos.

a). ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MEDIACIÓN Y DEL ARBITRAJE

Es dentro del digesto cuando aparece formalmente establecida la figura del arbitraje pues en la antigüedad los conflictos se resolvían mediante la figura de la venganza.

En el título VIII Del Libro IV del digesto encontramos como tema “*De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*”; al respecto José F. Merino Merchan y José M. Chillón Medina comentan que Cicerón remarcaba las grandes ventajas del arbitraje para escapar de la dura ley y resolver el problema por la figura romana “*quantum aequius et melius sit.*”¹³⁴

Así pues, fuera del procedimiento jurisdiccional ordinario, se podría resolver los conflictos mediante resolución de un tercero elegido por las partes. Los autores citados al analizar esta figura en el Derecho Romano hacen un análisis del procedimiento: “En efecto se desdobra el arbitraje en el Derecho Romano en dos convenios o pactos pretorios, protegidos por acción: a) El *cum-promiso facto*, en virtud del cual dos contendientes acuerdan encomendar la resolución de un litigio, no al fallo de la autoridad pública competente, sino a la decisión de una tercera persona (*arbitrier*). Pero lo relevante del pacto compromisorio romano se encuentra en la cláusula penal

22

134 Merino Merchán, José F. y José M. Chillón Medina. Ob. Cit. Pág. 111.

adherida al compromiso, para el caso que una de las partes no cumpliera lo ordenado por el árbitro (pena pecuniaria), lo que otorgaba al laudo arbitral eficacia jurídica directa.

b) El segundo convenio que integra el arbitraje es el *receptum arbitrio*, en virtud del cual el árbitro se viene a obligar respecto a las partes que lo han designado”.¹³⁵

De acuerdo con Juan Iglesias, en el Derecho Romano el arbitraje se definía como un contrato por virtud del cual las partes acuerdan someter la cuestión controvertida a la decisión de un particular o *arbitrier*, que ellas mismas designan.¹³⁶

Se puede considerar que el arbitraje en el Derecho Romano se regía por los principios de oralidad y de inmediación.

Juan Iglesias señala que “En el Derecho Romano era posible un proceso arbitral exclusivamente fundado en el acuerdo de voluntades de la partes sin la intervención de un magistrado y que éste se llevaba a cabo en base a una *compromissum* entre las partes y un *receptum arbitrio* por parte del arbitro. Señala este autor que el edito pretorio agrupa bajo la figura de recepta lo que se le denomina el *receptum arbitrio*, por el cual una persona elegida como *arbiter*, en virtud del *compromisum*, se obliga a dictar un fallo o laudo sobre la cuestión controvertida. Una vez aceptado el arbitraje, el *arbitex ex compromisso* debe dirimir la controversia.”¹³⁷

A fines del siglo IV surgió la *episcopalis* audiencia por la cual las controversias se resolvían mediante el arbitraje de los obispos cuyos laudos se ejecutaban ante los

135 Ibídem. Pág. 112.

136 Iglesias, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Barcelona, España. Editorial Ariel. 1992. Pág. 193.

137 Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Ob. Cit. Pág. 426.

tribunales oficiales y se limitaban a asuntos de religión y en donde intervenían clérigos.¹³⁸

Las Instituciones de Derecho Civil de Castilla ya definían el arbitro como "(...) Los jueces avenidores, que son escogidos y puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellos. Éstos son de dos maneras: unos nombrados por las partes para que juzguen según derecho, y otros puestos por ellas como amigos para componer el asunto que se les fía."¹³⁹

Por lo que hace a Las Partidas, éstas en las leyes 23 a la 35 del título IV de la Partida III así como las leyes 106 y 107 Partida III, Título 18 puntualizan con más precisión la figura del arbitraje mencionando que existían los avenidores que decidían el derecho y los arbitradores que eran los amigables componedores.

El compromiso arbitral debía de señalar los nombres de las partes, los nombres de los árbitros; pleito o asunto que deberá resolver, la promesa de acatar el laudo, otorgamiento de poder al árbitro para juzgar, pena convencional para la parte que no cumpla y la renuncia a la ley.¹⁴⁰

En la Edad Media tiene una particular importancia el arbitraje ya que la burguesía encargada de las transacciones comerciales requería que la solución de los problemas fuera ágil pues la justicia del Rey era demasiado lenta.

138 D Ors Álvaro. *Derecho Privado romano*. 7ª edición. Editorial Eunsa. Pamplona, España 1990. Pág. 171.

139 Jordán de Assó y del Río, Ignacio y Manuel y Rodríguez, Miguel. *Instituciones de Derecho Civil de Castilla Madrid*. Imprenta de Francisco Xavier García 1771. P. CCLXVI.

140 Siete Partidas. Ley CVI. TIT. XVIII, Título. Partida III.

Posteriormente en el Fuero Juzgo se recoge la figura del árbitro considerándolo, de acuerdo con Merino Marchán y Chillón Medina una especie de juez.¹⁴¹

Por lo que se refiere a la Constitución de Cádiz de 1812 se establecía en su artículo 280 que ningún español podía ser privado del derecho a resolver sus diferencias mediante el arbitraje y la posibilidad de impugnar el laudo siempre que las partes no hubieran renunciado a ese derecho.¹⁴²

En la historia reciente de la normatividad española se expidió la Ley de Arbitraje el 22 de diciembre de 1953, la cual sólo se aplica a arbitrajes de derecho privado; dicha ley se mantiene sin modificaciones hasta el 5 de diciembre de 1988, año en el que promulga una nueva Ley de Arbitraje; pero es hasta el año 2003 con la Ley de Arbitraje 60/2003 cuando se regula en España en forma unitaria el arbitraje interno y el arbitraje internacional.

En cuanto a la figura de la mediación, desde las 12 tablas se contempló esta figura, haciendo referencia a la obligatoriedad de lo que convinieran las partes dentro del juicio.

En relación con los antecedentes de la mediación, Junco Vargas menciona la sentencia de casación del 15 de diciembre de 1948 del Tribunal Supremo del Trabajo de Colombia dentro de la cual se efectúa un estudio pormenorizado de las referencias de la mediación:

“También en España, en una Instrucción dirigida a los corregidores el 15 de mayo de 1788, se les había ordenado que evitaran, en cuanto de ellos dependiera y les fuera

141 *Ibidem*. P. 113.

142 Constitución de Cádiz. 1812.

posible los pleitos procurando la avenencia entre las partes a objeto de que se compusieran amistosa y voluntariamente, para lo cual deberían de hacer uso aquellos funcionarios de la persecución, y no dando por terminado su intento sino hasta después de emplear todos los medios persuasivos, cuando encontrasen completamente irreconciliables y muy enconados los ánimos de los litigantes, de suerte que fuese necesario llegar a la vía judicial para que el juez o tribunal resolviesen.”¹⁴³

“Asimismo la ley del 3 de junio de 1821 de dicho país, prevenía a los alcaldes que debían presidir los juicios llamados de conciliación, trámite indispensable para poder iniciar un juicio, imponiéndose como obligatorio, con cuyo carácter pasó a la Ley del Enjuiciamiento Civil de 1855, si bien ésta dejó de ser juicio y correspondió a los jueces de paz.”¹⁴⁴

“En esa ley de enjuiciamiento fue regulada de modo que se le impone como obligatoria a la partes antes del comienzo de un pleito, y el Juez municipal y los hombres buenos que pueden intervenir en la conciliación tienen como deber aproximar a las partes contendientes”. ¹⁴⁵

En la sentencia a la que se está haciendo referencia se cita al Derecho Canónico como un antecedente muy importante de la mediación:

“Así tenemos que el Derecho Canónico, tanto el anterior (Códex de 1917) como el nuevo (Códex de 1983), ha regulado el fenómeno de la conciliación como el deber cristiano que tienen tanto las autoridades o jueces, como los particulares, para evitar los

143 Junco Vargas, José Roberto. *La conciliación*. Ed. Temis, S. A.

144 *Ibidem*. P. 6.

145 *Ibidem*. P. 6.

litigios. El canon 1446, en sus numerales 2 y 3, recoge toda una filosofía antigua que venía practicándose, salida de pasajes bíblicos, como Mateo 18, versículos 15-16, donde se ordena la procuración de un arreglo amistoso tendiente a evitar la *lite*, o si ésta ya existía, darla por terminada.”¹⁴⁶

“Tenemos que desde los siglos VII al XIII la tendencia en el Derecho Canónico que regulaba los procedimientos eclesiásticos, propendía la actitud de procurar la reconciliación de las partes, antes de una sentencia judicial; que el “consentimiento” fuera renovado, pero de todas maneras la conciliación en esa materia era facultativa, sin que existiera, como en legislaciones de Estado, la imposición de la figura presupuesto procesal pre ordenante a una determinada decisión procedimental”.¹⁴⁷

b). EL ARBITRAJE

1). CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE

Con el objeto de entender con mayor claridad a esta figura jurídica se cita a Cruz Montes Rodolfo y Oscar Cruz Barney los cuales hacen un listado de las características del arbitraje:

- a) Es una forma de resolver conflictos sin acudir al poder jurisdiccional; por ende, es un medio alternativo hetero compositivo.
- b) Su fuente de origen y de regulación está en la voluntad de las partes interesadas.
- c) Los laudos son obligatorios.
- d) Tienden a ser más ágil y dúctil; por ende, menos formal.

146 *Ibidem*. Págs. 8 y 9.

147 *Ibidem*. Pág. 9.

e) En cierta forma ayuda y coopera con la función pública de impartir justicia al resolver las controversias.

f) Carece de imperio, pero el poder público se encarga de ejecutar los laudos en los casos de rebeldía, previo reconocimiento legal de los mismos.”¹⁴⁸

Si bien es cierto que las características anteriormente citadas son las principales que sin duda identifican al arbitraje como una figura de auto tutela, se debe destacar que la más importante de las mencionadas es que constituye un medio de resolver conflictos sin acudir al órgano jurisdiccional careciendo de imperio pero que sin embargo una vez que el órgano jurisdiccional se encarga de ejecutar los laudos éstos se vuelven obligatorios.

2). Diversas clases de arbitraje

Básicamente existen dos clases de arbitraje que se pueden resumir en:

a) Arbitraje de equidad y b) Arbitraje de derecho.

Por lo que se refiere al arbitraje de equidad éste normalmente va ligado al cumplimiento de la ley; sin embargo en algunos casos se puede desligar siempre que no lesione el interés público. Pero en países como Inglaterra en donde el arbitraje siempre tendrá que respetar la normatividad jurídica, y además este tipo de arbitraje, estará controlado por los órganos jurisdiccionales que es cuando se está frente al arbitraje de derecho.

3). Requisitos indispensables para ser árbitro.

Diversos autores coinciden que son requisitos indispensables para ser árbitro los

22 siguientes:

¹⁴⁸ Cruz Miramontes Rodolfo y Oscar Cruz Barney. Ob. Cit. Pág. 32.

- A) Honorabilidad del árbitro.
- B) Capacidad jurídica.
- C) Independencia.
- D) Irrevocabilidad del árbitro.
- E) Imparcialidad.

Sin duda el requisito más importante para ser árbitro es que la persona que desempeñe esta función sea honesta ya que si las partes escogieron esta figura jurídica para resolver sus conflictos fue por la confianza que le tiene al árbitro y en contraposición por la desconfianza que en muchas ocasiones se ha ganado el poder judicial.

Aunado a la honorabilidad se encuentra la imparcialidad por lo que deben de estar íntimamente vinculados estos dos requisitos.

4). Principios procesales del arbitraje

El arbitraje como todo procedimiento, independientemente que no sea un procedimiento jurisdiccional, sino un medio hetero compositivo de arreglar un conflicto cuenta con principios, los cuales se pueden identificar de la siguiente manera:

- a) Impulso del árbitro en caso de que las partes no hagan promociones.
- b) Sistema dispositivo, dándole un papel determinante a los intereses de las partes.
- c) Contradicción, que significa un infractor de equilibrio entre las partes.
- d) Inmediación, esto es una intervención directa del árbitro

e) Preclusividad, ya que las fases del procedimiento, como lo son los alegatos, las pruebas y el laudo deben de cumplir con los términos que las propias partes establezcan.

Por su parte Rodolfo Cruz Miramontes y Oscar Cruz Barney establecen como principios procesales del arbitraje:

1. “El principio auditor *et altera pars*, que se refiere a que no puede dictarse un laudo sobre una *litis* planteada.

2. El principio de contradicción, que permite que las pruebas ofrecidas por las partes sean conocidas y comentadas por la contraria.

3. El principio de congruencia, que exige que las pretensiones que se resuelvan en el laudo sean las mismas que fueron planteadas y debatidas durante el procedimiento arbitral. Por este principio, un laudo no puede resolver en torno a pretensiones diversas a las planteadas por las partes, so pena de caer en la *extra petita*, en la *ultra petita* o en la *minus o infra petita*. Alguno de los sistemas regulatorios del arbitraje ya mencionados provienen, para evitar esta situación, que los árbitros preparen antes de iniciar la instrucción de la causa lo que se conoce como acta de misión, con base en los documentos y alegatos de las partes que contenga tanto datos de identificación de las partes, esto es, su nombre, domicilio para recibir notificaciones así como de los árbitros; la sede y cuales son las pretensiones de las partes y los puntos litigiosos a resolver así como las reglas de procedimiento a seguir.

4. El de exhaustividad, que obliga a que se resuelvan todas las pretensiones planteadas.

5. El de fundamentación y motivación si se trata de laudos dictados en arbitrajes apegados a derechos, pues en los *ex aequo et bono* no se requiere la motivación.

6. Principio de libertad formal, ya que el procedimiento arbitral se caracteriza por su flexibilidad y sencillez, derivadas de la autonomía de la libertad de las partes, respetando desde luego los principios de audiencia, contradicción e igualdad".¹⁴⁹

5). Características del procedimiento arbitral

Independientemente de que las partes jueguen un papel determinante dentro del procedimiento arbitral, deberá observar garantías mínimas las cuales se pueden resumir en:

- a) Garantía de igualdad.
- b) Garantía de Audiencia.
- c) Contradicción.

En el procedimiento arbitral se requiere forzosamente que exista igualdad entre las partes ya que de otra manera no se podría llevar a cabo pues resultaría ilógico pensar que las partes estuvieran de acuerdo en llevar a cabo este procedimiento a sabiendas que alguna de las partes tendrá un trato preferencial, lo que en muchas ocasiones sí ocurre en los procedimientos jurisdiccionales sobre todo cuando alguno de los participantes es el estado, como por ejemplo en los juicios de naturaleza administrativa.

De la misma manera en todo procedimiento arbitral las partes deben de tener oportunidad de aportar las pruebas y de presentar sus alegatos ante el árbitro pues si no fuera así sus resoluciones no podrían ser justas.

22

¹⁴⁹ *Ibidem*. Págs. 56 y 57.

El periodo probatorio dentro del procedimiento arbitral es básico ya que es la única manera de que el árbitro resulta conforme a justicia o a derecho si así lo decidieron las partes.

Por lo que se refiere a la solución del conflicto conforme a derecho, ésta no puede ser una característica del arbitraje, ya que las partes pueden decidir si el árbitro resuelve conforme a derecho o conforme a justicia.

6). Etapas del procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral no debe de tener más de tres etapas:

- a) Alegatos.
- b) Pruebas.
- c) Laudo.

Los alegatos es la etapa en donde verbal o por escrito las partes expresan las razones por las cuales tratan de acreditar que tienen la razón y que el laudo les tiene que favorecer; como ya se mencionó éstos pueden ser verbales o escritos de acuerdo con lo convenido previamente, por lo que resulta muy importante que antes de dar inicio al procedimiento se acuerde entre las partes la forma de presentación de los alegatos.

Dentro del procedimiento arbitral se deben admitir todo tipo de pruebas que no atenten contra la moral, por lo que resultaría fuera de la naturaleza de este procedimiento que se rechazara alguna prueba, y si bien es cierto que se requiere un período probatorio para la presentación de las pruebas dicho período debe de abarcar hasta que se dicte resolución.

22 La finalidad del procedimiento arbitral es que se resuelva el conflicto ya sea de acuerdo a derecho o de acuerdo a justicia por lo que variablemente debe de dictarse

resolución, y es por este motivo que dentro de este procedimiento no se puede contemplar la figura del sobreseimiento o de la improcedencia y solamente se estará en el supuesto de que no se dicte laudo si las partes lo convienen antes de que se dicte resolución.

7). Elementos de los laudos

La mayoría de los autores que tratan este tipo de procedimientos están de acuerdo en la existencia de los siguientes elementos:

1. Ser por escrito, respetando en su caso el idioma oficial acordado.
2. Se harán constar los nombres de las partes, los de sus representantes legales y el domicilio de los mismos.
3. El lugar sede del arbitraje y la fecha de la emisión del laudo.
4. Los nombres de los árbitros.
5. Una relación de los hechos y de los datos de su presentación en la audiencia y sobre todo de la presencia de las partes para que no haya duda que tuvieron oportunidad de defenderse.
6. La referencia al acuerdo, cláusula o compromiso arbitral.
7. La fijación de la *litis* a través del acta de misión.
8. Las leyes aplicables al fondo y al procedimiento.
9. Una relación detallada de cada una de las pretensiones, de las defensas y de la reconvenición, ampliación de la demanda y de cualquier otro punto similar.
10. Una relación de los incidentes y de su resolución si se hubieren presentado.
11. Una relación de las pruebas desahogadas y de su valoración.
12. Una argumentación de los hechos que se pretenden acreditar.

13. Una motivación suficiente y fundamentación legal; salvo que se trate de un arbitraje que no sea apegado a derecho.

14. Los puntos resolutivos.

15. La condena de costas conforme a lo convenido o, en su caso, acorde con la ley aplicable.

16. La firma de los árbitros y de los votos en contrario, si fuere el caso.¹⁵⁰

8). El convenio arbitral.

Una vez que las partes llegaron a un acuerdo ya sea ante el órgano persecutorio en el caso de un arbitraje en materia penal, ante el jurisdiccional, o en forma independiente el convenio arbitral surtirá tanto efectos positivos como negativos.

El principal efecto positivo del convenio arbitral es la obligación de las partes a cumplir lo estipulado.

Un efecto negativo es sustraer a los órganos jurisdiccionales el dictar resolución.

De conformidad con José F. Merino Marchán y a José M. Chillón Medina, al convenio de arbitraje le son aplicables los siguientes principios: a) La autonomía de la voluntad, ya que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la leyes, a la moral ni al orden público; b) La reciprocidad de los contratos, por la que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; c) La relatividad de los contratos. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley; d)

22

¹⁵⁰ Ibidem. Págs. 48 y 49.

La buena fe, por la que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley; e) el pacto incompleto, por el que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal; f) El juramento ineficaz. No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciera se tendrá por no puesto”.¹⁵¹

9). Nulidad del convenio arbitral

En términos generales el convenio arbitral puede declararse nulo por diversas razones; sin embargo como lo analizaremos en materia penal, una vez que el convenio es sancionado por el fiscal o por el órgano jurisdiccional, éste constituye cosa juzgada y como consecuencia no procede su anulación.

Las causas de nulidad de un convenio arbitral que no sea de naturaleza penal son:

- a) Ausencia de árbitro; esto es cuando alguna de las partes no lo ha designado.
- b) Cuando alguna de las partes no tiene facultades para suscribir el convenio.
- c) Convenio carente de forma.

10). La electrónica en materia arbitral

De conformidad con el desarrollo de la electrónica en nuestro mundo globalizado, se han venido instrumentando convenios arbitrales por esta vía; es decir, mediante dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, mediante los cuales se pueden someter a solución múltiples cuestiones litigiosas.

¹⁵¹ Merino Merchán, José F. y José M. Chillón Medina. Ob. Cit. Págs. 449 y 450.

En términos generales este tipo de convenios arbitrales se celebran en transacciones de naturaleza comercial; sin embargo resulta posible que en materia de responsabilidad penal, sobre todo en delitos de naturaleza patrimonial, se puedan someter las partes involucradas, esto es el responsable y la víctima a convenios de esta naturaleza; lo anterior siempre y cuando el referido convenio se pueda materializar.

Al respecto José F. Merino Merchan y José María Chillón Medina señalan que el éxito o fracaso del arbitraje electrónico dependerá en gran medida de los elementos de prueba que demuestren su existencia y la aceptación del pacto de las partes.¹⁵²

Resulta evidente que la aceptación del arbitraje mediante medios electrónicos requiere la aceptación de la firma digital, la cual como es sabido ya en materia hacendaria en México se ha venido reglamentando en forma más puntual.

En síntesis, las ventajas que reporta el sistema están condensadas en los puntos siguientes: a) Es amistosa para las partes y utiliza un lenguaje sencillo; b) Es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo tal que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas; c) Mantiene relaciones en lugar de destruirlas; d) Permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, al menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte. e) Produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas del juego.

El mediador juntamente con las partes trabajan para generar todas las opciones posibles para solucionar el conflicto buscando arreglos; f) Las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la

152 *Ibidem*. Pág. 432.

mediación; g) Comparativamente con el proceso judicial, es reducida en sus costos; h) De igual manera, es reducida en el tiempo.¹⁵³

c). EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Queda claro que el papel del mediador consiste en acercar a las partes, y no en resolver el conflicto cual si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable.

El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y los resuelvan por sí mismos¹⁵⁴.

El informalismo circundante determina que sólo se tengan en cuenta algunos pocos principios de organización y administración, sin que ninguno de ellos importe constituir un procedimiento determinado.

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador.

Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el papel del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de ellas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan.¹⁵⁵

La informalidad es otra particularidad, sin perjuicio de algunas modalidades pactadas de común acuerdo (vgr. plazos y términos, patrocinio letrado, etc.).

153 Conclusiones tomadas de Zulema Wilde y Luis m. Gaibrois, *Qué es la mediación*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1994. Págs. 31-32.

154 Así lo indica el decreto 1480/92, que implementa la mediación en Argentina.

155 Art. 2, inc. h decreto 1480/92

La confidencialidad estricta tiene muchas finalidades. Persigue en algún caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica sin que ella rebase los límites que los mismos interesados disponen. De esta forma, el mediador colabora únicamente porque son los contendores quienes dominan el centro de gravedad del conflicto.

El secreto de las actuaciones responde en aras de no entorpecer la independencia judicial.

Ha dicho la Dra. Gladys Álvarez que la “Confidencialidad es una nota definitoria de la mediación y en nada afecta esta característica al órgano jurisdiccional ni a su investidura. Cuando al juez se le pide la homologación de un acuerdo celebrado por los interesados no es de práctica que se indiquen los motivos por los cuales se arribó al mismo ni en las conversaciones habidas entre las partes. Es un derecho de ellas realizar convenios y si han pactado la confidencialidad ésta debe ser respetada”.¹⁵⁶

Pareciera ser éste uno de los puntos cruciales de la cuestión, pues el secreto de los mediadores fastidia o contrapone la supremacía jurisdiccional; sin embargo, ni una cosa ni la otra; la confidencia o secreto no agrede la investidura judicial, solamente evita que alguna de las partes pretenda obtener pequeñas ventajas tomadas del acercamiento previo.

Al respecto, el Art. 18 del Reglamento proyectado para el Cuerpo de Mediadores dice: “En la primera reunión de mediación, las partes y el mediador suscribirán un acuerdo de confidencialidad. Este convenio impedirá que los dichos vertidos por los que

¹⁵⁶ Su voto en el acuerdo del 14 de octubre de 1993 al considerar la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Federal la solicitud del Poder Ejecutivo Nacional de poner en marcha la implementación dispuesta en el decreto 1480/92.

intervengan en las sesiones trasciendan el marco de la medición y puedan ser utilizados en juicio”.

El deber de confidencialidad se releva cuando el mediador toma conocimiento de la existencia de violencia contra un menor, violación o estado de peligro de él, o de la tentativa o comisión de un delito que dé lugar a acción pública (Art. 19, Reglamento).

La técnica que aplica el mediador descubre las bondades del sistema.

En efecto, en la tarea compositiva corresponderá en primer lugar situarse en la dimensión del conflicto y en la carga de tensión que reportan las partes en sus alegaciones.

Después corresponderá eliminar esa ambivalencia que coloca a los interesados en condición de adversarios, a cuyo fin, será preciso modificar la estructura psíquica y social de la disputa, y adecuar a ello las motivaciones desenvueltas.

En los supuestos en que la comunicación entre las partes resulta difícil por el alto grado de hostilidad, el mediador utiliza la reunión independiente, obteniendo con ello la comunicación necesaria.

“Por otra parte –se agrega-, el mediador debe lograr que cada parte se ponga en la posición de la otra persona. En la mediación se emplea mucho tiempo induciendo a la gente a escuchar los argumentos de la otra parte, por lo que específicamente en esta área deben estar objetivamente asesorados”.¹⁵⁷

Otros autores tomando como ejemplo la metodología desarrollada en algunos centros de mediación de los Estados Unidos, sostienen que el proceso tiene usualmente seis etapas: 1) Contactos iniciales entre el mediador y las partes; 2) Ingreso

157 Wilde-Gaibrois, Ob. Cit. Pág. 56.

del mediador en el conflicto estableciendo las reglas que guiarán el proceso; 3) Obtención de la información relativa a la disputa identificando los temas a ser resueltos, y acordando una agenda; 4) Creación de alternativas de solución; 5) Evaluación de las posibilidades para arribar a un compromiso y su comparación con las alternativas de arreglo que tuvieran las partes; 6) Conclusión de un acuerdo total o parcial sobre la sustancia del conflicto, junto con el establecimiento de un plan para la implementación del acuerdo y para el monitoreo de su cumplimiento.¹⁵⁸.

1). FORMAS DE LA MEDIACIÓN

Es evidente que lo más destacable de la mediación es su metodología para abordar la resolución del conflicto. Por ello, la naturaleza de éste condiciona la apertura del sistema.

Por vía de principio, todos o casi todos los problemas intersubjetivos podrían encontrar respuesta desde la mediación; sin embargo, en la diversidad de medios alternativos para solucionar controversias, este mecanismo pondera posibilidades mejores cuando se dan algunas condiciones específicas.

Para algunos, la mediación resulta recomendable cuando “a) En el litigio la relación entre las partes constituye un elemento importante; b) Las partes quieren conservar el control sobre el resultado y sobre el procedimiento; c) No existe una gran disparidad de poder; d) La causa del conflicto es la mala comunicación; o e) Cuando existen cuestiones técnicas muy complejas”.¹⁵⁹.

158 Lerer. Ob. Cit. Pág. 894.

159 Wilde-Gaibrois. Ob. Cit. Pág. 22.

La pauta está dada, en consecuencia, por el objeto a mediar y por las partes, contingentes que permiten referir a dos grandes campos: 1) La mediación patrimonial; y 2) La mediación familiar.

No obstante existe un sector intermedio que vincula los intereses de las partes con las materias protegidas, como son las acciones derivadas de la vecindad, del usuario de bienes y servicios, del miembro perteneciente a grupos sociales (vgr. empleado de una corporación; alumno universitario; etc.), entre otras posibilidades.

La mediación patrimonial opera sobre el difícil territorio de las relaciones comerciales. Evidentemente habrá situaciones de imposible tramitación, como los casos de concursos (negociación de la junta de acreedores, por ejemplo); dolo o fraude en la relación denunciada; etc., pero quedará en la inteligencia del juez participar al mediador de los asuntos que bajo su tutela puedan remediarse.¹⁶⁰

La mediación familiar aparece como una alternativa procesal para los cónyuges que encuentran, de esta forma, un régimen asistencial que disuade la carga conflictiva que llevan al proceso.

Atendida la cuestión, fácil es colegir que, utilizando el sistema, a las partes les pertenecen las soluciones que alcancen, sin que nadie se las imponga ni los obligue.

160 Algunos proyectos de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pensaron en auspiciar estas facultades del órgano, estableciendo una instancia de conciliación que permitiera al funcionario ofrecer la figura del mediador para solucionar diferencias eventuales. El anteproyecto de los Doctores Morello-Eisner-Arazi y Kaminker, menciona en el art. 312 (actividades previas a la promoción de la demanda) que en la audiencia de conciliación, "*El conciliador deberá instar a las partes a que extingan su diferendo mediante conciliación total o parcial, o lo sometan a las vías de la mediación o al arbitraje (...) El juez, asimismo, podrá disponer la sumisión de la cuestión a mediación por un plazo que no exceda de cuarenta y cinco días (...)*".

La mediación familiar –sostiene Waigmaister- “es la alternativa al litigio, ya que está basada en la activa participación de los involucrados para resolver sus propios problemas y encontrar una solución entre ellos y para ellos¹⁶¹.

Se proyecta también como herramienta de prevención de otro tipo de conflictos familiares, como la violencia doméstica o el abandono de hijos.

Al respecto, Gladys Álvarez sostuvo que era indispensable tener presente que cuando apareciese el componente de violencia en forma potencial o manifiesta, sería necesario efectuar distinciones en el tratamiento aplicado de la mediación, ya que difería el enfoque según fuera violencia entre esposos, hijos, ancianos, incesto, etc. Cada categoría merece una consideración particular y aspectos que han de ser indagados cuidadosamente. “Obviamente, ni todos los casos, ni todos los individuos con problemas familiares, son aptos para la mediación, más aún en los casos de violencia doméstica”.¹⁶².

2). EL PERFIL DEL MEDIADOR

Son enumeradas como necesarias e imprescindibles las capacidades siguientes para ser un buen mediador: a) Confiable; b) Buen oyente; c) Perceptivo; d) Conocedor del conflicto; e) Poseedor de una seria intención de ayudar; f) Hábil para la comunicación; g) Imaginativo; h) Flexible; i) Neutral; j) Imparcial; k) Paciente; l) De buen humor; ll) Persuasivo; m) Sigiloso (respeta la confidencialidad y las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto); n) creativo; o) Capta los intereses distinguiéndolos de

161 Adriana Waigmaister, *Mediación Familiar*, en Enciclopedia de derecho de familia. T. III. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1994. Pág. 27.

162 Gladys Stella Álvarez. *La mediación constituye una herramienta efectiva de prevención en casos de violencia doméstica*. Ponencia a las III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho. Universidad Notarial. 1994.

las posiciones; q) Conciliador; r) Eficaz; s) Conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto.¹⁶³.

De suyo, estas habilidades se logran mediante una probada capacitación que no significa cubrir solamente aspectos psicosociales y jurídicos, al requerirse también el manejo de computadores y experiencia en administración (Art. 10 del Reglamento de Mediación).

La aptitud para negociar, verdadero meollo de la capacidad requerida, comprende temáticas necesarias para emprender la tarea de abordaje y resolución de conflictos.

El entrenamiento del mediador reporta una utilidad adicional, dado que la idoneidad se complementa con la experiencia de años lograda sobre la materia.

3). DEPENDENCIA DEL MEDIADOR

La mediación como instituto válido para resolver conflictos intersubjetivos evitando la intervención de la justicia ordinaria, debe responder a un interrogante previo. ¿Cómo se debe implementar la figura?; y en su caso, ¿Requiere de alguna dependencia?

Las bondades de la mediación fueron ya explicadas; corresponde ahora analizar quién se encarga de llevarla a cabo para retornar al mismo problema que se presenta cuando se analiza si el arbitraje era o no un instituto de naturaleza jurisdiccional.

Se recuerda allí, que ninguno de estos sistemas alternativos podía ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida por ellos un profeso; porque la jurisdicción es

¹⁶³ Aportes tomados del programa *Introducción a la técnicas de mediación y conciliación*, de Zulema Wilde, Luis M. Gaibrois, Ana A. M. de Ceriani Cernadas y Alejandro Noziglia. Jornadas de 12 y 17 de agosto de 1993. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Argentina.

antes que resolución de conflictos, la verdadera garantía que preserva el Estado para la defensa y tutela de los derechos.

En la mediación hay un matiz diferencial trascendente, al no tener la metodología aplicada ningún rigor dogmático ni ser obligatoria o preferente la opinión vertida por el tercero neutral.

Desde esta óptica pareciera innecesario buscarle naturaleza jurídica, porque la mediación ofrece un banco de prueba a la capacidad de negociación y renuncia de partes en conflicto, sin que el espacio donde se cumpla o quien lo cumpla tenga necesaria influencia o sea determinante.

En este aspecto, tal como sucede con el arbitraje y la conciliación, si se pensara que la mediación es jurisdiccional porque resuelve controversias en virtud de un procedimiento libremente acordado, se confundiría el aspecto exterior con las vivencias internas que desenvuelve el sistema.

El mediador no hace justicia, ni crea derecho, ni aplica precedentes jurídicos, ni emite sentencias o resoluciones; solamente aconseja, acerca y colabora al entendimiento entre partes; intercede entre pareceres opuestos, pero con puntos de coincidencia que preliminarmente no se tienen y es función del mediador encontrar.

4). LAS SOLUCIONES HIPOTÉTICAS DE LA MEDIACIÓN

No existe una mediación pura que catalogue los resultados sobre la base del modo como interviene el tercero decisor. Son variadas las resonancias que obtienen según las materias sobre las cuales trabaja y las personas que entrevista.

22 Citamos ya que las soluciones pueden ser totales o parciales, inmediatas o proyectadas en el tiempo; etc., pero también la mediación puede utilizar las demás

formas resolutivas de conflictos, en cuyo caso la formulación final acepta estas posibilidades:

En la mediación ordinaria, el funcionario da una recomendación que puede traducirse en las bases de un acuerdo.

De no conseguir ese término consensuado, puede emitir opinión a título de dictamen que no resulta obligatorio para las partes.

También, los interesados sometidos a dicho dictamen pueden acordar la obligatoriedad de éste.

Una variación del tema se proyecta en la mediación por el ombudsman, que con su forma metodológica investiga problemas singulares de la sociedad, aconsejando a los organismos públicos para que tuerzan o corrijan los desvíos administrativos que provocan la crítica del ciudadano.

Finalmente, se puede mediar con técnicos o expertos neutrales, sobre cuestiones que requieran una capacitación especial.

D). JUSTICIA RESTAURATIVA.

Es posible definir a la Justicia Restaurativa como una respuesta sistemática frente al delito, que enfatiza la sanación de las heridas causadas o reveladas por el mismo en víctimas, delincuentes y comunidades.¹⁶⁴

Se entiende por Justicia Restaurativa como proceso, el dirigido a involucrar, dentro de lo posible a todos los que tengan intereses en una ofensa en particular, e identificar

164 <http://www.justiciarestaurativa.org/intro>

y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.

La justicia Restaurativa¹⁶⁵ tiene sus inicios en la década de los setentas como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes. Esta mecánica se fue desarrollando a través de los años de manera muy extensa hasta que en la década de los noventa se logró incluir a comunidades de apoyo con el objeto de que se estructurara la intervención de familiares y amigos de las víctimas, así como de los delincuentes en procedimientos de colaboración denominados reuniones de restauración y círculos.

Las definiciones de justicia restaurativa varían; algunas enfatizan en los resultados restaurativos; otras acentúan en los procesos, y otras tantas lo hacen en ambas.

La Justicia Restaurativa se puede considerar como una manera alterna de visualizar a la justicia penal ya que ésta se concentra en reparar el daño no siempre desde el punto de vista pecuniario sino moral, que los delitos, en cualquiera de sus modalidades, causan a las personas y a las relaciones sociales. Como consecuencia del delito surge la necesidad de que se restablezca la validez de una regla elemental de respuestas, que generen conciencia de que efectivamente existe un orden aunque esa respuesta no sea necesariamente la pena impuesta por el sistema penal.

Una definición generalmente aceptada de la Justicia Restaurativa es dada por Tony F. Marshall en una descripción publicada por el Ministerio del Interior Británico¹⁶⁶:

¹⁶⁵ Neuman, Elías, *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. Porrúa. D. F., México. 2005. Pág. 43.

¹⁶⁶ García, Sergio., *En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa*. Revista Iter Criminis. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2008.

“Es un proceso a través del cual todas las partes, que tienen que ver en un delito en particular se reúnen para resolver de manera colectiva el cómo tratar las consecuencias del delito y lo que implica para el futuro. No es ninguna práctica particular, sino un sistema de principios que pueden orientar la práctica general de cualquier agencia o grupo en lo referente a crimen.”

Los programas de Justicia Restaurativa tienen como meta principal habilitar a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que todos ellos administrados con el Estado, tengan la oportunidad y se encuentren directamente involucrados en dar una respuesta frente a las diversas conductas delictuosas. Por lo mismo, los distintos esquemas bajo los cuales se puede presentar la Justicia Restaurativa, cuentan con elementos propios que son característicos y sobre todo necesarios para que se produzcan los efectos deseados.

¿Qué es la Justicia Restaurativa?

La justicia restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia repare esos daños, y que a las partes se les permita participar en ese proceso. Los programas de justicia restaurativa, por consiguiente habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al crimen. Ellos llegan a ser el centro del proceso de justicia penal, con profesionales del Gobierno y del Derecho que sirven como facilitadores de un sistema que apunta a la responsabilidad del infractor, la reparación a la víctima, y la total participación de ésta, el infractor y la comunidad.

El proceso restaurador debe involucrar a todas las partes, frecuentemente en careos; es una forma poderosa de afrontar no solo los daños materiales y físicos causados por el crimen, sino además los daños sociales, psicológicos y relacionales.

Cuando una parte no es capaz, o no desea participar en tales careos, pueden efectuarse otros acercamientos para alcanzar el resultado restaurativo de reparar el daño. Respecto a la rendición de cuentas por parte del perpetrador, estos acercamientos pueden incluir reparación del daño, trabajo comunal y sentencias restaurativas. En cuanto a la reintegración de la víctima y el ofensor, éstos pueden incluir apoyo y asistencia material, emocional y espiritual.

Una definición de justicia restaurativa que enfatiza en la importancia de ambos procesos restaurativos y resultados, es la siguiente:

Justicia restaurativa es una teoría de justicia que enfatiza en la reparación del daño causado o presentado por una conducta delictiva. Se alcanza mejor a través de procesos cooperativos que incluyen a todos los interesados.

La justicia restaurativa es diferente de la justicia penal contemporánea en muchas maneras. Primero, ve los actos criminales en forma más amplia, en vez de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes; reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aun a ellos mismos. Segundo, involucra más partes en repuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al gobierno y al infractor incluye también víctimas y comunidades.¹⁶⁷ Finalmente mide en forma diferente el éxito; en vez de medir cuánto castigo fue infringido, mide cuánto daño es reparado o prevenido.

167 Eiras, Ulf. *Mediación penal de la práctica a la teoría*. Editorial Histórica. Buenos Aires, Argentina. 2005. Pág. 33.

¿Qué es la justicia restaurativa?

- La justicia restaurativa es un modo de pensar diferente sobre el delito y la respuesta a sus consecuencias.

¿Que busca la justicia restaurativa?

- Busca la reintegración de la víctima y del delinciente a la comunidad.

¿Cuáles son los efectos?

- Reduce las posibilidades de un daño futuro a partir de la prevención.

¿Qué se requiere para poder alcanzar la justicia restaurativa?

- Necesita del esfuerzo cooperativo y conjunto tanto de la comunidad como del estado.

La Justicia Restaurativa convoca a la víctima, al delinciente y a la comunidad en una búsqueda de soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y en algunos casos hasta el perdón, debido a que entiende el delito como generador de una herida en las personas y como un quiebre en las relaciones en donde se hace necesario de subsanar.

Los delitos dañan a las personas y en general a las relaciones que crean el tejido social, por lo que la justicia restaurativa exige que el daño se repare tanto como sea posible. La capacidad de la Justicia Restaurativa de observar, analizar, tratar y encontrar la reparación de las necesidades emocionales y relacionales, así como de comprometer a los ciudadanos en este proceso es un elemento clave para lograr mantener una sociedad sana, capaz de encontrar un balance que produzca tranquilidad entre su población y sobre todo bienestar colectivo.

Marck Carey, Director de Sanciones en la Comunidad para el Condado de Dakota, Minnesota, EEUU, define la Justicia Restaurativa como “Un marco filosófico para responder al delito, que se centra en el daño causado y las acciones requeridas para remendar este daño. El delito es un daño contra otro individuo o la comunidad, en vez del Estado”.¹⁶⁸ Cuando se define a la comunidad o víctima como receptor del daño causado por el ofensor, también se convierte en el mejor grupo para describir tanto el perjuicio causado como las necesidades de reparación. Y si bien la responsabilidad de reparación se asigna al ofensor, la comunidad aporta apoyo.

La Justicia Restaurativa es un modelo que apunta hacia el futuro enfatizando la resolución de problemas, en lugar del “castigo retributivo”.

Las metas que persigue la Justicia Restaurativa:

1. Un papel más extenso para las víctimas.
2. Amplia participación de la comunidad.
3. Responsabilidad y reparación por parte del ofensor.

Se supone como consecuencia de su aplicación un control más eficiente del delito y una reducción en el uso de las instituciones penales.

Las medidas restaurativas se centran en la reparación del daño y la reconstrucción de las relaciones personales, como contrapartida del castigo, la expulsión, la vergüenza y la venganza.

No está en juego el grado de severidad de las medidas a adoptarse respecto del delito, sino su oportunidad. Los ofensores deben enfrentar las consecuencias de sus acciones con toda la profundidad que cada situación requiera; frecuentemente de cara a

168 <http://www.kennedy.edu.ar/mediacion/justiciarestau.pdf>

cara con la víctima y en la reparación de la ofensa provocada. Se trata en la medición de los resultados, cuánto pudo reparar del daño ocasionado, no de cuánto castigo le fue infligido. En vez de ir a la cárcel, el ofensor encontraría frente a sí a quién sufrió su ofensa en una sesión de mediación pudiendo participar voluntariamente de programas educacionales; podría sentarse con miembros de la comunidad, la familia y profesionales de la justicia penal mientras que su sentencia es discutida y acordada, trabajando luego en la comunidad proporcionando un servicio necesitado por la gente y como modo de compensación.

Lineamientos de los procesos.

Los procesos que se deben de llevar a cabo dentro de las Reuniones restaurativas son los siguientes¹⁶⁹:

Encuentro de las partes. La justicia restaurativa frecuentemente utiliza el modelo de encuentro cara-a-cara en el que participan la(s) víctima(s), ofensor(es) y la comunidad afectada. Durante dichos encuentros, cada persona tiene la oportunidad de hacer preguntas, hacer narración del daño sufrido desde su perspectiva y expresar sus emociones. El propósito de estas reuniones es que las partes involucradas desarrollen una comprensión del daño ocasionado; que otras partes deben estar involucradas y cuáles son los pasos necesarios para reparar el daño hecho.

Participación. La justicia restaurativa hace hincapié en la participación directa de las partes (víctimas y ofensores); de quienes están involucrados indirectamente; de las así denominadas “víctimas secundarias” (familiares y amigos); de los integrantes de la comunidad (maestros, trabajadores sociales) y de las comunidades religiosas y

22

169 http://www.proderecho.com/up_docs/La%20Justicia%20Restaurativa%20NF.pdf

judiciales (policías y abogados), reconociendo igual dignidad a cada uno. La meta es crear una comunidad de reconciliación y relaciones equilibradas.

Reparación. La justicia restaurativa hace hincapié en la rendición de cuentas y responsabilidad de las /los ofensores y la importancia de la restitución / reparación para las víctimas. La reparación puede ser financiera, o proporcionando servicios en especie, regresando o reemplazando la propiedad, o de cualquier otra forma solicitada por la víctima y acordada entre las partes en el curso de un encuentro. Es más frecuente que la víctima no solicite ninguna reparación material de parte del ofensor y le satisfagan acciones simbólicas, como admisión de la culpabilidad y pedir perdón y la disculpa por parte del infractor incluso en delitos graves; aunque el proceso de recuperación del trauma generalmente toma mucho tiempo.

Reintegración. Tanto la víctima como el/la ofensor(a) necesitan reintegrarse a la comunidad. Los ofensores necesitan reintegrarse en una comunidad ante la cual enfrentan la vergüenza de ser culpables. Las víctimas también necesitan (re)integrarse a la comunidad ya que a veces enfrentan la estigmatización de parte de familiares, amigos y de la opinión pública que generalmente culpa a la víctima por lo sucedido. Muchas veces las víctimas tienen que enfrentar su propio sentimiento de culpabilidad y tienden a ocultar su estatus, no hablan de lo sucedido; no comparten abiertamente sus sentimientos incrementando su sentido de vergüenza y rechazo. Si bien es cierto que hay varios programas que ya enfocan sus energías y recursos a reintegrar al ofensor, no hay muchos programas que acompañen a las víctimas y estén interesados en ayudarlas a su reintegración, especialmente una vez que el proceso de restitución queda concluido.

Transformación. El delito no es simplemente la violación cometida contra una persona y las relaciones. También ofrece la oportunidad de transformar a personas y relaciones, lo cual puede llevar a que la comunidad incremente un sentido de solidaridad e interdependencia. La justicia restaurativa afirma que la comunidad tiene la responsabilidad de ayudar a transformar las percepciones, estructuras y personas; juntos podemos transformar un conflicto individual en una semilla que puede fortalecer el tejido social.

E). JUSTICIA RESTAURATIVA VERSUS JUSTICIA RETRIBUTIVA.

La justicia restaurativa, de igual manera ha permitido una redefinición del concepto de víctima del proceso penal. La concepción del derecho penal retributivo, reforzada por la mentalidad normativista, ha distanciado ostensiblemente al delincuente de la víctima y ha puesto a esta última como un simple sujeto pasivo, destinataria casual del crimen. El sistema penal ha despojado a la víctima de su carácter de sujeto del conflicto, para ser sustituido de manera simbólica abstracta por la comunidad, en que el ofendido pierde su carácter de individuo, para convertirse en multitud y perderse en aquello denominado sociedad. Por lo tanto, es necesario como lo afirma el criminólogo español Antonio García Pablos de Molina¹⁷⁰, que la víctima sea descubierta, para definir su papel con los restantes protagonistas del proceso penal; esto es, con el victimario y con el operador judicial. Re-descubrir la víctima en función de la comprensión del delito, es hallarla en su dimensión del sujeto activo al momento de la comisión del hecho punible que ha facilitado, provocado o motivado; es encontrarla como sujeto activo no sólo en la

170 <http://psicologiajuridica.org/psj167.html>

formulación de la denuncia, sino dando los pormenores como testigo o informando sobre el *modus operandi* de ciertos delincuentes, para alertar a grupos con riesgo alto de ser victimizados; es descubrirla solidaria y sensible con otras víctimas, colaborando con la efectividad del sistema penal.

*Las interpretaciones del crimen*¹⁷¹.

Lente Retributivo

El crimen es definido como una violación de las normas.

Los daños son definidos de manera abstracta.

El crimen es visto categóricamente diferente de otros daños.

El estado es visto como víctima.

El estado y el ofensor son vistos como las partes fundamentales.

Las necesidades de las víctimas suelen ser ignoradas.

Las dimensiones interpersonales son irrelevantes.

La naturaleza conflictual del delito suele desconocerse.

Lente Restaurativo

El crimen es definido como el daño a la persona y a las relaciones (es decir ruptura de relaciones).

Los daños son definidos de manera concreta.

El crimen es reconocido como relacionado a otros daños y conflictos.

Las personas y las relaciones son víctimas.

171 Zehr, Howard. *Cambio de Lentillas: Un foco nuevo para el Crimen y Justicia*, Herald Press. USA. 1990. Pág.180.

La víctima y el ofensor son vistos como las partes fundamentales.

Las necesidades de las víctimas son centrales.

Las dimensiones interpersonales son centrales.

La naturaleza conflictual del delito es reconocida.

Las interpretaciones de la responsabilidad.¹⁷²

Lente Retributivo.

El comportamiento indebido crea culpa.

La culpa es absoluta: es culpable o no.

La ofensa es abstracta.

La ofensa es redimida asumiendo un castigo.

La ofensa es contra la sociedad en abstracto.

Los costos se asumen con una pena.

Se asume el comportamiento libremente escogido.

La libre voluntad o determinismo social.

Lente Restaurativo.

El comportamiento indebido crea responsabilidades y obligaciones.

Grados de responsabilidad.

La culpa se remueve con el arrepentimiento y la reparación.

La ofensa es concreta.

La ofensa es redimida haciendo el bien.

La ofensa es primero contra la víctima.

22 El costo es asumir responsabilidades.

¹⁷² Zehr, Howard. *Cambio de Lentillas: Un foco nuevo para el Crimen y Justicia*. Herald Press. USA. 1990 Pág. 183.

Reconoce la diferencia entre la realización potencial y actual de la libertad humana.

Reconoce el papel del contexto social en las opciones sin negar la responsabilidad personal.

Las interpretaciones de la justicia.¹⁷³

Lente retributivo.

El arreglo a la culpa es central.

Se enfoca en el pasado.

Las necesidades son secundarias.

Modelo de batalla: contra el adversario.

Enfatiza diferencias.

La imposición del dolor es considerada normativa.

Un daño social es agregado a otro.

El daño del ofensor se equilibra por el daño hacia él mismo.

Se enfoca en el ofensor; la víctima es ignorada.

El estado y el ofensor son elementos clave.

Las víctimas carecen de información.

La restitución es rara.

La verdad de las víctimas es secundaria.

El sufrimiento de las víctimas es ignorado.

La acción del estado es respuesta al daño ocasionado.

22 El ofensor no tiene responsabilidad por la responsabilidad del conflicto penal.

¹⁷³ Zehr, Howard *Cambio de Lentillas: Un foco nuevo para el Crimen y Justicia*. Herald Press. USA. 1990 Pág. 185.

Los resultados refuerzan la irresponsabilidad del ofensor.

Se enfoca en el pasado.

Los lazos del infractor y la comunidad son débiles.

Sentido de balance con el castigo.

Hay rituales de denuncia y exclusión.

El ofensor es denunciado.

Los lazos del ofensor con la comunidad debilitados.

El ofensor es visto fragmentariamente condicionado por la ofensa.

Hay un sentido de equilibrio a través de la retribución.

El equilibrio es corregido menospreciando al ofensor.

La justicia puesta a prueba según sus propósitos y el proceso mismo.

La justicia es cumplir las normas.

Las relaciones víctima ofensor son ignoradas.

El proceso es alienante.

Reacción basada en la conducta pasada del ofensor.

El arrepentimiento y el perdón desalentados.

Profesionales son los actores clave.

Los valores competitivos e individualistas son reforzados.

Ignora el contexto del comportamiento social, económico y moral.

Asume resultados como perder y ganar.

Lente Restaurativo

22

La solución del problema es central.

Se enfoca en el futuro.

Las necesidades son primarias.

El diálogo es normativo.

Busca las cosas en común.

La restauración y la reparación son consideradas normativas.

Enfatiza la reparación de los daños sociales.

El daño del ofensor se equilibra por hacer el bien.

Las necesidades de la víctima son centrales.

La víctima y el ofensor son elementos clave.

La información se provee a las víctimas.

La restitución es normal.

La víctima tiene la oportunidad de “decir su verdad”.

El sufrimiento de las víctimas es lamentado y reconocido.

Los papeles de la víctima, el ofensor y la comunidad son reconocidos.

El ofensor tiene responsabilidad en la solución del conflicto.

El comportamiento responsable es reforzado.

Se enfoca en el futuro.

Se fortalecen los lazos entre la comunidad y el infractor.

Balance a través de la restauración.

Hay rituales de lamento y reordenamiento.

Actos dañinos son denunciados.

La integración del ofensor en la comunidad es reforzada.

22 Los ofensores son vistos integralmente.

Hay un sentido de equilibrio a través de la restitución.

El equilibrio es corregido apoyando tanto a la víctima como al ofensor.

La justicia puesta a prueba por sus frutos.

La justicia es las buenas relaciones.

Las relaciones víctima ofensor son centrales.

El proceso apunta hacia la reconciliación.

Reacción basada en las consecuencias del comportamiento del ofensor.

El arrepentimiento y el perdón son reforzados.

La víctima y el ofensor son centrales; la ayuda profesional está disponible.

La mutualidad y la cooperación son reforzadas.

El contexto en su totalidad es relevante.

Hace posible resultados donde todos ganan.

F). DIFERENCIAS ENTRE JUSTICIA RETRIBUTIVA Y LA RESTAURATIVA ¹⁷⁴.

1). JUSTICIA RETRIBUTIVA:

- El delito es una ofensa contra el estado.
- El delito produce una deuda a favor del estado.
- A los imputados que se les encuentra culpables se les castiga.
- Las víctimas y los imputados son adversarios legales.
- Los personajes principales en el sistema penal son el estado y el imputado.
- La víctima funciona como testigo del estado.
- Las leyes determinan la sanción.

¹⁷⁴ *Manual Básico de Mediación*. USAID- Proderecho. D. F., México. 2002. Pág.15.

- La sanción pretende impedir futura actividad criminal mediante lo aplicación del dolor (privación de la libertad).

Justicia Restaurativa:

- El delito es una ofensa en contra de individuos, la comunidad y el estado.
- El delito produce una deuda a favor de los individuos, la comunidad y el estado.
- A los imputados que se les encuentra culpables se les motiva para que se responsabilicen por sus ofensas.

- Las víctimas y los imputados son seres humanos que han sido afectados por la criminalidad.

- Los personajes principales del sistema penal son las víctimas, los imputados, las comunidades y el estado.

- Dentro de un marco legal son las necesidades de las víctimas, las comunidades y los imputados las que determinan la sanción.

- La sanción pretende compensar a la víctima e impedir la futura actividad criminal mediante la responsabilización.

2). PRACTICAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Rafaela Herrera, experta internacional en juicios orales, habla sobre el caso particular de la Justicia restaurativa en el Estado de Chihuahua¹⁷⁵; señala que no es sólo una técnica para resolver los conflictos por las vías alternas, sino un principio fundamental integrado al sistema de justicia penal. Además precisa que con ese principio integrado al artículo 23 del Código Procesal Penal, Chihuahua, al igual que

175 Revista Veredicto. Chihuahua. México. Año I. Número 3. Pág. 30.

otros estados mexicanos, se lanzó a la vanguardia internacional. Señala que se trata de entender el sufrimiento; el proceso restaurativo empieza desde el momento en que la policía llega al lugar de los hechos, en la manera como trata a la víctima, “hay que sensibilizar a la policía para que entienda el sufrimiento de la víctima y no la revictimicen”. Recalca que en el proceso restaurativo todos aportan desde el policía, el agente del ministerio público, la defensa, los jueces de garantía y de juicio oral, hasta el personal penitenciario. Habla sobre el Centro de Justicia Alternativa en el Estado de Chihuahua destacando las actividades principales como es resolver los delitos por las medidas alternas entre ellas mediación, negociación, conciliación, justicia restaurativa, en donde uno de los objetivos es que la víctima esté en el momento de hablar con su agresor, y enseñarle como está sufriendo a causa de su conducta y por otro lado detectar si el agresor está en la disposición de aceptar su responsabilidad.

Conferencias Familiares en Nueva Zelanda

En los distintos sistemas penales se pueden identificar que surgen corrientes de Justicia restaurativa; una de ellas fundamental es la tribu de los Maorís, aborígenes de Nueva Zelanda; se inicia con un modelo de las Conferencias de Grupos Familiares en el cual la familia del adolescente se sientan en un círculo con los afectados, y juntos buscan la solución del conflicto penal; estas prácticas de los nativos son incorporadas posteriormente al sistema de adolescentes infractores en dicho país, como resultado de la Ley de Niños, jóvenes y sus Familias (*Children, young Person and Their Families Act*) promulgada en Nueva Zelanda en 1989.¹⁷⁶

¹⁷⁶ <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/practices/conference>

Posteriormente este modelo es adoptado por el pueblo rural de Wagga Wagga, el cual tenía la intención de evitar que los jóvenes llegasen al sistema de justicia penal; darles entendimiento de los efectos de su comportamiento en los demás y proporcionar a las víctimas una experiencia más satisfactoria y apropiada.

El modelo de conferencia tipo *Wagga* o guión se desarrolló dentro de la Fuerza Policiaca de New South Wales, en el Reino Unido, por un grupo de individuos integrado por Terry O'Connell, John McDonald y David Moore, el cual se empieza a utilizar en escuelas y centro juveniles, con excelentes resultados.¹⁷⁷

Las Conferencias de Grupos Familiares son sesiones facilitadas para la comunidad de personas afectadas por un delito o conducta nociva. Similares a los Círculos de Sentencia reúnen a las víctimas, los ofensores, miembros de sus familias, amigos y otros miembros de la comunidad con afinidad al tema y personas (profesionales) con recursos para establecer un intercambio de ideas respecto de la situación que el injusto ha provocado a los asistentes y a la comunidad en general. El grupo es el encargado de decidir cómo será reparado el daño. Esta técnica ha sido utilizada antes y después de la sentencia, y en algunos casos en lugar del sistema de Justicia Penal.

También se aplica en situaciones de infracción en las escuelas. Se emplea la técnica de Conferencias, una vez que el joven infractor ha considerado la aceptación de la responsabilidad que le cabe por sus acciones. En estos casos el proceso consiste en dos etapas:

¹⁷⁷ Ledwige, Mike, *Manual de Justicia Alternativa*. Policia de Surrey y The Restorative Justice Training Company Ltd. Inglaterra, 2004. Págs.16-17.

Primera Etapa: El grupo discute en detalle cómo la gente ha sido lastimada por la conducta victimizadora. Las víctimas tienen oportunidad de ser escuchadas y el ofensor empieza a aceptar su responsabilidad.

Segunda Etapa: El facilitador trabaja con el grupo mientras llega a acuerdos específicos en cuanto a la forma más apropiada de remediar el daño.

Bruce Taylor y Glenn Kummery, empleados del Distrito Escolar de Bucks Central en Doylestown, Pennsylvania, EEUU, dicen que el uso de este método de conferencias enseñó que:

1. El reconocimiento de posturas, sentimientos y responsabilidades es más efectivo para la resolución de problemas que la culpa, la negación, la minimización o la retribución.

2. Hay “poder” en pedir disculpas.

3. Edificar el sentimiento de preocupación y comunidad puede ser mucho más satisfactorio que derribarlo.

4. Pensar las consecuencias de nuestras acciones es mejor que ceder al impulso.

5. Promover el “empoderamiento” a partir de la intervención de todos los involucrados.

Las Conferencias de Grupos Familiares que se convirtieron en ley en Nueva Zelanda en 1989 han sido utilizadas en Australia desde 1991, y en Estados Unidos durante los últimos años. Los practicantes reportan que el proceso tiene profundos efectos en los participantes.

178 <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/un nuevoparadigma.pdf>

Desde el INECIP Buenos Aires, hace más de tres años, funciona el Centro de Estudios sobre Justicia Restaurativa, cuya función es la investigación, estudio, capacitación, consultoría y difusión de la Justicia Restaurativa y sus programas.

Se busca a partir de este centro estudiar modelos de reintegración de la víctima y del ofensor a la comunidad reduciendo las posibilidades de un daño futuro a partir de la prevención, involucrando un trabajo cooperativo de la comunidad y el estado. Este Centro, que es coordinado por las Doctoras Silvina Marcela Paz y Silvana Sandra Paz, e integrado por abogados psicólogos asistentes sociales, estudiantes e investigadores centra su trabajo en categorizar a la justicia restaurativa como una mirada adecuada y posible en el ámbito judicial y extrajudicial, ante los conflictos penales que ingresan a su sistema de respuesta.

Tradicionalmente ante un delito está establecido y codificado un repertorio de sanciones, que van desde pago de multa hasta la privación de la libertad, fundamentado en la prevención general y en principios generales del derecho penal.

Estas son las respuestas que los ciudadanos presuponen esperadas. Pero que muchas veces no creemos que sean siempre esperables ni adecuadas. Hay otras respuestas más allá de las retributivas, el ojo por ojo, esperables por las víctimas y por los ofensores.

Actualmente en Latinoamérica los poderes del estado encargados de impartir justicia parecen estar avanzando hacia nuevas definiciones de respuestas que tienden a reconocer y recorrer caminos comunicantes que se vinculan con movimientos participativos generadores de respuestas.

En los sistemas sociales con mucha comunicación interna se obtendría más información sobre la gente que nos rodea. Entre gente desconocida, las instituciones y los funcionarios oficiales se convierten en la única alternativa de control.

Los actos al parecer no se construyen; la gente no es, se hace. Una amplia red social con lazos en todas direcciones crea por lo menos una certeza sobre qué es el delito, sobre quiénes son delincuentes, sobre quiénes son las víctimas. Son conocidos los alarmantes índices delictivos que dan cuenta del descenso de calidad de vida y la baja tasa de resolución judicial, lo que instala un sentimiento de impunidad con respuestas inciertas frente al delito que se decodifica.

De estos datos, surge como necesario se restablezca la validez de una regla elemental de respuestas, que genere conciencia de que efectivamente existe un orden, aunque esa respuesta no sea necesariamente la pena impuesta por el sistema penal. En diferentes latitudes estos movimientos han sido la base del surgimiento de movimientos restaurativos con base comunitaria y popular. Gente común que se compromete con otros para controlar de manera colectiva sus vidas con una estrategia que incluye niveles de participación de abajo hacia arriba.

Los programas de Justicia Restaurativa habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados -junto al estado- en dar una respuesta frente al delito.

- Modo de pensar diferente sobre el delito y la respuesta a sus consecuencias.
- Busca la reintegración de la víctima y del ofensor a la comunidad.
- Reduce las posibilidades de un daño futuro a partir de la prevención.
- Necesita del esfuerzo cooperativo de la comunidad y el estado.

Entiende al delito como generador de una herida en las personas y un quiebre en sus relaciones. Esto da la posibilidad de restaurar o reparar.

La Justicia restaurativa convoca a la víctima, al delincuente y a la comunidad en una búsqueda para las soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y el perdón.¹⁷⁹

Se encuentra la justicia restaurativa entre víctima e infractor; en adultos y jóvenes, que provee una oportunidad a la víctima de reunirse con el infractor en un escenario seguro y estructurado, asistidos por un facilitador, para construir un plan de acción y abordar las consecuencias del delito y sus implicancias para el futuro.

En Argentina de la mano de las modificaciones a los códigos procesales penales, y la instalación del sistema penal acusatorio y los criterios de oportunidad, comenzó en diferentes provincias como Buenos Aires, Mendoza, Chaco, Neuquen, Río negro, un cambio fundamental en la clave de intervención ante un asunto penal judicializado, lo que implicó reformulaciones, mutaciones y nuevos papeles.

En Argentina, se ve que la Justicia Restaurativa se da:

1. Dentro del Ministerio Público Fiscal, centralizado y descentralizado.
2. Dentro de la Defensoría Pública, centralizada o descentralizada.
3. Dentro de una Institución legitimada, colegios de abogados, ONG'S, escuela, etc.

179 Zehr, Howard, *Cambio de Lentillas: Un foco nuevo para el Crimen y Justicia*. 1990. Herald Press. USA. 1990. Pág.181.

La justicia restaurativa es una forma más humana y participativa de tratar con el delito y con las personas que en el mismo se involucran; no posee efectos inapropiados, por ello se observa al menos en Chihuahua, México, la sostenida complementariedad con el sistema de respuestas de la justicia ordinaria, la que por ahora ingresa por la vía de “lo alternativo”, observándolo como un camino de evolución, un proceso necesario para la concientización y comprensión de los operadores del sistema, de cada uno de los ciudadanos y la comunidad en su conjunto.

En el Seminario “Construyendo la Justicia Restauradora para América Latina”, organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo PNUD y la Confraternidad Carcelaria Internacional, desarrollado en septiembre del 2007 en Santo Domingo de Heredia, se emitió la Declaración de Costa Rica ¹⁸⁰; la cual se construyó junto a especialistas de Colombia, Ecuador, México, Brasil, Costa Rica, Chile, Bolivia y Brasil, entre otros. En la declaración se recomiendan pautas fundamentales para la Justicia Restaurativa en América Latina, y estrategias para la implementación de sus programas, tales como:

- Concienciación y educación sobre Justicia Restaurativa.
- Promoción de la Justicia Restaurativa en las comunidades.
- Aplicar programas de Justicia Restaurativa en todas las agencias penales.
- Procurar Legislación y políticas públicas de Justicia Restaurativa.

180 www.accionsocial.gov.co/.../1944_Manual_de_Acceso_a_la_Cooperación.pdf

Tipos de Programas y Prácticas que componen un sistema de Justicia Restaurativa:

1. Programas Vecinales de Mediación.
2. Círculos para Dictaminar Sentencia.
3. Acción Policial Comunitaria.
4. Medidas Restaurativas en las escuelas.
5. Conferencias del Grupo Familiar.
6. Juntas Comunitarias de Reparación.
7. Programas de Servicio Comunitario.
8. Equipos de Intervención Comunitaria.
9. Programas para Víctimas del Defensor del Pueblo.
10. Colocación Laboral para Ofensores.
11. Programas Comunitarios de Enjuiciamiento.

Dado que la Justicia Restaurativa enfatiza cómo el delito daña las relaciones entre la gente de una comunidad y el entramado social mismo, y dado que pretende ser amplia y abierta en sus posibilidades de intervención, necesariamente requiere el uso de herramientas capaces de atravesar las posiciones adversariales en pos de la colaboración y la creación de consenso grupal.

EL CONSENSO: Se referirá al concepto de acomodar los intereses de todos los participantes en un proceso al tomar decisiones, solucionar problemas o resolver diferencias.

FACILITACION DE GRUPO: Se refiere al uso de una o varias personas imparciales que ayudan a un grupo, al supervisar un proceso y guiar la discusión de acuerdo con metas y objetivos mutuamente acordados.

3). LAS LEYES DE JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO

La justicia alternativa en su parte teórico-dogmática y Las Leyes de Justicia Alternativa, en su elemento pragmático, en México, podría decirse que tienen un objetivo en común, ya que buscan el establecimiento de instituciones nuevas que permitan transformar el actual sistema de justicia penal, tales como la justicia alternativa, que tiene como propósito general, la aplicación de medios alternos (conciliación, mediación y negociación), para la solución de conflictos, exclusivamente en la materia penal. Su propósito es agilizar, economizar y reivindicar la credibilidad de la ciudadanía, en la impartición y administración de justicia.

Por lo anterior, con las Leyes, en esta materia se busca implementar el marco jurídico que establezca las atribuciones y alcances de esta Institución. Dichas leyes permitirán, que la víctima u ofendido y el imputado, en un acuerdo reparatorio que dé como resultado la solución del conflicto, a través de cualquier mecanismo idóneo que tenga como efecto el concluir el procedimiento. Este es el objetivo básico de la Justicia Alternativa en México, y por tanto es el objetivo del presente trabajo conocer alcances y límites de la justicia penal alternativa en México.

Además de lo anterior, las leyes proponen, en la mayoría de los casos, la creación del Centro de Justicia Alternativa de la Procuraduría General de Justicia, ahora Fiscalía General del Estado, siendo éste, el rector de los medios alternativos de justicia en materia penal, tales como la mediación, conciliación y negociación.

Que la transformación hacia una justicia penal moderna, se logrará con la creación de instituciones, que garanticen la administración e impartición de justicia más eficiente, humana, transparente, accesible, y respetando las garantías individuales de las personas. Es por ello, que la Procuraduría General de Justicia o Fiscalía General de Justicia de cada uno de los estados, y como titulares del Ministerio Público, deben estar plenamente comprometidas con la implementación de la Reforma Integral de Justicia Penal y Seguridad Pública.

Que con la implementación del nuevo Sistema de Justicia Penal Adversarial, a través del Decreto de la Reforma Constitucional para el Nuevo Sistema de Justicia Penal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el *18 de junio de 2008*, se hace necesario establecer Instituciones nuevas, que permitan transformar el actual sistema de justicia penal, tales como la justicia alternativa, que tiene como propósito general, la aplicación de medios alternos (conciliación, mediación y negociación), para la solución de conflictos, exclusivamente en la materia penal. Su propósito es agilizar, economizar y reivindicar la credibilidad de la ciudadanía, en la impartición y administración de justicia.

Con el propósito anteriormente expuesto, se hace necesaria la implementación del marco jurídico, que establezca las atribuciones y alcances de esta Institución.

22 Dicha ley permitirá, que la víctima u ofendido y el imputado o agresor, en un Acuerdo Reparatorio dé como resultado la solución del conflicto, a través de cualquier mecanismo idóneo, que tenga como efecto el concluir el procedimiento, siempre y cuando se trate de delito culposo, o aquellos en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido, los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las

personas, en los que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional, así como en aquellos cuya pena máxima no exceda de seis años y carezca de trascendencia social.

Y es que a raíz de la aprobación de la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, los estados tienen plazos específicos para aprobar esta reforma en sus congresos locales y contar con los mecanismos adecuados para implementarla. Con ella vienen, entre otras cosas, los juicios orales y la garantía de inocencia al ciudadano hasta que se demuestre lo contrario. Además se incluye la figura de un “juez de control” que evaluará si el Ministerio Público realizó la investigación adecuadamente y siguió los procedimientos. El objetivo: obligar a las corporaciones a la profesionalización.

En Nuevo León por ejemplo, a través de la organización internacional Iniciativa Pro-justicia de la Sociedad Abierta, se han venido realizando numerosos foros para promover reformas de avanzada que caminen a la par con la Reforma Constitucional. Chihuahua, Oaxaca y Morelos son también estados ejemplo donde ya se están llevando a cabo los juicios orales y se están armonizando las leyes.¹⁸¹

Al analizar el sistema de justicia penal, Canales Santos¹⁸², aseguró que entre otros problemas que se presentan se encuentran: Policías sin coordinación y al servicio de agentes del ministerio público; estos últimos no tienen el mandato de realizar

181 Barradas, Antonio, *Falta a TSJDF sala para juicios orales*, Reforma. 10 de agosto 2008, sección: Justicia, Pág. 6; *Inicia Federación capacitaciones en juicios orales*, ¡EHUI!, 04 de junio 2008, en línea; *INACIPE inicia cursos sobre juicios orales*, La Jornada, 06 de junio 2008, sección: Política, Pág. 17; *Impulsa el Poder Judicial bases para Juicios Orales*, Hoy Tamaulipas, 21 de marzo 2009, en línea.

182 Canales Santos, Ernesto, *Dificultades practicas para la implementación del sistema de justicia oral*, en Separata, Año Dos, Número Cuatro, Septiembre 2009, Págs. 37-43.

investigaciones objetivas-; falta de profesionalización en la averiguación e investigación de los delitos; policías que carecen de reglas para garantizar la seguridad pública; desequilibrio de facultades a favor del Ministerio Público en contra de víctimas, acusados y jueces; la presunción de inocencia no tiene vigencia, y falla gravemente la rehabilitación de reos ¹⁸³.

Canales Santos resaltó que con los juicios orales se espera lograr: Transparencia, profesionalización de las policías, investigación científica de los delitos, prisión preventiva como excepción, equilibrio entre el Ministerio Público, víctimas y acusados; mayor control de los jueces durante el proceso, audiencias públicas en presencia del juez para el desahogo de pruebas y que la investigación del Ministerio Público y las policías sea vigilada y controlada desde su inicio por un juez de control. ¹⁸⁴

Uno de los temas que se abordan es el de juicios orales, respecto a los cuales hay autores que advierten acerca de los inconvenientes que esta clase de procedimientos generarán en la tarea de los juzgadores. ¹⁸⁵

En cambio hay otros que destacan la necesidad de optar por esta clase de juicios, con lo cual se abrirá la posibilidad de revivir la olvidada “oratoria forense”, gracias a la cual miles de abogados se verían forzados a exponer sus argumentos ante un juez y la audiencia. ¹⁸⁶

183 Cárdenas, Alejandro; Rodríguez, Violeta, *Fiscalía de Coahuila se queda corta*, Vanguardia, 16 de febrero 2008, en línea; Fuentes, García, Rubén, *Realizan Consulta para modernizar leyes*, El Porvenir, 11 de abril 2008, en línea.; Fuentes, Martín, *Reforma en materia penal, una de las más importantes contra el crimen*.

184 Hernández, Mario, *Actualizarán al personal de la PJE*, El Mañana, 19 de marzo 2009, sección: Seguridad, en línea; Hernández, Fernando, *Pasarán a la historia judicial Juicios Orales*, El Herald, 21 de mayo 2009, en línea; Brito, Luis, *Pide PGR garantizar la oralidad*, Reforma, 28 de mayo 2008, sección: Nacional, Pág. 4.

185 Marín, Nidia. *Insuficiente el sistema penal: Ernesto Canales Santos*, EL OCCIDENTAL, 16 de febrero 2008, en línea.

186 *Aborto, juicios orales y “lavado” de dinero, temas que inquietan: PGR*, W Radio 2 de abril 2008, en línea.

Para el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, José Castillo Ambriz, la reforma penal que esta analizándose a escala federal, es sólo cuestión de cultura aceptarlo, debido a la falta de información y desconocer las consecuencias positivas que traerá consigo.

Destacó que México ocupa el duodécimo lugar en Latinoamérica en aceptar esta transformación y sí ha habido mucha resistencia en aceptar el cambio, pero existen países como Chile, Argentina o Costa Rica que llevan muchas ventajas en el sistema de justicia penal.¹⁸⁷

El C. Procurador General de la República reconoció que los agentes del ministerio público e impartidores de justicia, no cuentan con la capacitación real para aplicar reformas al sistema de seguridad y justicia penal aprobada recientemente en el Congreso de la Unión¹⁸⁸.

La legislación secundaria es la de mayor relevancia, porque si se hace realmente, se podrá partir de los principios que ahora se palmarán en nuestra constitución y otorgar a los ciudadanos acceso a un sistema de justicia mucho más efectivo y transparente, pero también, pueden ocurrir equivocaciones si no se hace bien.¹⁸⁹

187 Nieto, Sánchez, Gustavo. *Asimilar reforma, cuestión de tiempo*. Uno más Uno, 11 de mayo 2008, Pág. 31.

188 *Éxito de reforma penal depende de su aplicación: Medina Mora*, Milenio, 09 de febrero 2009, en línea; *Considera necesario INACIPE que el Congreso destine recursos*, El Financiero, 26 de agosto 2009, sección: Nacional, *Impartirán cursos sobre justicia penal de corte acusatorio oral*, Cuadratín, 04 de junio 2008, sección: Justicia, en línea; *INACIPE brinda capacitación sobre nuevo sistema de justicia penal*, El Financiero, 04 de junio 2008, sección: Nacional, en línea; *INACIPE inicia capacitación a nivel nacional sobre el nuevo sistema acusatorio oral*, Comunicación Social, PGR, 4 de junio 2008, en línea; *Medina Mora pide pronta aplicación de reforma penal*, Televisa, 09 de febrero 2009, en línea; Luna, José, *Capacitación, clave para un eficaz Sistema de Justicia Penal: Medina Mora*, El Sol de México, 10 de febrero 2009, en línea; Takagui, Martín, *Urge INACIPE a estados instrumentar la reforma penal. Rediseño institucional y capacitación son las bases para operarla*, Notimex, 24 de septiembre 2008, en línea.

189 Méndez, Alfredo, *Sin buena ley secundaria la reforma penal puede fracasar: Medina Mora*, La Jornada, 28 de mayo 2008, sección: Política, Pág. 14; *Resumen informativo de radio*, El Financiero, 27 de mayo 2008, sección: Nacional, en línea; Mosso, Rubén, *Las leyes secundarias vitales para el éxito de la reforma judicial*, Milenio, 28 de mayo 2008, en línea; *Indispensable, una ley secundaria en la reforma de justicia penal*, Dossier, 28 de mayo 2008, sección: México, en línea.

Esto impone desafíos gigantescos, porque las habilidades que tradicionalmente se han subrayado como los criterios para formar agentes del Ministerio Público, jueces, defensores de oficio, abogados postulantes, pues no son suficientes para ser exitosos en el desahogo de procedimientos penales en un sistema acusatorio Adversarial. Para ello se requiere contar con una ley secundaria adecuada, con la que se podrá ¹⁶⁰ otorgar a los ciudadanos un acceso al sistema de justicia más transparente y efectivo debido a que “Está claro que podemos equivocarnos si no lo hacemos bien; pero en el otro gran pilar de esta reforma para que sea exitosa es la formación de todos los que tenemos una tarea en el proceso”.¹⁹⁰

El derecho penal mínimo, despenalización, penas alternativas, solución alterna de conflictos; negociación, mediación, justicia restaurativa y arbitraje son ideas que van cobrando fuerza en nuestro medio, ante un derecho que se caracteriza por el prejuicio de que el poder estatal delegado al Poder Judicial es indelegable e impostergable, con la inevitable recurrencia a la solución jurisdiccional como única manera de enfrentar conflictos sociales.

Cuando se habla de solución alterna de conflictos, se hace referencia sobre todo a la posibilidad de que el poder juzgador no intervenga en una serie de aspectos referentes a los conflictos entre particulares en los que habitualmente sí interviene.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para su mayor comprensión pueden definirse todo en sentido amplio como en sentido restringido.

¹⁹⁰ *Alerta Medina Mora de riesgos por la reforma judicial*, El Heraldo, 28 de mayo 2008. Sección México; en línea;

En sentido amplio, los mecanismos alternativos de solución de conflictos son aquellas atribuciones alternativas al sistema judicial oficial que permite la solución privada de los conflictos.

En sentido restringido son aquellos procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas (o con el nombramiento de agentes negociadores, como es el caso de la negociación) o mediante la intervención de un tercero imparcial (como son los casos de la mediación, la justicia restaurativa, la conciliación y la negociación).

Ahora bien, atendiendo al contenido del presente trabajo de investigación, y para ilustrar los procedimientos contenidos en éste, se señalará que por mediación se puede entender el procedimiento voluntario en el cual un (tercero) profesional imparcial y sin la facultad para sustituir las decisiones de las partes involucradas en una controversia (denominado mediador), las asiste con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de un acuerdo en común.

Por Justicia Restaurativa, como el proceso que va dirigido a involucrar, dentro de lo posible a todos los que tengan intereses en una ofensa en particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible, mediante la intervención de un facilitador.

Por conciliación se puede definir, como el proceso voluntario mediante el cual un tercero (neutral e imparcial) colabora con las partes en conflicto para que ellas mismas acuerden una solución consensual o les puede proponer soluciones, las cuales pueden ser aceptadas o rechazadas por las personas en controversia. La función del conciliador es asistir a las partes, guiándolos para clarificar y delimitar los puntos conflictivos.

En este contexto es importante destacar que son principios rectores de los mecanismos alternativos: la voluntariedad, la confidencialidad, la buena fe, la veracidad, la neutralidad, la imparcialidad, la equidad, la legalidad, la honestidad y la flexibilidad.

Definido lo anterior, se puede afirmar entonces que estos mecanismos pretenden buscar una justificación racional a los límites de la potestad de administración de justicia del estado y enfrentar los conflictos con la solución negociada o mediada entre los particulares.

Para ello, se pretende incluir la posibilidad de una solución negociada de algunos conflictos que tradicionalmente han sido confiados exclusivamente a los tribunales, estableciendo por ley centros de justicia alternativa del estado dependientes del Poder Judicial del Estado y de la Procuraduría General de Justicia.

22 Pudiendo someter a los centros de justicia alternativa, la mayoría de las diferencias que se susciten entre personas interesadas en relación con determinado hecho, derecho, contrato, obligación, acción o pretensión, siempre que se trate de asuntos que puedan ser objeto de transacción, o de conductas tipificadas como delito, respecto de las cuales proceda el perdón o la manifestación de desinterés jurídico por la víctima en cuanto a la prosecución del procedimiento, y que no se afecten la moral, los derechos de terceros, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Por otra parte, en materia de justicia para adolescentes, esta iniciativa busca promover y aplicar los mecanismos alternativos con el fin de lograr la justicia restaurativa, mediante la participación de la víctima u ofendido y el imputado, para buscar la solución a las controversias derivadas del hecho calificado como delito.

Finalmente, se puede afirmar que los mecanismos alternativos para la solución de conflictos que se proponen, son necesarios y primordiales y debieran ser instrumentados antes de iniciar un proceso, pues con ellos, el particular pudiera encontrar vías alternas de solución más rápidas y económicas antes de excitar a los órganos de procuración e impartición de justicia, pues la experiencia ha demostrado que los costos y el tiempo de resolución de los mecanismos propuestos son más reducidos y accesibles.

G). ANÁLISIS DE LAS LEYES DE JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO

1). AGUASCALIENTES

Este estado, cuenta con una legislación en la materia, denominada “LEY DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES”, dicha ley fue publicada en el Periódico Oficial del Estado el 27 de diciembre de 2004. cuenta con cinco capítulos y treinta y dos artículos.

La ley no sólo menciona el objeto base de dicha ley, sino enuncia los medios alternativos que esta entidad reconoce al estipular que: La presente ley tiene como finalidad regular la mediación y la conciliación, como medios voluntarios opcionales al proceso jurisdiccional, para que los particulares resuelvan controversias cuando éstas

recaigan sobre derechos de los cuales puedan disponer libremente, sin afectar el orden público¹⁹¹.

Además plantea el concepto inicial de mediadores, esto que circunscrito o vinculado con la institución que regirá dicho actuar, es decir, las disposiciones generales, las cuales se pueden encontrar en los primeros siete artículos.

De lo anterior, destaca cuando explica la diferencia entre mediación y conciliación, definiéndola de la siguiente manera:

Mientras que la mediación es el procedimiento voluntario mediante el cual las partes en conflicto buscan llegar a un acuerdo, con la intervención de un tercero imparcial llamado mediador, cuya participación se concreta a facilitar la comunicación entre aquellos. La conciliación es el procedimiento voluntario en el cual un tercero llamado conciliador, sugiere a las partes soluciones a sus conflictos¹⁹².

En el capítulo segundo de dicha ley se encuentran relativos a quienes pueden ser mediadores y conciliadores; requisitos para tal función, así como entender que los mediadores pueden ser personas físicas o morales; también tanto personas oficiales como privadas, siempre y cuando sean autorizadas por el estado.

Los mediadores y conciliadores podrán ser oficiales y privados. Oficiales son aquellos que se encuentren adscritos al Centro de Mediación, Juzgados Menores Mixtos, dependencias del Poder Ejecutivo, instancias municipales o universidades.

Privados son las personas físicas que hayan sido autorizadas mediante una certificación y registro del Centro de Mediación para desempeñar estas funciones, las

191 Al respecto véase el artículo 1º de la Ley de mediación y conciliación del estado de Aguascalientes.

192 Véanse los artículos 6 y 7 de la Ley de mediación y conciliación del estado de Aguascalientes.

cuales podrán realizar en forma individual o como integrantes de una institución de mediación o conciliación privada.

El capítulo tercero es relativo al Centro de Mediación del Poder judicial; destaca no sólo su concepto, sino los requisitos para ser director, atribuciones o facultades y la lista que deberá publicarse cada año sobre los mediadores.

En relación al procedimiento que deberá desarrollarse ante el Centro de Mediación del Poder judicial, se enfatiza en el capítulo cuarto los aspectos procesales como puede ser iniciado el procedimiento en sí, su primer acto de admisión pero sobre todo los efectos procesales en torno a si se asiste o no a las audiencias marcadas, y como puede llevarse a cabo el posible convenio que derive del procedimiento que aquí nos ocupa.

Finalmente, en el capítulo quinto, el análisis de la presente ley, se enfoca en las formas en cómo puede terminar el procedimiento de mediación.

En el caso que se analiza se puede observar que cuando las partes acuerden, cuando ello sea posible, la suspensión de un procedimiento judicial aduciendo al efecto su interés en sujetarse a la mediación o a la conciliación, el juez de la causa les prevendrá para que se presenten ante el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial, otorgándoles un plazo no mayor a un mes para que concluyan el trámite de mediación o conciliación; vencido tal plazo sin que hubiere concluido la mediación o conciliación con la celebración de un convenio, el juez levantará la suspensión y continuará con el juicio.

22 La suspensión a que se refiere este artículo sólo podrá concederse en una ocasión. El procedimiento de mediación o conciliación no interrumpe los términos de

prescripción y caducidad respecto de los derechos y obligaciones que sean materia del mismo, a menos que así lo señale expresamente la legislación aplicable a la materia de que se trate.

Los convenios celebrados para poner fin a un procedimiento de mediación o conciliación, tendrán carácter de títulos ejecutivos civiles y serán obligatorios para las partes mediadas, quienes estarán vinculadas a su cumplimiento.

2). BAJA CALIFORNIA

La presente ley lleva por nombre LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, contando con ocho capítulos y cuarenta y siete artículos.

Esta ley, hace una referencia directa a la Justicia alternativa, y define desde su primer artículo sus alcances y objetivos, al mencionar que dicha ley es de orden público e interés social, de observancia general en el Estado de Baja California, y tiene por objeto regular y fomentar el uso de los medios alternativos a la justicia ordinaria, para la prevención y solución de controversias entre particulares, cuando éstas recaigan sobre derechos de los que puedan disponer libremente.

Asimismo en el primer capítulo referido a las disposiciones generales, se encuentra un listado de Conceptos fundamentales, así como la idea básica de qué debe entenderse como la justicia alternativa, al estipular que:

Los medios alternativos para la solución de controversias jurídicas que establece la Ley, son alternos a la vía jurisdiccional ordinaria y al fuero de jueces y magistrados del orden común, jurisdicción que siempre estará expedita en los términos y condiciones que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California y las leyes ordinarias que las reglamentan.¹⁹³

En el capítulo segundo se analizan los conceptos de mediadores, siendo posible que sean personas físicas y morales y a su vez públicas y privadas, aspecto que vuelve a ser considerado en el capítulo séptimo.

Uno de los aspectos a resaltar es la pronunciación que hace la ley en torno a la materia penal, cuando estipula lo siguiente:

“(...) En materia penal, la mediación y conciliación entre ofendido e inculgado podrá recaer respecto a conductas que pudieran constituir delitos perseguibles por querrela y en aquellos casos que señale el Código de la materia; no obstante, el pago de la reparación del daño, como consecuencia jurídica del delito podrá sujetarse a los medios alternativos en cualquier etapa del procedimiento.

La mediación y conciliación podrá ser realizada por el Ministerio Público, quien en lo conducente se ajustará al procedimiento regulado en esta Ley.

Los Agentes del Ministerio Público que en los términos de esta Ley vayan a fungir como mediadores oficiales, deberán obtener su constancia de capacitación especializada en mediación y conciliación...¹⁹⁴.”

3).- CHIHUAHUA

Este es uno de los estados del interior de la federación más importantes pues desde siempre se ha destacado por ser vanguardista en materia jurídica, y el presente

193 Véase el artículo 3 de la Ley de Justicia Alternativa para el estado de Baja California,

194 Artículo 8 de la Ley de Justicia Alternativa para el estado de Baja California,

no es un caso aislado; al respecto se puede destacar de su ley de justicia alternativa lo siguiente:

La presente ley cuenta con ocho capítulos y treinta y ocho artículos; el primero de ellos, de denomina disposiciones generales, y en el interior del mismo se puede encontrar la finalidad de la ley, así como los conceptos fundamentales que se van a utilizar en el interior de la misma.

Es importante hacer el distingo, que esta es de una de las primeras leyes donde se observa la dependencia y giro de la misma en materia penal; es decir, el Centro de Justicia Alternativa depende directamente del Ministerio Público y por tanto del Procurador General de Justicia del Estado, ahora Fiscal General de Justicia del Estado, dando como resultado que la justicia alternativa en este estado posea un marcado cariz en materia penal.

En el capítulo segundo se observa cómo se integra, organiza y funciona el Centro de Justicia Alternativa, mientras que el capítulo tercero se analiza la unidad de atención temprana.

Los capítulos cuarto y quinto se refieren a la relación que se estatuye entre los medios de justicia alternativa, el Centro de Justicia Alternativa, y el ministerio público.

Finalmente, los capítulos sexto, séptimo y octavo, se refieren a los acuerdos, y convenios que pueden derivar de la instauración del procedimiento de justicia alternativa.

4). COLIMA

22 En esta entidad federativa se considera que la Ley debe centrarse principalmente en los medios alternativos de solución de controversias que no se encuentren

reglamentados en otra Ley y, en el caso del arbitraje, éste ya se encontraba regulado tanto en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Colima, como en el Código de Comercio; en tanto que circunscribir la Ley a una sola figura significaba, según el congreso de Colima limitar a un sólo medio la solución de los conflictos, lo cual sería incorrecto si se toma en cuenta que la justicia alternativa se da a través de diferentes medios como pueden ser, además de la mediación, la conciliación, los buenos oficios, la negociación o la amigable composición entre otros.

Igualmente se consideró que, en apego al principio constitucional que reglamenta, la denominación de la Ley, que establece su ámbito de validez material, debe señalar de manera general el término de Justicia Alternativa, circunscribiendo en tal denominación la posibilidad de que, dado el caso y las circunstancias se contemplen todos los procedimientos no jurisdiccionales para la solución de las controversias.

La Ley de Justicia Alternativa que se propone está conformada de 73 artículos integrados en siete capítulos, a saber: uno disposiciones generales; dos del Centro de Justicia Alternativa; tres de la Organización y Funcionamiento del Centro Estatal y de los Centros Regionales de Justicia Alternativa; cuatro de los Especialistas; cinco de la Designación de los Especialistas; seis de los Procedimientos Alternativos para la Solución de conflictos y, siete de las Responsabilidades.

5). HIDALGO

22 A nivel de la Constitución local se señala que el estado regulará un Sistema de Justicia Alternativa, cuyo servicio será gratuito; amén de lo anterior, la fracción VIII del artículo 100 Ter, faculta al Consejo de la Judicatura a implementar el Sistema de Justicia Alternativa. Por lo anterior se propone la creación de una Ley de Justicia

Alternativa, la que en su Título Primero denominado “De las Disposiciones Generales”, en su Capítulo Único, artículo 1 ¹⁹⁵, dispone que el objeto será el de fomentar y regular los medios alternativos de justicia, para la prevención y solución de controversias entre personas, cuando éstas recaigan sobre derechos de los que puedan disponer libremente.

Además, no excluye la facultad conferida al Ministerio Público de procurar la conciliación en la etapa de averiguación previa, así como la mediación en delitos perseguibles por querrela no considerados graves observando para ello las disposiciones contenidas en esta Ley.

El Título Segundo, Capítulo Primero, denominado del Centro Estatal de Justicia Alternativa, establece que los procedimientos en sede judicial, estarán a cargo del Centro y sus sedes regionales como órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura, los cuales están facultados para procurar la solución extrajudicial de los conflictos, implementando y operando mecanismos que ayuden a la sociedad a vivir de una manera más comunicativa y tolerante, según lo preceptúa el artículo 4.

En el artículo 6 de la Iniciativa se propone, otorgar al Centro Estatal de Justicia Alternativa, además de la que señala el artículo 161 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuciones para dar cumplimiento al objeto de la ley, dentro de las cuales destaca la señalada en la fracción IV del artículo 6 que es la de establecer las sedes regionales dentro del territorio hidalguense.

22 En cumplimiento de los principios rectores que rigen la mediación y conciliación, relativos a la confidencialidad: equidad, flexibilidad, honestidad, imparcialidad, legalidad,

¹⁹⁵ Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo.

neutralidad, voluntariedad en la mediación y conciliación, mismos que se señalan en el artículo 10 del Título Tercero, Capítulo Primero. El artículo 15 establece que los procedimientos serán flexibles, tratándose a los interesados con igualdad, y dar a cada uno de ellos plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

El Capítulo Segundo del Título Tercero, denominado de los Mediadores-Conciliadores establece en el artículo 17 los requisitos para ser mediador-conciliador. El artículo 19 enumera sus atribuciones; entre otras, la de ejercer con probidad y diligencia las funciones; ejecutando su función con independencia, autonomía y equidad; observando los principios señalados en esta iniciativa; participar en los procesos de capacitación continua implementados por el Consejo de Judicatura, los mediadores o conciliadores del Centro Estatal de Justicia Alternativa y sedes regionales, tendrán la obligación de dar vista al Ministerio Público del convenio, cuando en la mediación o conciliación se advierta que pueden ser objeto de negociación intereses de menores o incapaces, y el conflicto planteado no derive en un procedimiento judicial; en caso de que los interesados no pudieran llegar por sí mismos a un acuerdo que resuelva el conflicto, el mediador-conciliador dependiendo del conflicto, podrá presentar alternativas de solución viables, que armonicen sus intereses.

El Capítulo Tercero del Título Tercero, denominado de los Interesados, que se pone a la consideración de ese Órgano Colegiado, señala en el artículo 23 quiénes podrán acudir al Centro Estatal de Justicia Alternativa; sus sedes regionales, los centros de justicia alternativa o los mediadores o conciliadores privados para resolver sus
22 conflictos sobre derechos de naturaleza disponible. Es importante resaltar que el artículo advierte que en el caso de que un menor de edad sea invitado a participar en

los procedimientos, deberá ser oído, siempre y cuando su intervención sea pertinente de acuerdo a su edad y necesaria a los intereses de éstos o cuando exista posibilidad en su afectación.

Asimismo establece que las personas jurídico-colectivas podrán utilizar este medio, a través de sus representantes legalmente facultados para celebrar procedimientos de mediación y conciliación y, en su caso, transigir acerca de sus intereses.

El artículo 24 señala que en caso de que los menores o incapaces sean los directamente afectados deberán comparecer a la conciliación quienes ejerzan la patria potestad, la tutela, o el Ministerio Público en caso de que se perciba un conflicto de intereses con quien los representa.

Este capítulo otorga en el artículo 26 a los interesados, sus derechos, entre otros la intervención personal en todas y cada una de las sesiones; asistir a las sesiones acompañado de su abogado; solicitar que se suspenda o concluya el trámite después de la primera sesión en caso de inconformidad o falta de voluntad para llegar a un acuerdo.

El Capítulo Cuarto del Título Tercero, en su artículo 27 señala que la mediación y conciliación tendrá lugar mediante convenio escrito que contenga cláusula de mediación o conciliación. De igual manera tendrá lugar cuando los interesados acuerden someterse al procedimiento de mediación y conciliación. El citado procedimiento iniciará de acuerdo con el artículo 28 por medio de una solicitud, la cual podrá ser presentada de manera verbal o escrita; si la solicitud es por escrito, se precisará el nombre de la persona con la que se tenga la controversia, a fin de que ésta sea invitada.

Las personas invitadas a participar en el procedimiento, deberán manifestar al Centro, sedes regionales o a los Centros de Justicia Alternativa, o en su caso, a los mediadores o conciliadores privados, su decisión de participar en la misma, las cuales podrán acudir a informarse personalmente del contenido y características de los servicios que proporcionan o bien esperar la fecha que se estableció para la celebración de la sesión.

Después de iniciado un procedimiento jurisdiccional, éste podrá suspenderse en los términos que establezcan las leyes adjetivas de la materia. El citado capítulo señala en el Artículo 31 que las invitaciones dirigidas a los interesados podrán ser por teléfono, servicio de mensajería, correo electrónico, personalmente o por cualquier otro medio legal.

Cuando el invitado del solicitante, acepte participar en los procedimientos, deberá firmar el formato respectivo o estampará su huella digital, con el objeto de iniciar el procedimiento señalando lugar, fecha y hora para la sesión de mediación. El artículo 38 señala las hipótesis de conclusión del procedimiento.

Además, contiene los requisitos del convenio, los cuales se insertan en el artículo 39, a saber; lugar y fecha de su celebración; nombre y datos generales de los interesados; tratándose de representación legal de alguna persona física o moral se hará constar el documento con el que se haya acreditado dicho carácter, un capítulo de declaraciones; una descripción precisa de la obligaciones de dar, hacer, o no hacer que hubieran acordado las partes, o la forma y tiempo en que deben cumplirse; la firma y huellas digitales de quienes lo suscriben y la firma del mediador o conciliador. En caso de que alguna de las partes no sepa o no pudiera firmar, estampará su huella digital y

firmará otra persona a su ruego y encargo. Se establece en el Artículo 41 que cuando alguno de los interesados incumpla el contenido del acuerdo, la parte afectada estará en aptitud de solicitar la ejecución del convenio a través de los procedimientos diseñados para el Juicio Ejecutivo Civil o la vía de apremio, ante el Juez competente.

En el artículo 44 se otorga la categoría de cosa juzgada a los convenios celebrados en el procedimiento de mediación y conciliación validados por el Centro Estatal de Justicia Alternativa. Los demás se considerarán documentos de fecha cierta. En materia penal, el convenio producirá efectos de perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, respecto a la reparación del daño tendrán efectos de cosa juzgada.

El Título Cuarto señala que el procedimiento y los mediadores indígenas se regirán por los usos y costumbres de la comunidad indígena a la que pertenezcan los interesados y por la Ley que se pone a consideración y el reglamento que en su oportunidad se expida.

El Título Quinto denominado Arbitraje plantea, que los interesados podrán ejercer el derecho a sujetar sus diferencias mediante el procedimiento de arbitraje, el cual estará regulado por las disposiciones aplicables contenidas en el Código de Procedimientos Civiles vigente para el estado de Hidalgo.

Se establece en su Título Sexto que cuando los interesados acuerden terminar o prevenir una controversia futura mediante la transacción deberá ser conforme lo señala el Código Civil vigente para el estado de Hidalgo.

En el Título Séptimo denominado De los Centros de Justicia Alternativa y de los
22 Mediadores-Conciliadores Privados, los primeros estarán atendidos por el número de

mediadores-conciliadores que establezca la autoridad competente, quienes estarán regulados por la Ley que se propone en la presente iniciativa.

De igual manera, obliga a los mediadores-conciliadores privados a ceñirse a la presente iniciativa de ley, su reglamento y las demás disposiciones aplicables que en su momento expida el Consejo de la Judicatura. Es potestad de estos mediadores-conciliadores privados, la de enviar los convenios al Centro Estatal de Justicia Alternativa con la finalidad de elevarlos a categoría de fecha cierta.

El Título Octavo, denominado De la Vigilancia y Sanciones señala en su Artículo 55 que para el control del servicio de medios alternativos de solución de conflictos que se presenten en el Estado y en los municipios habrá un Centro de Vigilancia Operativa dependiente de la Comisión de Disciplina del Consejo.

Los Artículos 56 y 57 de la Iniciativa, señalan que los funcionarios y empleados adscritos al Centro Estatal de Justicia Alternativa, serán sujetos de responsabilidad administrativa por faltas que cometan en el desempeño de sus actividades, en los términos de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos para el Estado de Hidalgo y el incumplimiento de los mediadores o conciliadores privados a la presente Iniciativa serán causas de responsabilidad, cuyas sanciones, que deban ser impuestas por la violación a alguno de los preceptos establecidos en el marco jurídico aplicable, se equiparán a las previstas en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

6). MORELOS

22 La Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el estado de Morelos consta de cuarenta y ocho artículos distribuidos en nueve capítulos, de la manera siguiente:
Capítulo Primero disposiciones generales, Capítulo Segundo del centro de justicia

alternativa y sus unidades; Capítulo Tercero de su estructura; Capítulo Cuarto de las unidades de orientación ciudadana; Capítulo Quinto de los medios alternos; Capítulo Sexto de los medios alternos con intervención del ministerio público; Capítulo Séptimo de los acuerdos; Capítulo Octavo de las partes en los medios alternos; Capítulo Noveno de los convenios.

A lo largo de estos nueve capítulos, se expone el propósito de la Ley,¹⁹⁶ la creación del Centro de Justicia Alternativa, su estructura así como las facultades y obligaciones de los usuarios de la ley, los medios alternos permitidos por la misma como la mediación, conciliación y la negociación, la participación del Ministerio Público, así como los acuerdos de terminación de los medios alternativos.

Se considera importante tener presente que parte del convencimiento de que uno de los grandes retos para mejorar el sistema judicial radica en resolver cada vez más conflictos y de mejor manera, con menos recursos, mayor expeditéz y la máxima responsabilidad y compromiso de los propios actores del conflicto. Desde esta perspectiva, y de manera supuesta siempre, la mediación en la Procuraduría de Justicia del Estado coadyuvará en mucho en el logro de este cometido, expresa la propia iniciativa.

7). ZACATECAS

El primer Título se compone de un Capítulo Único, del cual destacan los principios que rigen los procedimientos alternativos, se precisan las instancias facultadas para aplicarlos, los supuestos en que es factible su aplicación, el principio de confidencialidad y el derecho a la justicia alternativa.

22

¹⁹⁶ Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el estado de Morelos.

Integrado por tres capítulos, el Título Segundo desarrolla la estructura, organización y funcionamiento del Centro Estatal de Justicia Alternativa. Se faculta al Ejecutivo del estado para establecer Instancias de Justicia Alternativa en las dependencias que así lo considere apropiado. Los especialistas independientes e instituciones privadas podrán ejecutar procedimientos alternativos, siempre y cuando se cumplan las exigencias legales. Se detallan los requisitos para desempeñarse como especialista público o independiente, estableciéndose, además, las facultades y obligaciones de unos y otros.

Es destacable de este apartado, la implementación de un sistema de certificación e inscripción de especialistas a cargo del Centro Estatal de Justicia Alternativa.

El Título Tercero detalla la regulación de los procedimientos de mediación, de conciliación y el restaurativo, estructurados de manera tal que, regidos por un sistema oral y flexible se establecen las formalidades mínimas a seguir estableciéndose los elementos del convenio resultante, su ratificación, la forma de sancionarse y de ejecutarse.

Por último, el Título Cuarto regula el sistema de responsabilidades de los servidores públicos y privados, precisándose las faltas en que pueden incurrir los especialistas, las sanciones aplicables, las instancias encargadas de aplicar las sanciones administrativas, los criterios a considerar para ello, así como el procedimiento a seguir.

22 La dinámica del mundo contemporáneo, en el que los recursos tradicionales para la solución de diferencias no son suficientes, y donde se impone no solo la necesidad de que las soluciones alcanzadas sean justas, sino que además sean oportunas y

permitan mejorar la comunicación a fin de lograr arreglos cuya aplicación sea posible en un plazo prudente y que evite daños mayores innecesarios, así como el mantenimiento de una relación constructiva entre las partes en el mediano y largo plazo, beneficia en mucho a la sociedad.

En este sentido, se han venido imponiendo progresivamente una serie de mecanismos conocidos como Procedimientos Alternativos Restaurativos o de Justicia Restaurativa, la mayoría de ellos fundamentados en formas de negociación directa o asistida –mediación o conciliación- o en el arbitraje, como forma de adjudicación por un tercero en donde las partes tienen la oportunidad de fijar el procedimiento y las reglas aplicables a la solución de las diferencias. En este contexto, tienen una importancia especial como un proceso de decisión interdependiente mediante el cual los resultados para cada parte y, por ende, las acciones de cada cual dependen no solamente de sus propias preferencias y decisiones, sino también de lo que quiere y hace (o lo que se cree que hará) la otra parte.

Efectivamente es necesario en nuestro estado, el establecimiento de medios alternativos de justicia para solucionar conflictos seguidos ante órganos jurisdiccionales, de carácter civil, penal, familiar, etc. Aunado a lo anterior, el Código Procesal Penal y sus reformas ya aprobadas por esta Asamblea, entraron en vigor en enero de 2009, y el sistema que se establece es de corte garantista; esto es, teniendo como último fin la prisión preventiva, por lo que la aplicación de medios alternativos de justicia es necesaria¹⁹⁷.

197 Rodríguez Fernández, Gabriela. *Sociedad, estado, víctima y ofensor; el orden de los factores ¿altera el producto?*, en *Resolución alternativa de Conflictos Penales*, compiladora, Gabriela Rodríguez Fernández. Editores del puerto. Buenos Aires, Argentina, 2000. Págs. 17-31.

Hasta ahora la única práctica de resolver controversias conforme a la letra de la ley ha sido mediante los procedimientos jurisdiccionales, en cuya actuación los depositarios de la función jurisdiccional al resolverlas debe atender a las etapas del procedimiento formal y rígido y demás garantías procesales, lo que ha traído como consecuencia el incremento insoslayable de las cargas de trabajo que han propiciado la imposibilidad material y jurídica de emitir con prontitud resoluciones que pongan fin a la controversia judicial.

Por lo anterior, resulta evidente que el reto consiste en que el estado debe considerarse a sí mismo como el único dador de Justicia, y reconsiderarse como un sujeto convocado en ciertos casos para garantizar que la definición de un conflicto sea sustentable, sea práctica y cercana a la sociedad; ese es el gran reto de la justicia alternativa en materia penal.

El estado ha venido considerando como eminente preocupación, la necesidad de fortalecer los mecanismos de resolución de conflictos, que superen y eviten de forma inmediata la congestión y los problemas de agilidad y oportunidad en la resolución de controversias judiciales; es por ello que asume como meta el compromiso de implementar un nuevo modelo de impartición de justicia con los mecanismos alternativos como órganos auxiliares y complementarios de la función jurisdiccional que mejoran y ofrecen un sistema jurídico más sólido que otorga certidumbre jurídica a los gobernados.¹⁹⁸

198 Neuman, Elías. *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. Porrúa. D. F., México. 2005. Págs. 87-119. Nader Kuri, Jorge, *El principio de oportunidad*, en El Foro, Reforma Constitucional en Materia Penal, décimo quinta época, tomo XXI, número 2, segundo semestre. D. F., México, 2008. Págs 141-150.

Todos y cada uno de los principios están dirigidos por un ajeno al conflicto, quien a través de la amigable composición encuentra solución a los intereses en conflicto, sin sujetar sus diferencias a procedimientos jurisdiccionales tomando únicamente la voluntad de las partes y la buena fe, para solucionar sus controversias con equidad a través de un Acuerdo; ello permitirá que el quehacer de la administración de justicia cumpla con el fin primordial de que sea oportuna, veraz y expedita, mejorando el esquema de administración de justicia existente, procurando facilitar y promover en la sociedad, una verdadera cultura de consenso y la armonía en la convivencia pacífica que perfeccione las vías para la solución de conflictos, que no sean percibidos como ajenos ni distantes por la población, sino como medios al alcance de todos.

Los mecanismos de Justicia Alternativa ya han sido instituidos en varios estados de la República con óptimos resultados como en el estado de Oaxaca que cuenta con 45 Centros de Mediación; Distrito Federal; el Estado de México, con 11 Centros de Mediación; Nuevo León; Puebla; Guanajuato; Querétaro; Veracruz; Tamaulipas; Jalisco; Durango; Coahuila; Sonora; Aguascalientes; Baja California Sur; Colima; Michoacán; Tabasco; etc., y por lo que respecta al estado de Zacatecas la mediación y conciliación se ha ejercido ya en las instancias municipales con los Jueces de Paz, lo que demuestra que las vías alternas de pacificación para solución de conflictos es la mejor forma preventiva y eficaz que permite mantener el orden social.

H). ALCANCES Y LÍMITES DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA

En los últimos años, Latinoamérica experimenta una reforma a su sistema de justicia penal que va más allá del cambio de un texto procesal por otro¹⁹⁹. Por el contrario implica todo un cambio en la gestión de la justicia penal, donde el juez deja de ser el actor exclusivo y excluyente, pasándose a un protagonismo compartido con los demás sujetos procesales²⁰⁰.

Claro está que este protagonismo no puede ser ajeno al marco de respeto de los principios y garantías procesales propios de un estado social y democrático de Derecho; donde la ideología del proceso penal no debe porqué debatirse entre la eficiencia y el garantismo; por el contrario, ambos confluyen en el mismo sistema de justicia penal: la lucha contra la delincuencia, desde la prevención hasta la reacción, es eficaz, aun respetando los principios y garantías procesales, reconocidos en la Constitución Política de cada estado, así como, en los tratados internacionales.²⁰¹

Sin embargo, todas estas expresiones que dotan de contenido a la justicia penal requieren de todo un proceso transformador, que vaya desde la sociedad hasta los propios instrumentos que la regulan y protegen. En ese sentido, para los autores ha surgido la inquietud de:

199 *Ampliará contenido y alcances de Reforma Judicial: INACIPE*, Diario de México, 05 de junio 2008, sección: Nacional, en línea; *Analizarán las reformas a la Constitución*, EconomíaYucatán.com.mx, 18 de mayo 2008, sección: Educación y Formación, en línea; *Arrecian reformas penales*, Notimex, 11 de diciembre 2008, en línea; Ruiz Torres, Humberto Enrique, *La implantación del sistema de justicia oral en América latina*, en El Foro, Reforma Constitucional en Materia Penal, Décimo Quinta Época, Tomo XXI, Número 2, Segundo Semestre, México, 2008. Págs. 209-238.

200 Pastrana Berdejo, Juan David. *Juicio Oral Penal, técnicas y estrategias de*. Editorial Flores, editor y distribuidor. D. F., México, 2009., Pág. 400. Capítulo II.

201 Pastrana Berdejo, Op. Cit, capítulo IV.

a) Analizar todos los procesos de reforma en los países latinoamericanos; para luego

b) Elaborar el fundamento o paradigma del sistema procesal que se está adoptando en Latinoamérica; para continuar

c) Analizando el rendimiento del paradigma que se le imputa al sistema procesal, en ámbitos concretos tales como: los papeles de los sujetos procesales, la teoría del caso y los mecanismos alternativos de solución del conflicto penal.²⁰²

No obstante, hay consciencia que tamaña empresa excede el contenido de un trabajo de investigación como el presente, y por tanto el objetivo del mismo fue hacer una breve descripción de la justicia alternativa en nuestro país.

1). LOS SUJETOS Y LA JUSTICIA ALTERNATIVA

Luego de haber desarrollado este tema y haber observado detenidamente diferentes sucesos sobre los medios alternativos de solución o resolución de conflictos es evidente que se puede llegar a algunas conclusiones, lo cual haga factible aportar al derecho:

Los medios alternativos de solución de conflictos son enseñados en el estado mexicano y en el extranjero.

Falta enseñar diversos temas, como son por cierto el derecho de la responsabilidad respecto a los medios alternativos de solución de conflictos, como es el

202 Laveaga, Gerardo, *¿Qué debemos esperar de la reforma penal?*, en El Foro, Reforma Constitucional en Materia Penal, décimo quinta época, tomo XXI, número 2, segundo semestre, D. F., México, 2008, Págs. 99-104; Borrego Estrada, Felipe, *Retos en la implementación del nuevo sistema penal acusatorio*, en Separata, año dos, número cuatro, septiembre 2009, Págs. 4-9. Azar, Edgar Elías, *Reforma Constitucional, juicios orales*, en El Foro, Reforma constitucional en Materia Penal, décimo quinta época, tomo XXI, número 2, segundo semestre. D. F., México, 2008. Págs. 33-48.

caso de la responsabilidad de los árbitros, negociadores, conciliadores, facilitadores, centros de arbitraje, centros de conciliación, legisladores que aprobaron estas normas, entre otros tantos.

Los negociadores, facilitadores, conciliadores y árbitros, deben ser capacitados en moral y ética, lo cual traerá como consecuencia que muchas personas que supuestamente dominan estos temas, puedan conocer con exactitud el tema materia de estudio en forma adecuada, ya que en muchos casos es claro que sólo se les enseña lo elemental, pero no se les enfoca el tema, con el área de conocimiento, y con esto se les impide ver el bosque; por ello, es que se encuentran perdidos en unas cuantas hojas y esto se ha advertido porque incluso en eventos internacionales se presentan expositores que no cuentan con obra publicada sobre este tema jurídico o que no han ocupado cargos de dirección, lo cual trae como consecuencia una inadecuada preparación de los futuros conciliadores, negociadores, facilitadores y árbitros, de lo que se deja constancia, para una reforma total del tema materia de estudio.

Si no se toman en cuenta estas conclusiones es evidente que no se podrá contar con conocimientos actuales, no sólo del derecho positivo mexicano sino también del derecho extranjero.²⁰³

Se debe tener mucho cuidado al momento de enseñar a quienes siguen estos cursos, para cuidar que las futuras promociones tengan conocimientos adecuados en un mundo en el cual se asignan conocimientos escasos, lo cual es más conocido como

203 *Capacita mexicano especialista en juicios orales a servidores públicos del poder judicial y la procuraduría del estado*, Periódico Express, 06 de octubre 2008. En línea.

Capacitación a AMP, Hoy Tamaulipas, 08 de septiembre 2008, en línea. *Capacitación a elementos de la agencia del ministerio público*, Milenio, 08 de septiembre 2008, en línea. *Capacitan a agentes de ministerio público en Tamaulipas*, La Región, Tamaulipas, 08 de septiembre 2008. En línea.

recursos escasos, que es un tema especialmente estudiado por parte de la economía y por el análisis económico del derecho.

2). SOBRE LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA

Un tema relevante para el sistema jurídico mexicano, en los últimos años, es el concerniente a los medios alternativos de solución de conflictos; prueba de ello es que diversas entidades federativas han adoptado mecanismos para hacer asequible a los particulares el uso de los medios alternos a través de Centros o Institutos que se encargan de aplicar tales procedimientos basados en la oralidad ²⁰⁴, confidencialidad y flexibilidad, entre ellas Oaxaca, Querétaro, Chihuahua, Quintana Roo, Nuevo León, Jalisco, Baja California, Sonora, por mencionar sólo algunas. ²⁰⁵

Es un hecho que las controversias, por regla general no nacen con la instauración del proceso; éste es posterior al conflicto, y aunque aquél es una de las formas para dirimirlo no es la única vía. La preocupación porque las controversias sean resueltas de manera justa, mediante la intervención de un tercero ajeno, da paso a la creación de las instituciones del proceso; sin embargo, la circunstancia de entablar un procedimiento jurisdiccional, en la mayoría de los casos, genera un desgaste económico y emocional que no es proporcional a la satisfacción que genera ganar un litigio.

Tal situación ha generado interés en poner en práctica otras formas de dirimir los conflictos de manera pacífica, es aquí donde se rescatan las formas primarias

204 Hidalgo Murillo, José Daniel. *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso*. Porrúa-Universidad Panamericana. D. F., México, 2009. Págs. 60-79.

205 Vargas, Elizabeth, *Prepara PGR para juicios orales*, Elise, 04 de junio 2008, en línea. Takagui, Martin, *Agilizan juicios orales procesos judiciales en Chihuahua*; Rojas, Rubén, *Inaugura Medina Mora Salas de simulación en juicios orales del INACIPE*, once tv, 27 de mayo 2008, en línea.

elementales y básicas que, en otros momentos de la historia, han restablecido la armonía social, adoptándose los medios alternativos de solución de conflictos, a través de los cuales las partes resuelven sus problemas con la intervención de un especialista que facilita la comunicación entre ellas, a fin de que logren la solución, en la medida en que ambas puedan dar cumplimiento al acuerdo o convenio, sin transgredir el orden público, derechos irrenunciables o de terceros.

Los medios alternos de solución de conflictos se constituyen como un complemento a la actividad judicial más que una sustitución de la justicia clásica, en donde es necesario permitir que la sociedad intervenga en la solución de sus propias controversias.

Se ha sostenido que los beneficios que ofrecen los mecanismos de justicia alternativa son, entre otros, los siguientes:

- Se presta atención a los intereses de las partes en conflicto y no solamente a sus derechos y obligaciones obteniendo con ello mayores beneficios;
- Tienen impacto positivo en la relación futura de los contendientes, porque fomentan la transigencia, la tolerancia y la negociación ante la posibilidad de un futuro conflicto de intereses de carácter judicial;
- Desaparece el juez como autoridad, lo cual desinhibe a las partes para poner en la mesa de las discusiones toda la información necesaria sobre los verdaderos intereses que subyacen en la controversia;
- Sus procedimientos observan mayor flexibilidad, pues la solución de las diferencias tienden a ser negociadas; es decir, una de las partes no es enteramente dueña de la razón en perjuicio de la otra;

- Existe celeridad y escasez de formalismos;
- La voluntariedad, gratuidad, neutralidad, confidencialidad e imparcialidad como principios rectores del procedimiento;
- Los breves tiempos de respuesta, notoriamente más reducidos que los observados en procedimientos seguidos ante tribunales;
- Implica un menor desgaste emocional ya que fomenta que la actitud de las partes sea de colaboración dando como resultado que ambas ganen;
- Se fomenta entre los ciudadanos la función cívica de resolver sus conflictos de manera privada.

Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para disminuir la presión de las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho.

En materia penal será necesario regular su aplicación por parte de los operadores de la ley en atención a la naturaleza de los derechos tutelados y los que pueden ser renunciables; y en todos los casos, de forma ineludible, será necesario que se cubra previamente y en su totalidad la reparación del daño para que proceda, ya que como se dijo, éste es un reclamo social añejo que debe ser atendido. Y en atención a las dos características antes anotadas, las formas de justicia alternativa de índole penal

necesitarán la revisión de la autoridad en su cumplimiento en beneficio de las víctimas y los ofendidos, y por ello se considera prudente la creación de un supervisor judicial que desarrolle dichas funciones.

Concebida la mediación como un método alternativo no adversarial para la solución de conflictos, mediante el cual uno o más especialistas intervienen únicamente facilitando la comunicación entre las partes en conflicto con el propósito de que éstas acuerden voluntariamente una solución total o parcial al problema; de no lograrse la solución de la controversia, el procedimiento de mediación puede ser perfeccionado con el de conciliación.

Es incuestionable que la mediación y la conciliación, como procedimientos que permiten la construcción de convenios judiciales o transacciones, por ello, en los conflictos en que los particulares hagan uso de la jurisdicción concurrente establecida en el Artículo 104, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, podrán someterse a los procedimientos alternativos previstos en esta iniciativa para la solución de controversias, partiendo de la base de que tales procedimientos son voluntarios y que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse.

Resulta irrefutable la necesidad de un ordenamiento legal que regule adecuadamente la conciliación y la mediación como medios alternativos de solución de conflictos estableciéndose un procedimiento mínimo a cargo de Centros de Justicia Alternativa encargados de llevar a cabo tales procedimientos.

22 No puede quedar al margen el procedimiento restaurativo entendido como todo proceso en el que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otra

persona o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del hecho típico, por lo general con la ayuda de un facilitador, pues teniendo este medio alternativo como objetivo que el imputado reconozca el daño causado y lo repare, lo cual conlleva el curar la lesión psíquica y moral sufrida por la comisión del hecho típico permitirá su rehabilitación, previene la reincidencia y reduce los costos de la justicia penal; de aquí la utilidad de regular apropiadamente este medio alternativo de solución de conflictos.

La justicia para adolescentes no puede quedar exenta, pues en este rubro se prevé la posibilidad de que, en ciertos hechos típicos, las partes lleguen a la solución del conflicto a través de acuerdos o transacciones; en tal sentido nada impide que en esta materia se haga uso de los procedimientos alternativos regulados en esta iniciativa.

Se ha considerado que las leyes en esta materia, deben centrarse, principalmente, en los medios alternativos de solución de controversias que no se encuentren reglamentados en otra Ley.

Limitar las Leyes de justicia alternativa a un solo medio alternativo, nos parece que no sería lo adecuado porque la legislación familiar prevé la mediación, en tanto que las normas civiles y penales regulan la conciliación, sin pasar por inadvertido el procedimiento restaurativo aplicable en la materia penal; de aquí la necesidad de regular adecuadamente tales procedimientos, en donde también podrá hacerse uso de la amigable composición o negociación, los buenos oficios, entre otros medios, siempre que contribuyan a alcanzar la solución de los conflictos.

No es óbice mencionar, la posición tan crítica que ha elaborado el Maestro Zamora Pierce, debido a que considera que no son nuevos los principios de la justicia alternativa, aunado al hecho de que elabora una serie de aspectos que pudiesen resultar negativos en torno a tantas posibles ventajas de la justicia alternativa en materia penal.²⁰⁶

I). LA JUSTICIA ALTERNATIVA, TEORÍA Y PRÁCTICA

La dinámica del mundo contemporáneo, en el que los recursos tradicionales para la solución de diferencias no son suficientes, y donde se impone no sólo la necesidad de que las soluciones alcanzadas sean justas sino que además sean oportunas y permitan mejorar la comunicación a fin de lograr arreglos cuya aplicación sea posible en un plazo prudente y que evite daños mayores innecesarios, así como el mantenimiento de una relación constructiva entre las partes en el mediano y largo plazo, beneficia en mucho a la sociedad.

En este sentido, se han venido imponiendo progresivamente una serie de mecanismos conocidos como Procedimientos Alternativos Restaurativos o de Justicia Alternativa Penal, la mayoría de ellos fundamentados en formas de negociación directa o asistida –mediación o conciliación- o en el arbitraje, como forma de adjudicación por un tercero en donde las partes tienen la oportunidad de fijar el procedimiento y las reglas aplicables a la solución de las diferencias.

En este contexto tienen una importancia especial como un proceso de decisión interdependiente mediante el cual los resultados para cada parte y, por ende, las

206 Zamora Pierce, Jesús. *Alternativas al juicio oral*, en El Foro, Reforma constitucional en Materia Penal, décimo quinta época, tomo XXI, número 2, segundo semestre. D. F., México. 2008. Págs. 273-277; Zamora Pierce, Jesús. *Justicia Alternativa en Materia Penal*. Editorial Themis. D. F., México. 2009. Pág. 49.

acciones de cada cual dependen no solamente de sus propias preferencias y decisiones, sino también de lo que quiere y hace (o lo que se cree que hará) la otra parte.

Hasta ahora, la única práctica de resolver controversias conforme a la letra de la ley, ha sido mediante los procedimientos jurisdiccionales, en cuya actuación los depositarios de la función jurisdiccional al resolverlas, debe atender a las etapas del procedimiento formal y rígido y demás garantías procesales, lo que ha traído como consecuencia el incremento insoslayable de las cargas de trabajo que han propiciado la imposibilidad material y jurídica de emitir con prontitud resoluciones que pongan fin a la controversia judicial.

El Estado ha venido considerando como eminente preocupación, la necesidad de fortalecer los mecanismos de resolución de conflictos, que superen y eviten de forma inmediata la congestión y los problemas de agilidad y oportunidad en la resolución de controversias judiciales; es por ello, que asume como meta el compromiso de implementar un nuevo modelo de impartición de justicia con los mecanismos alternativos como órganos auxiliares y complementarios de la función jurisdiccional que mejoran y ofrecen un sistema jurídico más sólido que otorga certidumbre jurídica a los gobernados dirigidos por un ajeno al conflicto, quien a través de la amigable composición, encuentra solución a los intereses en conflicto, sin sujetar sus diferencias a procedimientos jurisdiccionales, tomando únicamente la voluntariedad de las partes y la buena fe, para solucionar sus controversias con equidad a través de un Acuerdo; ello

22 *permitirá que el quehacer de la administración de justicia cumpla con el fin primordial de que sea oportuna, veraz y expedita mejorando el esquema de administración de justicia*

existente procurando facilitar y promover en la sociedad una verdadera cultura de consenso y la armonía en la convivencia pacífica que perfeccione las vías para la solución de conflictos, que no sean percibidos como ajenos ni distantes por la población sino como medios al alcance de todos.

Lo anterior es así, sin olvidar que los grandes retos, para llevar a cabo la transformación de este país en torno a la justicia alternativa en materia penal, se dividen en tres grandes rubros:

1. La escasez de recursos, tanto humanos como técnicos, así como el limitado presupuesto con que se cuenta en los diferentes niveles de gobierno en nuestro país.

2. Los espacios de corrupción en las áreas de que procuran y administran justicia.

3. Y quizás la que se considera toral: la falta de capacitación y adiestramiento al personal sustantivo de esta empresa.²⁰⁷

²⁰⁷ Camaras, Claudia. *La justicia alternativa en materia penal*. En *iter criminis*, número 5, segunda época, enero-marzo 2003. Págs. 99-135.

CONCLUSIONES

RAZONES PARA UN CAMBIO NECESARIO

El requerimiento de mecanismos no judiciales de gestión y resolución de conflictos es creciente. Esta demanda no es caprichosa ni efímera; no se trata de una moda. Además de la crisis de la justicia, que ha impulsado la búsqueda de otros caminos, es también visible un cambio de paradigmas basado en la interdependencia de los actores sociales. Ya no se habla de poder hegemónico, y por lo tanto, de imposiciones por la fuerza: el mundo civilizado está cambiando hacia la integración. Y en ese mundo que comienza a abrirse, el modo de tomar decisiones y de buscar soluciones a los conflictos ha pasado a tener otra dinámica, más cooperativa y participativa.

En la medida que esta tendencia se acentúe, en poco tiempo comenzarán a distinguirse los abogados que sepan cómo utilizar las herramientas que brindan los mecanismos alternativos, de aquellos que se hayan quedado atados a los esquemas tradicionales del litigio judicial como único remedio para ofrecer al problema del cliente. Los primeros podrán proponer un campo más amplio y más eficiente de soluciones. El abogado que se adecue a esta realidad correrá con grandes ventajas sobre el abogado tradicional, ya que estará capacitado para ofrecer algo más que un juicio. Si la demanda de la sociedad se intensifica, el que se quede en el tiempo y persista en la creencia de que litigar es el único modo de defender los derechos e intereses de su cliente, comenzará a perder no sólo imagen, sino clientela.²⁰⁸ En otras palabras, y al igual que

208 Padilla, Roberto E. y Caivano Roque J. *Abogacía moderna vs abogacía tradicional. Los sistemas alternativos de solución de disputas como forma de ser más eficientes*. Revista La ley 1994-e-885.

sucede en el mundo empresarial, la adaptación a los cambios –hoy llamada “reconversión”- es una necesidad impostergable para los abogados que decidan ser competitivos. Los clientes, que han pasado a ser el eje de todas las áreas de negocio del mundo –incluso del servicio jurídico- así lo demandan. Exigen del profesional agilidad de respuesta, conocimiento del negocio, y reducción de costos, para poder producir y competir en el mercado. El desmesurado costo de litigar abre nuevas puertas a los sistemas privados de resolución de conflictos.²⁰⁹

No adaptarse a la nueva realidad supone otros riesgos. Para bien o para mal, los abogados ya no somos los únicos asesores en conflictos. El protagonismo que hemos tenido en otros tiempos se ha diluido. Por nuestra propia falta de adaptación a las necesidades de la gente, hemos dejado de ocupar el preferente papel de mentores, de consejeros imprescindibles. Ese avance de otras profesiones sobre el campo tradicionalmente reservado a los abogados se intensificará, a menos que nos adecuemos a los requerimientos de una sociedad que reclama soluciones a sus problemas. Estamos hoy en un punto de inflexión: es todavía tiempo de rectificar el sentido de la profesión y reasumir el liderazgo en el manejo de los conflictos, lo que no se logrará invocando los pergaminos históricos de la abogacía, sino demostrando que estamos en condiciones de prestar un buen servicio profesional.

Para ello, el cambio de mentalidad es determinante. El porvenir de la abogacía depende en gran medida del modo en que se perciban las necesidades de la sociedad

209 Álvarez, Trongé, Manuela. *La reconversión del servicio jurídico empresarial*. Revista La Ley. Suplemento de derecho de la empresa. No. 1. Junio/julio 1994.

en relación con los conflictos y a las formas de resolverlos. Así se ha dicho que en las próximas generaciones, las grandes oportunidades consistirán en hacer uso de las inclinaciones humanas hacia la colaboración y el compromiso en lugar de estimular nuestras tendencias a la competencia y a la rivalidad. Es nuestra responsabilidad ponernos a la cabeza de estos procesos estructurales de cambio, que serán los experimentos sociales más creativos y productivos de nuestro tiempo. No hacerlo entraña el serio peligro de quedarnos rezagados.²¹⁰

Los abogados, en consecuencia tenemos hoy un nuevo horizonte en el modo de encarar el ejercicio de la profesión. Para cumplir mejor nuestra función no podemos dejar de prestar atención a las posibilidades que brindan los métodos alternativos de solución de disputas. Ante cada caso debemos analizar las opciones disponibles y aconsejar la utilización de aquella que convenga.

La conveniencia. Es evidente que la profesión no está en sus mejores momentos. Su ejercicio del modo tradicional es desgastante, no produce resultados satisfactorios para los clientes, y es poco rentable en términos económicos. Muchas veces sentimos la impotencia de combatir contra un sistema que no puede dar respuestas y nos suele invadir un estado de ánimo de desilusión. Si actuando como abogados litigantes no conformamos a nuestros clientes (quienes por lo tanto pagan el servicio a desgano) ni tampoco encontramos compensación a nuestros esfuerzos, si litigar no nos gratifica, es manifiesto que ha llegado el momento de intentar un cambio profundo. La utilización de métodos alternativos –cuando son apropiados- traerá aparejado también un modo
22 menos frustrante de ejercer la actividad de los abogados y una mejora en la

210 Bok Derek C. (ex decano de la Universidad de Harvard): *A falwed system of Practice and Law teaching*. 33 J. Legal Educ. 1983.

remuneración del trabajo profesional; sin embargo, la situación actual es sólo coyuntural, ya que aun con un sistema judicial rápido, seguro, confiable y económico deberíamos analizar la conveniencia de otras vías. Cabe entonces preguntarse: ¿Cuáles serían las razones para explorar mecanismos alternativos si la justicia funcionara bien? Anticipamos la respuesta: hay casos en que la mejor sentencia imaginable no resuelve verdaderamente el conflicto. El procedimiento judicial está orientado a verificar los hechos y aplicar la norma legal que contempla la solución: procura conocer la verdad –con innumerables limitaciones que reducen “la verdad” a “lo probado” en el expediente –y determinar en base a ella quien tiene la razón. Sólo esporádicamente los jueces intentan que la solución que imponen, además de “ajustada a derecho” sea equitativa.²¹¹

En síntesis, es necesario eficientar el funcionamiento de las instituciones carcelarias y de procedimientos jurídicos, a través de la implementación de mecanismos alternativos para la solución de controversias.

La prisión preventiva debe quedar reducida a su mínima expresión, sólo para aquellos casos absolutamente indispensables.

Debe derogarse toda figura que viole la garantía de libertad específicamente la relativa al plazo de detención prejudicial.

Ante la desconfianza de la población en las instituciones públicas, se hace necesario su profesionalización, con la finalidad de hacer eficaz y limpiar de corrupción el aparato de ejecución de las normas jurídicas que regulan la administración pública

211 Tan así es, que los pocos casos se mencionan siempre como ejemplos de la verdadera función jurisdiccional. Un ejemplo puede verse en Caivano, Roque J. *La actualización del depósito en garantía. La resolución por equidad en las sentencias judiciales*. Comentario a un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Revista JA 1992-II-542.

(Servicio de Administración Tributaria, Secretaría de la Función Pública, Policías Federales, Estatales y municipales), bajo un sistema protocolario de regulación que cumpla un perfil profesional, moral, social y cultural, para el bienestar de nuestro país y la paz social.

Los programas de readaptación con trabajos comunitarios y un sistema de ejecución de sanciones penales garantistas, son la alternativa para disminuir la pena de privación de libertad, además del uso racional del Sistema Penal y sus recursos materiales y humanos en la implementación de programas de prevención de delitos, implementación de programas morales y culturales en la sociedad, así como el reforzamiento de valores en los diferentes niveles educativos.

FUENTES DE INVESTIGACION

I. BIBLIOGRÁFICAS.

AGUIRRE GODOY, Mario, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil*. 1981.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al Estudio de Derecho Procesal, Primera Parte. Reimpresión. Rubinzal-Culzoni*. Editores Santa Fe. Argentina. 1997.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La Conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. 1986.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación constituye una herramienta efectiva de prevención en casos de violencia doméstica*, ponencia a las III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Universidad Notarial. 1994. Pássim.

ÁLVAREZ TRONGE, Manuel *Negociación, comunicación y sentido común: puntos de partida de una reflexión*, *Rev. J.A Suplemento especial* coordinado por Roque J. Caivano. 14 de agosto de 1996.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Teoría General del Proceso*. Lima, Perú. 1981.

22

ALZATE SEZ DE HEREDIA, Ramón. *La dinámica del conflicto en mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Edit. Tecnos. Madrid. 2007.

AMUCHÁTEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Derecho Penal, 3ª. Ed.*, Editorial Oxford. D. F, México. 2009.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Teoría General del Proceso. 14ª. Ed.* Porrúa, D. F., México. 2005.

ARMENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo. *El Juicio Oral y la Justicia Alternativa en México*. Porrúa. D. F., México, 2009.

ASCENCIO ROMERO, Ángel. *Derecho Procesal del Trabajo*. Editorial Trillas. D F., México. 2009.

BARRADAS, Antonio. *Falta a TSJDF sala para juicios orales, Reforma, 10 de agosto 2008, sección Justicia, Pág. 6.*

BECERRA, Nicolás E. *El Ministerio Público Fiscal*. Editorial ciudad Argentina. 2004.

44

BORREGO ESTRADA, Felipe, *Retos en la implementación del nuevo sistema penal acusatorio*, en *Separata*, Año Dos, Número Cuatro, septiembre 2009.

BORTHWICK, Adolfo E. *El Nuevo sistema Procesal Penal*. Editorial Mave, Argentina 2005.

BROEKMAN, Jan M. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Edit. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1943.

CANALES SANTOS, Ernesto. *Dificultades prácticas para la implementación del sistema de justicia oral*. En Separata, Año dos, número cuatro, septiembre 2009.

CAPPELLETTI, Mauro, *Acceso a la justicia, Revista de Colegio de Abogados de la Plata, 1981, no. 41*.

CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Conferencia de Derecho Penal*, Universidad de La Habana, Cuba, 6 de marzo de 1999.

CARBONEL, Miguel. *Juicios Orales en México*. Ed. Porrúa. D. F., México. 2010.

22 CARBONEL, Miguel. *Qué son y para qué sirven los juicios orales*. 6ª. Ed. Porrúa, D. F., México. 2010.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal, Traducción española de Niceto Alcalá – Zamora Castilla y Santiago Sentís Melendo*, Ed. Uteba, Argentina, Buenos Aires.

CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el Proceso Penal, Tomo III*, Buenos Aires, Argentina, 1964.

CASANUEVA REGUART, Sergio E. *Juicio Oral Teoría y Práctica*, 5ª. Ed. Ed. Porrúa. D. F., México 2010.

CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal, Parte General*, 49ª. Ed. Porrúa, D. F., México, 2010.

CORRALES HERNÁNDEZ, Jesús. *20 Aspectos sobre la prueba en el sistema acusatorio*, Editorial Ubijus. D. F., México, 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª. Ed. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.

44 CRUZ Y CRUZ, Elba. *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Iure Editores. D. F., México, 2008.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso, 2ª edición. Universidad. Bogotá, Colombia. 1997.*

DÍAZ ARANDA, Enrique. *Derecho Penal parte general, 3ª edición. Ed. Porrúa. D. F., México, 2008.*

DIEZ-PICAZO, Luz María. *El poder de acusar. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 2000.*

FABREGA, Jorge. *Instituciones de Derecho Procesal Civil, 2ª edición. Editora Jurídica Panameña. Panamá, Rep. De Panamá, 1999.*

FERRAJOLI, Luigi. *Retos de la Procuración de Justicia en un mundo globalizado, Editorial Ubijuis. D. F., México, 2010. Tema 4.*

FUENTES, Martín. *Reforma en materia penal, una de las más importantes contra el crimen.*

GALLARDO ROSADO, Maydeli, *Fundamentos de Derecho Penal Mexicano 1. Ed. Porrúa. D. F., México, 2009.*

GARCIA RAMIREZ, Sergio, *Derecho Penal. 3ª edición. Ed. Porrúa. D. F., México 2007.*

22

GOMEZ LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil. 7ª edición. Editorial OXFORD. D. F., México, 2009. Capítulo 1.*

GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano, parte general y parte especial, 8ª edición. Ed. Porrúa. D. F., México, 2009.*

GOZAINI, Osvaldo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1995.*

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos. Madrid-España, 1962.*

HERNANDEZ LOPEZ, Aarón. *Proceso Penal Federal, El. 6ª edición. Ed. Porrúa. D. F., México, 2008.*

HIDALGO MURILLO, José Daniel *Sistema Acusatorio, mexicano y Garantía del proceso. Ed. Porrúa-Universidad Panamericana. D. F., México, 2009.*

HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Sistema acusatorio, mexicano y garantías del proceso, Ed. Porrúa-Universidad Panamericana, México 2009, pp. 60-79.*

44

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, (coordinador). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje, Edit. Grupo Difusión, Barcelona, 2004.*

HORVITZ LENNON, María Inés, y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Chileno, tomo 1*. Editorial Jurídica de Chile, 2002.

J. A. Dos reis, *Proceso Ordinario o Sumario, 2ª edición*. Ed. Coímbra, 1928.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Elementos de Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, D. F., México 2006.

JUNCO VARGAS, José Roberto. *La conciliación*. 2ª edición. Ediciones Jurídicas Radar. 1994. Santa Fe, Bogotá, Colombia.

KELLEY HERNÁNDEZ, Santiago A., *Teoría del Derecho Procesal, 7ª edición*. Ed. Porrúa. D. F., México 2010.

LAVEGA, Gerardo. *¿Qué debemos esperar de la reforma penal? En El Foro, Reforma Constitucional en materia Penal, décimo Quinta Época, Tomo XXI, número 2, segundo semestre*. D. F., México, 2008.

LEDESMA, Ángela E. *Mediación Penal en teoría unitaria del Proceso*. Edit. Juris. Rosario, Argentina. 2001.

22 LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*. Porrúa. D. F., México, 2008.

LOPEZ ESCOBAR, Leonardo David. *Derecho Penal parte general, fundamentos*. Editorial: Universidad de Medellín, Colombia. 2010.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal parte general, 4ª edición*. Ed. Trillas, D. F., México 2006.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. *Conciliación en el Procedimiento Penal Colombiano*, Biblioteca Jurídica Dike, 1ª. Ed. Bogotá, Colombia 1995.

MEDINA CUENCA, Arnel, Cit. A Cuerda Arnau, María Luisa. *Aproximación al principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, SE. SF.

MONTEZANTI, Guillermo N. *La lógica interna en la solución de los conflictos particulares, en Resolución alternativa de conflictos penales, compiladora, Rodríguez Fernández*. Editores del Puerto, Argentina 2000.

NADER KURI, Jorge. *El principio de oportunidad, en El Foro, Reforma Constitucional en materia penal, décimo quinta época, tomo XXI, número 2, segundo semestre*. D. F., México, 2008.

44

NEUMAN, Elías. *La mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. Ed. Porrúa. D. F., México 2005.

NEUMAN, Elías, *La mediación penal y la justicia alternativa*. Ed. Porrúa. D. F., México 2005.

NUEVA FENOLL, Jordi, *Los problemas de la oralidad*, VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Venezuela. 2007.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Curso de derecho Penal parte general*, 4ª edición. Ed. Porrúa. D. F., México. 2008.

PASTRANA BERDEJO, Juan David. *Implementación del Proceso Penal acusatorio de oralidad. Cap. XIII. 2ª edición*. Editorial Flores Editor y Distribuidor. D. F., México. 2010.

PASTRANA BERDEJO, Juan David, *Juicio Oral Penal técnicas y estrategias de*. Editorial Flores Editor y Distribuidor. D. F., México. 2009.

PASTRANA BERDEJO, Juan David. *Juicio Oral Penal técnicas y estrategias de*. Capítulo IV. Editorial Flores Editor y Distribuidor. D. F., México. 2009.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Derecho Penal Mexicano parte general*. 21ª edición. Ed. Porrúa. D. F., México. 2010.

22 PODETTI, J. Ramiro, *Tratado del Proceso Laboral*. Tomo I. Ediar, S. A. editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S. R. L., Buenos Aires, Argentina. 1949.

RENGEL-ROEMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo II*. Editorial Arte. Caracas. 1997.

REYES SALAS, Gonzalo. *Seguridad pública, política criminológica y el nuevo sistema acusatorio*. En Separata, año dos, número cuatro. Monterrey, N. L. Septiembre 2009.

ROCCO, Hugo. *Derecho Procesal Civil*. Porrúa Hermanos. D. F., México. 1944.

ROMERO MONTES, Francisco Javier, *Derecho Procesal del Trabajo, Doctrina, análisis y comentarios de la Ley Procesal del Trabajo No. 26636*. Servicios gráficos Edial E.I.R.L. Lima, Perú. 1997.

SCHONKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Casa Editorial Urgel Sibis. Bosch, Barcelona, España. 1950.

UROSA RAMIREZ. Gerardo Armando. *Guía de estudio de Derecho Penal parte general*. Ed. Porrúa. D. F., México. 2009.

44 VELASQUEZ V. Fernando. *El principio de prohibición en exceso, en el Código Penal Colombiano. Obra El Penalista Liberal*. Bogotá, Colombia. 2004.

VINYAMATA CAMP, Eduard. *Manual de prevención y solución de conflictos. Conciliación, Mediación, Negociación*. Edit. Ariel. Barcelona, España. 1999.

WAIGMAISTER, Adriana, *Mediación Familiar*. En Enciclopedia de Derecho de Familia, T. III edición. Universidad de Buenos Aires. Argentina. 1994.

WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M. *Qué es la mediación*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1994.

WILDE, Zulema, GAIBROIS Luis M., CERIANI CERNADAS Ana, NOZIGLIA Alejandro. *Introducción a la técnica de mediación y conciliación*. Jornadas de la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de la Universidad de Belgrano. Santa Fe, Argentina.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar, 1989.

ZAMORA PIERCE, Jesús. *Alternativas al juicio oral*. En El Foro. Reforma Constitucional en materia penal, décimo quinta época, tomo XXI, número 2, segundo semestre. D. F., México. 2008.

22 ZAMORA PIERCE, Jesús. *Justicia Alternativa en materia penal*. Editorial Themis, D. F., México. 2009.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo. *Justicia Penal. Prisión preventiva en México*. 2008.

II. LEGISLATIVAS.

Ley de Justicia alternativa en Materia Penal para el estado de Morelos.

Ley de Justicia alternativa para el estado de Baja California.

Ley de Justicia alternativa para el estado de Hidalgo.

Ley de Mediación y Conciliación del estado de Aguascalientes.

Ley de justicia Penal Alternativa del estado de Chihuahua.

II. INTERNET

Aborto, juicios orales y lavado de dinero, temas que inquietan: PGR, W RADIO, 2 de abril de 2008. En línea.

Alerta Medina Mora de riesgos por la reforma judicial, El Herald, 28 de mayo de 2008. Sección México. En línea.

Ampliará contenido y alcances de Reforma Judicial; INACIPE. Diario de México, 5 de junio de 2008, sección Nacional. En línea.

44 *Analizarán las reformas a la constitución, economía Yucatán*, com. mx. 18 de mayo de 2008, sección Educación y formación. En línea.

Arrecian reformas penales, NOTIMEX, 11 de diciembre de 2008. En línea.

BRITO, Luis. *Pide PGR garantizar la oralidad*. Reforma, 28 de mayo de 2008. Sección Nacional, pág. 4.

Capacita mexicano especialista en juicios orales a servidores públicos del poder judicial y la Procuraduría del Estado. Periódico Express. 6 de octubre de 2008. En línea.

Capacitación a AMP. Hoy Tamaulipas. 8 de septiembre de 2008. En línea.

Capacitación a elementos de la Agencia del Ministerio Público. Milenio. 8 de septiembre de 2008. En línea.

Capacitación, clave para un eficaz Sistema de Justicia Penal: Medina Mora. El Sol de México. 10 de febrero de 2009. En línea.

Capacitan a Agentes de Ministerio Público en Tamaulipas. La Región, Tamaulipas. 8 de septiembre de 2008. En línea.

CARDENAS, Alejandro; RODRIGUEZ, Violeta, *Fiscalía de Coahuila se queda corta*, Vanguardia. 16 de febrero de 2008. En línea.

- 22 *Considera necesario INACIPE que el Congreso destine recursos*. El Financiero. 26 de agosto de 2009. Sección nacional.

Éxito de reforma penal depende de su aplicación: Medina Mora, Milenio, 9 de febrero de 2009. En línea.

FUENTES GARCIA, Rubén. *Realizan consulta para modernizar leyes*. El Porvenir. 11 de abril de 2008. En línea.

HERNÁNDEZ, Fernando. *Pasarán a la historia judicial Juicios Orales*. El Heraldo de Chihuahua. 21 de mayo de 2009. En línea.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. *Proceso Penal Federal*, El. 6ª edición. Ed. Porrúa. D. F. México. 2008.

HERNANDEZ, Mario. *Actualizarán al personal de la PJE*. El Mañana. 19 de marzo de 2009. Sección Seguridad. En línea.

Impartirán cursos sobre justicia penal de corte acusatorio oral. Cuadratín. 04 de junio de 2008. Sección Justicia. En línea.

- 44 *Impulsa el Poder Judicial bases para Juicios Orales*. Hoy. Tamaulipas, 21 de marzo de 2009. En línea.

INACIPE brinda capacitación sobre nuevo sistema de justicia penal. El Financiero. 4 de junio de 2008. Sección Nacional. En línea.

INACIPE inicia capacitación a nivel nacional sobre el nuevo sistema acusatorio oral. Comunicación Social. PGR. 4 de junio de 2008. En línea.

INACIPE inicia cursos sobre juicios orales. La Jornada. 6 de junio 2008. Sección Política. Pág. 17.

Indispensable, una ley secundaria en la reforma de justicia penal. Dossier. 28 de mayo de 2008. Sección México. En línea.

Inicia Federación capacitaciones en juicios orales. ¡EHUI! 4 de junio de 2008, en línea.

Las Leyes secundarias vitales para el éxito de la reforma judicial. Milenio. 28 de mayo de 2008. En línea.

MARIN, Nidia. *Insuficiente el sistema penal: Ernesto Canales Santos.* El Occidental. 16 de febrero de 2008. En línea.

MEDINA Mora pide pronta aplicación de reforma penal. Televisa. 9 de febrero de 2009. En línea. LUNA, José.

22

MENDEZ, Alfredo. *Sin buena ley secundaria la reforma penal puede fracasar: Medina Mora.* La Jornada. 28 de mayo de 2008. Sección Política.

NEUMAN, Elías. *La mediación penal y la justicia restaurativa.* Editorial Porrúa. D. F., México. 2005.

NIETO SANCHEZ, Gustavo. *Asimilar reforma, cuestión de tiempo.* Uno más uno. 11 de mayo de 2008.

MOSSO RUBÉN. *Resumen informativo de radio.* El Financiero. 27 de mayo 2008. Sección nacional. En línea.

ROJAS, Rubén. *Inaugura Medina Mora salas de simulación en juicios orales del INACIPE.* Once TV. 28 de mayo de 2008. En línea.

TAKAGUI, Martín. *Agilizan juicios orales procesos judiciales en Chihuahua.*

TAKAGUI, Martín. *Urge INACIPE a estados instrumentar la reforma penal. Rediseño institucional y capacitación son las bases para operarla.* Notimex. 24 de septiembre de 2008. En línea.

44 VARGAS, Elizabeth. *Prepara PGR para juicios orales, ELISE.* 4 de junio de 2008. En línea.