



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“LA CONCILIACIÓN, UNA OPCIÓN VIABLE
EN MATERIA PENAL”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JESUS FUENTES HIGUERA



ASESOR: LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO

Ciudad Universitaria 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/55/SP/03/04
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno **FUENTES HIGUERA JESUS**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. **JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO**, la tesis profesional intitulada “**LA CONCILIACIÓN, UNA OPCION VIABLE EN MATERIA PENAL**”, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. **JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO**, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis “**LA CONCILIACIÓN, UNA OPCION VIABLE EN MATERIA PENAL**” puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **FUENTES HIGUERA JESUS**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”

A T E N T A M E N T E
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F., 19 de marzo de 2004

LIC. JOSE PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DOY GRACIAS A DIOS:

Por el regalo de la vida y todas aquellas bendiciones que me ha prodigado a manos llenas. Porque en todo momento ha estado a mi lado recordándome que no me encuentro solo, y lo afortunado que soy.

A MIS PADRES:

Por constituir una fuente inagotable de apoyo; por sus sacrificios, cuidados, enseñanzas y preocupaciones. Pero sobre todo por proporcionarme un hogar en el cual, a través de los valores que me han inculcado y del cariño que me tienen, se forja mi personalidad.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, en particular a la FACULTAD DE DERECHO, así como a su profesores por brindarme un espacio que me permitiera formarme como profesionalista, pero ante todo por desarrollar una conciencia de la trascendencia de ser universitario, y por incubar aquel sentimiento de pertenencia a una gran institución.

AL LIC. HERNÁNDEZ PLIEGO:

Por sus enseñanzas en el aula de clases, por la confianza y apoyo que me brindara durante la elaboración del presente trabajo. Mil gracias por las atenciones y tiempo que me ha dedicado.

A MI HERMANO:

Porque ha sido una gran compañía, y pese a ser aún muy joven, con su rebeldía y madurez me ha enseñado que la constancia y la valentía son medios que nos permiten alcanzar aquellas aspiraciones. Que Dios te bendiga.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:

Por sus muestras de tolerancia y apoyo que han tenido para conmigo. De cada uno de ustedes he aprendido algo, y sin duda lo más relevante el saber que además de mis familiares puedo contar con ustedes.

“LA CONCILIACIÓN. UNA OPCIÓN VIABLE EN MATERIA PENAL ”

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

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	1
1.1.- FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL.	1
1.1.1.- Protección de Bienes Jurídicos.	4
1.1.2.- Prevención del Delito.	8
1.1.3.- Prevención de Reacciones Informales (Estabilización Normativa).	11
1.2.- LA FORMALIDAD DEL DERECHO PENAL.	15
1.2.1.- Principio de Legalidad.	16
1.2.2.- Principio de Proporcionalidad.	17
1.2.3.- Principio de Respeto a la Dignidad Humana.	18
1.3.- TEORÍAS ABOLICIONISTAS.	19
1.3.1.- Anarquismo y Marxismo.	21
1.3.2.- Criminología Crítica.	22
1.4.- FUNCIONALISMO Y DESFORMALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL.	24

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONCILIACIÓN.	27
2.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONCILIACIÓN.	27

2.2.- GRECIA.	28
2.2.1.- Constitución Gentilicia.	29
2.2.2.- Tesmotetas.	30
2.3.- ROMA.	33
2.3.1.- Justicia Familiar.	34
2.3.2.- Leges XII Tabularum. (Ley de las XII Tablas)	35
2.3.3.- Conciliación en Materia Penal.	37
2.4.- ESPAÑA (ORDENANZAS).	42
2.4.1.- El Cristianismo.	43
2.4.2.- Derecho Germano.	44
2.4.3.- Derecho Hispánico en la Temprana Edad Media.	47
2.4.4.- El Fuero Juzgo.	47
2.4.5.- Derecho Musulmán.	48
2.4.6.- Legislación Foral.	50
2.4.7.- La Tregua de Dios.	52
2.4.8.- Ordenanzas.	53
2.4.9.- Derecho Indiano.	54
2.5.- CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.	58
2.5.1.- Legislación Reglamentaria.	60
2.6.- MÉXICO INDEPENDIENTE.	60
2.6.1.- Imperio Mexicano.	61
2.6.2.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.	62
2.6.3.- Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana (1835).	62
2.6.4.- Proyectos Constitucionales 1840 – 1842 y Bases Orgánicas de la República Mexicana.	63

CAPÍTULO III

LA CONCILIACIÓN	65
3.1.- AUTOCOMPOSICIÓN Y HETEROCOMPOSICIÓN.	65
3.1.1.- Autocomposición.	67
3.1.1.1.- Desistimiento, Allanamiento y Transacción.	68
3.1.2.- Heterocomposición.	71
3.1.2.1.- Arbitraje.	72
3.1.2.2.- Proceso.	77
3.2.- CONCEPTO DE CONCILIACIÓN.	80
3.3.- NATURALEZA JURÍDICA.	81
3.4.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.	84
3.5.- DISTINGO ENTRE CONCILIACIÓN Y OTRAS FORMAS DE HETEROCOMPOSICIÓN.	90
3.5.1.- Mediación.	91
3.5.2.- Desistimiento. Allanamiento y Transacción.	95
3.5.3.- Arbitraje y Proceso.	96
3.6.- EL DERECHO PROCESAL Y LA CONCILIACIÓN.	97

CAPITULO IV

LA CONCILIACIÓN EN MATERIA PENAL.	101
--	-----

4.1.- LA CONCILIACIÓN COMO FACULTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO.	101
4.2.- PRESUPUESTOS DE LA CONCILIACIÓN.	116
4.2.1.- Querella.	116
4.2.2.- Confesión.	118
4.2.3.- Voluntad Conciliadora (Víctima / Victimario).	121
4.3.- ETAPAS DE LA CONCILIACIÓN.	126
4.3.1.- Individualización del Ofendido.	128
4.3.2.- Juicio de Idoneidad.	130
4.4.- EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA CONCILIACIÓN.	139
4.5.- LIMITES DE LA CONCILIACIÓN.	143
4.6.- RESULTADO DE LA CONCILIACIÓN.	146
4.6.1.- No ejercicio de la Acción Penal.	147
4.6.2.- Sobreseimiento por Perdón del Ofendido.	148
PROPUESTA	155
CONCLUSIONES.	158
BIBLIOGRAFÍA	162

INTRODUCCIÓN.

La tarea de impartir justicia, es sin lugar a dudas una de las actividades más importantes que le han sido confiadas al Estado. A través de ella ejerce de manera plena su soberanía, tiende puentes entre el ser y el deber ser, amén de que constituye hasta el momento el medio más racional para la resolución de conflictos.

Uno de los más grandes problemas que enfrenta en la actualidad, es el número creciente de asuntos que son sometidos al conocimiento de los Tribunales, lo que aunado a las formalidades que han de observarse en la búsqueda de soluciones, da como resultado un proceso lento, con elevados costos económicos y sociales, en donde las partes rara vez comprenden la complejidad y razón de ser de los actos que en él se desarrollan, así como la falta de unificación en los criterios de los tribunales y la existencia de la corrupción producen un sentimiento de desconfianza en la legitimidad de los fallos.

Así, en sus inicios, el presente trabajo surge con la finalidad de encontrar una alternativa que permita a los juzgados en materia penal deshogarse del cúmulo de asuntos, pero sin que ello implique un detrimento en la observación de las garantías que se han consagrado a favor del procesado.

Y, dadas sus características, la mejor opción resulta encontrarse en la conciliación, toda vez que puede ser practicada antes de incoar el proceso, puede hacer las veces de una criba que evite la saturación de los tribunales, además de que no obsta que se haya puesto en marcha la maquinaria jurisdiccional para intentar un arreglo que ponga fin al litigio. Al poseer una naturaleza autocompositiva, permite una solución rápida y duradera, pero sobre todo mucho más transparente.

Mas con el transcurso de la presente investigación se han abierto nuevos horizontes que nos permitieron descubrir que la inserción de un mecanismo conciliatorio dentro de un sistema penal, que atraviesa por una profunda crisis de legitimidad y de

resultados, no sólo repercutirá en una disminución en el número de consignaciones o de causas sujetas a instrucción, sino que por el contrario, aquello no es más que una apreciación superficial que no permite vislumbrar las implicaciones dogmáticas y los beneficios que puede aportar a los fines de pacificación social dentro de una comunidad que cada vez se torna más violenta.

En el primer capítulo dedicado al marco teórico conceptual, se abordan tópicos referentes a la función legitimadora de la existencia del *ius puniendi*, así como una descripción de las diversas metas que persigue el Derecho Penal, aclarando que en momento alguno se deberá ponderar alguna de ellas en detrimento de las restantes; por otra parte también nos ocuparemos de los principios garantísticos que permiten moderar la fuerza de la reacción estatal frente al delito. Todo ello con la finalidad de proporcionar un esbozo, libre de toda corriente ideológica, que nos permita ver de una manera racional y objetiva la razón de ser del aparato represor al servicio del Estado y mostrar que la conciliación puede contribuir al logro de las metas que con él se persiguen.

Dedicando el final de dicho apartado a la enunciación de algunas corrientes críticas, que por su novedad, arrojar aspectos rescatables e imprescindibles que vienen a conformar el sustrato ideológico que servirá, al final del presente trabajo, para justificar el intento de inclusión de medios alternativos dentro del sistema penal.

Parte importante en todo discurso encaminado a la disuasión, la constituye la enunciación de experiencias, es decir, de ejemplos aún cuando sean de antaño, y es así como el segundo capítulo nos ocupamos de la evolución histórica de la figura de la conciliación. Gracias a dicho recorrido a través del tiempo se logra demostrar que la solución de los conflictos a través de la avenencia de las partes es una práctica muy antigua dentro del derecho penal; y por si fuera poco, también se aportan elementos que permiten concluir que no es una creación del derecho anglosajón, como lo afirman muchos de sus detractores, y que incluso aún se encuentra vigente en algunos pueblos.

III

El tercer capítulo se refiere al análisis de la conciliación como una figura jurídica, iniciando por ubicar nuestro objeto de estudio dentro de las formas compositivas de los conflictos, lo que nos lleva de manera ineludible a establecer su naturaleza jurídica, así como el lugar que ocupa en nuestro sistema normativo a partir de su fundamento constitucional. Y para ahondar en su conocimiento se abordan las características que permiten distinguirla de otras figuras que le son similares.

Una vez que se tienen los elementos suficientes para comprender nuestro objeto de estudio, podemos iniciar los razonamientos tendientes a analizar los aspectos que permitan la viabilidad de la conciliación dentro del sistema penal. Éste será el contenido del cuarto y último capítulo, en donde partiremos de aquella facultad que la ley le concede al Ministerio Público para promover la conciliación de las partes involucradas en la comisión de un hecho ilícito, para desarrollar una serie de presupuestos, posibles contenidos, sistema de garantías —bajo la denominación de límites— y consecuencias que permitan su operación como un procedimiento particular en materia punitiva.

Esperando que el presente trabajo proporcione una visión general acerca de la compatibilidad que presenta la conciliación con respecto a las metas que desea alcanzar el derecho penal, al grado de que éste puede valerse de la conciliación como un instrumento para la obtención de dichos fines, ello previa realización de los ajustes y modificaciones dictadas por la naturaleza de los hechos que son objeto de la materia penal.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

El ser humano es un ser indigente, posee un cúmulo de necesidades insatisfechas y es a través de su imaginación, previo análisis de la realidad concreta, que logra determinar los medios a emplear para satisfacer dichas carencias, es decir, busca las actividades u objetos que habrán de producir el resultado querido.

Así, el Derecho surge como un medio a través del cual el ser humano satisface su creciente necesidad de seguridad; como creación humana lleva consigo un sentido, es una acción que se encuentra encaminada a la consecución de un fin, es decir, a través de él los hombres tratan de producir determinadas condiciones en una sociedad, condiciones que se reputan justas y que conllevan al bien común. En el mismo sentido Von Ihering manifiesta "En el terreno del derecho todo existe para el fin y en vista del fin: el derecho entero no es más que una creación única del fin..."¹

1.1.- FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL.

Tradicionalmente, en la literatura jurídica, al referirse a la misión del Derecho Penal se emplean de manera indistinta los vocablos función y fin, sin embargo existen autores que prefieren marcar una clara diferenciación entre dichos términos y sugieren no utilizarlos como sinónimos.

El vocablo "*función*" proviene del latín *functio* derivado de *functum*, supino de *fungi*, que en una de sus acepciones significa hacer, cumplir, ejercitar.

¹.- VON Ihering, Rudolf. "El fin en el Derecho". Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978. Pág. 213.

Mientras que el vocablo “*fin*” encuentra su raíz etimológica en latín *finis* objeto o motivo con que se ejecuta una cosa . Es el propósito determinante de una obra y para cuyo logro se programan las actividades.

Tal distingo entre función y fin es propio de la Sociología, y muy en especial del estructural funcionalismo; Emilio Durkheim entiende como función a “la correspondencia entre una institución social y las necesidades del organismo social”². se le debe entender como el conjunto de consecuencias “accidentales”, o no deseadas que provoca una institución en la sociedad en la cual se encuentra inserta. Recibiendo la denominación de fin las consecuencias que se pretenden conseguir a través de la actividad realizada por una institución.

Ahora bien, dentro del vocabulario de la Sociología existe los términos función latente que “...se refiere a las consecuencias no buscadas y no reconocidas de la acción social sobre otros actores o instituciones sociales ...” y función manifiesta que “Consiste en las consecuencias buscadas y reconocidas de la acción social sobre otros actores o instituciones sociales”. De lo cual se puede observar que incluso dentro de la Sociología no existe uniformidad en cuanto a las acepciones que se les pueden dar a los términos que le son propios.

Aunado a lo anterior debemos tomar en cuenta que el estructural funcionalismo es una corriente de pensamiento sociológico, descansa fundamentalmente en la teoría de la información, la lingüística y la cibernética. Pretende llevar a cabo una ordenación (concepto estructura/función) tratando de homologar a las ciencias sociales con las ciencias naturales. mostrando con ello las reminiscencias del concepto positivista, que Augusto Comte acuñó, a la Sociología al definirla como la ciencia cuyo objeto de estudio es la observación del comportamiento humano a fin de descubrir las “leyes”³ que lo rigen.

².- DI³ LA TORRE, Francisco y BEDOYA G. Maria Teresa. “Introducción a las Ciencias Sociales Dos”. Ed. McGraw-Hill. México (sic). 1994. Pág.114.

³.- Ibidem, Pág.23.

Enfrenta serios problemas al ser transpolado al campo jurídico, y muy en especial, al Derecho Penal, ya que como corriente ideológica no logra dar una cabal explicación al conflicto social (considera que todas las actividades sociales interactúan para lograr la estabilidad) y con ello no puede explicar el cambio social. Pero el talón de Aquiles se encuentra en el hecho de que ignora los significados que los individuos dan a sus acciones y se ocupa de sus consecuencias.

Desde nuestro punto de vista, resulta un tanto difícil, tratar de establecer un distingo tan categórico entre fin y función, ya que ésta última se encuentra íntimamente ligada a una meta o fin, toda vez que la noción original de función implica un doble contexto de sistema y de fin automáticamente, por lo que llega a formar una especie de simbiosis. Por ello en el presente apartado al referirnos a las funciones del Derecho Penal nos estaremos refiriendo a los fines que persigue esta rama del Derecho.

El conocer el fin que persigue el Derecho Penal conduce a la realización de una crítica a la legislación punitiva vigente, actividad que motivará la reforma o creación de ordenamientos encaminados a la consecución de tales objetivos, y asimismo permitirá una interpretación coherente con las metas propuestas.

Una vez realizadas las precisiones anteriores procederemos a abordar el tema que nos ocupará en este apartado.

La doctrina tradicionalmente aborda el tema de la justificación del "ius puniendi" a través de las "teorías de la pena", mas el Derecho Penal no sólo se puede explicar mediante la pena o la medida de seguridad, que si bien constituyen la consecuencia más relevante del mismo, debe tomarse en consideración la existencia de otros fines que le son característicos. Y es a través de los fines que persigue en donde radica la razón de ser del Derecho Penal y por ende su legitimación.

La ausencia de una institución que controle la desviación social dejaría que las agresiones quedaren al libre juego de las fuerzas sociales, lo que traería como consecuencia un costo mayor al que ocasiona la presencia de un mecanismo represor.

Pese a lo anterior se han enderezado críticas tales como que este Derecho coarta tanto la autonomía de quienes sufren una pena, como las libertades de quienes observan la norma para evitar la sanción en ella prevista. la respuesta a tales críticas se encuentra en su capacidad de reducir al mínimo posible el grado de violencia que se genera en una sociedad, encargándose de proteger al individuo no sólo de las agresiones provenientes de sus semejantes sino también de las propia actividad punitiva (sancionadora) del Estado. logrando con ello que el Derecho Penal se convierta en un generador de seguridad. lo cual redunda en una mayor libertad que por sí misma justifica su existencia.

Existen múltiples opiniones respecto a los fines que persigue el Derecho Penal. dentro de dicha diversidad encontramos que los fines primordiales lo serán:

1.1.1.- Protección de Bienes Jurídicos:

Este criterio es el más aceptado por la mayoría de los autores: siendo el bien jurídico "...Aquel que se encuentra amparado dentro de todos los aspectos del derecho..."⁴ El concepto de Bien jurídico surge bajo la figura del Estado Liberal, a través del cual se encuentra un principio que logra legitimar al Derecho Penal mediante elementos distintos a los de carácter ético, es decir se intenta llevar a cabo una separación legalidad/moralidad. Creando así un límite. el cual se debe respetar al momento de establecer que conducta será acreedora a una pena.

⁴.- PALOMAR De Miguel, Juan. "Diccionario para Juristas", Ed. Mayo Ediciones. México (sic), 1981. Pág. 174.

Es decir, los principios éticos serán entendidos como puntos de referencia para entablar una crítica a los ordenamientos, pero ya no serán utilizados como base de éstos. Es por ello que el bien jurídico se encuentra íntimamente ligado a los aspectos más trascendentales del Derecho Penal.

Es una concepción immanente al Derecho. siendo una categoría formal, es decir, es un criterio a utilizar para conseguir una sistematización, que permite discernir de que conductas se ha de ocupar el derecho y de cuales no, atendiendo a la escasa trascendencia de las mismas o al no significar un riesgo para la armonía del conglomerado social. De lo anterior se desprende la necesidad de realizar una delimitación entre los objetos materia de protección jurídica, que constituyen el género denominado bien jurídico. de aquellos que forman una especie que de manera exclusiva han de ser reglamentados por el Derecho Penal. Premisa de la cual se parte para la elaboración de una teoría del bien jurídico penalmente protegido.



El concepto de bien jurídico proviene de Birnbaum quien lo define como "un bien que jurídicamente nos incumbe a todos", concepto que resulta ser muy amplio e incluso vago, ya que puede dar cabida a elementos materiales o incorpóreos que sirvan para la satisfacción de las necesidades humanas. Por su parte Feuerbach lo entiende como "un derecho ajeno". Llegando a tal conclusión al considerar que el delito consiste en una lesión a "un derecho ajeno". Convirtiéndose en el centro alrededor del cual gira el injusto penal. entendiéndolo a este como el quebrantamiento o ataque al bien jurídico.

El neokantismo, que pregona la obtención de conceptos a través de los valores culturales, lo consideró como un valor, que al tratar de ser materializado puede incluir cualquier convicción o política propia de la clase social dominante, evitando ser así un límite al “ius puniendi”, ya que cualquier “deber” podía alcanzar la categoría de bien jurídico penalmente protegido y la infracción a dicho deber como merecedora de sanción penal.

Como consecuencia de lo anterior intervienen las teorías sociológicas en la construcción de un concepto que cumpla cabalmente con el fin limitador que le ha sido asignando, para ello agregan en su elaboración el contexto social, considerando al bien jurídico como una serie de condiciones que son esenciales para la preservación del orden social. Concepto netamente funcionalista que no escapa del riesgo de juzgar merecedoras de protección penal a las estrategias políticas que sean funcionales en una determinada sociedad, atendiendo a las necesidades de las masas, pero desdeñando al individuo.

De dicha concepción se desprende que las consecuencias de los hechos que lesionan los bienes jurídicos traspasan el plano particular (autor/sujeto pasivo), trascendiendo sus efectos a terceros, a ello se le denomina dañosidad social, por lo que la intervención del Derecho Penal se dará sólo en aquellos casos en que ésta sea grave, pero sin perder de vista el respeto al individuo, evitando con ello el riesgo de catalogar como bienes jurídicos meros valores morales.

Llegando así a la conclusión de que los objetos que han de obtener la categoría de bienes jurídicos susceptibles de protección penal han de reunir las siguientes características:

- Ser condición que posibilite el desarrollo del individuo.
- Su ataque implica una mella en la libertad del individuo, ya que le priva de los medios para su desarrollo en sociedad.
- A través del consenso social han sido plasmados en la Constitución, ya de manera formal o bien de manera tácita.

La última de las características antes enunciadas cobra mayor relevancia al momento de elaborar una teoría del bien jurídico penal, ya que la intervención penal sólo ha de justificarse en el supuesto de un ataque (o puesta en peligro) de un valor⁵ considerado de vital importancia, ello derivado de la grave restricción de libertades que implica la conminación penal o en el último de los casos la imposición de la pena. Debiendo existir una proporcionalidad entre el ataque al bien y la manera de proceder por parte del Derecho Penal.

Así al tratar de establecer cuales son los intereses vitales para la conservación de un orden social se atenderá al marco de referencia que proporciona la Constitución, que representa el fin o meta a conseguir, pero sin perder de vista al individuo que forma parte de la sociedad que será la receptora de la normatividad penal, que no es más que la realidad social que se experimenta.

No sólo será necesario que los objetos que reciban la categoría de bien jurídico penal se encuentren plasmados en el texto Constitucional, sino que además será necesario hacer una obligada referencia a criterios tales como la importancia del bien, la gravedad del ataque que le es inferido y la necesidad de su protección a través de la pena.

No perdiendo de vista el hecho de que “El bien jurídico penalmente protegible, aunque en muchos casos constituya una realidad permanente, está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad que ocupa un espacio y un tiempo determinados”.⁶

De lo expuesto con antelación desprende la importancia de la creación de un adecuado concepto de bien jurídico penal, ya que además de su fin legitimador también cumple con ser un límite del “*ius puniendi*” y un criterio orientador para la interpretación.

⁵.- Utilizando el término “valor” no en su sentido ético, sino como una condición vital para el desarrollo del ser humano inmerso dentro de la sociedad.

⁶.- SII.VA Sánchez, Jesús María. “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, Pág. 289.

Y como límite a la tipificación, antes de considerar una conducta como merecedora de sanción será necesario identificar el bien jurídico penal que será objeto de protección, así como la intensidad del ataque, ello atendiendo a criterios tales como el de necesidad y merecimiento de la pena, ya que no tendría razón de ser el tipificar una conducta cuando el bien jurídico que se prevé proteger pueda ser resguardado de manera efectiva por alguna otra rama del Derecho, o dicho ataque no sea de gran magnitud⁷.

1.1.2.- Prevención del Delito:

El derecho penal tiene múltiples fines, sin embargo creemos que el más relevante, en el ámbito social, es el reducir considerablemente las conductas delictivas. toda vez que el considerar que deba erradicarlas sería condenarlo de antemano al fracaso, tal misiva así entendida constituye un fin de carácter preventivo.

Debiendo cumplir dicho fin procurando disminuir la violencia que emplea el Estado. ello a través de una intervención mínima complementada con principios de corte garantista (garantías individuales y/o procesales).

Como principal herramienta, para la prosecución de tal fin, cuenta con la prevención general negativa, es decir, con la disuasión que a través de la norma se dirige a los ciudadanos. Amenaza que al concretarse se convierte en una prueba ineludible de la seriedad del Derecho Penal respecto a los comportamientos antijurídicos.

Ubicando tal prevención en la conminación normativa, toda vez que se parte del supuesto de que el hombre es un ser que se encuentra en aptitud de realizar un juicio

⁷.- Principio de fragmentariedad, según el cual, el derecho penal se ha de ocupar de los ataques más graves al bien jurídico penalmente protegido.

valorativo (ponderar) las ventajas e inconvenientes que trae consigo el actuar o no de un modo determinado.

Al respecto surgen diversas críticas que argumentan que ésta tesis ignora la irracionalidad del ser humano, o bien que se parte del presupuesto de un hombre netamente racional, dejando de lado otros aspectos psicológicos. Más, si bien es cierto, que el comportamiento humano se ve influido por factores que escapan del ámbito racional, no se debe olvidar que en un sistema de corte liberal que da cabida a todo un conjunto de garantías, es necesario partir del presupuesto de la racionalidad de los individuos.

Partiendo del hecho que la amenaza no impacta de la misma forma a todos, concluyen que la disuasión no opera en el grueso de la población, sino que única y exclusivamente en aquellos individuos que resultan ser vulnerables ante la misma, con lo que sólo se evita la comisión de los delitos que ellos pudiesen cometer. Resaltando que la disuasión no opera en delitos dolosos, en aquellos en los que intervienen factores psicopatológicos o con motivaciones diversas al afán de obtención de lucro.

Se le acusa de utilizar al ser humano como un medio para conseguir el fin, ya que el baremo de las penas estará determinado por el grado de intimidación que se produzca en los receptores de las normas, y tal grado dependerá no del que sufre la pena sino de la sensibilidad de resto de la población, es decir, la pena se fijará sin tomar en consideración el hecho sino que para ello se atenderá a circunstancia ajenas al mismo.

Sin embargo el argumento más fuerte en su contra radica en el riesgo que representa el elevar las penas en aras de prevenir el delito. Cada que se comete un delito se demuestra que la pena para él prevista no es la adecuada, por lo que la solución pudiese ser elevarla, lo que conduciría a penas cada vez mayores hasta agotar el catálogo con la imposición de la pena de muerte, imponiendo un estado de terror en el cual el Derecho Penal pasa de ser un garante de la libertad a un simple verdugo.

Conclusiones que no resultan ser del todo acertadas, ya que si bien es cierto la comisión del delito significa el fracaso de la pena para él prevista. no menos cierto es que también juega un papel muy importante la impunidad, ya que cuanto mayor sea el número de delincuentes que sean sometidos a juicio, menor va a ser el número de delitos. ello en virtud de la certeza que adquiere la imposición de una pena.

La distinción entre teorías retributivas (absolutas), prevención general y resocialización, es únicamente con fines académicos, pues resulta que en la práctica cada una de ellas se encuentran permeadas por aspectos propios de su contraparte. Así las teorías de la prevención general negativa recurren a las teorías de la retribución al momento de fijar la pena, con la intención de evitar la imitación de los actos que lesionan los bienes jurídicos, valiéndose de criterios tales como proporcionalidad y culpabilidad.

Esto último pudiese parecer imposible, ya que las teorías absolutas poseen la peculiaridad de sostener una negación de persecución de fines. más al legitimar la existencia de la pena retributiva ponen en manifiesto que al aplicar una sanción. ésta tiene consecuencias sociales y psicológicas, ya que confirman la existencia del Derecho y respecto del autor del delito es un medio de expiación; efectos o consecuencias que no son otra cosa que verdaderos fines (prevención a través de retribución). Es decir, realmente la pena no se justifica por sí misma sino a través de las consecuencias de su aplicación. Persiguiendo la obtención de las consecuencia deseadas de la pena se han dejado de lado las referencias a los valores absolutos como justicia y otros a que hace referencia Kant.

Además, como ya se apunto con antelación. entre estas teorías existe otro punto de coincidencia constituido por el presupuesto de racionalidad del ser humano, que en las teorías retributivas. y para el caso de la culpabilidad descansa sobre el presupuesto de una culpabilidad ligada al libre arbitrio; concepto bastante cuestionado, por lo que en la actualidad han surgido intentos por desligar a la pena de la culpabilidad, explicándola como una eliminación de la ventaja que de manera indebida se ha obtenido.

1.1.3.- Prevención de Reacciones Informales (Estabilización Normativa).

La sociedad, dependiendo de la época y de sus características propias, espera un determinado comportamiento de cada uno de sus miembros. cuando la conducta realizada no es la deseada se está en presencia de una “desviación social”, en cuanto el conglomerado se percata de lo anterior, por regla general, se produce una reacción en el mismo sentido de la desviación. ello motivado, quizá, por un instinto de conservación social.

Existen conductas que, a pesar del paso del tiempo y de los cambios experimentados por la sociedad, siguen siendo consideradas como antisociales. y dada su gravedad han sido tipificadas en los Códigos Punitivos, por lo que al ser consideradas como una “desviación social” también les resulta aplicable lo señalado con antelación .

Cabe hacer mención que la reacción jurídica en contra de tales conductas es una especie de la reacción social, que se diferencia de las demás por poseer un gran aparato institucional que la respalda, y su actividad se encuentra establecida a través de la legislación, por lo que constituye una reacción formal.

En este punto encontramos muy interesantes los argumentos expuestos por las teorías de la Prevención General Positiva, que se encuentran muy ligados a las vertientes psicológicas de la pena y al valor simbólico penal.

Existen dos versiones. la primera de ellas es creación de Hans Welzel. de fuerte raigambre ética. asigna al Derecho Penal la labor de reforzar los valores ético-sociales. además de internalizar dichos valores en los sujetos.

El actuar conforme a derecho (conciencia jurídica), es considerado como el valor máspreciado en una sociedad, razón por la cual las infracciones a las normas deben ser castigadas; argumenta que a través de la protección de tal valor, de manera subsidiaria, se protege a los bienes jurídicos, ya que una vez que se ha internalizado en los individuos, éstos orientan sus conductas hacia el respeto de dichos bienes: "...La vigencia de los valores éticosociales de la actitud interna es la condición de posibilidad de la protección de los bienes jurídicos. En un mundo de diablos no podrían protegerse los bienes jurídicos por muy extrema que fuera la coacción jurídica...".⁸

Se aparta de la retribución al afirmar que el fortalecimiento de la conciencia jurídica de la población se logra mediante la certeza de la realización del juicio de reproche y no de la severidad de la pena que sea impuesta como resultado de tal juicio. Ya que el proceso es "...un instrumento espectacular de estigmatización pública antes de una condena, ocupa ya el lugar de una pena como sanción primaria del delito, o más propiamente dicho, de la sospecha del delito...".⁹

La segunda versión, es el producto de la visión sistémica del Derecho Penal, sostenida por Günther Jakobs: prevención general ya que se pretende obtener un resultado en todos los individuos; y positiva porque ya no pondera el temor hacia la pena, sino que se fundará en los aspectos positivos sobre aquellos que han decidido no delinquir.

En este autor cobra relevancia el valor simbólico que posee el Derecho Penal, al cual le asigna la tarea de reforzar la confianza en el sistema.

Cuando se comete un ilícito no se está perpetrando un ataque a un bien jurídico, se está atentando en contra de una norma y con ello se está rompiendo el equilibrio existente en el sistema social. Desequilibrio que provoca desconfianza y descontento en la opinión pública.

⁸.- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ Conde, Francisco. "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Ed. Tirant lo Blanch Derecho, Valencia. 1989. Pág. 101.

⁹.- REYES Santana, Jorge. "Derecho Penal Mínimo" en revista Tepantlatl No. 3, Septiembre 2002. Pág. 37.

Por lo que al intervenir el Derecho Penal, lo que busca es mostrar que las normas no son letra muerta y por lo tanto deben ser respetadas, así logra recuperar la confianza en la eficacia de los cuerpos normativos, al contrarrestar los efectos que produce en los ciudadanos el saber que alguien no ha contenido sus impulsos.

Si en alguna ocasión se puso en duda la vigencia de la norma, mediante la pena se fortalece tal vigencia, así los ciudadanos se tranquilizan ya que continúa siendo válido el consenso respecto a que se cuenta con un modelo de organización social adecuado (todo funciona de acuerdo a lo previsto).

Esa tranquilidad que se obtiene al saber que el infractor ha sido sancionado, encuentra sus orígenes en complicados procesos psicológicos y tiene reminiscencias en la concepción primitiva de la retribución: a través de la pena se ve restablecido el orden preexistente para con Dios o bien con la sociedad.

Desprendiéndose que existe en la sociedad una necesidad psicológica de castigar: tal necesidad, por no denominarla venganza, se ve acallada mediante la imposición de la pena. sin embargo ésta debe reunir algunos requisitos para lograr tal cometido, entre ellos la sanción debe llevar implícita las percepciones de proporcionalidad y de justicia vigentes en el grueso de la población, o de lo contrario en vez de ser plenamente aceptada será rechazada.

En realidad ésta teoría es retributiva, ya que se preocupa por la imposición de una pena justa que evite una decepción de la comunidad, que ocasionaría la aparición de reacciones de venganza privada al no existir un sistema punitivo eficiente que controle las conductas desviadas.

Tales reacciones informales (vendettas) no son otra cosa sino delitos, ya que afectan bienes jurídicos del sujeto activo y de las personas relacionadas con él. posee características tales como: ser espontánea al conllevar una fuerte carga emotiva y al no estar apoyada en ordenamientos legales suele ser extremadamente grave.¹⁰

Como se podrán percatar, esta línea de pensamiento asigna demasiada importancia al sentir (clamor) popular en la determinación de la pena, ya que en ella deben estar contenidas las aspiraciones de la sociedad. Es decir, los principios que han de regular la imposición y cuantificación de la misma serán producto del consenso y no de una reflexión de principios contenidos en la Constitución.

El concebir un Derecho Penal basado en tales aspiraciones implica una grave instrumentalización del ser humano, ya que su estigmatización ha de servir para lograr la integración de los miembros de la sociedad. El delincuente pasa a ser el chivo expiatorio para contener los impulsos del subconsciente (necesidad irracional de venganza).

Para contrarrestar la objeción anterior, se trata de conciliar el fin preventivo con el respeto a las garantías, así al momento de la determinación de la pena se han insertado una serie de garantías a favor del delincuente (proporcionalidad, culpabilidad, etcétera), más no hay que perder de vista que éstas han sido definidas por la necesidad social y no con arreglo a los principios que han sido consignados en la Constitución, es decir, se han convertido en elementos decorativos, en suma han sido tergiversadas y realmente no constituyen un contrapeso para el sistema.

En la práctica, esta teoría conduce a la legitimación de los operadores políticos que falsean la realidad y de los de comunicación que los asisten (relación de cooperación por coincidencia de intereses entre operadores de diferentes agencias del sistema penal), a condición de que la población crea en esa falsa realidad y no requiera otras decisiones que desequilibrarían el sistema. Se renueva el despotismo ilustrado en nuevos

¹⁰.- Cfr. RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. "Penología". 2ed., Ed. Porrúa, México (sic), 2000. Págs. 47 y 48.

términos: la tiranía –que era preferible al caos en la vieja versión de Hobbes- es reemplazada por el engaño comunicacional, preferible al desequilibrio y quiebra del sistema.¹¹

En conclusión, el Derecho Penal debe ser orientado a la consecución de los diversos fines que le son propios, evitando centrar su atención de manera exclusiva en alguno de ellos, debiendo ser considerados en su conjunto y otorgándoles su adecuado valor en el contexto actual. Sólo así se podrán evitar las discusiones relativas a la instrumentalización del ser humano y evitar la comisión de los excesos que ha motivado la aparición de las críticas que se han mencionado en cada uno de los apartados que antecedieron.

1.2.- FORMALIDAD DEL DERECHO PENAL.

Cabe hacer mención que de manera paralela al Derecho Penal, grupos de convivencia social tales como la escuela, la familia, la iglesia y otras organizaciones de carácter no estatal comparten la tarea de protección de bienes jurídicos y fortalecimiento de los valores éticosociales de la acción, siendo en realidad verdaderos órganos de control social, en cuanto buscan el afianzamiento de las normas en su grupo social.

Los conceptos de norma, proceso y sanción están presentes en todo órgano de control social, sea formal o informal, ya que a través de ellos logran la confirmación normativa en su conjunto. Mas lo que distingue al Derecho Penal del resto de los órganos de control social es la formalidad que está presente en todos los ámbitos de su actuar.

La palabra formalidad proviene del latín *formalis*, que en una de sus múltiples acepciones significa: condiciones, términos y expresiones requeridos para la validez de un acto o instrumento.

¹¹.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. "Derecho Penal (Parte General)", 1ed. en Ed. Porrúa, México (sic), 2001, Pág. 58.

Para los fines que aquí nos ocupan, hemos de entender por formalidad, en un sentido amplio, al grado de previsibilidad, control y de vinculación a determinados principios en el actuar de un órgano. Tal formalidad se va adquiriendo con la continuidad de la instancia de control y con el grado de institucionalización de la misma.¹²

Ello surge como una necesidad de carácter garantista, ya que el Derecho Penal al intervenir afecta bienes de altísima valía: patrimonio, libertad corporal, etcétera, y dada la violencia con la que actúa, es necesario normar de manera clara y precisa su modo de actuar a fin de evitar arbitrariedades e irregularidades en detrimento de alguna de las partes relacionadas con el fenómeno delictivo.

1.2.1.- Principio de Legalidad

Principio legado por la Revolución Francesa y común denominador en el Derecho Penal Moderno. Contiene dos vertientes la primera de ellas denominada "garantía de seguridad jurídica" que impone al Estado el deber de publicitar las conductas que son permitidas y aquellas que serán sancionadas.

La segunda vertiente de dicho principio se ocupa de la legitimidad de las normas penales. es decir, al tipificar una conducta se está limitando la libertad de los ciudadanos. y ello sólo se podrá realizar a través de la ley, ya que mediante el proceso legislativo se ha recogido la voluntad de la mayoría sin menospreciar el punto de vista de las minorías: razón por la cual las decisiones judiciales se encuentran vinculadas a dicha legislación.

Principio que constriñe al legislador a elaborar normas precisas en su redacción, y que han de ser aplicadas por el órgano jurisdiccional, de manera estricta proscribiendo toda analogía.

¹².- Cfr. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ Conde, Francisco. Op. Cit. Pág. 116.

Quizá aquí se encuentre el talón de Aquiles para las propuestas de desformalización, ya que en la praxis ésta ha implicado la entrada en vigor de normas ambiguas e imprecisas que dejan la tarea de definir la conducta punible al juez, quien realizará materialmente la función legislativa, atento a fines político/jurídicos contingentes.

1.2.2.- Principio de Proporcionalidad.

Proporcional, del latín *proportionalitās*: disposición o correspondencia debida entre las partes de una cosa con el todo o entre las cosas relacionadas entre sí: en materia penal se refiere directamente al acto realizado por el delincuente y el merecimiento de una determinada pena, tomando en consideración el daño causado.

Es la existencia de simetría entre el delito cometido y la pena que le ha de corresponder al sujeto activo. Este principio, al igual que el anterior, se encuentra presente en los ideales de la Ilustración al tratar de erradicar las penas excesivas, con posterioridad se aplica como un límite a las medidas de seguridad, cuya duración era indeterminada. en la actualidad es principio rector para dosificar las penas.

La intensidad de la punibilidad establecida por el legislador, ha de estar determinada por la gravedad del delito, es decir por el grado de daño que se ha ocasionado a la sociedad (trascendencia del hecho). Y la intensidad del daño será a su vez producto de la valoración que socialmente le ha sido asignado al bien jurídico en atención a la utilidad de éste. Desprendiéndose que a mayor utilidad social del bien jurídico penalmente protegido mayor ha de ser su punibilidad.

No perdiendo de vista que no es el único principio al que se ha de atender al momento de individualizar la pena, ya que en ello también se deben considerar aspectos relacionados tanto con la peculiaridad —personalidad— del delincuente, como con las circunstancias exteriores de ejecución del hecho, entre otros aspectos, siempre y cuando

éstos aporten elementos para poder precisar el grado de culpabilidad, sobre el cual se fundamentará el *quantum* de la pena.¹³

1.2.3.- Principio de Respeto a la Dignidad Humana.

En los inicios del Derecho Penal Moderno este principio fue entendido como la eliminación de las penas corporales o infamantes, así como la mejora en las condiciones de ejecución de las penas privativas de libertad.

Posteriormente surge como producto de las principales críticas en contra de la resocialización, que provenían de razones ideológicas y prácticas, tales como la pretensión absoluta de modificar los esquemas de valores y conductas a efecto de reinsertar al delincuente en una sociedad compuesta por ciudadanos típicos (standard). Asumiendo el estado un papel de modelador que atenta en contra del principio de individualidad que nos permite diferenciarnos los unos de los otros.

Actualmente se le vincula con la “resocialización”, término al cual se le atribuye distinta significación, ya que se trata de abandonar las teorías del tratamiento (condenas indeterminadas) y en su lugar se adopta el principio de respeto al derecho que tiene el delincuente a ser diferente, rechazando así todo intento de imposición de esquemas de valores, ocupándose únicamente de la regulación de conductas humanas externas. Procurando allegar al delincuente de los elementos que le permitan un desarrollo armónico de su ser con apego a las reglas existentes.

Y por cuanto hace a la ejecución de la pena, se busca la sustitución de penas privativas de libertad de gran duración, ya que en la práctica ha sido ampliamente demostrado que lejos de lograr su fin de resocialización consiguen desocializar al delincuente, ya que la pena tiene consecuencias irreparables para la vida futura del sujeto.

¹³ .- Cfr. HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. “El Proceso Penal Mexicano”, Ed. Porrúa, México(sic), 2002.

Tratando de implantar instituciones alternativas que eviten tal desocialización. mas de nueva cuenta surgen cuestionamientos sobre sí al sustituir la pena privativa de libertad se está restando eficacia a la intimidación penal con la consecuente disminución en la prevención.

1.3.- TEORÍAS ABOLICIONISTAS.

Sin lugar a dudas el Derecho Penal es la única disciplina jurídica que se ve cuestionada respecto a su razón de existir, es decir. se pone en tela de juicio la legitimidad del derecho a castigar, así como de las instituciones que de él derivan. Discusión que es producto del problema de la legitimación del Estado, ya que tal derecho a la afectación de los bienes jurídicos del delincuente constituye una manifestación de la soberanía. además de que en el Derecho Penal se ven confrontados constantemente intereses de igual valía: defensa social, garantías individuales y libertad.

El abolicionismo constituye la corriente crítica más radical que existe. como su nombre lo indica, pugna por la desaparición del Derecho Penal y de todo aparato coercitivo, por considerar que los costes de su existencia son mucho mayores en comparación con los beneficios que con él se obtienen. al respecto Ferrajoli manifiesta:

Al coste de la justicia, que dependen de las opciones penales del legislador –las prohibiciones de los comportamientos que ha considerados delictivos. las penas y los procesos contra sus transgresores-. se añade por tanto un altísimo coste de las injusticias. que dependen del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal. Y a lo que llaman los sociólogos la “cifra negra” de la criminalidad –formada por el número de culpables que. sometidos o no a juicio. quedan impunes y/o ignorados- ha de añadirse

una cifra no menos oscura pero aún más inquietantes e intolerable: la formada por el número de inocentes procesados y a veces condenados ... en la que se incluye: a) los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva; b) los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultas de un procedimiento de revisión; c) las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular –verdadera cifra negra de la injusticia- de los errores judiciales no reparados.¹⁴

Limitando, a través de sus prohibiciones, la libertad del grueso de los individuos que observan los preceptos y, través de la inoculación, la de aquellos que han decidido violentarlos o de los cuales se tiene tal sospecha.

El pretender eliminar el Derecho Penal no es un ideal de reciente cuño, razón por la cual cuenta con un vasto número de exponentes y bases teóricas, que en diversas épocas, le han dado sustento, y por muy variadas que resulten, todas convergen en una valoración negativa del desempeño de éste órgano formal de control social.

Así encontramos argumentos que, apelando a la doctrina cristiana, consideran que los juicios de los hombres realizados por los hombres carecen de legitimidad alguna ya que no se posee la suficiente solvencia moral para juzgar a un semejante, además de que implica la apropiación de una tarea que sólo le corresponde a Dios; encontrándose las siguientes citas Bíblicas en Mateo 7,1 a 5 :

No juzguéis, para que no seáis juzgado.² Porque como juzguéis, así seréis juzgados: con la medida que midáis, con esa se os medirá.³ ¿Y por qué miras la paja en el ojo de tu hermano, y no te das cuenta de la viga que

¹⁴.- FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". 4ª ed. Ed. Trotta. Madrid, 2000, Pág. 210.

traes en el tuyo? ⁴¿Cómo le dirás a tu hermano: Déjame quitarte esa paja que llevas allí en el ojo, cuando tu llevas una viga en el tuyo? ⁵Hipócrita. sácate primero esa viga que llevas en el ojo, y luego podrás mirar para sacarle a tu hermano la paja que lleva en el suyo. ¹⁵

En el mismo sentido Romanos 2,1 a 3:

Dios juzga según las obras ¹ Por lo cual, eres inexcusable, tú que juzgas, quienquiera que seas. Porque en tanto que juzgas al otro, a ti mismo te condenas; porque tu que juzgas haces precisamente las mismas cosas. ² Bien sabemos que el juicio de Dios es ajustado a la verdad, contra los que hacen tales cosas. ³¿Piensas escapar del juicio de Dios tú, hombre que juzgas a quienes hacen tales cosas, si tú mismo las haces. ¹⁶

1.3.1.- Anarquismo y Marxismo.

Incluso existen teorías que le asignan un valor a las conductas antisociales por considerarlas como expresiones auténticas del ser humano, por lo tanto, las normas de cualquier índole, no poseen valor alguno. Tal es la posición del filósofo alemán Max Stirner, quien como todo anarquista considera que la mayor aspiración del ser humano es su libertad para expresarse y actuar, sin que exista estructura alguna que se lo impida¹⁷, razón más que suficiente para proponer la abolición de todo aparato punitivo.

¹⁵.- "Sagrada Biblia". Trad. Pbro. Agustín Magaña Méndez, 73 ed., Ediciones Paulinas S.A. de C.V., México (sic), 1998. Pág. 995.

¹⁶.- Ibidem Pág. 1138.

¹⁷.- "Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado". T. XI. Selecciones del Reader's Digest, México (sic), 1988. Pág. 3589. "...El Estado, la sociedad y la humanidad, no son sino formas evolutivas de religiones y antiguas idolatrias que implican un desprecio a la autonomía del hombre...".

Aún y cuando están a favor de la desaparición del Derecho Penal, los anarquistas, son proclives a la existencia de un control de tipo social. Las conductas delictivas son signos de las patologías existentes en una sociedad, que pueden ser corregibles a través de entes sociales y no mediante la pena, que no es sino un instrumento de defensa de las clases preponderantes. Siendo la meta a conseguir el establecimiento de una “sociedad primitiva”, en la cual la moral y el derecho sean uno mismo, logrando mediante la educación que los individuos se acostumbren a respetar las reglas básicas de convivencia, que implantarán los sentimientos de fraternidad y solidaridad.

Una vez superadas las propuestas anarquistas, el abolicionismo se nutre de la ideología marxista, que le atribuye al sistema penal la cualidad de ser el único responsable de la criminalidad, ya que aquel es producto de las clases dominantes y como tal etiqueta con el carácter de delictivas aquellas conductas que atentan contra los intereses de las clases que detentan los medios de producción, siendo el Estado (y por consiguiente todo medio de control) una estructura cuya finalidad es la preservación del sistema productivo vigente.

Concluyendo que aquello a lo que se le denomina “desviación social”, no es en sí una enfermedad que aqueja a la sociedad, sino mas bien, un acto de recomposición social, es decir, un medio a través del cual el proletariado puede lograr la justicia social: recuperar lo que de manera originaria le ha correspondido y le fuera injustamente arrebatado.

1.3.2.- Criminología Crítica.

Las versiones más recientes han surgido como consecuencia del fracaso del fin resocializador de la pena, encontrando un rico sustrato teórico en la llamada criminología crítica, que se ocupa del delito ya no desde una óptica individual (desde el punto de vista del delincuente) sino como un fenómeno social que ha de involucrar al autor, la conducta,

la reacción social y la víctima; calificando al sistema penal actual como selectivo, violento e inoperante.

Así los autores abolicionistas proponen a partir de la observación crítica del sistema, una privatización de los conflictos basada en el resarcimiento civil del daño que fuese ocasionado, valiéndose de procedimientos como la conciliación, la transacción y otras formas de composición propias del Derecho Civil, es decir, se busca una regresión a la antigua figura del rescate del derecho de venganza.

Pese al hecho de que el abolicionismo encierra un esfuerzo por humanizar al Derecho Penal se le reprueba la característica de confiar plenamente en la bondad del ser humano, motivo por el cual es frecuentemente calificado de utópico. Además, en su afán crítico confunde los sistemas penales autoritarios con aquellos de índole liberal, situación que no le permite reconocer las ventajas y aciertos que poseen éstos últimos, centrando su atención, de manera exclusiva, en los aspectos negativos existentes (negativismo penal).

Ofrecen como comprobación de sus propuestas las figuras alternativas existentes en las comunidades de algunos países nórdicos, en los cuales el fenómeno de la criminalidad es, en comparación con nuestros países, menor; además dichas comunidades no muestran un entramado social tan complejo como el nuestro.

Aunado a lo anterior, se argumenta que las supuestas alternativas sólo se ocupan de meros “asuntos de bagatela” en los que resulta relativamente fácil llegar a una composición, sin embargo, carecen de aplicación en los aspectos más relevantes del Derecho Penal, como pudiesen ser los delitos violentos.

En líneas precedentes hemos establecido que el abolicionismo contemporáneo ha tomado a la criminología crítica como su fuente teórica, asimismo cabe hacer mención que dicha corriente cuenta a su vez con detractores, que han aportado nuevos elementos que afectan de igual manera a las propuestas elaboradas por los autores abolicionistas.

Así, las posturas denominadas “realistas” parten del abandono del idealismo que ha considerado al delito como un fenómeno que responde a modelos conceptuales, para elaborar una noción del delito en la cual se le considere como un fenómeno que afecta por igual a las clases dominadas, siendo la mayor de las ocasiones las más aquejadas. y sin renunciar a su postura crítica proponen la elaboración de proyectos que involucren a los aparatos policiales y a las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia, con la finalidad de disminuir la criminalidad.

Como se puede observar, no se manifiestan por la abolición del sistema punitivo, ya que reconocen la eficacia de la conminación penal y la susceptibilidad de introducir mejoras, que a la larga aporten un acercamiento a los fines para los cuales ha sido creado.

El riesgo más grave al que se enfrenta al dejar en manos de la sociedad la resolución de los conflictos, consiste en las arbitrariedades y la falta de elementos garantísticos en la actuación de las instancias de control, que lejos de acabar con el monopolio estatal de “ius puniendi” terminaría en la creación de un ente de las proporciones del mítico Leviatán.

Lo más rescatable de las tendencias abolicionistas se encuentra en el hecho de que aportan elementos que conduzcan a una eventual despenalización de conductas que no tengan una trascendencia social muy marcada y con ello llegar al establecimiento de un Derecho Penal de mínima intervención.

1.4.- FUNCIONALISMO Y DESFORMALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL.

Desde el punto de vista del Funcionalismo la sociedad consiste en un conjunto de instituciones relacionadas que trabajan a favor del sistema en su totalidad con la finalidad de satisfacer sus necesidades: económicas, de control social, educación y organización política; eficiencia, utilidad y economía son aspectos primordiales.

Por cuanto hace a nuestra materia por funcionalismo se ha de entender la utilización de los instrumentos que le son propios al Derecho Penal con la intención de conseguir los fines de la política criminal, es decir, el Derecho Penal ya no es un límite a ésta, sino que ahora se ha convertido en uno de sus instrumentos.

Bajo esta nueva orientación a través del Derecho Penal se ha de buscar la consecución de una prevención eficaz del delito a través de eficientar la actuación de sus instrumentos: legislación sustantiva, legislación adjetiva, instituciones penitenciarias o de derecho penitenciario.

En aras de lograr tal efectividad, se ha observado una tendencia a eliminar algunos elementos de la formalidad que ha caracterizado al Derecho Penal. ya que “desde un punto de vista pragmático son ciertamente más un obstáculo que una ventaja ... vedan muchas fuentes que podrían ser extraordinariamente valiosas para la averiguación del delito...”¹⁸ además de considerar que la existencia de algunas garantías y de recursos ocasionan que la impartición de justicia sea lenta y costosa.

Lo anterior permite justificar la aparición de soluciones privadas de los conflictos, por ser más rápidas y sobre todo porque en ellas se reincorpora a la víctima en la solución del conflicto, ya que a través de la formalización el Estado ha hecho suyo tal papel, con la finalidad de proteger los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro.

La principal amenaza que pende sobre ésta tendencia consiste en el riesgo que implica el dejar la solución de algunos conflictos en manos de los particulares sin que éstos medios alternativos cuenten con garantías suficientes a favor del inculpado.

¹⁸.- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ Conde. Francisco. Op. Cit. Pág. 121.

Sin embargo la principal ventaja que se obtendría se ve reflejada en el alivio que experimentarían las instancia encargadas de procuración e impartición de justicia al ver reducido el número de asuntos a resolver, ocupándose solamente de aquellos delitos que realmente representen trascendencia social.

Los riesgos que representan los medios alternativos de solución de conflictos penales pueden ser contrarrestados si se les dota de las garantías correspondientes. es decir, si se observan las formalidades que han caracterizado al Derecho Penal, con ello se lograría la eficiencia de este último (al reducir la carga de trabajo) sin que perdiera los elementos que lo justifican y que a la vez lo legitiman.

La ventaja más importante que se obtendría al incorporar a la víctima dentro de tales medios de solución la constituye el hecho de que el conflicto sería resuelto de manera directa por los principales afectados y bajo la supervisión de órganos públicos. quienes no abandonarían su labor de protección de los bienes jurídicos. Además de que la mayoría de las ocasiones la percepción de la justicia, en la víctima, está íntimamente ligada con el concepto de reparación del daño.

Dotando así a la impartición de justicia penal de nuevos instrumentos que le permitan revitalizarse y estar acorde a las necesidades de una sociedad que experimenta un gran dinamismo.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONCILIACIÓN.

2.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONCILIACIÓN.

Los conflictos de intereses y las contiendas son fenómenos que se presentan con frecuencia en la sociedad, han seguido a la humanidad en todo lugar y tiempo, máxime cuando existe escasez de bienes satisfactorios. Las pretensiones de los actores son excluyentes entre sí y cada uno de ellos se inclina en la consecución de sus reclamos, desdeñando los de su contraparte.

Litis que altera la convivencia y que pone en peligro la paz, que es el fundamento del bien común y del desarrollo de la comunidad, como consecuencia natural surge la necesidad de poner fin a tales discordias, a través de medios eficaces y expeditos que garanticen el restablecimiento del orden que ha sido quebrantado.

Cuando el hombre siente lesionado uno de sus bienes, inevitablemente sus primeros impulsos estarán encaminados hacia una reacción violenta contra el daño que le ha sido inferido, defensa privada y venganza; derecho y fuerza son sinónimos en un caos que precede a la aparición del Estado.

Quien era víctima de un ataque a sus derechos se veía obligado a recurrir a la defensa privada, sin embargo no emprendía de manera individual tal empresa. el ataque provocaba en el aglomerado el mismo sentimiento de ultraje; la fuerza física regularmente se inclinaba a favor de quien le asistía la razón.

Los resultados de tal defensa eran moralmente aceptables cuando el ataque que la originó era a todas luces carente de fundamento o ésta no era justa. En caso contrario la

vendetta ocasionaba luchas atroces que lo único que aportaban era una espiral de odio y violencia.

En algunos otros pueblos la avenencia de tales conflictos era confiada a la divinidad, quien se manifestaba a través de oráculos, augurios, etcétera. Otras comunidades recurrieron a sus miembros más respetables (ancianos) para la solución de tales conflictos, ya que gracias a su autoridad y respeto, mediante sus consejos lograban calmar los ánimos de los contendientes, exhortándolos a finiquitar sus diferencias por medios pacíficos en beneficio propio y de su grupo; siendo así importantes factores de conciliación. Pero en todo caso sometiéndose a un poder superior.

Aún y cuando no existiera un orden jurídico plasmado en leyes escritas, la necesidad de solución de diferencias estaba contemplada por la costumbre, que es una de las manifestaciones primigenias del Derecho.

Surge así la Conciliación y la Transacción como las primera figuras creadas con la intención de resolver las controversias, y con posterioridad se recurre a ellas a efecto de obtener soluciones sin tener la necesidad de acudir ante los Tribunales. En la actualidad se les conoce como medios o mecanismos alternativos de solución de controversias, los cuales han ido evolucionando a la par de la sociedad, pues de lo contrario no podrán alcanzar los fines para los cuales fueron concebidos.

2.2.- GRECIA.

Los antecedentes más remotos que existen sobre la figura de la conciliación se encuentran en la Grecia antigua. Como es sabido en esa región de la península balcánica floreció una de las civilizaciones más sobresalientes del mundo mediterráneo, representada por las ciudades que los latinos denominaron los “dos ojos de Grecia”: Esparta y Atenas, la primera de ellas fundada por los lacedemonios hacia el siglo XII a. de J.C. célebre por su

gran poderío militar, resultado de ponderar el interés del Estado por encima de los individuos y de ser una colonia fundada después de la invasión al Peloponeso.

A diferencia de otras ciudades/estado, siempre sostuvo como forma de gobierno la monarquía, cuyo régimen jurídico, del cual se tienen pocas noticias, según la tradición fue obra de un legislador de nombre Licurgo¹⁹; quien en el siglo IX a. de J.C., después de consultar al oráculo de Delfos tomó el poder y reformó profundamente las instituciones civiles y militares, realizado lo anterior, hizo prometer a los espartanos que mantendrían tales leyes hasta su regreso de un viaje que emprendiera a la ciudad de Delfos, y del cual jamás retornó; sin embargo se cuestiona la existencia de tal personaje y se asume que los ordenamientos legales atenienses fueron el resultado de un largo proceso a través del correr de los tiempos.

La ciudad de Atenas fue fundada en la región del Ática por los jonios, a diferencia de Esparta, se distinguió por cultivar las actividades intelectuales, además de que en sus albores adoptó como forma de gobierno la monarquía, para después establecer un sistema aristocrático hasta consolidarse en la democracia, que es su principal legado a las ciencias políticas.

2.2.1.- Constitución Gentilicia.

Cuando los griegos irrumpen en el Ática se hallan en los umbrales de la civilización, a punto de salir del estadio superior de la barbarie; su vida estaba organizada según la constitución gentilicia, en cuatro tribus (*phylai*), cada una de las cuales se componía de tres fratrias (*phratiriai*) que se encontraban emparentadas entre sí; a su vez, cada fratria estaba formada por treinta gene que descendían de un antepasado común, y cada *genos* agrupaba a treinta familias.

¹⁹.- GARCÍA-PELAYO y Gross, Ramón. "Enciclopedia Temática Larousse". Tomo 1. 2 ed., Ed. Larousse, México (sic), 1988. Pág. 246.

Cada genos celebraba asambleas para decidir sobre los asuntos de importancia: elegir o deponer a sus jefes, redactar decretos y normas, administrar justicia, etc.: el jefe del genos concentraba las funciones de juez: En caso de muerte violenta, primero los parientes próximos, después los miembros de su genos, y por último, los de la fratría de la víctima tenían el derecho y el deber de perseguir al homicida ante los tribunales, por lo que existía un derecho de la venganza por sangre, y es aquí en donde encontramos el antecedente más remoto de la conciliación, ya que existe la figura del rescate pagado por el asesino como medio de compensar a los parientes de la víctima. A los miembros del genos les está prohibido pleitear entre sí fuera de su genos y, más aún servir de testigos de cargo contra un miembro de su propio genos. Esto era así porque el genos mismo administraba justicia a sus miembros.

La fratría contaba con un Consejo de ancianos (*Boulé*) que en sus inicios estuvo formado por los miembros más ancianos (*gerontes*) de la tribu. Pero, en tiempos de Homero lo integraban sujetos provenientes de la naciente aristocracia que se hicieron llamar basileis en lugar de gerontes. El Consejo era la autoridad permanente y fallaba en última instancia en los asuntos importantes, preparaba la toma de decisiones de la Asamblea de la tribu y asesoraba al *phylebasileús* quien era el jefe de la tribu en la administración de justicia. Acto que consistía en un arbitraje celebrado en presencia del pueblo, y que se desarrollaba con todas las ceremonias propias de una asamblea del pueblo. Los basileis actúan como mediadores individuales, no como jueces; no se podía forzar una decisión, sino que la solución debe ser aceptable para las partes en litigio. El anciano, cuya opinión era aceptada, recibía la paga por la mediación ofrecida.

2.2.2.- Tesmotetas.

Alrededor de los siglos IX y VIII a. de J. C. Teseo logra la unificación de las tribus del Ática y establece como forma de gobierno la monarquía, el rey (*basileus*) fue considerado como el depositario de las costumbres y las leyes, por lo que no resulta extraño el hecho de que en su persona se concentraban las funciones religiosas, administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Con el paso del tiempo se hizo presente la

evolución política, y de manera paulatina se fue limitando el poder que ejercía el monarca. ello se logró a través de dos vías: la descentralización de algunas tareas, tal es el caso del surgimiento del *polemarca*, cuya ocupación era la de dirigir al ejército; y el establecimiento de un término en el ejercicio del cargo, que de ser vitalicio paso a ser decenal hasta llegar a tener una duración de un año.

Tales limitaciones al poder del monarca se debieron a los abusos en que éste incurría, por lo que una vez depuestos los reyes, el gobierno pasó a manos de la aristocracia local (*eupátridas*), sustituyéndose el mandato de un solo hombre por el gobierno de un grupo integrado por descendientes de guerreros y propietarios de tierras, más tarde fueron incluidos acaudalados comerciantes y manufactureros. Ellos se consideraban especialmente calificados, ya por nacimiento o bien por su educación, para dirigir la ciudad y velar por su ventura.

Así surgen los *arcontes* (*archont, jefe o gobernante*) magistrados supremos del estado, cuerpo colegiado integrado en sus inicios por seis miembros y con posterioridad se aumenta a nueve. El primero de ellos fue denominado *epónimo*, quien ejercía una especie de inspección sobre el resto de las actividades públicas, siendo la máxima autoridad en los asuntos civiles, encargado del tesoro, resolvía los litigios familiares y se ocupaba de viudas y huérfanos. El segundo de ellos recibía el nombre de *basileus* encargado de los deberes religiosos que en antaño le eran propios al rey, organizaba los sacrificios y las fiestas religiosas, supervisaba el culto y los santuarios. El *polemarca* quien tenía bajo su mando al ejército, encargándose además de su organización.

Los seis arcontes restantes llamados *tesmotetas* (*plural de tesmotete, legislador*) surgen como auxiliares del rey, posteriormente con el establecimiento del arcontado van adquiriendo relevancia hasta llegar a constituirse en un órgano jurisdiccional y legislativo, ya que a ellos les estaba confiada la tarea de elaborar las leyes e impartir justicia; además dirigían las deliberaciones que se realizaban en el ágora e intervenían en la celebración de tratados con otros estados.

La conciliación se encontraba comprendida en la ley, a los tesmotetas se les hacía del conocimiento los hechos motivo del litigio, y una vez examinados, exhortaban a las partes a la elaboración de un acuerdo transaccional, el cual una vez celebrado por los contendientes daba fin al conflicto y tenía plena validez (fuerza de ley). Además en algunas legislaciones como la de Crotyna,²⁰ la conciliación era aplicable a los delitos de índole sexual,²¹ además de que estaba prohibido emprender un litigio sin antes haber intentado avenir a las partes.²²

Desde la creación de dicho cargo, tenían que someter su autoridad al pueblo en los asuntos de Estado, así como rendición de cuentas (responsabilidad política y jurídica); en el ejercicio de sus funciones llevaban una corona de mirto, emblema de su inviolabilidad, además estaba exento del pago de impuestos destinados a la construcción de naves (trierarquía).

La evolución histórica y política de Atenas se hizo presente en la figura de los arcontes, las leyendas señalan que la figura del arconte surge con posterioridad a la muerte de Codro ya que el pueblo resuelve que después de tal personaje nadie era digno de llevar tal título, por lo que sus descendientes llevarían el título de arconte, siendo así un encargo hereditario, que con posterioridad se limitó a diez años.

Con el transcurrir de los siglos se declaró que la estirpe de Codro se había degenerado y se hizo accesible tal magistratura a los eupatridas, mediante un sistema de elección realizado por la Asamblea del Pueblo (*Ekklesia*). Diversas reformas realizadas por Solón, Efilates y Clístenes mermaron el poder de dicha institución al compartir sus atribuciones con otros órganos, además que cualquier ciudadano podía aspirar a tal cargo mediante un sorteo realizado por la ekklesia, previa existencia de una lista de aspirantes surgidos de un detallado examen moral. La dominación romana redujo aún más sus atribuciones, hasta el punto de ser un cargo meramente ornamental.

²⁰.- Ciudad al sur de Italia (Calabria) fundada por los griegos en el año 710 a. de J.C.

²¹.- JIMÉNEZ de Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal" Tomo I, 5 ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, Pág. 330

²².- www.locriantica.it/personaggi/zaleuco

Cabe hacer notar que los pocos datos de que disponemos acerca de las legislaciones helénicas provienen de fuentes distintas a las jurídicas; por ello no es raro encontrar en los escritos de los filósofos de la época, así como de las tragedias, referencias a la conciliación como un medio para llegar a la composición: Homero, en la rapsodia XVIII de la Iliada, hace múltiples referencias a dicha figura al señalar "...Ojalá pareciera la discordia para los dioses y para los hombres, y con ella la ira, que torna cruel hasta el hombre sensato cuando más dulce que la miel se introduce en el pecho y va creciendo como el humo";²³ líneas más adelante al describir los grabados que adornaban el escudo que Efestos le confeccionó a Aquiles, hace referencia a una ciudad en la cual "... los hombres estaban reunidos en el foro, pues se había suscitado una contienda entre dos varones acerca de la multa que debía pagarse por un homicidio: el uno, declarando ante el pueblo, afirmaba que ya la tenía satisfecha; el otro negaba haberla recibido, y ambos deseaban terminar el pleito presentando testigos...".²⁴

Aristóteles recomendaba la conciliación al señalar: "... Ecuanimidad es saber soportar la injusticia. Es consentir que un diferendo se resuelva más por las palabras que por la acción; preferir remitirse a un arbitraje antes que al juicio de los tribunales, pues el árbitro ve la equidad y el juez sólo la ley; por otra parte, el árbitro no fue instituido sino para dar fuerza a la equidad ...".²⁵

2.3.- ROMA.

En todo trabajo en el cual se pretenda realizar un análisis de una institución jurídica resulta obligatorio hacer referencia a sus antecedentes en el Derecho Romano, en aquel conjunto de normas y figuras creadas por el espíritu pragmático de aquel pueblo de

²³.- HOMERO. "La Iliada", Tomo II. Ed. UNAM, México (sic), 1921, Pág. 108.

²⁴.- ibidem. Pág. 121.

²⁵.- ARISTÓTELES. "Retórica", Ed. Gredos, 1 era. Reimpresión, Madrid, 1994, Pág. 287.

la península itálica, cuyas aportaciones influyeron de manera determinante en la construcción de los sistemas jurídicos de occidente.

2.3.1.- Justicia Familiar.

Los primeros siglos posteriores a la fundación de Roma, se caracterizan por el predominio de las actividades pastoriles y agrícolas, adoptando como forma de gobierno la monarquía, su organización política y social giraba en torno de la figura del *paterfamilias*, quien era una especie de monarca doméstico con poder ilimitado en su *domus*.

Entre sus múltiples atribuciones se encontraba la impartición de justicia, como juez contaba con el derecho sobre la vida y la muerte de las personas sujetas a su potestad. El ejercicio de esta función se caracterizó por la severidad de las medidas empleadas para inculcar disciplina y las virtudes, que a la postre permitieron el florecimiento de su cultura. Era común que ante las infracciones más leves se impusiera la pena capital, para algunos autores ello es un signo de la barbarie primitiva de una cultura, sin embargo ello se debe, en gran medida, a que dichos pobladores no conocían otra forma de sancionar al vivo sino mediante la privación del único bien que poseía.

En este período no se conocen vocablos que sirvan de manera adecuada para la designación del delito y de la pena. *Delicta* y *crimina* son considerados como obligaciones morales. Por lo tanto cuando el miembro de una *domus* se resultaba agraviado por la comisión de un ilícito, todos los miembros de ella, y de manera especial, el *paterfamilias* se veía constreñido a vengar dicha afrenta, sin embargo, era factible conciliar y llegar a un arreglo a través del cual se resarcía el daño ocasionado mediante la entrega de una suma de dinero o, como compensación, se entregaba al infractor al *domus* de la víctima, a fin de que el *paterfamilias* de ésta decidiera ejecutarlo o someterlo a la esclavitud, surgiendo así lo que con posterioridad se denominaría *nox* o acción *noxal*. Cabe hacer mención que tales

procedimientos no se encontraban sujetos a ley alguna, todo ello dependía del arbitrio del paterfamilia.

El Derecho tiene una fuerte connotación religiosa, agrupa al *ius* (constituido por las *mores maiorum* o costumbres de los ancestros) y el *fas* (integrado por una serie de prescripciones relativas al culto). A los pontífices, como auxiliares del rey, les era confiada la impartición de justicia, ante ellos comparecen las partes en conflicto a fin de que aquellos realizaran un sacrificio, de cuyo resultado dependería el determinar cual de las pretensiones es acorde al *ius (iusta)*.

2.3.2.- *Leges XII Tabularum*. (Ley de las XII Tablas)

En el año 510 a. de J.C. la monarquía llega a su fin, dando lugar al establecimiento de la República, el periodo más largo en que se divide la historia de Roma. La figura del rey se ve sustituida por dos magistrados patricios denominados *cónsules*, quienes serán los responsables de las actividades jurisdiccionales y administrativas, con el aumento de la población, así como las constantes guerras, se ven en la necesidad de delegar sus tareas en otros funcionarios, por lo que alrededor del año 367 a de J.C. surge el *pretor*: magistrado que contaba con *imperium* y al cual se le confió la jurisdicción.

Las relaciones sociales en la ciudad se tornaron cada vez más complejas, por lo que fueron constantes las disputas entre los patricios y los plebeyos, descontento que llega a su culmen con el retiro de éstos últimos al monte Aventino, acción que obligó a los patricios a la creación de dos magistraturas denominadas *tribuni plebis* quienes serán los encargados de evitar los abusos de la oligarquía.

No conformes con lo anterior siguieron pugnando por alcanzar plena igualdad, así el tribuno Terentilo Arza propone al senado y a los cónsules hacer del conocimiento de la población las normas de derecho consuetudinario, con la finalidad de obtener certeza jurídica, así como reducir los abusos de los pontífices y magistrados de extracción patricia.

El senado se mostró reacio ante tal propuesta, y no es sino hasta el año 454 cuando por fin acceden ante tal petición y se ordena la creación de una comitiva que sería la encargada de la realización de tal propósito; según la tradición parten a Grecia a fin de estudiar las leyes de Sólon y Licurgo.

Al cabo de tres años el proyecto estuvo terminado, por lo que se suprimen todas las magistraturas y el poder es confiado a diez magistrados *decenviri legibus scribundis* los cuales además gobernar se encargaron de compilar y redactar el derecho consuetudinario. Sin lugar a duda una labor compleja que no pudo realizarse en el término que se les había fijado: un año, tiempo en el cual se redactaron 10 tablas. Como la tarea aún no había sido concluida se nombró un nuevo decenvirio que elaboró 2 tablas que venían a complementar a las anteriores.

Estas leyes fueron sometidas a la votación de los comicios por centurias y fueron aprobadas, ordenándose se inscribieran en tablas de madera o bronce y colocadas en el foro (centro político y comercial de la ciudad), razón por la cual a esta legislación se le denomina comúnmente como Ley de las XII tablas. Después de la destrucción de la ciudad, en manos de los galos, no es sino a través de la tradición oral como logran conservarse, gracias a ello en numerosos trabajos de los jurisconsultos romanos se hace cita de algunos de sus extractos, y no es sino hasta el siglo XVII cuando aparecen los primeros intentos de su reconstrucción.

Algunos autores niegan la existencia de tal legislación, señalando que no es más que una de las muchas leyendas creadas por los historiadores romanos, empeñados en presentar a Roma con la digna heredera de la cultura griega; mas siguiendo a Rabinovich-Berkman, quien señala que las normas fueron grabadas en doce tablas ya que existen algunas connotaciones supersticiosas en dicho número²⁶ aporta un argumento a favor de la existencia del Código Decenviral ya que en los inicios de la República aún no existía discriminación entre Derecho y Religión.

²⁶.- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. "Derecho Romano", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, Pág. 25.

Si dicho Código Decenviral no regulaba de manera expresa la conciliación entre las partes, lo cierto es que, prescribía a los magistrados la obligación de respetar y aprobar el convenio que, de manera previa a la concurrencia ante el juez, ha sido elaborado por los litigantes; así la Tabla I establece: “Si dum in jus veniunt, de transactum fuerit inter vocantem et vocatum, iat jus esto” o “Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Com peroranto ambo praesentes.” (Cuando pacten. anúnciese. Si no pactan, que lleven su causa al comicio o al foro antes de mediodía. Durante la exposición, que estén presentes ambos).

Cuando a una persona se le cuestionaba su derecho, ésta proponía se sometiera el asunto a un arbitraje; o bien se optaba por la realización de un juramento a cargo de la contraparte, respecto de la existencia o no del derecho que invoca. La negativa a la realización de dicho juramento, era una confesión tácita de la inexistencia de tal derecho o de la realización de la afrenta. El laudo que se obtenía del arbitraje, así como lo jurado, eran resoluciones obligatorias para ambas partes, ello debido a que se trataba de una métodos de resolución de conflictos fundados en el consentimiento de ambas partes.

2.3.3.- Conciliación en Materia Penal.

Mucho se ha discutido al respecto de que el Derecho Penal romano nunca alcanzó el mismo grado de perfeccionamiento que lograra el Derecho Civil, sin embargo tal argumento no es del todo cierto, tales afirmaciones parten de la inexistencia de una marcada diferenciación entre procedimiento penal y civil; confusión que es el resultado del hecho de que los romanos consideraban al delito como una deuda, y a la pena como el pago de la misma. Sin embargo, durante la república se ven surgir nuevas instituciones encargadas, de manera exclusiva, del conocimiento de los *crimina* y de los *delicta*, así a finales del imperio la mayoría de las conductas punibles penalmente eran consideradas *crimina* y estaban sujetas a procedimientos con características peculiares.

El sistema de conciliación obligatoria, así como la indemnización son muestras que evidencian el abandono del marco de punición domestica, evolución que a simple vista pudo haberse consolidado a partir de la publicación de las XII Tablas, sin embargo existen algunas versiones que sugieren que los decenviros sólo plasmaron en ley aquellas prácticas y costumbres previamente existentes, ello suena lógico si se recuerda que dicho cuerpo normativo surge como el reclamo de los plebeyos de certeza jurídica.

Las tablas VII y XII De delictus contienen normas de carácter netamente penal, predominando las de carácter adjetivas:

2.- *Si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto.* (Si le arrancó un miembro y no se avino con él, aplíquese talión.[Mutilado un miembro, si no hay transacción, impóngase al autor la pena del talión]).

3.- *Legitima ex lege duodecim tabularum: qui injuriam alteri facit, V et XX sestertitrecentorum, si servo, CL rum poenam subit... manu fustive si os fregit libero, poenam subit sestertiorum.* (La acción injuriarum legitima de las XII Tablas impone una pena de 25 sestercios por injuria a otro.. y si lesiona un hueso con la mano o palo a un hombre libre, páguense trescientos; si es esclavo, 150 sestercios).

4.- *Rupit (ias)... sarcito.* (Disposición general (discutida) sobre el resarcimiento del daño).

5. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur actio ex lege duodecim tabularum descendit quae lex vluit aut dari id quod nocuit, id est id animal noxiam commisit, aut aetimationem noxiae offerri.* (Si se dijese que un cuadrúpedo había causado daño, derivase una acción de la ley de las XII Tablas, que quiso que se diese lo que causó, esto es, el animal que hizo el daño o que se ofreciere el importe del perjuicio).

21. *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto.* (Si el patrono defraudare al cliente, sea execrado).

2 (Gayo, 4 75-76:) *Ex maleficio filiorum familias servorumque... noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere.* (Los delitos de los hijos de familia o de los esclavos generaron las acciones noxales, para que el paterfamilias o el amo pudiera a su elección o exponerse a la estimación de un juicio o entregar al culpable).

Como se desprende de los fragmentos que anteceden, se está en presencia de un Derecho Punitivo inmerso entre la frontera de la venganza privada (talio) y la composición voluntaria, es decir, son normas de transición entre la barbarie y la civilización.

Dicha legislación decemviral reconoce como delicta el *furtum* (robo), *damnum* (daño en los bienes) e *iniuria* (lesiones), concediendo a los agraviados sus respectivas *legis actionis*. Dentro de cada categoría se encuadraban diversas conductas aún cuando fueran diversas, poseían un carácter en común.

La incoacción de los procedimientos referentes a la comisión de los delicta, se regía por los principios generales del *ordo iudiciorum privatorum*, tenían verificativo ante el pretor, en su etapa *in iure* y ante el juez (*apud iudicem*); en sus orígenes la acción a ejercitar era el *sacramentum*, con posterioridad se conceden acciones especiales para cada delicta: *actio furtum concepti*; *actio fruti oblati*, *actio de pauperie*, *actio legis Aquiliae*; *actio iniuriarum*²⁷, etcétera .

El *furtum*, de *fur* que proviene del griego $\varnothing\omega\rho$, el que lleva algo; es la apropiación ilegítima de bienes (muebles) ajenos, dentro de él se encuentran el hurto entre cónyuges, el *sacrilegium* que no es sino el hurto de bienes pertenecientes a los dioses, el *peculatus* en

²⁷ .- Cfr. FLORIS Margadant S., Guillermo "Derecho Privado Romano" 4 ed., Ed. Esfinge S.A. de C.V., México (sic), 1995, Págs. 433 a 444.

tratándose de bienes del Estado, hurto de herencia, el robo (hurto violento), el elemento común de todas estas conductas es la sustracción del objeto.

Tal sustracción no era punible si no existía un detrimento en el patrimonio del dueño del bien, es decir, si el sujeto activo no experimentaba un enriquecimiento ilícito. Quien ejercitaba ésta acción debía precisar las características del objeto, solicitando, además, al pretor le permitiera buscarlo en la casa de aquella persona de la cual sospechaba había cometido el ilícito; el registro del domicilio era realizado en compañía de un auxiliar del pretor. Aquel se oponía a que su casa fuese inspeccionada o que una vez realizado el cateo y hallado el objeto, se negase a entregarlo se le presumía como autor del delito.

La ley de las XII Tablas sanciona tales conductas con la pena de muerte, sin embargo si no se trataba de *furtum manifestum*, es decir, cuando no existía flagrancia y el ladrón devolvía la cosa, cabía la posibilidad de que tanto ofendido como sujeto activo realizaran pláticas conciliatorias, en las cuales éste último recibía el perdón del ofendido mediante el pago de una cantidad por concepto de indemnización. Cabe hacer mención que tratándose del robo de bienes públicos no aplica la composición como una manera de sustituir la pena capital.

Como se ha adelantado, en un principio dicha cantidad era el resultado de la composición voluntaria realizada entre el delincuente y su víctima, con el paso del tiempo se establece que ha de ser el doble del importe del valor del bien, además de ser obligatorio para el ofendido el aceptar tales cantidades, en éste estadio la composición se encuentra contemplada en la ley, por lo que su realización es obligatoria; así tales montos fueron aumentado hasta llegar a fijarse el cuádruplo del valor; en el supuesto de no poder pagar tales cantidades, el delincuente era tratado como deudor insolvente.

Por *Damnun iniuria* se entendía la destrucción o merma en el valor de un bien mueble. Se acudía ante el pretor, con la finalidad de que dicho magistrado constatará la existencia de daño y lo cuantificara, tal funcionario gozaba de plena libertad al momento de

realizar la valuación del siniestro. Cuando el activo aceptaba su responsabilidad en el hecho, se fijaba el monto a cubrir, pudiendo la víctima y el delincuente convenir sobre la suma que éste último debía cubrir a fin de obtener la absolución, en el supuesto de que no se llegase a un acuerdo se atendía a la propuesta del pretor, por lo que el demandante se veía obligado a aceptarla bajo el concepto de reparación del daño.

Se ha dicho que el pretor al estimar el pago debido gozaba de un amplio arbitrio, siempre tomando en consideración : a) si el bien había sido destruido, se partía del valor que el objeto tenía en el mercado, ya al momento de ocurridos los hechos o un mes antes de ellos; b) si únicamente había sido dañado, se calculaba la pérdida de su valor en el mercado. En ambos supuestos se agregaba el importe de los frutos que se dejaron de percibir (perjuicios o *lucrum cessans*) y demás gastos realizados.

La negativa del inculpado ocasionaba la imposición del pago del doble de lo que el pretor, a través de su fórmula, solicitara al juez.

La iniuria, es la ofensa hacia un tercero, ya en sus bienes (*damnum iniuria*) o en su cuerpo (lesión corporal), siendo punibles la mutilación, la fractura y las lesiones. La ley de las XII tablas concedía acción al lesionado sin importar si la alteración en la salud fue ocasionada de manera intencional o por la falta de previsión debida por parte del activo. Cuando se estableció el procedimiento formulario, el pretor mediante sus edictos sólo concedía tal acción cuando se estaba en presencia de lesiones dolosas, ya que las ocasionadas por culpa eran equiparadas al daño en las cosas.

La mutilación era el caso más grave, para el cual estaba contemplada como pena el talio, facultando al ofendido a hacerse justicia por sí mismo, para el resto de los iniuria se aplicaban multas; con posterioridad de se evita la ejecución del talio retributivo a cambio de la entrega de una suma en dinero.

La víctima tenía el derecho de fijar el monto a recibir por la lesión inferida, sin embargo en los casos más graves el pretor señalaba tal cantidad, en el supuesto de no existir

acuerdo alguno sobre su pago, la cantidad a cubrir por parte del agresor podía ser reducida, siempre y cuando hubiese sido fijada por el ofendido, pero si la fijó el pretor se debía atenerse a ella.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la conciliación penal, en Roma, surge cuando el Estado se percató que el derecho de sangre altera la paz social y destruye las familias, por ello se niega al ofendido la facultad de hacerse justicia por su cuenta, por lo que interviene en la conciliación, instando a las partes a llegar a un arreglo, en el supuesto de que no existiera algún acuerdo, el asunto se turnaba ante el pretor cuya finalidad era el llegar a una composición, la cual tenía la característica de ser obligatoria para ambas partes. La primera tarea del pretor consistía en la comprobación de la existencia del daño y fijar el monto del mismo, realizado lo anterior si se demostraba la intervención del demandado en el hecho que originó tal daño, de nueva cuenta ambas partes debía ponerse de acuerdo en la suma que constituiría la indemnización, en el supuesto de arribar a un arreglo, finalizaba el procedimiento, más si las partes no conciliaban sus intereses se procedía a turnar el asunto ante el juez quien sería el encargado de emitir una sentencia penal.

Con el devenir de los tiempos, las instituciones jurídicas fueron evolucionando hasta alcanzar un grado de perfección muy encomiable, a pesar de lo anterior, la práctica de la conciliación siguió presente en la vida de los romanos; así Suetonio narra que en la metrópoli existió un templo dedicado la concordia, y con posterioridad a la muerte de Julio César, en su honor, se levantó una gran columna de mármol ante la cual asistía el pueblo con la finalidad de transigir en sus controversias, una vez que habían arribado a un acuerdo juraban en nombre del padre de la patria dar por terminada su disputa²⁸. Además de que algunos historiadores mencionan que en determinadas festividades solemnes era costumbre que los romanos solucionaran sus diferendos a través de la conciliación.

2.4.- ESPAÑA (ORDENANZAS).

²⁸.- SÜETONIO, Tranquilino Cayo. "Vida de los Doce Cesares", 5 ed., W. M. Jackson Inc. Editores, Buenos Aires, 1959, Pág. 53.

En el siglo III el imperio romano experimentó una profunda crisis que lo condujo a la pérdida de la unidad que lo había caracterizado, el ejército se convierte en el más importante punto de apoyo del poder político, originándose así numerosas revueltas en las que la soldadesca investía con el poder imperial a sus comandantes; aunado a lo anterior comienzan a registrarse las primeras oleadas de pueblos germánicos, quienes en un principio se mostraron pacíficos, tornándose después en violentos invasores.²⁹ Ello condujo al relajamiento de las costumbres e instituciones (religiosa, políticas y económicas), tal colapso condujo de manera inevitable al derrumbamiento del imperio.

2.4.1.- El Cristianismo.

Con la caída del imperio romano el mundo antiguo se ve envuelto en el caos, existen números reinos regionales, la instituciones jurídicas experimentan una terrible regresión: donde en antaño imperaba el orden ahora existía la anarquía propia de la barbarie. Mas la iglesia cristiana al ser declarada, por el emperador Teodosio, religión oficial fue adoptando algunos esquemas organizativos romanos y elaborando nuevos conceptos, por lo que durante varios siglos asumió el rol de verdadero bastión de la tradición romana, lo que permite la preservación del latín y de algunas instituciones jurídicas.

El Cristianismo influyo de sobremanera en la erradicación de la venganza privada: "... No os venguéis vosotros mismos, amados míos, sino dejad lugar a la ira de Dios; porqué escrito está: Mía es la venganza, yo pagaré, dice el Señor..."³⁰ prescribiendo a sus fieles la obligación de resolver, en primera instancia, sus conflictos a través de la conciliación fraternal: "...Si llevas tu ofrenda al altar, y allí te acuerdas de que tu hermano tiene algún agravio contra ti, déjala allí ante el altar, y anda primero a reconciliarte con tu

²⁹ .- ROMERO, José Luis. "La Edad Media", 19 reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México (sic), 1993, Págs. 10 -18.

³⁰ .- "Nuevo Testamento de Nuestro Señor Jesucristo" Antigua Versión de Casiodoro de Reina, Gedeones Internacionales, Philadelphia, Pennsylvania , 1960, Romanos cap 12, v. 19 Pág. 294.

hermano, ... Arréglate pronto con tu adversario mientras vas con él al tribunal. No sea que te entregue al juez, el juez al carcelero y te echen a la cárcel...”.³¹

Cuando no se lograba avenencia alguna, las partes en conflicto debían acudir ante las autoridades “civiles” constituidas con la finalidad de impartir justicia: “...Sométase toda persona a las autoridades superiores; porqué no hay autoridad sino de parte de Dios, y las que hay, por Dios han sido establecidas. ... porqué es servidor de Dios para tu bien. Pero si haces lo malo, teme; porqué no en vano lleva la espada, pues es servidor de Dios, vengador para castigar al que hace malo...”.³²

Así era común que los cristianos acudieran ante los Obispos con la finalidad dirimir sus controversias, dicho prelado buscaba la conciliación, sin embargo si ésta no se lograba actuaba como árbitro en el procedimiento. Tal fue la importancia de la función conciliatoria del Obispo que algunas Constituciones Romanas reconocieron su jurisdicción, facultándolo para el conocimiento de asuntos, aún y cuando éstos se estuviesen siendo substanciados por tribunales imperiales. Durante el bajo imperio se limitó tal jurisdicción, sin embargo se siguió recurriendo a ellos debido a la autoridad moral de la cual gozaban, además de que eran la única autoridad que se mantenía incólume ante las constantes convulsiones políticas.

2.4.2.- Derecho Germano.

En sus inicios el derecho germano o bárbaro, tenía una fuerte raigambre religiosa (la pena tiene el carácter de expiación) además de estar conformado de manera consuetudinario. En materia penal existe la venganza de sangre como una atribución de la estirpe del ofendido; ésta se ejercía no sólo en contra del delincuente, sino que alcanzaba a toda su familia (sippe), lo que ocasionaba sangrientas luchas.

³¹.- “Sagrada Biblia” Op. cit., Mateo cap. 5 v. 23 – 25, Pág. 994.

³².- “Nuevo Testamento” Op. cit., Romanos cap. 13, v 1 y 4, Pág. 294.

La conciliación era una figura desconocida para ellos, ya que como hemos apuntado, el vengar a un miembro de la sippe era una obligación a la cual no se podía renunciar; en consecuencia tampoco era posible la existencia de la composición ya que “consideraban poco digno llevar a los hijos muertos en la bolsa”.³³

Con posterioridad abandonan la concepción religiosa de la pena, se le asimila como una venganza pública, partiendo de la idea de que el Derecho es el orden y la paz, por lo que cualquier trasgresión a él implica la ruptura de la paz, o como ellos lo designaban *friedlosigkeit*, cuando el delincuente había atentado contra una disposición de índole pública la pena capital podía ser ejecutada ya por el ente gobernante o bien por cualquier habitante, sin que ésta ejecución constituyese un nuevo delito ya que existía un estado de *inimicitiae* entre el agresor y la comunidad.

Cuando el ataque afectaba intereses privados, el estado de enemistad (*faida*) existía sólo entre la familia del delincuente y de la víctima, otorgándose a ésta última el derecho de venganza de sangre (*Blutrache*). Es así como surge el rescate de sangre o la compra de la paz, que no es otra cosa que una composición, es decir, el pago de una determinada cantidad con la intención de que la sippe ofendida no ejercitara el *Blutrache*, el aceptar o no tales sumas correspondía de manera exclusiva al ofendido o a su familia.

“El absolutismo del bajo imperio [romano] y las tradiciones jurídicas y administrativas que lo acompañaban triunfaron poco a poco frente a las tradiciones germánicas...”,³⁴ ello debido en gran parte al hecho de que la aristocracia germana convivía con la antigua aristocracia romana, ésta última poseía gran experiencia política y contaba con sapiencia jurídica, razón por la cual no tardó mucho tiempo para que ocupara puestos administrativos y judiciales en los reinos nacientes y desde tales posiciones se elaboraron legislaciones que aseguraron los derechos civiles de los vencidos, sin que ello representara un menoscabo en la autoridad de los conquistadores, lo que dio como resultado una “romanización” de las nuevas instituciones.

³³ .- VILLALOBOS, Ignacio. “Derecho Penal Mexicano (Parte General)”. 5 ed., Ed. Porrúa, México (sic), 1990, Pág. 105.

³⁴ .- ROMERO, José Luis. Op. cit. Pág. 24.

Tal asimilación de los sometidos influye, entre muchas otras cosas, en la imposición con carácter de obligatoria de la composición como medio para restablecer la paz, y aquel que no respetara la renuncia a la venganza privada sería castigado. La suma debida, por concepto de compra de la paz, era fijada, en sus inicios, por el común acuerdo entre las partes y con posterioridad fue fijada atendiendo a la costumbre.

En su estadio más avanzado se fijó a través de baremo el monto a pagar por concepto de compensación, atendiendo a la parte del cuerpo lesionada y a la posición social de la víctima. Surgiendo términos como *wergeld* (precio del hombre), *friedegeld* (precio de la paz) y *buse*, vocablos respecto a los cuales los autores no se han puesto de acuerdo, por ejemplo Carranca y Trujillo sugiere que la reparación del daño era entregada a la víctima del delito, recibiendo el nombre de *wergeld*, mientras que el pago por el rescate de la venganza se realizaba a la familia del ofendido denominándolo *buse*, aunado a los conceptos de pago antes referido, el delincuente debía enterar al Estado una suma, *friedegeld*, como pena pública.³⁵

Mientras que algunos otros señalan que *wergeld* es la indemnización, en pecuniario, más elevada que se ha de entregar a la familia de la víctima en el delito de homicidio; en consecuencia la *buse* es la reparación del daño en cualquier otro delito. En todo caso se debía pagar al estado, por haber intervenido como mediador en la conciliación, la *friedegeld*.³⁶

Así durante mucho tiempo el Derecho Penal Alemán contempló a la conciliación como un medio para llegar a la composición, figura que representaba el pago expiatorio del delito, constituyendo el núcleo de las penas aplicables. Lo que sin duda significó el primer paso hacia lo que ahora conocemos como asunción del Estado del monopolio de la acción penal. La relevancia de ésta etapa histórica radica en el hecho de que a través del

³⁵.- CARRANCA y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano (Parte General)". 11 ed., Ed. Porrúa, México (sic), 1977, Pág. 96.

³⁶.- VILLALOBOS. Op. Cit. Págs. 105 y 106.

restablecimiento de la paz mediante el resarcimiento del daño aseguraba, al mismo tiempo, el cabal cumplimiento de la función reparadora del bien jurídico penalmente protegido.

2.4.3.- Derecho Hispánico en la Temprana Edad Media.

En la península española con anterioridad a los romanos, existieron múltiples pueblos tales como: celtas, liberos, fenicios y griegos. Con la caída de Cartago la hispania fue agregada como una provincia más de Roma; en las ciudades se aplicaba el derecho romano, sin embargo en las poblaciones rurales seguían vigentes los usos y costumbres prerromanos.

Con la invasión bárbara, Roma atrae a sus tropas hacia la metrópoli, por lo que los territorios hispánicos quedaron a merced de los pueblos germanos (vándalos, suevos y alanos) quienes implantaron sus usos jurídicos. Así los visigodos se establecen en definitiva, creando bajo el mando de Eurico uno de los reinos más poderosos de Occidente, y ya desligado de Roma se ve en la necesidad de crear un cuerpo jurídico que reúna todas las normas que de manera consuetudinaria se encontraban vigentes, surgiendo en el año 475 el Código de Eurico.

Dicha codificación reunía el derecho visigótico, por lo que no resulta extraño que en ella estuviera comprendida la conciliación a través del sistema compositivo, al cual se ha hecho referencia en líneas precedentes, conservando la características de ser obligatoria, ser una pena pública impuesta en función de la gravedad de ilícito cometido, además de atender a la posición estamental del agresor, lo que traía consigo variaciones en los montos de la *buse* y de la *wergeld*.

2.4.4.- El Fuero Juzgo.

Como los habitantes de España habían conocido el Derecho Romano, muy superior al germánico, aquellos siguieron aplicando el primero de los mencionados lo cual

motivó a la elaboración de una compilación de tal derecho, la cual vio la luz en el año 506 bajo el nombre de *Lex Romana Visigothorum* (Breviario de Alarico), conformándose así un derecho con rasgos romanos y germanos.

Entrada la Edad Media el Derecho experimenta una mezcla de elementos romanos, bárbaros y canónicos, lo que arroja ordenamientos que luchan en contra de la venganza privada, pero que al mismo tiempo contemplan penas inhumanas impuestas a través de procedimientos de carácter inquisitoriales, en donde la *regina probatorum* era la confesión.

La población hispanorromana y la germánica comenzaron a mezclarse y pronto surgió la necesidad de unidad territorial y religiosa, pero sobretodo el sentimiento de identidad obligó a la creación de un ordenamiento normativo que se aplicara a todos los vasallos del reino, a través de varios Concilios se elaboró el *Liber Iudiciorum* -Libro de los Jueces-(Fuero Juzgo año 654), legislación que presenta una fuerte influencia romana y canónica, aunque también se encontraban presentes, en menor medida, figuras germanas.

El Fuero Juzgo es de suma importancia para el estudio de nuestro tema, pues en su Ley XV, Título I, Libro II se encuentra uno de los antecedentes más antiguos de la conciliación, ya que instituye la figura del "*pacis adsertores*" (mandaderos de paz), personajes que eran nombrados por el rey con la finalidad de que tomaran conocimiento de una controversia, y en la cual intentarían conciliar a las partes contendientes.

Cabe destacar que tales avenidores no conocían más que de las contiendas que les eran encomendadas por el rey, por lo que no tenían el carácter de permanentes, además de que una vez iniciada la substanciación del juicio ante tribunales no se podía arribar a una transacción, pues dicha legislación lo prohibía de manera expresa.

2.4.5.- Derecho Musulmán.

En el año 711 Tarik, aprovechando la diferencias existente en el seno de la monarquía visigótica encabezada por Don Rodrigo, al mando de un ejército expedicionario de beréberes invade el sur de la península española y sus rápidas campañas culminaron en el año 714 con la ocupación de casi todo su territorio; la monarquía visigótica se refugió en las montañas del norte (Pirineos), estableciendo pequeños reinos con un poder muy reducido, en comparación con sus antecesores. En dichos territorios teóricamente seguía vigente el Fuero Juzgo, sin embargo debido a la nula cohesión política y a la pobreza de dichas regiones, sus habitantes dilucidaban sus conflictos a la luz de sus tradiciones jurídicas, en su mayoría de origen germanas y prerrománicas.

Los mozárabes, es decir, los cristianos que habitaban los territorios bajo el control de los musulmanes, por convenio expreso siguieron profesando el culto y aplicando el Fuero Juzgo, esto último debido a que el Derecho Musulmán se encuentra íntimamente ligado a la religión.

Por cuanto a su Derecho Penal, la víctima del delito o en su defecto el pariente varón más próximo (*vali*) son los facultados para asistir ante el juez y exigir la punición del delincuente. En sus orígenes se vio influido por elementos provenientes de culturas como la judía; por lo que se penaban con la ley del talión delitos como el homicidio y las lesiones, mas cuando se estaba en presencia de alteraciones a la salud de poca trascendencia o cuando existiese el riesgo de inferir un daño mayor al ocasionado, el talión era remplazado por la composición. Mahoma contribuyó a tal transición, ya que el Corán contemplaba la posibilidad de renunciar a la venganza privada mediante la percepción de dinero o de ganado.

La composición era considerada como un pago realizado para librarse de la venganza privada; además de también era posible intentar un arreglo amigable, dicha conciliación era intentada por los ancianos jefes de las tribus y de manera preferente dentro de las festividades religiosas.³⁷ Incluso era perfectamente válido que como resultado de tal

³⁷ .- JIMÉNEZ de Asúa, Op. cit., Pág. 738.

conciliación la víctima del delito renunciare tanto a la venganza como a la composición. siempre y cuando tal decisión se hubiese tomado de manera libre.

También se contempla la renuncia voluntaria al talión mediante el pago de una compensación pecuniaria, cuyo monto a pagar por dicho concepto se fija de común acuerdo por las partes; con posterioridad se implanta un sistema de sumas preestablecidas para el homicidio doloso, las cuales eran superiores en comparación con el homicidio culposo.

Con posterioridad se excluye el talión de los delito culposos y su lugar lo ocupa la composición, que ahora será obligatoria y con montos fijados en pecuniario o en ganado. Aunque también cabía la posibilidad, tratándose de esclavos, de que una vez que la víctima hubiese sanado de la lesión que le fue inferida se presentara ante el juez, éste apreciaba el defecto permanente que presentaba el esclavo, procediendo a calcular la merma que en su valor de venta ocasionaba, por lo que el delincuente debía cubrir dicha cantidad.

2.4.6.- Legislación Foral.

En el año 718 los ejércitos de don Pelayo logran derrotar a los musulmanes en Covadonga, tal batalla marca el inicio de la etapa de resistencia denominada Reconquista; en éste período histórico surge la legislación foral.

El aislamiento de los territorios cristianos produjo que cada región tuviese un gobierno propio, y en consecuencia una legislación acorde a sus necesidades, por lo que fueron surgiendo cuerpos normativos de carácter provincial denominados "fueros". Las poblaciones arrebatadas a los musulmanes reclamaron autonomía y por consiguiente la elección de su propio derecho vigente, en otros casos el privilegio de contar con la facultad legislativa fue una concesión que, como premio, otorga el rey a los señores que a través de sus propios medios organizaron la defensa de una parte del territorio español.

Las cartas pueblas otorgadas con la finalidad de repoblar territorios, en la mayoría de las ocasiones también contemplaban el otorgamiento de la función legislativa al cabildo

municipal o al señor, en tratándose de señoríos. Existiendo una amplísima variedad de fueros provinciales y municipales.

El rasgo que es común a todos estos fueros lo constituye el hecho de ser leyes realizadas de manera apresurada debido a las circunstancias, además de ser extremadamente casuísticas y representan el resurgimiento de las prácticas germanas: reaparecen conceptos tales como el derecho a la venganza privada y la privación de la paz.

El delincuente era declarado “enemigo”, y en consecuencia debía pagar una cantidad en numerario, procediéndose a ordenar su destierro de la ciudad, en algunos fueros se le concede un término de hasta nueve días para ello, transcurrido dicho tiempo el ofendido y su familia podía dar muerte al delincuente, sin temor a ser sancionados.

Tal venganza se podía evitar a través de la composición, figura mediante la cual se restablecía la paz con la víctima. Las cantidades que para tal efecto se cubrían recibieron el nombre de *cotos* o *caloñas*. Algunos fueros contemplaban la realización de convenios entre víctima y agresor, en los cuales se otorgaba a éste último una “carta de perdón” y se solicitaba a la autoridad que no persiguiera el delito.

A este respecto Jiménez de Asúa señalaba que la excesiva crueldad de las penas comprendidas en los fueros tenían como finalidad el constreñir al delincuente a intentar la composición,³⁸ aunque también conviene no perder de vista que tales atrocidades y la persistencia de las ordalías son muestra del retroceso que experimenta el Derecho Penal en dicha etapa histórica.

Cabe hacer mención que las Ordenanzas Municipales son disposiciones que tienen como finalidad regular la organización y funcionamiento de los pueblos y villas, pretenden reglamentar todas las actividades de la comunidad, así como el aprovechamiento de los recursos naturales disponibles; algunas son producto de los usos y costumbres, otras van surgiendo de la necesidad de dar solución a los nuevos conflictos surgidos por el

³⁸.- Ibidem Pág. 244.

aumento de la población. En cuanto a objetivos y estructura son similares todas ellas, encargándose en sus primeros títulos a establecer las reglas relativas a la administración de justicia, integración del cabildo municipal; los títulos restantes se ocupan de situaciones de muy diversas y peculiares de la villa en cuestión.

En materia jurisdiccional el alcalde, o bien el corregidor, es el encargado de la impartición de justicia debiendo ocupar determinados días a la semana en conceder audiencia a los pobladores —oír pleitos—,³⁹ quienes acudían ante él con la finalidad de solucionar sus controversias, por lo que no resulta extraño que el alcalde en la mayoría de las ocasiones promoviera la conciliación con la intención de evitar resentimientos entre sus gobernados.

2.4.7.- La Tregua de Dios.

Otra de las figuras de cuño medieval que contribuyó a la erradicación de la venganza privada es la Tregua de Dios, concepto surgido a partir del siglo XI en el Derecho Canónico como resultado de la máxima "*Ecclesia non sinit sanguinem*", a través de la creencia de que la paz es la base del derecho se promovió el establecimiento de la Paz de Dios con la finalidad de disminuir las agresiones entre señores feudales y los siervos miembros de la gleba.

En múltiples concilios se intentó persuadir a los monarcas y señores feudales a la adopción de una paz permanente, sin embargo tales intenciones fracasaron, adoptándose una posición más moderada que dio como resultado treguas de carácter temporal: los primeros miércoles, viernes y sábados de cada estación del año; desde el primer domingo de adviento y hasta la fiesta de la Epifanía del Señor; y en otras festividades.

³⁹.- En algunas ordenanzas como las de la Ciudad de Silos, el corregidor estaba obligado a dedicar tres días de la semana (martes, miércoles y viernes) para conceder audiencia a los pobladores, ocupando una hora para cada asunto, salvo que éste revistiera gran importancia. – en FRANCO Silva, Alfonso. "Estudio sobre Ordenanzas Municipales (Siglos XIV – XVI)". Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, España, 1999. Págs. 26, 186 y 196. -

El antecedente de la Tregua de Dios se encuentra en la festividad judía denominada Jubileo. La palabra jubileo proviene de “*jobel*”, nombre con el cual se designaba a la trompeta, cuerno de carnero, con el cual se congregaba al pueblo de Israel y se anunciaban las solemnes fiestas del templo.

Los judíos, de conformidad con la ley de Moisés, descansaban el séptimo día (*Shabat*) y lo dedicaban a la adoración de Dios, de igual manera denominaban año sabático al séptimo año (Éxodo c.23 v. 11) en el cual se dejaba de cultivar la tierra, se otorgaba el perdón al prójimo y se liberaba a los esclavos (Deut. c.15 v. 1,2 y 18) .

El año cincuenta, es decir, después de siete años sabáticos se celebraba el año jubilar (Lev. c.25 v. 8) el cual era un año santo dedicado a Dios: un año de liberación, ya que se concedía la libertad para todos, incluso para los esclavos; y de justicia toda vez que la tierra se regresaba a sus propietarios originales.

Por lo que la Iglesia aprovechó tal tradición y presenta a Cristo como el jefe del nuevo pueblo que proclama un nuevo jubileo, “... El espíritu del Señor está sobre mí porque me ha ungido para dar buenas noticias a los pobres; me ha enviado a anunciar a los cautivos su liberación, y su curación a los ciegos; a aliviar a los oprimidos, a anunciar el año favorable del Señor ...”,⁴⁰ así la Tregua de Dios es un tiempo de reconciliación entre los adversarios, es decir un tiempo de conversión en el cual se han de perdonar no sólo las deudas sino buscar mediante la conciliación la solución de los conflictos (penitencia extrasacramental).

2.4.8.- Ordenanzas.

A partir del siglo XII el Derecho Mercantil Español se independiza del Derecho Civil, surgiendo así la jurisdicción consular, recibe ésta denominación toda vez que los tribunales encargados del conocimiento de los asuntos relacionados con el comercio son denominados Consulados, presididos por el Prior quien es auxiliado por los cónsules.

⁴⁰ - “Sagrada Biblia”, Op. cit., Lc c.4 v. 18 y 19, Pág. 1047.

Las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla contemplan la figura de la conciliación voluntaria, previa a la admisión de la demanda, en la cual las partes llamarían a terceras personas cuya función sería la de auxiliar al Prior y a los Cónsules con la finalidad de lograr un acuerdo, aunque también tenían la facultad de realizar avenencias extrajudiciales y actuar como árbitros. En el año de 1737 la conciliación se convierte en obligatoria siempre y cuando exista posibilidad de llegar a ella; las partes procedían a exponer de manera verbal sus acciones y excepciones, hecho lo anterior se intenta avenirlas, de no llegar a acuerdo alguno se admiten el escrito de demanda. Este procedimiento es adoptado por las Ordenanzas de Burgos de 1766.

En el año 1784 se publican las Nuevas Ordenanzas de Sevilla, ahora la conciliación ya no será un medio tendiente a evitar el proceso, sino que después de la admisión de la demanda se procederá al desahogo de los medios de convicción y antes de la emisión de la sentencia se llamará de nueva cuenta a las partes con la intención de que ambas lleguen a un acuerdo; la conciliación se convierte en un medio tendiente a evitar la sentencia.

2.4.9.- Derecho Indiano.

Después el descubrimiento de América, con motivo de los primeros asentamientos españoles, surge la imperante necesidad de establecer un orden normativo que regulara la estancia de los exploradores y que permitiera emprender nuevas travesías en dichas tierras, razón por la cual se aplican las figuras jurídicas, de corte medieval, que dieron frutos durante la reconquista.

Mas a finales del siglo XV el Derecho Castellano se mostró como un derecho precario para resolver los problemas surgidos en la Nueva España, ya que se estaba en presencia de civilizaciones con un alto perfil cultural y con una composición social muy compleja, además de que en el ámbito internacional se había puesto en tela de juicio los

argumentos con los cuales la corona española pretendía legitimar la conquista, aunado a lo anterior en el propio seno de Iglesia surgían serias críticas sobre los abusos de los que eran objetos los nativos en manos de los encomenderos.

Ante tales presiones se convocaron varias reuniones con la intención de solucionar estos problemas, rindiendo frutos en el año de 1512 cuando las Cortes votan las *Leyes de Burgos*, que constituye el primer “código” que contiene leyes referentes a los aborígenes, a través de las cuales se prescribía un trato especial para ellos, tal proteccionismo los condenó a un estamento social y jurídico inferior al resto de la población.⁴¹ A partir de ese momento se propició la creación de normas elaboradas ex profeso para dichos territorios, recibiendo tal conjunto de leyes la denominación de Derecho Indiano. Bajo este concepto se engloban todas aquellas normas dictadas por autoridades castellanas (derecho metropolitano), así como las cédulas y ordenanzas emitidas por las instancias de gobierno residentes en Indias (derecho criollo), el *ius commune* integrado por las normas castellanas peninsulares y por último se añaden las costumbres de los criollos y nativos, que no fuesen en contra de la religión o del derecho escrito (costumbres *secundum legem* y *praeter legem*).⁴²

Debido a la especialísima naturaleza del Derecho Indiano, se le equiparó como si se tratase de un “fuero municipal”, ello implicaba que en orden de prelación al momento de resolver sobre alguna cuestión en concreto se debía aplicar en primer término el derecho especial –Derecho Indiano- y sólo de manera supletoria el Derecho Castellano, siempre que aquel no tuviese una norma concreta aplicable al asunto a solucionar.

Este sistema de suplencias pareciera sencillo, sin embargo hasta antes de 1680 la legislación indiana tenía un carácter meramente provincial, es decir, cada provincia contaba con normas distinta, ello contribuyó a un gran desorden, y ante el abundante número de

⁴¹ .- Cfr. TÉLLEZ G., Mario A. “La administración de Justicia Ordinaria Novohispanomexicana” en Perspectivas Jurídicas del Estado de México, Volumen I, Número I, Año I, Enero-Junio 2001, Pág. 25.

⁴² .- Cabe aclarar que como *ius commune* sólo se aplicó en la Nueva España las leyes vigentes en el reino de Castilla, siendo el Ordenamiento de Alcalá de 1348, los fueros municipales, las Siete Partidas y la Leyes del Toro, ello debido a que los territorios de ultramar jurídicamente fueron anexados a tal reino.

leyes, ordenamientos, ordenanzas reales y cédulas, aparecieron varias compilaciones, así en el año de 1570 aparece publicado el Cedulaario de Alonso Zorita; en dicha obra aparecen referencias a la conciliación, en su Libro III Título IV Ley I se ordena a los Jueces de Residencia de Indias procurar abreviar los procesos que, a instancia de parte o de oficio, tuviesen bajo su conocimiento; en su Libro VIII Título V Ley I al establecer que las injurias y aquellas lesiones, que no hayan sido ocasionadas mediante arma alguna, no serían penadas tratándose de indios, asigna además a los jueces el cargo de “pacificar y excusar entre ellos diferencias y cuestiones”⁴³ con lo que se desprende que en dichos supuestos se les está facultando para tratar de conciliar y lograr la avenencia del agresor y su víctima. Además de lo anteriormente expuesto resulta interesante la potestad de arbitrio que se confiere al juzgador al momento de individualizar la pena, pudiendo disminuirla o aumentarla en relación a la establecida en ley.

En el año de 1680 aparece la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, única recopilación con reconocimiento oficial, que significó la normalización de los ordenamientos legales que ahora tendrían validez general en todo los nuevos territorios; en sus nueve libros se encuentran agrupadas disposiciones de diversa naturaleza, las relativas a la materia penal abundan en los ocho títulos del libro VII; ordenándose a las autoridades se averigüen y castiguen los delitos, máxime cuando aquellos sean públicos, atroces y escandalosos, ya que ello conviene al sosiego público y a la paz de aquellas provincias⁴⁴, dejando así abierta la posibilidad de que no siendo un delito público, atroz o escandaloso se pudiese intentar la conciliación, puesto que en ellos no se encuentra en peligro la causa pública.

Una de las alternativas a través de las cuales se podía lograr la avenencia de las partes, contemplada en el Libro VII Título VIII Ley XVII, lo constituye el sistema de composición que era permitido, aún en las causas criminales, siempre y cuando concurrieran los siguientes requisitos: a) Se tratase de un caso particular, b) a petición y conformidad de

⁴³ - ZORITA, Alonso. “Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias de la Mar Océano (Edición paleográfica y estudio crítico)”, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México (sic), 1984, Págs. 228, 354 y 355.

⁴⁴ - Libro VII Título VIII Ley Primera en “Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias (Edición facsímil de la edición Príncipe Julián de Paredes 1681)” Tomo II, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México (sic), 1987, Pág. 295 reverso.

las partes, c) no fuese indispensable la satisfacción de la causa pública debido a que el hecho no implica gravedad alguna. En el supuesto de no reunir dichas condiciones les estaba prohibido a los presidentes, jueces, oidores y justicias intentar composición alguna.⁴⁵

A pesar de lo expuesto con antelación son múltiples las cédulas reales que recuerdan a los jueces que su labor radica en la aplicación de las leyes, por lo que se les ordena abstenerse de realizar conciliaciones en materia penal y de moderar la imposición de penas, ya que dichos actos eran considerados como una crítica a los ordenamientos emanados por el rey, y por lo tanto contravenían a los intereses del soberano. Contrario a lo que pudiese parecer, la conciliación no fue erradicada toda vez que la lejanía de los nuevos territorios, la existencia de medios de comunicación deficientes, así como la escasez de juristas o letrados propició que la administración de justicia estuviese confiada a los alcaldes y demás individuos legos, quienes echaron mano de recursos que se apartaban o no estaban comprendidos en los cuerpos normativos vigentes: tomando forma la consigna “obedézcase, pero no se cumpla” ante la imposibilidad de aplicar las normas previamente establecidas.⁴⁶

En la segunda mitad del siglo XVII las ideas de la Ilustración impactan las tierras hispanoamericanas, los jesuitas son los encargados de diseminar las modernas ideas provenientes de Europa, por lo que no resulta extraño que en esa época aumentara el número de libros y revistas extranjeras a través de los cuales anidaron los pensamientos de Montesquieu, Rousseau y muchos otros autores, lo que propició que en los criollos y mestizos surgiera una especie de conciencia nacional.

La sociedad novohispana se había tornado muy compleja toda vez que existía un crecimiento poblacional muy dispar: existía un gran número de indígenas, negros y mestizos, mientras que los criollos y peninsulares constituían un grupo mucho menor, y las diferencias entre dichos grupos eran cada vez más marcadas.

⁴⁵.- Ibidem Pág. 297 reverso.

⁴⁶.- Dichas prácticas constituyen lo que a criterio de García-Gallo se denomina Derecho Indiano Vulgar para diferenciarlo del derecho que ha sido creado de manera oficial por las instancias facultadas para ello.

Los criollos, en virtud de ser herederos de los primeros conquistadores, demandan para sí el derecho de ocuparse de las cuestiones propias del gobierno, prerrogativa que les fue severamente restringida por las reformas borbónicas, surgiendo así críticas al marco jurídico vigente, toda vez que no respetaba los principios de libertad e igualdad, puesto que aún conservaban raíces teológicas.

2.5.- CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.

Mientras tanto en la Metrópoli el 19 de marzo de 1808, Carlos IV abdica a favor de su hijo Fernando VII, ambos reunidos en Bayona abdicar el trono y en consecuencia se establece un gobierno espurio encabezado por José I, quien el 17 de julio de ese mismo año promulga el Estatuto de Bayona.

La invasión napoleónica despertó de manera espontánea un sentimiento de nacionalidad que no sólo se mostró en el campo de batalla, sino que ante la inexistencia de una figura al frente del reino se convoca a la Cortes quienes confían el gobierno en una Junta Central, en aquellas surge la necesidad de la creación de una Constitución, que fuese un arma en contra del invasor como signo unificador de la nación española. Aunado a que era el momento propicio para acabar con las legislaciones dispersas y contradictorias que impedían el desarrollo del Estado, dotando a éste de un cuerpo que racionalizara el orden y limitara el poder del monarca mediante la definiciones de las atribuciones de éste último.

El resultado es una Constitución que amalgama principios revolucionarios mitigados con las ideas e instituciones tradicionales españolas, los constituyentes tratan de ligar la autoridad de esta Constitución con antiguas figuras, cosa que no resulta ser cierta ya que este cuerpo normativo surge en un momento histórico e ideológico distinto al del resto de las leyes que le preceden. Esta preocupación surge de la necesidad de desligarla de toda influencia francesa, basta recordar que mientras se redactaba la Constitución el pueblo

español luchaba en contra de los ejércitos de Napoleón, además de que con ello se trataba de conjurar los demonios del liberalismo revolucionario.

Rompiendo con el antiguo régimen autocrático, en el cual el rey era quien concentraba todo el poder y en consecuencia le eran propias todas las facultades legislativas, administrativas y jurisdiccionales, la Constitución de Cádiz sitúa a la soberanía en la nación, quien ha expresado su consentimiento en ser gobernada por un monarca, pasando a ser éste un órgano constituido. Por lo que para garantizar los principios de seguridad, libertad y justicia se separa el ejercicio del poder en órganos debidamente diferenciados y especializados.

Así la función judicial, en causas civiles y criminales, es confiada de manera exclusiva a los tribunales, suprimiéndose todos los señoríos jurisdiccionales que sólo entorpecían la unidad nacional y concedían una serie de privilegios de clase, con ello se logra establecer la unidad de fueros y se asegura la uniformidad en cuanto a los formalismos procesales, mismos que serían de observancia obligatoria.

Los tribunales estarían organizados en tres instancias: Juzgados de Primera Instancia, Audiencia y Supremo Tribunal de Justicia, a la cabeza de los primeros se encontraban los Jueces Letrados a quienes se les reconoció competencia para resolver conflictos civiles y penales de manera primigenia.

Con la finalidad de promover la pronta administración de justicia, en el Capítulo II "De la Administración de Justicia en lo Civil" del Título V, en lo tocante a los artículos 281 a 284 faculta a los alcaldes de las poblaciones para realizar funciones de conciliador, regulando de manera sucinta el procedimiento a seguir para lograr avenimientos: cada una de las partes nombrará a "un hombre bueno", el alcalde y estos dos asociados escucharían los argumentos de los contendientes, hecho lo anterior aquellos emitirían un dictamen y el alcalde tomaría la providencia que lograra poner fin al litigio; todo parece indicar que en el supuesto de que no se "aquieten" con la solución propuesta, quedaban a salvo sus derechos

para recurrir ante los tribunales competentes. Esta solución extrajudicial era requisito previo a la admisión del escrito inicial de demanda.

Aún y cuando dicha figura está contemplada en el capítulo referente a la materia civil, el artículo 282 señala como obligación “... del que tenga que demandar por negocios civiles o injurias...”⁴⁷ presentarse ante el alcalde, con lo cual se demuestra que la conciliación también era permitida en materia penal.

2.5.1.- Legislación Reglamentaria.

El nueve de octubre de 1812 se publica el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, a través del cual se desarrollaban los principios administrativos en materia de impartición de justicia, reconociéndoles a los alcaldes municipales jurisdicción para conciliar, así como para resolver problemas de urgente necesidad, pero con la obligación de remitir con posterioridad las causa al juez del partido. El alcalde debía emitir su “opinión” en un término no mayor a ocho días, debiendo anotar en un libro el resultado de la conciliación intentada, además de que podía decretar providencias cautelares cuando se presumiera que el deudor sustrajera sus bienes. En tratándose de asuntos apremiantes la conciliación se intentaría de manera inmediata con el sólo hecho de que una de las partes acudiera ante el alcalde y así lo solicitara.

2.6.- MÉXICO INDEPENDIENTE

Concluida la Independencia Mexicana, toda vez que resulta imposible una ruptura radical seguida de la creación de nuevos ordenes conceptuales, con la finalidad de evitar una ausencia normativa y ante la imposibilidad de cortar de tajo con siglos de herencia colonial siguieron vigentes, durante varios lustros, las disposiciones del derecho

⁴⁷ .- TENA Ramírez, Felipe. “Leyes Fundamentales de México 1808 1964”, 2 ed., Ed. Porrúa, México (sic) 1964. Pág. 93.

indiano así como la Constitución Gaditana, siempre y cuando no contravinieran lo expresamente señalado por las legislaciones emanadas por los nuevos órganos constituyentes.

2.6.1.- Imperio Mexicano.

El 21 de junio de 1822 Agustín de Iturbide es coronado emperador de México, jurando guardar la Constitución, que sería la de Cádiz hasta en tanto el Congreso promulgara una nueva, así como la leyes que de ella emanasen. Pronto el nuevo emperador cae en excesos y los levantamientos armados no se hacen en esperar en Tamaulipas y Chiapas, en el Congreso Constituyente se resuelve no conceder más prerrogativas al emperador, en consecuencia se disuelve el Congreso y son encarcelados los Diputados opositores, destruyendo así al poder legislativo, y mediante la erección de una Junta Nacional Instituyente Agustín I tiene ante sí una magnífica oportunidad para crear un Instrumento Constitucional acorde a sus ambiciones.

De las labores de la Junta Nacional Instituyente surge a la luz, el 10 de febrero de 1823, el Reglamento Político Provisional del Imperio Mexicano, documento que de entrada declara abolida la Constitución Gaditana, reconoce la libertad de pensamiento y de expresión, pero las limita, además de que aparece de manera clara la división de poderes.

Cabe resaltar que dicho ordenamiento suprime el fuero consular, sin embargo no se eliminan los consulados, y mientras existan, el artículo 58 les asigna como únicas funciones las de jueces conciliadores en materia mercantil y como árbitros siempre que las partes así lo convengan, actividades extrajudiciales que en ningún momento implican, al menos formalmente, una función jurisdiccional.

Es aún más explícito al establecer que la conciliación no sólo ha de ser permitida, sino que tendrá un rango de obligatoria en todo asunto civil o penal al prescribir en el artículo 71 : "A toda demanda civil o criminal debe preceder la junta conciliatoria en los

términos que hasta aquí se ha practicado....”,⁴⁸ como se puede advertir la conciliación debía ser intentada por los alcaldes municipales y respecto al procedimiento que éstos debían observar se estaría conforme a lo dispuesto por el mencionado Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia del nueve de octubre de 1812. Y con la finalidad de obtener resultados en tal labor de avenencia sugiere que los “hombres buenos” designados por las partes no sean abogados, y en el supuesto de que lo fuesen, y no se lograra la conciliación, no se les aceptara como abogados patronos ante Tribunales representando a las mismas partes.

El actuar de los Alcaldes municipales estaba sujeto a la Constitución y a un reglamento provisional, el cual era adaptado a las características y situaciones de cada provincia a fin de proveer de medios suficientes para realizar un buen desempeño en sus labores de conservación del orden público y de conciliar desavenencias, por lo que no resulta extraño que las facultades de las cuales gozaban dichos funcionarios para cumplir con ésta última tarea variasen en cada provincia.

2.6.2.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

En nuestra primera Constitución Federal de 1824 apenas y se hace mención a la figura de la conciliación, se establece como un requisito sin el cual no se le dará trámite a ningún pleito, civil o criminal, sobre injurias. Destacando además la posibilidad de terminar diferencia mediante el arbitraje aún ya iniciado el juicio; dejando a las legislaciones estatales la regulación de tales actividades mediante la emisión de las respectivas leyes locales.

2.6.3.- Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana (1835).

Con las Bases Constitucionales de 1835 nuestra nación retorna al Centralismo, por lo que a finales de dicho año el Congreso promulga la Primera Ley Constitucional, de un total de siete estatutos en los cuales estaría dividida la nueva Constitución de la

⁴⁸.- Ibidem Pág. 139.

República Mexicana. En los artículos 39 y 40 de la Ley Quinta en lo referente a la “Previsiones Generales sobre la Administración de Justicia en lo Civil y en lo Criminal” establece que la conciliación ha de intentarse como condición para entablar cualquier pleito civil o penal, sobre injurias puramente personales, además de que abre la posibilidad de terminar los procedimientos jurisdiccionales por dichos asuntos, mediante el arbitraje, sin importar la etapa procesal en que se encuentren. El artículo 26 de la Ley Sexta confiere a los alcaldes la facultad de ejercer el oficio de conciliadores, labor que de igual manera es asignada en el artículo 29 a los Jueces de Paz .

El procedimiento a seguir en la conciliación será establecido por la legislación secundaria, por lo que el 3 de mayo de 1837 se promulga una ley que dedica algunos numerales a dicha figura y establece que el actor debería comparecer ante el Juez de Paz o ante el Alcalde y de manera verbal solicita se intente la avenencia y sea citado su contraparte, dichos funcionarios procedían a citar a éste último y a ambas partes se les apercibía a efecto de que comparecieran el día y hora fijada para tal efecto en compañía de “un hombre bueno”. Si no comparecía, de nueva cuenta se giraba citatorio previniéndole que en el supuesto de no comparecer se procedería a imponerle una multa, en el supuesto de no comparecer se finalizaba con el intento y se procedía a realizar las anotaciones correspondientes en un libro destinado exclusivamente para ello. Se admitía la comparecencia de los interesados mediante apoderado, respetándose el procedimiento establecido por el Reglamento de 1812. Si las partes se conformaban con la recomendación emitida por el Juez de Paz o por el Alcalde se expedía copia autorizada del arreglo con la finalidad de que fuese presentado ante la autoridad competente y se procediera a su ejecución. Si no se llegaba a acuerdo alguno, ya por no haberse presentado el requerido o por no estar conformes con la resolución propuesta, se expedía certificado de haberse intentado conciliación.

2.6.4.- Proyectos Constitucionales 1840 – 1842 y Bases Orgánicas de la República Mexicana.

A fin de calmar las revueltas que propiciaron las Siete Leyes Constitucionales, en el año de 1840 se propuso reformar de nueva cuenta la Constitución, presentándose un proyecto el 30 de junio de ese mismo año. En tal proyecto se mantenía a la conciliación como un requisito para entablar pleito civil o criminal, sólo que ahora los Jueces de Paz serían lo únicos encargados de llevarla a cabo. Tal proyecto no prospera ya que en realidad no representaba un gran cambio, pues seguía guardando el mismo estado de confusión de poderes.

En el año de 1842 existieron dos proyectos de Constitución, ambos proyectos contemplan a la conciliación como requisito para la admisión de la demanda, siendo los Departamentos los encargados de legislar respecto a los casos de excepción y los procedimientos a seguir. Tales proyectos dan como resultado Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, última ley fundamental que hace mención a la avenencia en materia civil o penal como requisito previo a la instancia.

A lo largo de la naciente historia constitucional del México independiente, diversos textos fundamentales han ocupado algunos artículos a los intentos de conciliación, ello pudiera sorprender, sin embargo su razón de ser la encontramos en la preocupación de los constituyentes en dotar a la administración de justicia de medios que le permitan desempeñar tal delicada función con celeridad y eficiencia, para lo cual se permite intentar composiciones en materias civiles y delitos de menor monta, y así prevenir en la medida de lo posible que los juicios se originen o se multipliquen sin causa suficiente.

CAPÍTULO III

LA CONCILIACIÓN

De lo expuesto en el capítulo anterior, podemos deducir que ante la constante presencia de conflictos en las relaciones humanas se ha propiciado la creación de medios a través de los cuales se ponga fin a las contiendas y se restablezcan las cosas al estado que guardaban con anterioridad al surgimiento de las pugnas.

En sus orígenes el hombre buscaba dirimir sus divergencias mediante el uso de la fuerza, surge así la venganza privada y el talión; una vez que evoluciona la percepción gregaria se abandonan, aunque no del todo, tales prácticas de carácter autotutelar para dar paso a otros mecanismos, denominados autocompositivos.

Al surgir la ficción jurídico/política denominada Estado, las vías para la resolución de la conflictiva social se transforman, toda vez que aquél se subroga las facultades para administrar justicia, prescribiendo una serie de normas que deben observar las partes con la finalidad de obtener una resolución que ponga fin a su contienda, surgiendo así los sistemas heterocompositivos.

En la actualidad las sociedades registran un aumento en su número de pobladores, tornando sus relaciones cada vez más complejas, y constituyendo un entramado de intereses cada vez más intrincados e interrelacionados, en el cual aumentan las posibilidades de que se colisionen las pretensiones de los miembros del conglomerado social, por ello reviste vital importancia el estudio de los instrumentos disponibles para aliviar las presiones que se generan en el seno de la sociedad, con la finalidad de asegurar su continuidad y armónico desarrollo.

3.1.-AUTOCOMPOSICIÓN Y HETEROCOMPOSICIÓN.

Cuando un individuo pretende subordinar el interés de su prójimo al interés propio, en la mayoría de las veces, se produce una resistencia en la contraparte, dando

origen a un conflicto de intereses denominado litigio. Para solucionar tal pugna, las partes pueden recurrir al uso de la fuerza, siendo éste un recurso ilegal, o bien, optar por medios de carácter jurídico, comprendido este vocablo en su acepción más amplia.

Dichos recursos, ilícitos, empleados en la resolución de conflictos reciben la denominación de autotutela, constituyendo el medio más primitivo para hacer valer las pretensiones. Se caracterizan por el uso de la violencia, por lo que la existencia de un derecho subjetivo previo, así como el empleo de la razón quedan subordinados a la fortaleza física del pretensor.

Sin embargo, aunque en un número harto reducido, la ley permite el empleo de la autotutela, es decir, bajo la existencia de circunstancias especiales el particular directa, unilateralmente, y de una manera provisional, bajo el amparo de la ley, se encuentra facultado para salvaguardar sus intereses propios, y con ello evitar perjuicios mayores. Mas para evadir abusos en el empleo de tal permisión, es el propio ordenamiento jurídico el que se ha de encargar de establecer de manera restrictiva las circunstancias especiales bajo las cuales es lícito recurrir a soluciones unilaterales.

Los restantes instrumentos de solución, tienen por característica principal la juridicidad (*lato sensu*), es decir, se encuentran contemplados de manera expresa en ordenamientos legales, y en el supuesto de no estar comprendidos en ley alguna, no son contrarios a ella, ni a los principios generales del Derecho, la costumbre o la moral.

Clasificándose, a su vez, en autocompositivos y heterocompositivos, ello en atención al origen de la solución de la lucha. Será autocompositivo cuando la solución haya emanado de los sujetos implicados en el litigio; por lo que tendrán un carácter heterocompositivas todas aquellas resoluciones, que bajo la forma de sentencia o laudo, han sido impuestas por un tercero ajeno a las pretensiones de las partes.

Cabe señalar que el proceso es el medio más usual para resolver conflictos, sin embargo no es el único ya que existen diversas formulas en las cuales la voluntad de las

partes adquiere un papel preponderante: allanamiento, desistimiento, transacción y conciliación.

3.1.1.- Autocomposición.

El vocablo autocomposición proviene del prefijo griego *αυτος* que significa por sí mismo, y del latín *compositio*, que significa pacto o convenio. Así Juan Palomar de Miguel la define como la “conclusión anormal de un litigio producida por los mismos interesados”.

Como podemos observar el significado gramatical de dicha voz es acorde con su acepción jurídica, desprendiéndose que la principal característica de dicha solución a los conflictos es la de tener su origen en los involucrados en el litigio.

Implica reprimir aquellos sentimientos instintivos, y renunciar a aquellas ventajas que pudiesen ofrecer el empleo de la autotutela; por lo que nace como un acto de carácter netamente volitivo/reflexivo y durante su desarrollo la voluntad de las partes tiene plena autonomía.⁴⁹

Como es de esperarse tiene un desarrollo plenamente jurídico toda vez que se encuentra contemplada por normas jurídicas. Además de que constituye verdaderamente una excluyente de la jurisdicción ya que tiene como finalidad evitar el proceso, o una vez iniciado éste, intentará ponerle fin.

En ocasiones es el resultado de la sumisión de alguna de las partes o bien del acuerdo de ambas; por lo que reviste tres modalidades: desistimiento, allanamiento y transacción. Con lo que la intervención del órgano jurisdiccional se ve limitada a ser un “avenidor y como homologador del acto, más que como juez del litigio”⁵⁰.

⁴⁹.- Nótese que la reflexión implica la renuncia al uso de la fuerza.

⁵⁰.- ÁLCALA-ZAMORA y Castillo, Niceto. “Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)”, 3 era. ed., 1era. reimpresión, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México (sic) 2000, Pág. 74.

Puede ser intentada antes de iniciado el proceso, y de llegar a ser exitosa conduce a un desistimiento de la pretensión, ya sea a un allanamiento ante la exigencia de la contraparte, o bien a la celebración de un acuerdo de voluntades denominado transacción, el cual pudiese llegar a constituir un excepción en el supuesto de que el pretensor decida llevar ante tribunales la controversia.

3.1.1.1.- Desistimiento, Allanamiento y Transacción.

Desistimiento del latín *desistère*: apartarse de alguna empresa o cesar en la ejecución de un intento. Es un acto de autocomposición netamente unilateral, a través del cual el “actor” dimite su pretensión, sin que sea necesario escuchar a la contraparte, poniendo con ello fin al litigio.

Allanamiento, se trata de otra conducta de carácter unilateral, pero ahora asumida por la contraparte del actor, consiste en la adopción de una actitud dócil respecto a las pretensiones de éste, en suma, se elimina todo obstáculo a la consecución de la pretensión del actor al no encontrar oposición alguna, es el abandono de la discusión, de ahí que dicho termino provenga de la palabra allanar, es decir, hacer llano.

Transacción del latín *transactio –ónis* acción y efecto de transigir, ajustar algún punto litigioso cediendo voluntariamente algo cada una de las partes; por extensión se aplica dicho término a todo acuerdo o pacto.

Al ser un convenio implica bilateralidad toda vez que ambas partes realizan concesiones mutuas con la finalidad de alcanzar un punto equilibrio. En la actualidad se encuentra regulada por el Código Civil, definiéndola como un contrato, cuya principal característica la constituye el hecho de que las partes realicen cesiones recíprocas con la finalidad de dar por concluida una controversia. Razón por la cual para muchos autores ésta modalidad es en sentido estricto una forma de solución autocompositiva, ya que tanto

en el desistimiento como en el allanamiento el conflicto se disuelve sin que nadie resuelva el conflicto.

Recibe el apelativo de extrajudicial ya que se trata de un acuerdo privado que da fin a un litigio, antes de que haya sido turnado ante los tribunales.

Cuando la autocomposición se da en el seno del proceso, ello no dispensa que el Órgano Jurisdiccional emita la resolución correspondiente, ya que si bien el allanamiento, el desistimiento y la transacción ponen fin al litigio, por sí mismas no finalizan el proceso. Aunque cabe aclarar que en tales resoluciones lo que hace el aparato jurisdiccional es "cumplir con una función, homologadora [declarativa] y de dación de fe",⁵¹ es decir, está dotando de formalidad (imperio) a las decisiones tomadas por los litigantes.

El desistimiento implica "la renuncia de la parte actora a los actos del proceso o a su pretensión litigiosa",⁵² pudiendo revestir las siguientes modalidades:

Desistimiento de la demanda, el actor decide renunciar a la incoación del proceso, tal abandono puede verificarse antes de haberse constituido la relación procesal, es decir, con anterioridad al emplazamiento; o bien una vez que el demandado haya sido legalmente notificado, en cuyo supuesto será necesario que éste exprese su consentimiento, para que surta los efectos legales a que haya lugar.

El desistimiento de la instancia implica una renuncia respecto de la continuación de los actos procesales, realizada por el actor, mediando el consentimiento del demandado; en consecuencia quedan a salvo los derechos de aquél para intentar ejercitar su acción con posteridad en la vía que considere necesaria.

Una figura procesal que se encuentra estrechamente relacionada es la caducidad, ya que se trata de un desistimiento tácito, toda vez que se encuentra motivado por la

⁵¹.- Ibidem. Pág. 82.

⁵².- OVALLE Fabela, José. "Derecho Procesal Civil", 7 ed., Ed. Harla, México (sic), 1997, Pág. 163.

inactividad de las partes, a través de ella se da fin al proceso, sin que exista resolución de fondo, pudiéndose intentar con posterioridad la incoación de un nuevo proceso.

Al desistirse de la pretensión, el actor renuncia a sus exigencias de manera total, dando fin absoluto al litigio y al proceso. Pero a diferencia de los ejemplos que anteceden, ahora el actor ya no podrá volver a intentar el planteamiento de su pretensión mediante un nuevo proceso, ya que a dicho desistimiento le recae resolución jurisdiccional que afecta los derechos de fondo que fueron planteados en el proceso.

Se ha hecho mención que el allanamiento, implica una renuncia a los derechos procesales del demandado, ya que se suprimen las etapas de desahogo de pruebas y presentación de alegatos, para proceder a oír sentencia definitiva. Sin embargo tal sumisión ha de exteriorizarse de manera indubitable, por lo que el allanamiento ha de "...ser expreso y claro, y no derivarse de "silencios y evasivas",⁵³ es decir, la declaración de rebeldía no podrá entenderse como la anuencia a las pretensiones del actor.

Además de lo anterior, la renuncia debe ser lisa y llana, por lo que en ella no deberá mediar condición alguna y no será procedente en el supuesto de que recaiga sobre derechos considerados irrenunciables, ya sea que afecten al interés público o bien porque repercutan en terceras personas que no fueron llamadas a juicio.

Una vez reunidos tales requisitos de procedencia, sólo así podrá tener un efecto vinculante en la decisión del órgano jurisdiccional, tomando sentido que "el allanamiento no siempre obliga al juez a condenar el demandado, así sucede cuando el juez de oficio está obligado a examinar la procedencia de la acción"⁵⁴.

Transacción. su naturaleza jurídica es la de un contrato cuya finalidad es la de poner fin a una controversia actual o prevenir una futura. Es bilateral ya que origina

⁵³.- Ibidem.. Pág. 66.

⁵⁴.- GÓMEZ Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso", 9 ed., Ed. Harla, México (sic), 1997, Pág. 22.

derechos y obligaciones para ambas partes, en virtud de que éstas soportan gravámenes y toda vez que reciben determinados provechos se considera como oneroso.

Aquella que ha sido pactada durante el desarrollo del proceso, y por lo tanto ha de repercutir en el objeto materia de éste último, adopta la modalidad de convenio judicial, es decir, realizado ante el juzgador.

Cabe señalar que la transacción realizada después de la emisión de una sentencia ya no cumple con los fines para los cuales fue concebida tal figura, toda vez que la resolución emanada de la autoridad competente ha puesto, al menos de manera formal, fin al litigio y si la parte "vencedora" accede a la realización de un convenio, ello implica realmente una renuncia unilateral a lo que conforme a derecho le corresponde.

3.1.2.- Heterocomposición.

Heterocomposición del griego *ετερος* que significa otro, desigual o diferente, y del latín *compositio*; es la conclusión de un litigio por intervención de un tercero. Recibe la denominación de "tercero", en virtud de que se ubica entre el primer sujeto ó pretendiente y un segundo personaje ó resistente.

Hasta este momento constituye la categoría más evolucionada respecto a la solución de la conflictiva social, ya que se caracteriza por la intervención de persona ajena a la pugna, ya sea un particular o un servidor público en pleno ejercicio de sus atribuciones, encargado de dirimir la controversia suscitada entre las partes; aquél sujeto al no tener interés alguno en el asunto actuará de manera imparcial ya que ello constituye uno de los presupuestos necesarios para la obtención de soluciones en las que no influyan la fuerza u otros atributos, sino la razón y el derecho. Siendo ésta última la principal característica de dicha forma compositiva del litigio.

Los argumentos vertidos por las partes son sometidos a valoración, concediéndoles el derecho de audiencia, pudiendo aportar medios probatorios tendientes a robustecer o desvirtuar la procedencia de la pretensión, y una vez emitida la resolución correspondiente, ésta es de observancia obligatoria por disposición de la ley o en su defecto en virtud de la voluntad de las partes. Pudiendo constar de medios de impugnación a través de los cuales se puede obtener la revisión, ya sea del procedimiento o bien de la resolución que le ha recaído.

Sin atender en sentido estricto al concepto de heterocomposición, la actividad del tercero puede revestir cualquiera de las siguientes maneras:

- Simple intento de acercamiento o amigable composición: el tercero promueve el acercamiento de las partes, para que ellas mismas generen las soluciones, pero sin proponerlas.
- Conciliación: aquí ya el tercero desempeña un papel activo, proponiendo soluciones, advirtiendo sobre conveniencias o inconveniencias de continuar con el litigio.
- Decisión: en ésta el tercero asume su misión, a pedido expreso de las partes y dentro de los límites que ellas le han fijado, a lo que se suma que emite una verdadera decisión (laudo o sentencia) que resuelve definitivamente el conflicto y que las propias partes han decidido, con antelación, acatar. Ello muestra una verdadera heterocomposición, que deja de ser un medio para convertirse en resultado: el arbitraje o el proceso.

3.1.2.1.- Arbitraje.

Encontramos como primer figura heterocompositiva al arbitraje, que tiene como antecedente la amigable composición, es decir, los contendientes de común acuerdo deciden acudir ante una tercera persona, quien como rasgo peculiar es amiga de ambas partes, con la finalidad de que ésta emita una opinión sobre una posible solución al conflicto. Su principal desventaja radica precisamente en el hecho de que la aplicación de

tal opinión depende de su aprobación, o no, por las partes ya que el amigable componedor no goza de facultad alguna para constreñirlas respecto a la adopción del arreglo. En consecuencia la solución del conflicto depende en su totalidad de la buena voluntad de la parte a la que no le resulta beneficiosa la opinión emitida por el sujeto al que se le había encomendado la avenencia.

En suma, la tarea del amigable componedor se ve reducida a un mero acercamiento de las partes, por lo que su eficacia se encuentra supeditada al arbitrio de las partes. Ante tal inconveniente, y en busca de más certeza, los litigantes optarán por convenir someter la solución de sus conflictos presentes o futuros ante un tercero, pero con la salvedad de que la resolución que emita dicho personaje ha de tener fuerza obligatoria para ambas partes, dejando de ser una simple opinión.

Toda vez que la solución al conflicto proviene de un tercero ajeno a la relación substancial, el arbitraje adquiere el rango de heterocomposición. La obligatoriedad del laudo deriva de la concurrencia de las voluntades de las partes, mismas que han sido plasmadas en un negocio jurídico denominado compromiso en árbitros o en la estipulación de una cláusula compromisoria en la suscripción de un contrato.

El arbitraje sólo es viable si los particulares cumplen con una serie de requisitos que el mismo Estado ha establecido mediante normas jurídicas, en forma tal que si se abandonan estos lineamientos, no tendrán efectos las actuaciones de los particulares investidos, para este caso, de la función de impartir justicia; como consecuencia de lo anterior es que el laudo no posee por sí mismo fuerza ejecutiva, sino que es necesario acudir ante un juez con la finalidad de que, una vez que haya comprobado que se han observado las normas jurídicas referentes al arbitraje, ordene el cumplimiento de la resolución.

Al respecto resultan interesantes las siguientes tesis jurisprudenciales:

LAUDOS ARBITRALES. SU EJECUCION NO REQUIERE INCIDENTE QUE SATISFAGA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. En términos del artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuando se trate de la ejecución

de un laudo, una vez notificado éste, deben pasarse los autos al Juez ordinario para su ejecución; ello es así, toda vez que las partes en el procedimiento arbitral pudieron hacer valer los derechos y medios de defensa que a su interés conviniera, de conformidad con el compromiso suscrito para someter a árbitros la decisión de las controversias que surgieran con motivo del vínculo que las une; luego, **en la etapa de ejecución que corresponde al órgano jurisdiccional**, sólo debe tenerse en cuenta, para decretar la ejecución del laudo, el análisis que se realice respecto a los siguientes extremos: a) **Que durante el procedimiento arbitral se haya respetado la garantía de audiencia a que se refiere el artículo 14 constitucional** y lo previsto por el artículo 619 del Código de Procedimientos Civiles; b) **Que el árbitro se haya sujetado a los términos del compromiso arbitral**; y, c) **Que el negocio sometido a su conocimiento no sea de los prohibidos** en el artículo 615 del mismo ordenamiento; o bien que tratándose de los supuestos a que se refieren los artículos 612 (tutores), 613 (albaceas) y 614 (síndicos), todos del citado ordenamiento, se hayan dado los requisitos a que dichos preceptos se refieren. En tal virtud, no existe necesidad de que se abra incidente alguno para que se otorgue al ejecutado la garantía de audiencia por el Juez de la instancia en la ejecución del laudo arbitral.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1281/87. Padilla Graciano Luis, Amira Kuri de Padilla y Begoña Cortés de Miguel. 25 de enero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Luz María Perdomo Juvera. Secretario: Rodolfo Ortiz Jiménez.

Amparo en revisión 1231/87. Laura Elena González Muñoz. 25 de enero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretario: Agustín García Silva.

LAUDO ARBITRAL. CUÁNDO EL JUEZ PUEDE NEGARSE A EJECUTARLO. Los laudos nacionales no requieren de la aprobación judicial u homologación para que puedan ser ejecutados; **los Jueces sólo pueden negarse a ejecutar un laudo cuando** por no respetar formalidades esenciales, se vicia el laudo arbitral, como, entre otros supuestos, cuando: 1. **El árbitro no se haya apegado al compromiso arbitral** (artículo 616 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 2. **Se trate de asuntos no comprometibles arbitrariamente**; 3. La designación del árbitro se hubiera hecho por quien no esté en pleno ejercicio de sus derechos o no se haya realizado en la forma y con los requisitos que establece la ley (artículos 612 a 614 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 4. El árbitro designado sea incapaz, y en caso de que hayan

ocurrido el fallecimiento, la recusación o la excusa de la persona prevista para el cargo, o de su designación como funcionario judicial, si además no existía, ni por convenio de las partes, ni por disposición legal, la posibilidad de nombrar un sustituto (artículos 222, 612, 613 y 622 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 5. Antes de pronunciarse el laudo, los árbitros hayan sido revocados por consentimiento expreso y unánime de las partes (artículo 618 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 6. El laudo se haya dictado una vez vencidos tanto los plazos y prórrogas concedidos por los compromitentes, como los plazos que establece la ley (artículos 617, 622, 624 y 627 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 7. **Se violen los derechos fundamentales de acción y de defensa**; 8. Se declare la nulidad del convenio, ya sea por vicios formales, o **porque siendo de derecho** y no de amigable composición, **no se cumpla con la garantía de audiencia**.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 364/2002. Koblenz Eléctrica, S.A. de C.V. 22 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Marco A. Rodríguez Barajas. Secretaria: Ana Paola Surdez López.

El árbitro, denominación que recibe el tercero que de manera circunstancial se ve revestido de la calidad de juez, desempeña sus funciones de manera privada, es decir sólo, conoce de aquellos conflictos que las partes han acordado someterle, en consecuencia sigue siendo un particular, es decir, no será considerado como autoridad, en tal sentido se pronuncia la siguiente tesis jurisprudencial:

ARBITROS. SU RESOLUCION NO ENTRAÑA UN ACTO DE AUTORIDAD. Es correcto el desechamiento de la demanda de garantías cuando el acto que se reclama lo constituye **la resolución que dicta un árbitro designado a petición de las partes en conflicto**, toda vez que su intervención no implica un acto de autoridad. Luego es claro que la determinación de un árbitro en las condiciones señaladas, **implica un acto de particular** que no puede ser materia del juicio de garantías; lo que se traduce en un motivo manifiesto de improcedencia de términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo primero, ambos de la Ley de Amparo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Reclamación 1/91. Sección Número Uno del Sindicato de Trabajadores de la Industria Cinematográfica, Similares y Conexos de la República Mexicana, C. T. M. 20 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Horacio Cardoso Ugarte. Secretaria: Teresa Sánchez Medellín.

Por regla general dentro del arbitraje deberán observarse los tiempos y procedimientos que rigen el actuar de los órganos jurisdiccionales, mas si las partes convienen fijar plazos menores se han de respetar, toda vez que una de la ventajas más atractivas del arbitraje se encuentra en el hecho de ser una forma de solucionar conflictos de manera rápida, en comparación con el proceso.

No pudiendo en ningún momento renunciar a la etapa probatoria, ya que ésta constituye un principio elemental de todo proceso cognitivo, y por ende pasa a constituir una norma de interes público.

En tratándose de un arbitraje de estricto derecho existe la obligación por parte del árbitro de emitir su fallo con apego a las normas jurídicas aplicables al caso en concreto, si por el contrario las partes han pactado someterse a un arbitraje de equidad, el tercero se ve liberado de emitir una resolución apeándose a las leyes vigentes, bastando que resuelva el fondo del asunto atendiendo a su leal saber y entender, empleando para ello su más amplio arbitrio y en consecuencia no existe obligación alguna de fundamentar el laudo toda vez que las partes sólo buscan una solución y no una explicación de ésta.

El arbitraje no es una excepción al monopolio de la administración de justicia por parte del Estado, ya que tienen fundamento y respaldo en la ley, por lo que no es una justicia paralela, independiente y extraordinaria. Además de que el ejercicio de tal monopolio se desarrolla mediante la regulación normativa de sus propios funcionarios y de la posibilidad para que los particulares puedan administrar justicia, dentro de los campos que así lo determine.

3.1.2.2.- Proceso.

La siguiente figura heterocompositiva es el proceso, del latín, *processus* acción y efecto de ir hacia adelante. Es sin lugar a duda uno de los más grande avances en los métodos de solución de controversias.

Es bastante común que se utilicen de manera indistinta los vocablos proceso, juicio y procedimiento para designar al mecanismo estatal empleado para la resolución de los litigios, sin embargo con el término juicio se designa a la etapa final de todo proceso, es decir, denomina al período en el cual el Órgano Jurisdiccional ha de valorar los medios de convicción que obran en la causa y procede a emitir la resolución a través de la cual se dirime la controversia.

Mientras que por procedimiento se ha de entender “...una serie de actos ordenados y encaminados hacia un objetivo [cualquiera que sea éste, ya que]...no necesariamente habrá de ser, como en el proceso la resolución jurisdiccional de un conflicto de intereses sometido al conocimiento de la autoridad judicial.”⁵⁵

Contrario a lo que pudiera parecer, en él se conserva la autonomía de las partes, aunque de una forma indirecta, ya que el Estado sólo ha de intervenir cuando el particular lo solicite (derecho de acción), ya que “el proceso representa la sustitución de la acción directa contra el adversario por la acción dirigida hacia el Estado... la conversión de la acción física en acción jurídica.”⁵⁶

El tercero ajeno a las partes, en este supuesto, no es un ente cualquiera sino que será el propio Estado quien a través del Poder Judicial – Órgano Jurisdiccional – encarnado

⁵⁵ .- HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. “ Programa de Derecho Procesal Penal”, 4 ed., Ed. Porrúa, México (sic), 1999, Pág. 7.

⁵⁶ .- ALCALÁ-ZAMORA, Op. Cit., Pág. 164.

en los funcionarios judiciales, "... suprimirá los obstáculos que se oponen al cumplimiento de las normas jurídicas, y garantizará en forma indirecta los intereses privados."⁵⁷.

La facultad de administrar justicia de dichos funcionarios, tiene un origen remoto y otro próximo; el remoto será la delegación que los particulares hicieron en el Estado para que tuviera el monopolio de la administración de justicia, y el próximo será la designación y nombramiento que le hace el Estado, para que quede investido de la jurisdicción, por la cual podrá administrar justicia.

El proceso es un "conjunto de actos complejos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general al caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo."⁵⁸

Constituye "...un medio jurídico para la dilucidación jurisdiccional de una pretensión litigiosa"⁵⁹ derivada de una situación jurídica dudosa o del incumplimiento de una obligación. Caracterizado por la existencia de imparcialidad al momento de resolver el conflicto, aunado al respaldo de todo el aparato coercitivo del cual dispone el Estado.

Como se puede observar son bastante variadas las definiciones que existen sobre el proceso, mas todas ellas son coincidentes respecto al sentir de que es un medio cuyo sentido teleológico está constituido por la solución de controversias, surgiendo en él una relación jurídica, cuya fuente es el propio ordenamiento legal, integrada aquella por los derechos y obligaciones que poseen las partes a lo largo de las etapas procedimentales en las cuales se divide dicho instrumento, siempre al amparo de la función jurisdiccional del Estado.

Todo proceso jurisdiccional consta de una etapa denominada instrucción, cronológicamente es la primera en surgir, tiene como finalidad fijar la litis, es decir, delimitar el contenido de la discusión mediante la exposición de los argumentos, de hecho y

⁵⁷.- GARCÍA Máynez. "Introducción al Estudio del Derecho", 47 ed., Ed. Porrúa S.A., México (sic), 1995, Pág. 229.

⁵⁸.- GÓMEZ Lara. Op. Cit. Pág. 95.

⁵⁹.- ALCALÁ-ZAMORA. Op. Cit. Pág. 112.

de derecho, de las partes, mismas que deberán aportar los medios de prueba tendientes a robustecer sus dichos y crear convicción en el ánimo del juzgador. Sin lugar a dudas es la etapa de mayor trascendencia puesto que es aquí en donde el Juzgador se allega de los elementos cognitivos (presunciones, pruebas, conclusiones o alegatos) que motivarán el sentido de su resolución.

La siguiente etapa es conocida como juicio, en la cual el Órgano jurisdicente, mediante una serie de razonamientos lógico/jurídicos, emitirá un fallo sobre la controversia que las partes han hecho de su conocimiento, poniendo fin al estado de incertidumbre, modificando una situación jurídica, o bien condenando al cumplimiento de una obligación.

La resolución a través de la cual se resuelve el fondo del asunto, y en consecuencia da fin al proceso, recibe el nombre de sentencia definitiva, en ella el tribunal aplicará la ley al caso concreto, debiendo reunir una serie de requisitos de forma, tales como: indicación del lugar y fecha, así como del tribunal que emite la resolución; sin embargo para que una sentencia cumpla verdaderamente con su cometido deberá reunir entre otras las siguientes cualidades: resolver con toda precisión los puntos planteados en la instancia, es decir, debe existir congruencia entre el contenido de la sentencia y lo debatido, eliminando así cualquier posibilidad de ir más allá de lo solicitado por los litigantes; observar la garantía constitucional de fundamentación (señalar el porqué de la referencia a determinados preceptos legales) y motivación (precisar los hechos que justifican la decisión), haber justipreciado todas y cada una de las pruebas y argumentos vertidos por las partes dentro del plenario.

Como podemos observar, el fin inmediato del proceso es la resolución del litigio, a esta finalidad el maestro Niceto Alcalá-Zamora la denomina represiva en tanto que tiende a la restitución del orden jurídico que se ha visto alterado con la presencia del litigio; cumpliendo con otro fin de carácter mediato encaminado a la prevención, es decir, a erradicar la presencia de la autotutela como vía de decisión de conflictos.⁶⁰

⁶⁰.-Cfr. Ibidem., Pág. 198.

3.2.- CONCEPTO DE CONCILIACIÓN.

Procede del latín *conciliatio, onis*, del verbo *concilio*, que denota reunir o juntar en un sitio, y por extensión unir a través de acuerdo, hacer amigos, composición de ánimos divergentes.

En la enciclopedia jurídica Universal Espasa Calpe se define a la conciliación como: "la avenencia que, sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre partes que disienten acerca de sus derechos en un caso en concreto, y de las cuales una trata de entablar un pleito contra la otra."⁶¹

Según la concepción de Carnelutti, la conciliación es un equivalente jurisdiccional, en virtud de ser un medio a través del cual se logran los fines característicos del proceso, pero con las ventajas de evitar las cargas que éste impone. Atribuye la denominación de equivalentes toda vez que aún y cuando persiguen la solución de los litigios, en dicha tarea no intervine el Estado y en consecuencia carecen de la facultad jurisdiccional. Entendida ésta como la "...aplicación [a cargo de los Órganos del Estado] de normas jurídicas a casos concretos, aplicación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva aun contra su voluntad."⁶²

Para el autor Jaime Guasp es el "Proceso de cognición especial por razones jurídico procesales, por el que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal o ulterior, también de cognición, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes".⁶³

De igual manera se denomina conciliación a toda actividad encaminada a procurar la autocomposición de la litis, aduciendo la pérdida de tiempo y de dinero que implica la incoación de un procedimiento jurisdiccional.

⁶¹.- "Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana". Vol. 14, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1979, Pág. 964.

⁶².- GARCÍA Máñez, Eduardo. Op. Cit., Pág. 229.

⁶³.- citado por MONTERO AROCA, Juan, "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, Librería Bosch, 1981, Pág. 196.

Es una forma persuasiva para lograr un arreglo entre las partes, mediante la intervención de un tercero imparcial y afín a ellas, cuya actividad no es vinculatoria ya que son los contendientes quienes toman una determinación respecto de la aceptación del arreglo.

De los elementos aportados por las definiciones que anteceden se puede concluir que la conciliación es un mecanismo no jurisdiccional encaminado a la resolución de litigios, en los cuales se ven afectados derechos ubicados dentro del ámbito de disposición de las partes, y que por consiguiente se puede transigir gracias a la presencia de un tercero imparcial que ha de procurar que las partes por sí mismas expresen posibles soluciones o incluso que dicho sujeto sugiera la solución.

Se hace mención de poseer un carácter no jurisdiccional en tanto que al dar solución a las controversias no atiende, al menos de manera primordial, a las disposiciones jurídicas aplicables al objeto del conflicto, es decir, no se trata de la aplicación de una norma general al caso concreto, sino que se ha de valer de la persuasión para arribar a la avenencia de las partes, nunca pasando por encima de la voluntad de éstas, toda vez que por regla general, el conciliador no posee imperium alguno.

Además de que aún y cuando implica un procedimiento cognitivo, en ella no se prejuzga sobre la existencia o no del derecho reclamado, ya que no es posible determinar que por el sólo acto de entablar pláticas se presuma la existencia de un derecho subjetivo, toda vez que es en el proceso en donde se define a quién asiste el derecho, acorde con los argumentos vertidos y los medios de convicción que se han desahogado.

3.3. NATURALEZA JURÍDICA.

Respecto a la esencia jurídica de la conciliación las opiniones de los autores divergen sobre si constituye una modalidad de la autocomposición o se está en presencia de una forma heterocompositiva.

Atendiendo a lo que hemos expresado con anterioridad, al referirnos a las variantes que puede adoptar la conducta de un tercero en aras de la resolución del litigio, pareciera indudable que la conciliación es una figura heterocompositiva.

En tal sentido se han expresado varios autores, entre ellos Guasp a cuya definición se ha hecho referencia, y en la cual deja entrever su opinión respecto de que no se puede considerar a la conciliación como un medio autocompositivo ya que la autocomposición implica que sean únicamente las partes las que intervengan en la solución del litigio, excluyendo de antemano la intervención cualquier otro sujeto que no forme parte del conflicto de intereses.

Y toda vez que la conciliación requiere, de la inclusión de un tercero denominado conciliador o avenidor, para el logro de su fin, ello significa que la solución ya no ha de provenir de manera exclusiva de los litigantes, aspecto en virtud del cual permite que sea considerada como una figura heterocompositiva. Además de que al solicitar la intervención de una persona ajena con la finalidad de ser un punto de enlace o de equilibrio entre ellos y a pesar de que tal actividad no sea en el sentido de emitir un fallo, en sentido estricto, lo cierto es que dicho intermediario satisface un reclamo –que de igual manera se encuentra presente en el proceso- realizado por las partes y ello es motivo suficiente para ser incluida dentro de la heterocomposición.

Bajo un análisis somero tales razonamientos pudieran parecer adecuados, sin embargo no lo son, habida cuenta que el conciliador ha de ver limitada sus funciones a la persuasión de las partes mostrando las bondades de la negociación y en ningún momento tendrá potestad alguna para imponer la fórmula planteada por sí o por alguna de las partes; careciendo así de la principal característica que define a la heterocomposición.

Ahora bien, resulta cierto que tanto en el proceso como en la conciliación las partes o litigantes acuden ante un tercero con la intención de solucionar un conflicto, mas tales “reclamos” no poseen las mismas características, en ambos supuesto existen rasgos peculiares que permiten establecer una clara divergencia. Mientras que en la conciliación la petición se realiza con la finalidad de arribar a un arreglo pacífico, en el proceso a tal solicitud se le denomina propiamente “acción” y tiende a la composición del litigio, pero a

través de la aplicación de una norma jurídica, preexistente y de carácter general, al caso concreto, dejando de lado una solución amigable para concretar una verdadera tutela jurídica.

En suma, la conciliación no puede ser considerada como una figura heterocompositiva, no obstante que aún y cuando en ella interviene una tercera persona, ello no implica que ésta sea quien imprima la solución, toda vez que como se ha señalado en múltiples ocasiones sólo buscará tender puentes que permitan el entendimiento de los litigantes y a lo sumo propondrá alguna posible alternativa, ya que la capacidad definitiva del conflicto todavía la poseen las partes, a las cuales no podrá imponerles composición alguna; por exclusión será encuadrada dentro de la autocomposición, ya que los integrantes de la “trilogía conciliatoria” se encuentran en un plano jurídico de igualdad, contrario a lo que acontece en la heterocomposición.

La conciliación se puede realizar incluso una vez que ha sido incoado el proceso, y tomándolo como punto de referencia a éste último, se puede clasificarla en:

- Previa o preprocesal, se procura con la finalidad de evitar la incoación del proceso, es propiamente excluyente de la jurisdicción en tanto que elude la excitación de la maquinaria estatal de impartición de justicia. Razón por la cual puede ser voluntaria o facultativa si las partes, de común acuerdo y haciendo uso de su albedrío deciden optar por el intento de avenencia; a *contrario sensu* se denominará obligatoria cuando a los litigantes se les exige la realización de un acercamiento ya que constituye un requisito de procedibilidad, en virtud de un mandamiento explícito contenido en una norma jurídica, tendiente a evitar el congestionamiento de los tribunales.
- Intraprocesal o *apud iudicem* cuando se desarrolla una vez que ha iniciado el proceso y tenderá a evitar la emisión de la sentencia.

- Extraprocésal, su finalidad es evitar que las partes acudan ante el Órgano Jurisdiccional, se diferencia de la preprocesal en tanto que es de carácter voluntaria y no es realizada ante funcionarios judiciales, razón por la cual también recibe el apelativo de extrajudicial.

Hasta este punto no existe duda alguna de que la conciliación no es más que un procedimiento que puede derivar en la conclusión de un arreglo o bien no alcanzar la composición del conflicto. La problemática surge al tratar de definir si la conciliación preprocesal, es un proceso o un procedimiento, toda vez que tiende a ser realizada de manera obligatoria y ante la presencia de funcionarios judiciales, en una audiencia señalada para tal finalidad —audiencia previa y de conciliación—.

En opinión de Alcalá-Zamora y Castillo la conciliación preprocesal es una actividad procesal preliminar de carácter preventivo cuya finalidad es la obtención de un arreglo autocompositivo, por lo que si una vez intentada se desembocando en un proceso en el cual se aborde el fondo del asunto, se considera como un acto del proceso; por el contrario si no se inicia el sumario, se considerará como un proceso independiente.

Atendiendo a la lógica más elemental, no puede ser considerada como un proceso por la simple razón de que este último implica el fracaso de las negociaciones que anteceden a la comparecencia de las partes ante el juez con el ánimo de que éste sea quien solucione la controversia; sería una paradoja afirmar que el proceso evita al proceso.

Así, en atención a lo expuesto con antelación, la conciliación preprocesal se ve subsumida por el proceso, convirtiéndose tan solo en un acto procesal, en cambio la conciliación extraprocésal tiene la calidad de procedimiento.

3.4.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

De manera general, el cimiento jurídico de la conciliación, así como de otros medios Alternos de Solución de Conflictos, lo encontramos en el artículo 17 de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que al establecer que “*Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho*” constriñe a los gobernados a abstenerse imponer de manera unilateral su voluntad sobre la de sus semejantes, aún y cuando a tal voluntad le asista algún derecho subjetivo; y mucho menos emplear la fuerza como medio para adjetivar tales derechos o hacer prevalecer sus pretensiones.

Tal prohibición trae aparejada consigo un deber a cargo del Estado, y que es expresado a través de la siguiente fórmula: “*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...*”; no tendría sentido alguno que se impidiera que los particulares reclamen por sí mismo sus derechos si no se han creado los cauces a través de los cuales se les provea de medios, racionales y jurídicos, tendientes a la solución de sus contiendas.

El artículo constitucional al que hemos hecho mención consigna la proscripción de la venganza privada, y es aquí en donde aparece en el escenario jurídico la figura objeto del presente trabajo, como una forma no violenta y consensuada de resolver las pugnas.

En un acto de soberanía el Estado asume para sí la tarea de solucionar las controversias existentes entre sus gobernados —consagrando al rango constitucional la facultad jurisdiccional—, sin embargo si el conflicto atañe a bienes jurídicos que se encuentran dentro del ámbito dispositivo de su titular no es menester que de manera inevitable se accione el aparato jurisdiccional, sino que los particulares gozan de plena libertad para decidir finiquitar su controversia empleando medios alternos a los jurisdiccionales.

Ello en atención al presupuesto de que en un Estado Social Democrático los entes de gobierno son garantes de la libertad de los individuos y en consecuencia sólo deben intervenir cuando ello sea preciso para la conservación de la paz social y la plena vigencia del Estado de Derecho. Además de que en opinión de Gladys Álvarez y Elena Highton:

El deber que tiene el Estado de tutelar los derechos amenazados de los ciudadanos, no se satisface solamente con la organización de un Poder Judicial eficiente, probo, transparente, sino que exige que se ofrezcan y apoyen otras formas de resolución de conflictos [garantizar un fácil acceso a la justicia] que puedan resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos, rápidos en el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto a que puedan impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos en cuanto posibilitan y mejoran la relación futura de las partes.⁶⁴

Conviene agregar el punto de vista de Niceto Alcalá-Zamora quien sostiene que:

El mecanismo estatal dista mucho de ser perfecto y porque es prácticamente imposible que ningún Estado, por más grande que sea su potencia económica, soporte el monstruoso presupuesto que resultaría si pretendiese someter a cauces procesales la totalidad de los litigios ... Entonces, al Estado le conviene autorizar o aprovechar válvulas de escape, que liberen a sus tribunales, por doquiera sobrecargados de trabajo, del mayor número posible de litigios, siempre que la solución por tales medios conseguida no constituya peligro para la paz social.⁶⁵

Máxime cuando a través de tales mecanismos alternos se logra cristalizar la garantía de seguridad jurídica consistente en una impartición de justicia de manera pronta y sin obstáculos (expedita), característica que posee la conciliación al ser un procedimiento breve que no da lugar a la existencia de rezagos en los asuntos a ella sometidos, desarrollado en un lenguaje cotidiano completamente entendible y vivenciado por las partes. Toda vez que requiere de un tiempo menor para la satisfacción de la principal expectativa de los litigantes, que es la solución del conflicto.

⁶⁴ - citado en DUPUIS, Juan Carlos G. "Mediación y Conciliación" Ed. Abeledo-Perrot., Argentina, 1997, Pág. 18.

⁶⁵ - ALCALÁ-ZAMORA. Op. Cit., Pág. 55.

Por cuanto hace a la materia penal, la conciliación encuentra su fundamento en el artículo 20 de la Constitución Política, en particular en su Apartado B fracción IV : “ *En todo Proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: ... B. De la víctima o del ofendido: ...IV. Que se le repare el daño. ...*”. Como se podrá deducir, tal fundamento le es conferido en tanto cumpla con la función de hacer realidad la garantía de reparación del daño ocasionado con motivo de la conducta delictiva.

Como se apuntó en el primer capítulo, en las últimas décadas del siglo pasado, y de manera muy marcada en Alemania, han surgido planteamientos teóricos que ligan la reparación del daño a la pena y a las medidas de seguridad, así el derecho penal ya no buscará primordialmente la retribución o la prevención, sino que también se ocupará de la reparación del daño causado; lo cual implica el abandono de la idea de que la víctima se satisface con el justo castigo de su agresor.

Atendiendo a tales postulados, se llega a concluir que el juez penal no dirime ningún conflicto, su función se dirige a establecer si la conducta de un sujeto se encuadra en un tipo penal y si es así, y es culpable le aplicará una pena de carácter preventivo general como control social de la conducta. Pero el conflicto que subyace en la sustanciación del proceso no solamente no se ha resuelto, sino que en ocasiones se acrecienta, por lo que no solo es víctima del autor, sino que también lo es del sistema penal (dogmática y proceso penal).

Con la reforma constitucional del 21 de septiembre del año dos mil, se intenta reinsertar a la víctima, con un papel más activo dentro del proceso penal, toda vez que la expropiación del conflicto penal ha ocasionado colisiones entre los intereses del Estado y los de la víctima.

Inclusión que no implica, de manera alguna, exigir la responsabilidad de la víctima por su intervención (complaciente o propiciadora) en el hecho que condujo a la lesión del bien jurídico, y lo cual pudiera disminuir la reprochabilidad del autor, sino resaltando los intereses de ésta. Este último aspecto pudiera conducir a una mayor punición o bien al reemplazo de ésta en los supuestos de bagatela.

Ya sea que la reparación del daño acompañe a la pena o la sustituya, la conciliación constituye un medio a través del cual el delincuente al “enfrentar” a la víctima está más propenso a comprender la problemática que en ésta ha desencadenado su actuar típico, conscientizándose de la necesidad de resarcir las cosas al estado que guardaban con antelación al hecho. Buscando un acuerdo a través del cual el delincuente pueda afrontar con menores dificultades la reparación del daño aún encontrándose privado de su libertad corporal; y en el supuesto de que el delincuente sea insolvente o de escasos recursos además de la avenencia, ayudaría de sobremanera que se prefiriera el pago de aquella con respecto del pago de la multa.

Aunado a ello la Asamblea General de Naciones Unidas en fecha 29 de Noviembre de mil novecientos ochenta y cinco adoptó la Declaración sobre los Principios de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso del Poder, en cuyos artículos recomienda la práctica de la conciliación en material penal como vía para obtener una adecuada satisfacción de la reparación del daño:

Artículo 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

Artículo 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. ...

Artículo 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las

prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas. ...”.⁶⁶

De manera muy independiente al fundamento jurídico de la conciliación, existe otra razón de carácter preponderantemente sociológico. En la actualidad en nuestro país, como en muchos otros, los individuos experimentan de manera generalizada un desdén respecto a las instituciones públicas y todo aquello relacionado con el gobierno, ello quizá por la incapacidad de éstas para cumplir de manera cabal con la tarea que le ha sido encomendada, esto con motivo de una mala planeación o bien por ser resultado de políticas erróneas, ocasionando que la problemática social las rebase y como consecuencia se va fijando en el ánimo de los ciudadanos la idea de que la mejor protección de sus intereses es aquella realizada por sí mismos, por lo que no extraña que se presenten, con alarmante frecuencia, casos de la más primitiva autodefensa, es decir se adoptan soluciones irracionales y por demás destructivas.

Con este tipo de acciones lejos de finiquitar el conflicto, sólo se está incubando uno nuevo, ya que todo conflicto presenta el siguiente ciclo de vida: se gesta al momento en que, entre dos o más individuos, surgen necesidades opuestas entre sí; el siguiente estadio se caracteriza por la exteriorización en el mundo fáctico de tales necesidades (intereses), mediante la adopción de posturas, que no son otra cosa sino los argumentos y defensas emprendidas para proteger dichos intereses; una vez que se ha desencadenado el conflicto se busca solucionarlo, es decir, tratar de conseguir un equilibrio, y para ello se puede recurrir a la heterocomposición, autocomposición y hasta la autodefensa, con el inconveniente que presenta ésta última de ser una imposición netamente unilateral, con el paso del tiempo dicho equilibrio termina rompiéndose dando cabida al nacimiento de un nuevo conflicto⁶⁷, convirtiéndose esto en un cuento de nunca acabar, aumentando en cada ocasión las cuotas de violencia.

Y ante tal realidad “...es urgente que los grupos sociales cuenten con procesos autoregulatorios y pacíficos que vengán a coadyuvar en la solución de sus problemas. Es

⁶⁶ .- http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm

⁶⁷ .- Cfr. DUPUIS, Juan Carlos G. Op. Cit., Págs. 39 a 43.

por ello que le apostamos con todo al método alterno de resolución pacífica de controversias como lo es la mediación [y también la conciliación], la cual viene a promover, precisamente la autocomposición como una vía pacífica y alterna a los procesos que se llevan en los tribunales.”⁶⁸

Al emplear medios que nos permitan obtener soluciones integradoras, se está contribuyendo de sobremanera a la pacificación social, en virtud de que en ellos se privilegia el diálogo entre las partes con la finalidad de que cada una de ellas esté en condiciones de vislumbrar cual es la posición en la que se encuentra su par, asumiendo además una conciencia sobre la dimensión real del problema —identificar los intereses de fondo— y fomentando una especie de responsabilidad social en cuanto a que cada una de las partes es dueña del problema y por ende está comprometida en su posible solución.

Sosiego que se obtiene toda vez que se influye poderosamente en el ámbito psicológico del individuo, desterrando los resentimiento que pudiesen surgir en aquél que ha sido “vencido” en juicio y que aún a sabiendas que no le asistía la razón no asume las consecuencias de su actuar y culpa de tal descalabro al juzgador; además de que debido a su naturaleza colaborativa ambas partes resultan beneficiadas por igual, con lo que se eliminan las percepciones de triunfo y derrota.

Y al percatarse de su capacidad constructiva y de los beneficios que pueden reportar los consensos, los sujetos tendrán un argumento valioso para intentar la conciliación en la resolución de los conflictos que surjan en las esferas en la cuales se desenvuelven con cotidianidad.

3.5.- DISTINGO ENTRE CONCILIACIÓN Y OTRAS FORMAS DE HETEROCOMPOSICIÓN.

Al buscar el concepto de la conciliación, así como al definir su naturaleza jurídica se hizo referencia a algunas de sus características más sobresalientes, a través de las cuales se puede estar en condiciones de diferenciarla respecto de figuras afines, así con

⁶⁸ .- SÁNCHEZ Collins, Luciana Yadira. “La Decisión de Operar un Programa Público de Mediación” publicado en *Perspectivas Jurídicas del Estado de México*, Volumen I, Número 3, Año 2, Julio-Diciembre 2002, Pág. 95.

lo expuesto en los apartados a que se ha hecho mención no resulta gravoso discernir a la conciliación de los medios heterocompositivos (arbitraje y proceso), el reto lo constituye separarla de las demás formas autocompositivas, y muy en particular de la mediación que es la figura que se le asemeja en gran medida y con la cual se le confunde.

3.5.1.- Mediación.

Antes de iniciar la exposición de los elementos que permiten distinguir a la mediación respecto de la conciliación, será necesario definir aquella y enumerar las características que le son propias.

El diccionario de la Real Academia Española, define a la mediación (latín *mediare*) como “interceder o rogar por alguien. Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.⁶⁹

Resulta importante resaltar que en la doctrina jurídica surge como una figura propia del Derecho Internacional Público, ya que desde la Edad Media se ha recurrido a ella con la intención de zanjar las diferencias existentes entre las naciones, y no es sino hasta el año de 1899 cuando se le reconoce como un medio de solución pacífica de controversias interestatales, así el artículo 4º del Acta Final de la primera Conferencia de la Paz celebrada en la Haya, al definir el papel que ha de realizar el mediador delimita lo que se ha de entender por mediación.

Sin embargo no hay uniformidad respecto a su definición, por lo que existen diversas opiniones sobre lo que se ha de entender por mediación, alguno sostiene que se trata de un proceso: “...es un proceso en el cual dos partes en conflicto, designan a una tercera parte, inicialmente neutral y posteriormente multiparcial, para que los ayude a

⁶⁹.- Real Academia Española. “Diccionario de la Lengua Española”, T II 22 ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2001, Pág. 2168.

encontrar una solución a su problema que sea de mutuo beneficio.”;⁷⁰ mientras que algunos otros afirman que se está en presencia de un procedimiento: “La mediación es un procedimiento por el cual las partes, que se encuentran sumergidas en un conflicto, buscan una solución aceptable ... mediante la ayuda de un tercero neutral [que] intenta inducir a las partes para que generen propuestas mutuamente aceptables y .. solucionen su conflicto”⁷¹, a este respecto resultan aplicables las consideraciones vertidas sobre la naturaleza jurídica de la conciliación.

Mas el principal punto de divergencia entre los diversos autores se encuentra precisamente en las facultades de intervención del mediador, y es aquí en donde, de manera inevitable, se inicia la labor de inteligir a la conciliación de la mediación.

Dante Barrios de Ángelis sostiene que el mediador a fin de dar cumplimiento a su misión de buscar la composición del conflicto no solo ha de intentar el acercamiento de las partes, sino que incluso se encuentra facultado para proponer la posible solución: “...El mediador es un tercero que intenta comunicar a las partes entre sí, por propia iniciativa o por la de las partes o la de otro tercero; en caso de lograr la comunicación, propone medios de solución aceptables para las partes y puede, en consecuencia, lograr el acuerdo de éstas sobre el punto de discrepancia...”⁷²

Contraria a la opinión antes transcrita, el Doctor Jorge Pesqueira Leal establece que el mediador ha de ser un factor que tienda al establecimiento de las condiciones propicias para que tenga verificativo el diálogo entre las partes, no siendo de su incumbencia la elaboración de posibles formulas de solución, “...él como tarea total tendrá que las partes mantengan interacción una con la otra hasta que encuentren una solución a sus diferencias, ellas, no el mediador, el mediador no puede hacer planteamientos de cómo

⁷⁰ .- HERNÁNDEZ Tirado, Héctor. “La Mediación” publicado en Perspectivas Jurídicas del Estado de México, Volumen I, Número 3, Año 2, Julio-Diciembre 2002, Pág. 57.

⁷¹ .- DUPUIS, Juan Carlos G. Op. Cit., Pág. 28.

⁷² .- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, “Introducción al Estudio del Proceso”, Ed Depalma, Buenos Aires, 1983, Pág. 12.

solucionar el problema, no puede proponer alternativas para facilitar la solución del conflicto como lo puede hacer el conciliador.”⁷³

También suele suceder que se identifique a la conciliación como el fin último de la mediación, es decir, si se atiende al hecho de que en todo mecanismo de resolución de disputas no solo se ha de buscar la solución del conflicto —fin inmediato—, sino que durante el desarrollo de la negociación se aspira a la consecución de un acuerdo en el que las partes hayan flexibilizado sus posiciones y como consecuencia se obtiene una pacificación social duradera y estable, en tal sentido se puede concluir que “la conciliación es el ingrediente psicológico de la mediación en que el tercero intenta crear una atmósfera de confianza, cooperación y respeto que conduzca a la negociación ... otros autores piensan que mediación y conciliación son lo mismo. Aunque desde otro ángulo, podríamos decir casi el opuesto, la conciliación termina siendo la conclusión de la negociación de la mediación. Así conciliación se asocia con el acto final o acuerdo...”⁷⁴

Y es que tanto en la conciliación como en la mediación concurren las siguientes características: ambas tienen como finalidad la solución del conflicto, pero sin la necesidad de arribar a un proceso; la emisión del arreglo que ponga fin al litigio no posee un carácter vinculatorio, es decir, las partes son quienes deciden sobre su posible adopción o rechazo, y como consecuencia de ello su naturaleza jurídica es autocompositiva; en su desarrollo se privilegia la inmediatez, así como a la oralidad, dando como resultado escasa formalidad.

Por lo que siguiendo nuestro Derecho Positivo podemos delimitar, aún cuando solo sea de manera provisional, las características que permiten discriminar una figura de la otra:

Así la conciliación se establece como un instrumento de carácter público, instituido en ley, y en la cual se encuentra regulada su función; las partes no intervienen en la designación del funcionario encargado de realizar las negociaciones y al cual se

⁷³ .- PESQUEIRA Leal, Jorge. Conferencia publicada en *Perspectivas Jurídicas del Estado de México*, Volumen I, Número 3, Año 2, Julio-Diciembre 2002, Pág. 110.

⁷⁴ .- FALCON, Enrique M. “Mediación Obligatoria en la Ley 24.573”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, Pág. 23.

denomina conciliador, situación que de forma alguna le resta validez a la función que le ha sido encomendada. Las actividades de tal conciliador no se agotan en el simple hecho de buscar el acuerdo de las partes o dirigir las pláticas, sino que además y a falta de imaginación de aquellas, cuenta con las prerrogativas suficientes como para proponer alternativas de solución, ya que se trata de un sujeto imparcial; debe vigilar que las soluciones que propongan las partes se ajusten a la normatividad vigente, razón por la cual resulta imprescindible que el conciliador sea una persona con conocimientos jurídicos. Puede ser facultativa o bien puede ser obligatoria, convirtiéndose entonces en un requisito de procedibilidad para incoar un proceso. Al nacer a la vida institucional mediante una ley, los acuerdos logrados a través de esta vía surten efectos de cosa juzgada, pudiéndose ejecutar como si se tratase de una sentencia que ha causado estado.

Por su parte la mediación se caracteriza porque en ella el mediador es un punto de enlace entre las partes, las induce a identificar los puntos de contradicción, dejando de lado sus posiciones para encontrar la solución al conflicto; en su denominación intervienen las partes o incluso por su propia iniciativa — pero siempre contando con la anuencia de estas —, en virtud de que actúa como particular, no siendo un requisito indispensable que sea imparcial. Por regla general es de carácter voluntaria, y en consecuencia el arreglo al que se arrije sólo tendrá la categoría de un acuerdo entre las partes, y toda vez que se trata de un procedimiento que carece de medios coercitivos, ante su incumplimiento se está en la necesidad de recurrir ante el Órgano Jurisdiccional e intentar la vía correspondiente.

Se menciona que el criterio antes empleado nos da una delimitación provisional en virtud de que basta con que la mediación sea expresamente incluida por algún cuerpo normativo para que por ese simple hecho adquiera las características propias de la conciliación, situación que no tardará mucho en presentarse.

Así cada vez más se van perdiendo las fronteras entre ambas figuras, y como muestra de ello, en la práctica, además de la existencia de una forma pura de mediación — en la cual el tercero no puede proponer soluciones — tienen cabida algunas modalidades atendiendo a las facultades del mediador: será “facilitativa” cuando su labor se concreta a

tender puentes de comunicación con la finalidad de que las partes por si mismas encuentren la solución al conflicto; y por el contrario recibirá el calificativo de “evaluativa-predictiva” cuando, tomando como punto de referencia los argumentos jurídicos que esgrimen las partes, emite opiniones sobre el posible resultado del discernimiento del conflicto ante el Órgano Jurisdiccional y además propone posibles soluciones; sin que exista impedimento alguna para que ambas modalidades se conjunten⁷⁵ y se confundan con la propiedades de la conciliación.

En suma, para poder diferenciar a la mediación se ha de atender a su significado gramatical: *interponerse entre dos o más que riñen o contiene*, acepción que delimita de antemano las tareas encomendadas al mediador, quien únicamente ha de servir de punto de enlace a fin de delimitar el conflicto y crear una atmósfera que permita que las partes eliminen las barreras de comunicación y formulen la solución al conflicto; ya que la finalidad de *componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí* es propia de la conciliación y por ende se puede echar mano de cuantos recursos estén disponibles para lograr tal meta.

3.5.2.- Desistimiento, Allanamiento y Transacción.

Cuando se logra la avenencia de las partes mediante concesiones recíprocas que éstas se hacen, se encuentra uno en presencia de una transacción, sin embargo transacción y conciliación teóricamente no son sinónimos, ya que por naturaleza aquella implica de manera invariable la realización de renunciaciones recíprocas, mientras que la conciliación también puede entrañar un reconocimiento unilateral de las pretensiones de la contraparte.

“Lo que ocurre es que al llevarse a la práctica la conciliación haciendo uso de diferentes medios instrumentales, se confunde con ellos; pero la conciliación constituye una categoría independiente con perfil propio, y en la avenencia la causa externa, inmediata

⁷⁵.- Cfr. DUPUIS G, Juan Carlos. Op. Cit., Págs. 28 y 29.

y principal es siempre la propia de la conciliación, poner fin a la controversia, quedando en la sombra .. el contenido dispositivo del acuerdo al que llegan las partes.”⁷⁶

Como ha quedado establecido, la conciliación implica la solución del conflicto, haciendo uso de la persuasión, tomando forma a través del allanamiento, la renuncia o bien en la transacción, figuras que a su vez se hayan dentro de la autocomposición. Es decir, dichas figuras no son más que medios instrumentales o moldes jurídicos en los cuales la conciliación inserta el acuerdo que pone fin a la contienda.

3.5.3.- Arbitraje y Proceso.

En este punto las diferencias son más que obvias, en cuanto a que el conciliador jamás impone su decisión, cuestión que no sucede en el arbitraje en donde el tercero es quien formal y materialmente soluciona el litigio, siendo una resolución vinculante. En la conciliación se procura arribar a un arreglo a través de la persuasión, mientras que en el arbitraje, excepción hecha en su modalidad de equidad, se aplican normas jurídicas para la solución de la contienda.

La conciliación y las demás formas autocompositivas intentan evitar el proceso, y el arbitraje viene a ser un substituto de éste, ya que materialmente es un procedimiento seguido ante jueces privados; por ende siempre conduce a la solución del conflicto, cosa que no siempre ocurre en la conciliación.

Al igual que en el arbitraje, mediante el proceso jurisdiccional el juez es quien soluciona el conflicto sometido a su conocimiento, y dicha formula debe ser acatada aún en contra de la voluntad de las partes, ya que de no ser así se cuenta con todo un aparato coactivo encargado de ello; siendo que el conciliador en todo momento se encuentra en el mismo plano que las partes no contando con *imperium* alguno.

⁷⁶ .- ROMERO Pradas, Ma. Isabel. “La Conciliación en el Proceso Laboral”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 38.

La sentencia del juez debe ser emitida atendiendo a las pretensiones que, durante el desarrollo del proceso, expresaron las partes, además de la obligación de fundar en las disposiciones jurídicas aplicables el sentir de su fallo; situación que no acontece en la conciliación.

3.6.- EL DERECHO PROCESAL Y LA CONCILIACIÓN.

El presente tema se puede abordar desde dos perspectivas: la primera está dada desde la óptica que considera al Derecho Procesal como un conjunto de normas tendientes a regular las formalidades y la actuación de los sujetos (partes, juzgador y terceros o auxiliares) que intervienen en el desarrollo del proceso jurisdiccional.

“Es el conjunto de reglas destinadas a la aplicación e las normas de derecho a casos particulares, ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario, ordene que se haga efectiva.”⁷⁷

Tal definición parte de la idea que en todo Estado, las normas elementales de convivencia armónica han sido establecidas en la Constitución y las leyes que de ella emanan, tales normas encargadas de regular la conducta humana reciben la denominación de Derecho Sustantivo, es decir, constituyen la sustancia del Derecho al contener las prerrogativas y deberes correlativos al individuo social.

En una sociedad utópica bastaría con la existencia de tales directrices, mas en nuestra realidad de nada serviría que exista un catálogo de deberes y derechos subjetivos, si ante su inobservancia no existe medio alguno para obligar a su cumplimiento; así ante tal necesidad surge el Derecho Adjetivo o Derecho Procesal cuya naturaleza instrumental se

⁷⁷.- GARCÍA Máynez. Op. Cit. Pág. 143.

convierte en el medio idóneo para actualizar, de manera sistemática y ordenada, las normas y al mismo tiempo regular la actividad al ejercitar la función jurisdiccional: en tal sentido también se deben incluir las leyes orgánicas del poder judicial.

Si se pretende asignar a la conciliación la tarea de mostrar nuevas alternativas para la solución de conflictos, ya sea en materia penal o en cualquier otra, es al derecho adjetivo a quien le corresponde dotarla de vida, marcándole los derroteros a seguir, así como definir de manera concreta las consecuencias jurídicas de su empleo.

Por cuanto hace a la conciliación extraprocesal resulta indispensable regular lo conducente a la homologación del acuerdo conciliatorio al que han llegado las partes, con la finalidad de que se eleve a la categoría de sentencia ejecutoriada y con ello traer aparejada su ejecución; o bien, en el supuesto de que la conciliación no haya sido desarrollada por programas dependientes del poder judicial, dotarle de las correspondientes vías de apremio que permitan ejecutar el convenio.

Otra de las cuestiones que se habrán de afrontar es la relativa a la prescripción de la acción (civil y penal), es decir, se debe dejar bien claro que sucederá si se opta por intentar el procedimiento conciliatorio, podrá la conciliación interrumpir los términos de prescripción para el ejercicio de la acción; de no establecerlo de manera clara y precisa se pondría en riesgo la seguridad jurídica de los sujetos, ya que no sería extraño que se utilizara esta vía con la intención de hacer transcurrir el tiempo en favor de alguno de los involucrados o bien una vez que se ha logrado un acuerdo no cumplirlo argumentando que la acción ya había prescrito.

En el supuesto, en materia civil, de que una vez que se ha incoado el proceso respectivo, las partes decide intentar la conciliación habrá de prever en los códigos procesales su inclusión como una hipótesis para que opere la interrupción de la caducidad de la instancia.

La segunda visión conceptúa al Derecho Procesal como una disciplina jurídica cuyo objeto de estudio se encuentra constituido por el conjunto de normas (Derecho Objetivo) y principios generales que rigen la función jurisdiccional, así como las instituciones con las que cuenta el Estado para desempeñar tal misión.

Desde éste ángulo y partiendo del antecedente de que la conciliación encuadra dentro de la autocomposición se ésta en condiciones de vislumbrar su relación con el Derecho Procesal, y para tal fin resultan muy útiles las consideraciones realizadas por el maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; por lo que siguiendo lo establecido por Carnelutti, en el sentido de que la conciliación forma parte de los equivalentes jurisdiccionales, y toda vez que a través de ella se logran los fines propios del proceso, no existe impedimento alguno en que la ciencia que se encarga del estudio de éste también se ocupe del análisis científico de figuras análogas.

No pasando inadvertido que igual conveniencia se presenta debido al nexo que existe entre la autocomposición y el proceso, relación que se deriva del hecho de que ambas figuras tienen en común la existencia de un antecedente denominado litigio, y en torno al cual se desenvuelven ambas. Y siguiendo un sentido histórico, mismo que forma parte de toda ciencia, el estudio de la conciliación puede abordarse como un antecedente en la evolución dialéctica de lo que ahora conocemos como proceso.

Y para aquellos que atendiendo a la denominación de esta rama jurídica pudieran llegar a pensar que no le corresponde ocuparse del estudio de la conciliación, lo cierto es que dentro del Derecho Procesal no solo se abordan cuestiones relacionadas exclusivamente con el proceso, sino que además se incluyen otros elementos que pudiese o no estar relacionados directamente con él.⁷⁸

Y como tarea inherente a toda ciencia, también es su deber difundir los conocimientos que en ella se van gestando, o de lo contrario inútil resultaría su labor así como la asignación de recursos y tiempo a dicha tarea de investigación. Por lo tanto es

⁷⁸.- Cfr. ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto. Op. Cit. Págs. 22 a 26.

coparticipe en la elaboración de formas pacíficas, tolerantes e imaginativas mediante las cuales los protagonistas puedan resolver civilizadamente los conflictos sociales, contribuyendo a la reducción de los índices de conflictividad social al evitar que la materia en discusión escape del control de los interesados, ya que aún y cuando no todos los conflictos podrán hallar solución mediante los mecanismos de autocomposición, en un mayor número se intentará su resolución por este tipo de vías como primer paso y sólo ante su fracaso se optará por la vía jurisdiccional.

Así, mediante la instauración y difusión de medios autocompositivos, como la conciliación, se brindarán los conocimientos necesarios para humanizar, racionalizar y desarrollar la capacidad de tolerancia como una vía para obtener acuerdos sobre los desacuerdos.

CAPÍTULO IV

LA CONCILIACIÓN EN MATERIA PENAL

La facultad de conciliar que se le confiere al Ministerio Público es resultado de aquella concepción que toma como punto de partida el hecho de que el delito es un conflicto social, por lo que deberán atenderse a los intereses de la víctima y del Estado; así el representante social servirá de ayuda.

Antes de abordar de lleno tal prerrogativa, consideramos importante echar un vistazo a los antecedentes históricos del Ministerio Público, ya que ello nos ayudará a vislumbrar los distintos fines y argumentos que han justificado su existencia en diferentes épocas, y en que momento la conciliación (entendida como medio para obtener la reparación del daño) logra una empatía con las metas que persigue dicha institución.

4.1.- LA CONCILIACIÓN COMO FACULTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La mayoría de los autores comulgan con la idea de que el antecedente más remoto de lo que ahora conocemos como Ministerio Público, se encuentra en la antigua Grecia, ya que con antelación al establecimiento de la magistratura del Arconte, los miembros de la comunidad designaban a un individuo con la finalidad de que éste se encargara de delatar a los delincuentes y sostener acusación en su contra, ante los órganos correspondientes. Alrededor del año 683 a.c. dicha tarea le es asignada a los arcontes, cabe señalar que no existe dato alguno que permita establecer a cual de los nueve le atañía tal encomienda; razón por la cual nos atrevemos a argumentar que en los inicios de tal figura le correspondía al epónimo, basta recordar que éste surge como relevo del monarca y por ende aún conserva una centralización absoluta de prerrogativas, por lo que resulta coherente que se encargara de la persecución de los delitos.

En Roma, durante su etapa primitiva, el pater familia era el encargado de perseguir, siendo más exactos vengar, la comisión del ilícito cometido en agravio de algún miembro de su domus.

Siglos después, con la implementación de *ordo iudiciorum privatorum*, el ciudadano que era víctima u ofendido por el delito se presentaba ante el pretor, ejercitando la *legis action* conducente, en lo que bien podría ser el antecedente de la denuncia y de la querrela; por lo tanto la facultad de realizar acusación por la comisión de un delito se encontraba en manos de los particulares, no existiendo magistrado alguno al que le fuera encomendado el deber (carga) de perseguir al delincuente; cabe hacer mención que el pretor realizaba algunas actividades que en algo se asemejan a las realizadas en la actualidad por el órgano investigador para preparar el ejercicio de la acción penal.

Una vez que el ciudadano acudía ante el pretor esgrimiendo la existencia de una acción concedida por el derecho quiritaro (ley), éste debía analizar si la situación en concreto estaba comprendida en alguna de las hipótesis legales, una vez realizado lo anteriores procedía a efectuar la citación (*in ius te invoco*) del agresor, lograda su comparecencia se procedía a la fijación de la litis, la cual quedaba establecida mediante la *litis contestatio*, con la finalidad de que al juez recibiera un adecuado planteamiento del problema: "...es el llamado que las partes hacen a los presentes para que como testigos recuerden lo que se ha establecido ante el magistrado [pretor] para repetirlo apud iudicem."⁷⁹

Como el procedimiento basado en las *legis actionis* era extremadamente legalista, y sólo podían recurrir a él los ciudadanos romanos, surgieron disputas por cuestiones que no se encontraban contempladas en la ley, por lo que pronto surgió una ingeniosa solución para dicha problemática, así el *praetor peregrino* ante situaciones no reguladas, basado en su *imperium*, decide otorgar acciones especiales, con el paso del tiempo se adquiere la

⁷⁹.- DE AVILA Martel, Alamiro. "Derecho Romano", Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, Pág. 188.

“costumbre” de publicar un listado (álbum) de las acciones que de manera particular concedía un determinado pretor.

El actor se encontraba obligado a citar al demandado con la finalidad de que ambos comparecieran ante el pretor, así ante dicho magistrado, el actor exponía sus pretensiones y pedía una acción señalándola en el álbum, pero si no existía solicitaba la elaboración de una nueva, o bien la adecuación pertinente de la ya existente. Si en tal etapa no se da cumplimiento a las demandas del actor, o bien se niegan los hechos se procede a la elaboración de la *litis contestatio*, que ahora se hará constar por escrito adquiriendo la categoría de un contrato.

Y toda vez que no existe derecho quirritario aplicable al asunto, el pretor se ve en la necesidad de girar instrucciones precisas al juez, en las cuales elabora un extracto de las manifestaciones vertidas por las partes, así como la acción concedida —guardando la distancia debida constituye el antecedente del pliego de consignación y de las constancia de averiguación previa—, así como el procedimiento a través del cual el *iudex* debería comprobar la existencia o no de los hechos en los cuales se sustentan las argumentaciones de las partes, y en su caso la designación de los derechos y obligaciones de éstas con respecto a los bienes objeto de la disputa: todo lo anterior recibía el nombre de fórmula.

La trascendencia de la fórmula, por cuanto hace a nuestra materia de estudio, estriba en el hecho de que si bien la persecución del *delicta* aún sigue en manos del particular, las instrucciones contenidas en tal escrito poseen algunas de las características de carácter vinculante propias de las resoluciones del Ministerio Público, tales como el dictar sentencia en los términos consignados en ella, absolver si los hechos no son los previstos en la fórmula, si las sumas no coinciden con las comprobadas *apud iudicem* se deberá absolver, si existe algún error sobre el bien sobre el cual recayó la conducta, se procederá de igual forma.

Otro importante antecedente lo hayamos en Francia, en el año de 1303 siendo monarca Felipe IV “el Hermoso”, dictó una ordenanza a través de la cual daba vida a la

figura del Procurador del Rey, con la finalidad de que éste representara al monarca ante los tribunales, con posterioridad se crea el nombramiento de Abogado del Rey, cuya función consistía en despachar los asuntos jurídicos de aquellos cortesanos favorecidos por la protección del soberano, es decir ejercía labores propias de una defensoría.

En el año de 1791, la Asamblea Nacional o Asamblea del Pueblo, en plena efervescencia de la Revolución Francesa, dota al pueblo de una constitución, la cual rompía con algunas figuras monárquicas, así en materia penal se crearon los juicios con jurados, dejando en manos del acusador público (comisario de elección popular) el encargo de la persecución de los delincuentes ante los tribunales.

Por cuanto hace al derecho hispano, el Fuero Juzgo contempla la existencia de un funcionario encargado de realizar acusación penal, pero su actuación se encontraba condicionada a la ausencia de persona directamente interesada en la persecución del delincuente. El personaje en comento realizaba tal función como un mandato particular del monarca, por ende actuaba a cuenta y representación de éste.

Con posterioridad surgen los *Patronus fisci*, encargados en un principio de defender los derechos de la Cámara del Rey, cuando fueron denominados procuradores fiscales se les facultó para actuar como órgano acusador de determinadas conductas delictuosas; además de que en distintas ordenanzas forales, se autorizaba a los pueblos para designar personas que se encargaran de vigilar la impartición de la justicia e investigar delitos: abogado fiscal.

Con el correr de los siglos, y aún antes del descubrimiento de la Nueva España, el fiscal quien en su carácter de representante de los intereses de la corona forma parte del Consejo Real, y con posterioridad se le insertó en el Consejo de Indias y en las Reales Audiencias de los territorios de ultramar. Siendo los encargados de vigilar el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, en asuntos de la vindicta pública deberán buscar el castigo del delincuente toda vez que el delito perjudica a la sociedad.

El Decreto Constitucional para la Libertad de América (Apatzingan 1814) en su capítulo XIV “del Supremo Tribunal” prevé en la configuración de éste la existencia de dos fiscales letrados (uno en materia civil y otro para lo criminal), los cuales en su primera ocasión serían nombrados por el Congreso y en lo sucesivo por el Supremo Gobierno.

En la Constitución de 1824, la Corte Suprema de Justicia se encuentra conformada por once Ministros así como por un fiscal, ambos cargos contaban con la misma jerarquía; siendo nombrados por votación de las legislaturas locales. Conservándose, además la figura del promotor fiscal quien formaba parte, junto con el juez letrado y dos asistentes, de los tribunales unitarios y de distrito, siendo nombrados a propuesta del Presidente de la Corte Suprema de Justicia (artículo 110 fracción VIII).⁸⁰

En el mes de febrero de 1826 por medio de una ley, se estableció la obligatoriedad de la intervención del ministerio fiscal en todos los asuntos criminales en que tuviera participación la Federación o sus autoridades, imponiéndole la obligación de realizar visitas semanales a las cárceles.

En las Bases Constitucionales de 1836, la figura del fiscal no experimenta modificación alguna en cuanto a que sigue formando parte de la Corte Suprema de Justicia, conservando la misma jerarquía que los ministros de ésta; asimismo en la capital de cada Departamento se establecieron Tribunales Superiores de los cuales el fiscal también era integrante. Resultando novedosas la serie de restricciones impuestas a dicho funcionario y que entre otras consistían en: no desempeñar comisión alguna del Gobierno, no podían ser abogados, apoderados en pleitos, asesores o arbitadores.

En las Bases Orgánicas de la Republica Mexicana, expedidas en 1843 se continúa con el mismo derrotero respecto a la función del fiscal; perpetuándose aquella reminiscencia hispánica de integrar al fiscal dentro del Poder Judicial, con funciones de defensor de la Hacienda Pública y acusador en procesos penales.

⁸⁰.- TENA Ramirez, Felipe. Op. Cit. Pág. 183.

No es sino hasta el año de 1853 con la promulgación de las Bases para la Administración de la República cuando surge la simiente del Ministerio Público, toda vez que se crea la figura del Procurador General de la Nación quien defenderá los intereses del Estado ante tribunales judiciales y administrativos. Así en diciembre del mismo año se publica la denominada Ley Lares, a través de la cual se organiza el Ministerio Público, integrado por fiscales quienes emitirán opiniones respecto a las dudas y obscuridad en la interpretación de la ley; dependiendo directamente del Ejecutivo.

En el primer proyecto de Constitución de 1857, al establecer en su artículo 27 como requisito de procedibilidad en todo proceso criminal la existencia de querrela o acusación de parte ofendida o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad, se perfila una nueva concepción de dicho funcionario, ya que ahora la función de acusar no será asignada de manera esporádica, surgiendo así acaloradas discusiones que versaban respecto a la titularidad del derecho a acusar: algunos sostenían que aquél pertenecía a los ciudadanos y por ende era indelegable, además de que con la inclusión de tal funcionario se tornaría más lento el aparato de impartición de justicia, pues su accionar dependería, ahora, de dos funcionarios; el argumento a favor aducía que con su inclusión traería aparejada la imparcialidad en la actividad del juez, ya que éste se vería despojado de la tarea de acusación.

Sin embargo, en la Constitución aprobada no se verificó avance alguno, ya que todo se limitó a la coexistencia dentro del Poder Judicial Federal del Fiscal y del Procurador General; las funciones correspondientes les fueron asignadas mediante el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia (29 de julio de 1862) el primero de los mencionados se ocuparía de todos aquellos asuntos ventilados en la Corte a condición de que implicaran interés de la Hacienda y el último sería oído en todo asunto penal y al existir dudas sobre la ratio legis.

Con el establecimiento del Imperio de Maximiliano, y de manera especial con la Ley para la Organización del Ministerio Público (19 de diciembre de 1865), éste dependía

del emperador, pero actuaba bajo la dirección del Procurador General, asignándole funciones en materia penal y civil.

En materia penal le pertenecía la acción pública criminal para la aplicación de las penas, sin embargo no actuaba como acusador necesario —ya que no podía ejercitar su acción en los casos en que la ley reservara expresamente la acusación a la parte ofendida, mientras ésta no hiciera uso de tal derecho—, tampoco podía intervenir en los delitos privados en tanto los particulares no se querellaran ante el Tribunal.

Una vez restablecida la República, el 15 de junio de 1869 se publica la Ley de Jurados Criminales, estableciéndose tres Promotorías Fiscales para juzgados criminales, quienes tendrían la obligación de investigar la verdad en la comisión del delito, facultándolos para intervenir en el proceso una vez dictado el auto de formal prisión, razón por la cual deberían ser sujetos letrados.

Constituyendo la parte acusadora a través de la cual se podía valer el ofendido, sin embargo en el supuesto de que se llegasen a presentar discrepancias con tal funcionario, el ofendido podía promover cualquier prueba, a reserva de que el juez acordara lo conducente.

En el año de 1880 se promulga el primer Código de Procedimientos Penales para la República en materia Federal y para el Distrito Federal, y en él se considera al Ministerio Público como un magistrado encargado de la defensa de los intereses de la sociedad ante los tribunales, siendo la policía judicial la encargada de la investigación de los delitos, así como de la recolección de pruebas.

En tratándose de delitos perseguibles de oficio, se le faculta para solicitar la incoación del proceso penal, así como ordenar la aprehensión del indiciado en el supuesto de que existiera temor de que se sustrajera, con la condición de ponerlo a disposición del juez. Le corresponde perseguir y acusar ante los tribunales a los responsables del delito y vigilar la ejecución de la sentencia. Cabe hacer mención que el juez de instrucción era el jefe de la policía judicial.

El ofendido o cualquier persona que tuviera conocimiento del delito, lo hacía del conocimiento del juez competente, del ministerio público o de los funcionarios (juez de paz, inspectores de policía) que contaran con atribuciones de policía judicial.

Con la iniciativa del artículo 21 constitucional, propuesta por Venustiano Carranza, se trata de delimitar en forma precisa la titularidad de la persecución penal y establecer de manera clara la subordinación de la policía judicial, como resultado de los debates del congreso constituyente se le atribuye la función de ser titular de la acción penal y no un mero órgano administrativo que se limitara a velar por la irrestricta observancia de la ley.

Y toda vez que el ejercicio de la acción penal requiere el contar con datos suficientes que hagan presumir la existencia del delito, así como la probable responsabilidad penal, para lograr obtener la información necesaria, se le asigna un cuerpo policiaco especial, que será el encargado de auxiliarlo en la recolección de tales indicios.

Y como acusador público, se le autoriza en el proceso para aportar y desahogar las probanzas pertinentes; relevando así a los tribunales de una tarea que difícilmente se muestra compatible con la función principal consistente en la aplicación de la norma para definir si "...¿en el caso en concreto, existe delito? y de ser afirmativa la respuesta: ¿el inculpado es responsable penalmente de él?. De haber una respuesta afirmativa también, ... es decir de concluirse en una sentencia condenatoria, la autoridad judicial procederá a la imposición de las penas o medidas de seguridad de que procedan."⁸¹

De todo lo expuesto anteriormente no existe duda alguna respecto a que el fundamento constitucional, así como la principal atribución del Ministerio Público se encuentra contenida en el numeral 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que al establecer "...*La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y*

⁸¹.- HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Op. Cit. Pág. 8.

mando inmediato...” crea una institución cuya razón de ser se haya en la investigación y persecución del delito, dotándolo de las facultades y los medios necesarios para cumplir con tal encomienda.

De la redacción del artículo antes mencionado, y realizando una interpretación de índole gramatical y lógica, se desprende que al excluir a todo particular de la investigación del delito resulta necesario que otro ente se ocupe de tal labor, y en consecuencia se le impone (con el carácter de carga) a una autoridad administrativa —conclusión que se obtiene al analizar el significado de la palabra incumbencia (obligación de hacer una cosa) que a su vez proviene del verbo defectivo incumbir ser de su obligación— surgiendo así el denominado monopolio del ejercicio de la acción penal.

Monopolio que reviste dos facetas: la primera en el hecho de que el Ministerio Público al no representar a los intereses de los particulares, sino el interés que tiene la sociedad en investigar y perseguir los hechos delictuosos, así como el que se sancione a los responsables, con ello se excluye del patrimonio privado a la acción penal; y la segunda que viene a ser una consecuencia lógica de la que le antecede y que se expresa en el sentido de que en función de esa facultad exclusiva, le corresponde a esa institución determinar en qué casos puede ejercer esa acción, o desistirse de ella.

La última parte de lo antes expresado en momento alguno implica que la decisión que toma el Ministerio Público respecto a si los hechos contenidos en la denuncia o querrela ameritan o no el ejercicio de la acción penal, ha de ser de carácter irrestricto, ya que en todo momento debe observar el principio de legalidad en las determinaciones jurídicas que emita, y en tal sentido se manifiestan las siguientes tesis jurisprudenciales:

ACCION PENAL. REFORMAS AL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL. NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE LA, POR EL MINISTERIO PUBLICO. ESTA SUJETO AL CONTROL DE LEGALIDAD Y EL AMPARÓ QUE AL RESPECTO SE PROMUEVA, AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD. Si bien es verdad que con motivo de las reformas que sufrió el artículo 21 constitucional a partir del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, el monopolio del ejercicio de la acción penal va no es

irrestricto sino que está sujeto al control de legalidad; también lo es que para que los particulares afectados con el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público tengan acceso al juicio de garantías, es menester que cumplan previamente con el diverso principio de definitividad que los obliga a agotar los recursos ordinarios consignados en la ley correspondiente; de suerte que si el Congreso del Estado de Tamaulipas no ha legislado al respecto, la conducta del fiscal incide en la esfera de su responsabilidad y su control, por ahora, se rige por la vía política y no por la jurisdiccional.

La presente tesis ha sido modificada por la diversa XIX.1o.6 P, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, marzo de 1997, página 766, y que a la letra dice:

ACCION PENAL. PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA EL INEJERCICIO O DESISTIMIENTO RESUELTO POR EL PROCURADOR. Considerando que las determinaciones ministeriales definitivas sobre el inejercicio de la acción penal, así como las que contienen su desistimiento, fueron elevadas a la categoría de rango constitucional y quedaron inmersas en el capítulo de garantías individuales, este Tribunal Colegiado modifica su criterio mayoritario establecido en la tesis "ACCION PENAL. REFORMAS AL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL. NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE LA, POR EL MINISTERIO PUBLICO. ESTA SUJETO AL CONTROL DE LEGALIDAD Y EL AMPARO QUE AL RESPECTO SE PROMUEVA, AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD.", publicada en la página 588, del Tomo IV, septiembre de 1996, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. En efecto, el artículo 21 constitucional, por reforma publicada el 31 de diciembre de 1994 en el Diario Oficial de la Federación, fue adicionado con el párrafo siguiente: "Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.". Por lo que en primer orden debe decirse que **si bien esas determinaciones del Ministerio Público fueron con anterioridad inimpugnables, actualmente ya dejaron de serlo, por disposición expresa de la ley; como también, y por igual razón, éstas quedaron salvaguardadas constitucionalmente y tuteladas como una garantía individual en favor del gobernado. Ahora bien, al establecerse que es a través de la vía jurisdiccional que podrá examinarse la legalidad o ilegalidad de esos actos de autoridad, ello debe interpretarse en el sentido de que el único instrumento legal con que cuenta el gobernado es el juicio de amparo, sin que obste argumentar que resulta improcedente, dado que aún no existe o no se ha determinado por la ley reglamentaria la correspondiente vía jurisdiccional por la que habrán de**

combatirse dichos actos, ni mucho menos que se haya dejado de cumplir con el principio de definitividad al promover la demanda de garantías, toda vez que no existe un medio de impugnación ordinario previamente establecido por agotar.

Atento lo anterior, resulta incorrecto el sobreseimiento decretado por el Juez de Distrito, fundado en la causal de improcedencia prevista por el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, interpretado a contrario sensu, por lo que debe la autoridad constitucional examinar los conceptos de violación que se hacen valer, con el objeto de determinar la legalidad o ilegalidad del inejercicio o desistimiento de la acción penal.

Dentro del apartado “A” del artículo 102 Constitucional se enuncian las principales prerrogativas del Ministerio Público dentro de las diversas etapas del proceso penal: “...*Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas...*”, y por disposición de tal numeral, la legislación secundaria será la encargada de ahondar en la organización del Ministerio Público: así el Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos 2° al 5°, títulos segundo (Averiguación previa) y tercero (Acción penal) norma el actuar de dicho Representante Social; en el mismo sentido los artículos 2° a 9 bis, los capítulos I y II de la Sección Primera, además de los capítulos I y II de la Sección Segunda, todos ellos pertenecientes al Título Segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, entre otros numerales, se ocupan de la actuación de dicha institución.

El Ministerio Público, como institución, conforma un órgano único, en cuya cabeza se encuentra el Procurador, quien delega sus facultades en los agentes auxiliares; razón por la cual requiere de un marco jurídico que la provea de una adecuada organización administrativa para el despacho de los asuntos que al Ministerio Público le atribuyen tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como los demás ordenamientos legales, así en los ámbitos federal y estatal, se cuenta con las respectivas Leyes Orgánicas a través de las cuales se le dota de una estructura en el ámbito administrativo, y como

consecuencia de dicha organización se establecen las atribuciones del Representante Social y sus diversos auxiliares.

Entre dichas atribuciones se encuentra la de promover la conciliación, por cuanto hace a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 3 fracción IX, se le ubica como una facultad comprendida dentro de la obligación de perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal y además señala como requisito *sine qua non* o de procedibilidad el que el delito sea perseguible a instancia de parte ofendida.

Llama la atención que sea el propio Código Federal de Procedimientos Penales, quien de manera expresa, en su artículo 2 fracción X contemple como una obligación del Ministerio Público, dentro de la averiguación previa, el promover la conciliación de las partes.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República también la concibe como parte de la persecución de los delitos del orden federal (artículo 4 fracción I, apartado A, inciso i) y de manera especial dentro de la averiguación previa; cabe destacar que aún y cuando no discrimina de manera explícita a los delitos atendiendo a su forma de persecución, lo cierto es que con la frase “en aquellos casos que la ley lo permite...” de inmediato se enmarca dentro de los ilícitos de querrela necesaria.

A efecto de proveer de los medios necesarios para la consecución de un acuerdo, también se le autoriza al ministerio público federal proponer fórmulas que permitan la conciliación de los intereses que se hayan en conflicto, con lo que se evita que la intervención de la autoridad se reduzca en el hecho en efectuar una simple invitación a las partes, sino que por el contrario tome parte en la resolución del conflicto.

Desde nuestro punto de vista el asignarle tal participación, en momento alguno contraviene la naturaleza y obligaciones de la representación social, ya que una de sus características es de la de ser una institución de buena fe, toda vez que actúa de manera

imparcial y sin atender a presiones externas, convirtiéndose en un factor de equilibrio en las negociaciones que realicen la víctima y el victimario toda vez que aquellas, como toda actuación dentro de la averiguación previa, deberán encontrarse ajustadas a derecho.

A simple vista pudiese parecer como irrelevante el hecho de permitir que el ministerio público intente conciliar a las partes, sin embargo si se es un poco más analítico se puede descubrir que dicha facultad puede conllevar, en un primer término, a la solución de los conflictos casi al momento en que éstos han surgido, y sobre todo sin la necesidad de continuar con las correspondientes diligencias encaminadas a la preparación del ejercicio de la acción penal, es decir, su implementación da como resultado un verdadero ahorro en recursos materiales y humanos, al desahogar la carga de trabajo se podrán destinar los recursos existentes en la investigación de delitos cuyo impacto social es mucho mayor o que implican un alto grado de dificultad. Y en segundo término, como ya se apuntó en el capítulo que antecede, se contribuye a crear un ambiente de paz social.

Tal atribución no es de reciente cuño, toda vez que en el año de mil novecientos noventa y tres el Procurador General de la República emitió el acuerdo A/02/93 por el cual se crea una Agencia del Ministerio Público Conciliador, y para justificar tal determinación se apeló a la intención funcionalista de elevar la calidad de los servicios encaminados a la procuración de justicia, en el entendido de que la conciliación en modo alguno implica el abandono de la obligación de perseguir a los responsables de los delitos, sino que por el contrario, con ella se está en posibilidades de materializar "...una pronta, eficaz y oportuna procuración de justicia, fortaleciéndose además las instancias de resolución de controversias, reduciendo tiempos y eliminándose litigios...".⁸²

Como requisito de procedibilidad exigía que se tratase de delitos de querrela, además de fuesen las partes quienes de manera voluntaria se sometiera a ella. Desarrollando, para la consecución de acuerdos, audiencias conciliatorias.

⁸² .- http://www.pgr.gob.mx/normateca/Documentos/ACUERDOS/93/AcuedoA-02-93_188_.pdf

Por su parte, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en el año de 1994, con la finalidad de reducir el número de averiguaciones previas implementó las Agencias del Ministerio Público Conciliador.

A través del acuerdo A/08/94 se confió a dichas agencias la tarea de buscar la concertación de las partes, siempre a solicitud de éstas y estando en presencia de delitos perseguibles por querrela, pero sin descuidar lo relativo a la protección de la víctima así como la reparación del daño material.

La Dirección General de Averiguaciones Previas, cuenta con las facultades necesarias para ejercitar la atracción y retracción de los asuntos del conocimiento de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, por ello es que las Agencias Conciliadoras dependían de tal dirección, la cual se encargaba de turnarles las cuestiones en las cuales las partes estaban dispuestas a conciliar.

Una vez que las partes decidían intentar convenir, la averiguación previa era turnada a la agencia conciliadora correspondiente, en la cual se llevaban a cabo una serie de audiencias con el carácter de conciliatorias, en las cuales el ministerio público orientaba a los participantes respecto a los posibles medios disponibles para solucionar el conflicto. La tarea del ministerio público no sólo se limitaba a dirigir a los contendientes, sino que además estaba al pendiente del cumplimiento de las condiciones que se habían pactado en el arreglo conciliatorio.

Lo novedoso de esta figura radica en el hecho de que las agencias conciliadoras contaban con lineamientos de coordinación con otras unidades administrativas y órganos desconcentrados de la Procuraduría capitalina, además de que constituye un intento serio por mejorar los servicios de procuración de justicia.

Debido a su diseño administrativo, y contrario a lo que se buscaba, no se logró reducir el número de averiguaciones previas, ya que el procedimiento se volvió tedioso y lento: la averiguación era enviada a diversas mesas de trámite antes de ser turnada a la

Dirección General de Averiguaciones Previas a fin de que ésta la remitiera a la Agencia Conciliadora, y una vez en dicha agencia se realizaban audiencia en distintas fechas. Así en el supuesto de llegar a un arreglo, el procedimiento no finalizaba hasta en tanto el representante social verificara que se hubiesen cumplido todas y cada una de las condiciones que contenía tal acuerdo.

En consecuencia, el acuerdo A/07/96 dispuso la desaparición de tales agencias, y en su lugar facultó a las Agencias Investigadoras que tuvieran conocimiento del asunto para que de manera directa iniciaran el procedimiento conciliatorio, siempre que ambas partes estuviesen de acuerdo.

En el mes de marzo del año dos mil tres, entró en vigor el acuerdo A/004/03, cuya finalidad es establecer los lineamientos que deberán seguir los Agentes del Ministerio Público con la intención de "...privilegiar la conciliación de las partes para promover la concordia social..."⁸³

Al igual que el acuerdo emitido en el año de mil novecientos noventa y cuatro, aplica de manera exclusiva para la etapa de averiguación previa y sólo por cuanto a los delitos que se persiguen necesariamente por querrela de parte ofendida.

Impone a los agentes investigadores el deber de intentar conciliar al inculpado y al ofendido, para ello deberá exponer de manera clara a éste último los alcances de la querrela así como de la posibilidad, que tiene en sus manos, para lograr que el representante social desista en la continuación de la investigación del delito, mediante el otorgamiento del perdón.

Ello aplica por igual, tanto en averiguaciones con o sin detenido, ya que en el caso de ésta última hipótesis, se deberán citar tanto al inculpado como al ofendido con la intención antes señalada. Debiendo obrar en las actuaciones constancia de haber sido realizada tal diligencia, así como del resultado de la misma.

⁸³ .- <http://www.pgjdf.gob.mx/marcolegal/2003/a-004-003.pdf>

Pudiendo el ofendido otorgar el perdón al inculcado en cualquier momento, sin importar el estado procedimental que guarde la averiguación, es decir, no obsta que ya se encuentre elaborado el pliego de consignación, el agente del ministerio público se ve constreñido a recibir tal comparecencia, y por consiguiente acordar el no ejercicio de la acción penal.

4.2.- PRESUPUESTOS DE LA CONCILIACIÓN.

Vanos resultarían los intentos y esperanzas de llegar a una solución consensuada del conflicto penal, si la víctima u ofendido no tiene interés alguno en dialogar con el agresor, y por el contrario buscan exclusivamente el castigo de éste; lo mismo sucedería aún y cuando el sujeto pasivo ha llegado a un convenio con el activo, si tal acuerdo no produce la extinción de la acción penal en virtud de que la conducta que les ocupa se encuentra dentro de las que se persiguen de manera oficiosa.

Por lo que, de lo expuesto hasta este punto, se desprende que para estar en condiciones de poner en marcha la conciliación, será necesario reunir determinadas condiciones o presupuestos, algunos de los cuales emanan del ordenamiento normativo, mientras que otros nos vienen dados de la propia naturaleza del acto de avenencia.

4.2.1.- Querrela.

Al primer presupuesto del que nos ocuparemos, siempre se le ha establecido en los instrumentos normativos antes referidos, así la figura de la querrela ha sido tomada como punto de partida para llevar a cabo la conciliación en aras de evitar el ejercicio de la acción penal o lograr la extinción de ésta.

Para que el Órgano Investigador inicie las diligencias de averiguación previa y posterior persecución de las conductas típicas, resulta indispensable que con antelación

se le hayan hecho del conocimiento aquellas. Ello se logra a través de la denuncia y la querrela.

El vocablo deriva del latín *querella*, expresión de un dolor físico o de un sentimiento doloroso, surgiendo así la expresión querellarse (*querellare*) que implica expresar con la voz el dolor o la pena que se siente.

Es la narración de hechos sobre los cuales existe la conjetura de ser delictuosos, debiendo ser realizada ante el Ministerio Público y de manera exclusiva por aquella persona que resulta ofendida por el delito, siempre y cuando éste se encuentre comprendido dentro de las conductas perseguibles a petición de la parte agraviada.

Exposición que, de conformidad con el artículo 16 Constitucional, se convierte en una condición necesaria para proceder a la realización de las investigaciones correspondientes, así como para ejercitar la acción penal ante el Órgano Jurisdiccional, es decir, como presupuesto procesal constituye un elemento necesario para una adecuada conformación de la relación jurídico procesal, toda vez que su ausencia da como resultado la imposibilidad de "...una tramitación sobre el fondo [de los hechos motivo de la averiguación previa] y resolución sobre él."⁸⁴

La razón por la cual la querrela constituye un requisito de procedibilidad para la averiguación previa, y en este caso para iniciar un procedimiento de conciliación, radica en el hecho de que ella implica una potestad del ofendido mediante la cual no sólo le comunica al Ministerio Público la posible comisión de un delito, sino que además a través de ella expresa su voluntad de que se investigue sobre la existencia del delito y de ser procedente se persiga al inculpado.

Lo anterior en virtud de que no todas las conductas delictivas repercuten con la misma intensidad en la víctima u ofendido, y el ataque al bien jurídico penalmente tutelado

⁸⁴.- ORONÓZ Santana, Carlos. "Manual de Derecho Procesal Penal", 4 ed., Ed. Limusa Noriega Editores, México, D.F., 2003, Pág. 81.

no representa un riesgo mayor a la sociedad, motivo por el cual su titularidad ha sido confiada a los particulares, además de que el someter a un juicio de reproche a su autor implicaría un enorme costo social y económico para todos, es decir, con la incoación del proceso penal trae consigo la correlativa estigmatización del imputado, pero sobre todo una victimización secundaria del sujeto pasivo, situaciones que, en algunos casos, resultan más violentas que el hecho que se le imputa al activo.

Y es precisamente que en atención a las circunstancias de que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro se encuentra dentro de la esfera de derechos cuya titularidad detenta la víctima u ofendido, que el Estado se “desatiende” de la persecución de tales ataques, facultando al individuo para que atendiendo a sus intereses opte por solicitar la intervención de la autoridad, convirtiéndose esta figura en uno de los pocos bastiones a través de los cuales el ofendido toma el lugar que verdaderamente le corresponde dentro del proceso penal.

Desatención que en momento alguno provoca impunidad, sino que por el contrario contribuye “...en la práctica con mayor frecuencia a la protección para el ofendido o la víctima del delito respecto a la reparación de los daños o al meno parte de ellos, ... ello por el interés ostensible del inculpaado de que se le otorgue el perdón, para que se extinga la acción penal, o en su caso, la pena.”,⁸⁵ aspecto que hasta hace algunos años había sido descuidado por el sistema penal, a pesar de que en la mayoría de las ocasiones lo que busca el ofendido o la víctima, más allá del castigo, es la reparación del daño que le fue ocasionado.

4.2.2.- Confesión.

Esta condición no se encuentra establecida en norma alguna, sino que por el contrario se torna requisito derivado de la esencia propia de la conciliación, razón por la

⁸⁵ .- HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Op. cit., Pág. 94.

que se encuentra íntimamente ligada con el principio de voluntariedad, a merced del cual no se podrá imponer tal procedimiento a las personas, y al cual haremos referencia en líneas posteriores.

La voz confesión encuentra su raíces etimológicas en el término latino *confessio - ónis* declaración que uno hace de lo que sabe, en su acepción jurídica se refiere al reconocimiento que hace una persona, contra ella misma, de la verdad de un hecho.

La legislación adjetiva la define como aquella declaración voluntaria —en cuanto a que deberá ser rendida en ausencia de coacción o violencia—, hecha por persona imputable penalmente —es decir mayor de dieciocho años y con plena capacidad volitiva y de cognición al momento de realizarla—, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa —instancias que poseen una serie de controles internos que permiten garantizar su estricto apego a derecho—, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación —“...es el reconocimiento de haber participado culpablemente en la comisión de un hecho delictivo...”⁸⁶.

La confesión en su modalidad lisa y llana, implica un acto personalísimo a través del cual se da un desistimiento o rechazo a todo intento defensivo tendiente a la alteración de las circunstancias que le resultan adversas, tal renuncia a su derecho constitucional de declarar atendiendo a lo que a sus intereses convenga ha despertado atracción, incluso, en otras ciencias como la psicología.

Sigmund Freud hace referencia a ese sentimiento de autoinculpación; trata de explicar la vida humana como la síntesis de la lucha de dos instintos que se encuentran en constante contraposición, el eros —instinto de la vida, de autoconservación e impulsión sexual— y el tanatos —representa una tendencia compulsiva a la regresión a un estado previo a la vida, es decir, hacia la muerte o estado inorgánico—. Cuando predomina el tanatos, el individuo dirige ese sentimiento de muerte o destrucción hacia un tercero, más

⁸⁶.- Ibidem, Pág. 184.

cuando no se consigue tal cometido, se revierte y se introyecta en el agente, dando como resultado el suicidio (vuelta a uno mismo del deseo de muerte).⁸⁷

Además de que con frecuencia constituye un medio anormal de expiación del sentimiento de culpa, así entendida, la confesión pasa a sustituir al suicidio como un medio expiatorio, siendo ésta un vehículo para infligirse un mal (autodestrucción parcial) que satisfaga al tantos.⁸⁸

Cabe aclarar que al referirnos a la confesión dentro del procedimiento conciliatorio, aquélla ha de adquirir una doble connotación, por una parte entendida como la aceptación de la comisión del delito, y por otra, desde nuestro punto de vista la más apropiada para la consecución de los fines perseguidos, como la toma de conciencia del inculpado de ser uno de los responsables directos de los daños, que con motivo de su actuar, han sido ocasionados a la víctima u ofendido.

De inmediato surge la impresión de que lo anteriormente dicho no es más que un simple juego de palabras, quizás lo sea, sin embargo tal cambio de apreciación resulta indispensable toda vez que uno de los caracteres inherentes a todo medio autocompositivo se encuentra en el hecho de no prejuzgar la existencia de derecho alguno, en virtud de que se buscan soluciones consensuadas que se apartan de las legalistas.

Sin que esto último implique el apartarse por completo del orden normativo, sólo que se han de evitar algunos formalismos característicos del proceso penal, ya que existe como obligación para el conciliador vigilar que el acuerdo al que arriben las partes no contravenga las disposiciones expresas de la ley, es decir, que con tal composición de intereses no se afecte derechos de terceros o de menores incapaces, entre otros.

En lo referente a la materia penal, al iniciar los intentos de avenencia, no se ha de prejuzgar respecto a la responsabilidad del inculpado, sino que por el contrario se deberá

⁸⁷.- Cfr. KATZ Halpern, Marcos David. "Derecho Procesal Hebreo y Mexicano (aspectos comparativos)", Ed. Oxford University Press, México (sic), 2001, Pág. 180.

⁸⁸.-Cfr. Ibidem.

hacer del conocimiento a las partes que todo lo que se diga durante el procedimiento no va a trascender del mismo sin importar la manera en que éste concluya, es decir, existe un compromiso de confidencialidad mediante el cual no se divulgan las manifestaciones vertidas por las partes, compromiso que incluye al conciliador, quien no podrá ser citado a declarar ante un órgano jurisdiccional sobre los hechos ventilados en el procedimiento conciliatorio.

Esta circunstancia contribuye a eliminar las tensiones presentes en todo conflicto penal, creando con ello un clima de confianza con el cual el inculcado abandona posturas defensivas en extremo y se ocupa de percibir en su justa medida las dimensiones del problema que tanto él como la víctima u ofendido comparten, y es aquí en donde encuentra cabida la figura de la confesión —en su acepción antes referida—, toda vez que el inculcado ya no percibe a la autoridad y la víctima como los enemigos a vencer, sino que por el contrario “... la comunicación se facilita, puesto que las partes podrán explayarse sobre lo sucedido, incluso reconociendo hechos que las desfavorecen, en la inteligencia de que en caso de no llegarse a una solución acordada, todo lo dicho no podrá ser alegado o esgrimido en su contra.”⁸⁹

4.2.3.- Voluntad Conciliadora (Víctima/Victimario).

El requisito en comento se encuentra establecido en la ley, quien no hace sino plasmar lo que constituye la esencia de la conciliación, ya que sin la anuencia de las partes pasaría a convertirse en una imposición muy semejante al proceso.

Habrà que distinguir la existencia de la espontaneidad en dos momentos específicos: el primero se refiere a la decisión de intentar el procedimiento conciliatorio, al respecto se discute el hecho de que algunos países —con la finalidad de crear filtros tendientes a desahogar la actividad jurisdiccional— establecen como obligatoria la conciliación previa a todo juicio, toda vez que con dicha exigencia legal se constriñe a las

⁸⁹.- DUPUIS, Juan Carlos G. Op. cit., Pág. 49.

partes. Así también existe la posibilidad de que uno de los sujetos involucrados opte por el intento de avenencia, y ello sea motivo suficiente para impeler al otro a someter el conflicto a tal procedimiento; o por el contrario se puede exigir que de común acuerdo decidan concurrir.

El segundo momento se presenta en la decisión de permanecer en la conciliación, contrario a la etapa que le precede aquí será necesario que las partes opten de manera libre su continuación en las negociaciones, o de lo contrario jamás se logrará acuerdo alguno. En consecuencia las partes podrán decidir en cualquier momento dar por terminado el procedimiento, ya porque no existen intentos reales de solución o bien porque se desea que sea el órgano jurisdiccional quien dirima la controversia.

Ya sea que el ingreso a la conciliación sea voluntario u obligatorio, lo cierto es que, para que dicho mecanismo opere con eficiencia, antes será necesario verificar una serie de cambios en la concepción de los sujetos pasivo y activo respecto al abandono de aquellas ideas que relacionan al sistema penal como un medio para la vindicta de la víctima, es decir, que ésta ya no lo conciba como una oportunidad de infligir un daño semejante al recibido —pena expiatoria—, sino que por el contrario se trata de un medio a través del cual se encuentra en posibilidad de ver reparadas o compensadas las secuelas del ataque sufrido.

Después de la Segunda Guerra Mundial toma forma un movimiento ideológico tendiente a revalorar la posición de la víctima frente al delito y frente al proceso penal, tratando de rescatarla del olvido al cual se le había postrado.

En la actualidad se intenta reinsertar a la víctima u ofendido dentro del sistema penal, propiamente dicho, o bien a través de los medios alternos que poco a poco han surgido; tal inserción tiene como fundamento o punto de partida el hecho de que toda conducta delictiva, antes que un conflicto jurídico, es ante todo un conflicto social, en tanto cuanto en él intervienen seres humanos, y por ende para lograr un nuevo estado de equilibrio (solución duradera) en las relaciones que fueron alteradas con la comisión del

injusto, será indispensable que se tomen en cuenta los puntos de vista y necesidades de aquellos que ven afectados sus intereses.

Para algunos otros autores, ello implica el reconocimiento, mas no creación, por parte del Estado de una especie de “derecho de propiedad” que posee la víctima u ofendido respecto del delito que ha sido cometido en su agravio.⁹⁰

Tal opinión es aceptable en tanto no se pierda de vista que el mencionado derecho deviene como consecuencia de la titularidad del bien jurídico penalmente protegido, que fue objeto del ataque o puesta en peligro, sin embargo, creemos que resultaría más adecuado continuar denominado a aquel como una facultad o principio de disponibilidad, ya que de lo contrario, con la inclusión de tales conceptos se caería en la tentación de dar cabida a criterios propios de la economía liberal, que conllevarían a excesos tales como considerar que la tarea de impartición de justicia debiera dejar de ser una tarea confiada de manera exclusiva al Estado —la falta de aplicación de las leyes de la oferta y la demanda en la actividad jurisdiccional constituyen una de las principales causas de su ineficiencia—, o peor aún concebir a la propiedad privada como la panacea a través de la cual se han de resolver los problemas de seguridad pública: la facultad de exclusión —producir un bien para un grupo determinado y por ende sólo puede ser aprovechado por éstos— inherente a la propiedad privada incentiva a los particulares a destinar recursos para la protección de ésta (incluyendo la prevención del delito a través de impedir el acceso de los sospechosos a determinados espacios, aún sin que éstos hayan cometido delito alguno).⁹¹

Esto último, porque se argumenta que con la definición de los derechos de propiedad se incentivará la actuación de los particulares en la defensa de lo que ahora considerarán como suyo, además de que con ello se logrará una mejor prevención del delito, ya que así se eliminarán las limitantes que en antaño tenía el Estado para evitar y reaccionar ante una conducta ilícita.

⁹⁰.- Cfr. PEREZ Sanzberro, Guadalupe. “Reparación y Conciliación en el Sistema Penal: ¿Apertura de una nueva vía?”. Ed. Comares, Granada, 1999, Pág. 12.

⁹¹.- Cfr. ROJAS, Ricardo Manuel. “Las Contradicciones del Derecho Penal”. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, Págs. 66 y ss.

Este tipo de ideas están concebidas para fundamentar y justificar la privatización del Derecho Penal —privatización de cuerpos de vigilancia, apertura del sistema penitenciario (financiamiento de particulares para edificar nuevas cárceles, para administrarles e incluso aprovechar la fuerza de trabajo de los internos)—, constituyen una posición hartamente extremista, en la cual se olvidan que las leyes que rigen al mercado no aplican en todas las relaciones humanas, además de que una de las múltiples causas que originan la criminalidad es precisamente la existencia de una injusta distribución de la riqueza.

Aplicando tales criterios, lejos de operar un cambio substancial lo único que se logrará es afianzar aún más aquella idea de que nuestro sistema penal es selectivo, es decir, los pobres seguirían siendo la carne de cañón; y lo más preocupante de todo es el hecho de que en un sistema confiado a los particulares ya no serían aplicables las garantías que ahora conocemos, resultando más nociva la medicina en comparación con la enfermedad.

Más de aquella visión económica del Derecho Penal se pueden obtener ideas que, debidamente atemperadas, pueden resultarnos útiles para fundamentar la concesión de nuevos espacios dentro del proceso penal en los que la víctima u ofendido ya no desempeñe un papel de mero testigo, sino que por el contrario se les faculte para tomar decisiones con un carácter definitivo, a través de una adecuada desformalización que sea producto de la asimilación de que "... para cada persona, en cada momento y situación determinada, el ámbito de su seguridad y la protección de sus derechos es algo muy privado.",⁹² es decir, que atendiendo a principios de relevancia y subsidiariedad, el Estado permita una apertura en su monopolio, posibilitando "...que cada persona decida por sí misma, en primer lugar, si se considera víctima de un crimen o no; en segundo, si quiere o no perseguir al criminal, y por último, cuál será su reclamo concreto contra él."⁹³

⁹².- Ibidem. Pág.71.

⁹³.- Ibidem. loc cit..

Así también por cuanto a la voluntad del inculcado dirigida a la conciliación, es necesario poner en marcha una campaña de difusión a través de la cual se logre persuadirle respecto al hecho de que asuma su cuota de responsabilidad, que le es correlativa en lo tocante a las consecuencias de su actuar, ponderando las ventajas de índole económicas — un importante ahorro en las erogaciones por concepto de honorarios y la minimización de las pérdidas ocasionadas por la distracción del tiempo que se debiese emplear para las actividades laborales y que en su lugar es empleado para la comparecencia a los actos procesales desarrollados ante el Órgano Jurisdiccional— y de certeza —someterse un procedimiento que desde su percepción se muestra más transparente y ágil, en él cual apenas y se cuestiona su actuar, y con la confianza de que en el supuesto de admitir su eventual responsabilidad, ésta no trascenderá del ámbito de los participantes de la conciliación—.

La exigencia de la libre concurrencia del sujeto activo dentro del procedimiento conciliatorio viene dada, además, como una garantía del respeto a la presunción de inocencia del inculcado que reconoce la Constitución Política, así como a otros principios tales como el derecho a la defensa y a un juicio justo.

Los profesionistas del derecho también deberán aportar su granito de arena en dicha labor, es decir, deberán dejar atrás aquellos temores de que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos implican una substitución del aparato judicial, sino que por el contrario, constituyen un complemento necesario para conseguir la eficacia de aquel; además de que su implementación y relación con otras ramas de las ciencias sociales no representa riesgo alguno para la demanda laboral, toda vez que siempre será necesario que los participantes cuenten con una adecuada "...asistencia técnica o profesional..." en la toma de decisiones.

Debemos abandonar aquellas actitudes a través de las cuales nos hemos ganado a pulso el mote de "leguleyos o picapleitos" —pescadores que se benefician del río revuelto— y una vez que el cliente le ha confiado a su defensor su responsabilidad en los

actos que se le imputan, deberá dejar a un lado sus intereses respecto a los posibles honorarios y de ser procedente sugerirle optar por el procedimiento conciliatorio.

Actitud que no mermará sus percepciones económicas, toda vez que la rápida solución de un asunto propiciará una adecuada atención en los mismos y la posibilidad de avocarse al despacho de otros.

Y que, por el contrario, contribuirá a eliminar aquel sentir, del inculpatado, de que al contratar un abogado lo que está haciendo es pagarle para que consiga a su favor la impunidad. Toda vez que le explicará que "...Dentro del proceso conciliatorio interesa sobre todo la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un trasgresor...".⁹⁴

Resulta interesante el enfoque que Pérez Sanzberro le da al tema, quien considera que la concesión de relevancia a la voluntad del inculpatado, en la toma de decisiones dentro del proceso conciliatorio, implica en sí mismo un avance en el Derecho penal, toda vez que con ello se está dejando atrás aquella finalidad resocializadora que se le atribuía; ahora se parte de la consideración de un infractor no como un enfermo, sino como un ser racional capaz de percatarse de las consecuencias de su conducta, y que reafirma de su identidad como individuo y como miembro de una comunidad al tratar de buscar de manera directa la solución.⁹⁵

4.3.- ETAPAS DE LA CONCILIACIÓN.

Mucho se ha comentado al respecto de que el delito, propiamente los factores que conducen a su nacimiento son muchos, atendiendo tal línea de pensamiento, resulta lógico

⁹⁴.- ISSA El Khoury Jacob, Henry. Citado por GONZÁLEZ Álvarez, Daniel. "La Conciliación Penal en Iberoamérica" publicado en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Número 18, Año 12, Noviembre del 2000, Pág. 121.

⁹⁵.- Cfr. PEREZ Sanzberro, Guadalupe. Op. cit. Pág. 167.

concluir que toda medida encaminada a prevenirlo o reprimirlo ha de repercutir en dichos factores que influyeron en su actualización en el mundo fáctico.

La conciliación como mecanismo tendiente a regular este tipo de conflictos, no escapa de lo anterior; los resultados que de ella se obtengan han de incidir en las partes involucradas directa o indirectamente, y con la finalidad de lograr un justo equilibrio será necesario cuidar que el procedimiento a través del cual se logre la solución consensuada no lleve consigo la preeminencia de los intereses de alguno de los involucrados, sino que será necesario encontrar un justo medio, o de lo contrario se incurriría en uno de los aspectos más criticados dentro del actual sistema penal, al cual se acusa de dotar de garantías, en demasía, al inculpatado, relegando a un papel de mero observador —testigo o auxiliar— a la víctima u ofendido.

Resulta una referencia obligatoria, mencionar que la conciliación penal, como toda creación humana, persigue fines o metas, ya sean de carácter mediato e inmediato. Dentro de las últimas encontramos como una constante a la reparación del daño —que constituye una muestra de buena voluntad, por parte del inculpatado, respecto a la resolución del conflicto—, siendo la llave que permitirá el acceso a otras metas que pudiesen implicar grandes beneficios para el infractor, y entre ellas encontramos al sobreseimiento, al no ejercicio de la acción penal, la concesión de beneficios o la atenuación de la pena.

La influencia que ejerzan tales metas determinarán en gran medida las etapas y pasos a seguir en busca de un acuerdo conciliatorio; sin embargo no solo ha de atenderse a tales criterios, sino que además se deberá tomar en consideración aspectos íntimamente relacionados con la realidad: posibilidades de efectuar la reparación del daño, encontrarse apoyada en una verdadera política criminal.

Aunque el trazado de los caminos a seguir, deberá ser elaborado con un sentido amplio, es decir, proveer de un marco referencial que permita un “libre juego o concurrencia de las partes” y que en su momento posibilite adoptar medidas para afrontar

las peculiaridades inherentes a cada uno de los conflictos. Ello en atención a que la conciliación, como todo medio alternativo no adversarial, posee como una de sus características más relevantes la flexibilidad —o desformalización— lo cual permite que exista una distensión entre las partes, quienes expresarán de manera abierta su sentir respecto al hecho, así como sus aspiraciones; situación que difícilmente ocurre dentro de los cauces del proceso penal.

4.3.1.- Individualización del Ofendido.⁹⁶

El primer paso consistirá en identificar a los sujetos participantes en la conciliación. Y atentos a la trascendencia de las decisiones y los resultados que se pretenden obtener, no se está en condiciones de adoptar criterios difusos para la selección de los interesados, sino que por el contrario se debe recurrir al bagaje conceptual que nos proporciona el Derecho Penal, así “la conciliación víctima-delincuente debe ubicarse dentro del Derecho penal, y regirse según sus principios generales, aunque se lleve a término fuera del proceso penal ... [se] necesita del Derecho penal para decidir que es delito, quién es delincuente, quién es víctima”,⁹⁷ logrando además, que “el aspecto normativo está presente pero no determina completamente el resultado”⁹⁸ del procedimiento conciliatorio, toda vez que indicará las conductas que socialmente no son tolerables, y que por ende pueden ser objeto de éste. Con lo que al mismo tiempo se le está dotando con las garantías que trae aparejadas el principio de legalidad.

Si nuestro procedimiento se encuentra dirigido a la obtención de la reparación del daño, será trascendental determinar que sujeto detenta la titularidad del bien jurídico protegido por la descripción típica, es decir, quien ha resentido en su persona o bienes un daño o menoscabo como consecuencia del delito.

⁹⁶ .- “El término ofendido en el ámbito del derecho penal, es empleado en la normatividad referente a la reparación del daño. En el derecho procesal penal el ofendido es la persona que resiente los efectos del delito.”, ISLAS DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga. “Derechos de las Víctimas y de los Ofendidos por el Delito”, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, México (sic), 2003, Pág. XIX.

⁹⁷ .- GONZÁLEZ Álvarez, Daniel. Op. cit., Pág. 119.

⁹⁸ .- PEREZ Sanzberro, Guadalupe. Op. cit. Pág. 169.

En consecuencia, en calidad de ofendidos pueden tomar parte en la conciliación todas aquellas personas físicas o jurídicas que han sufrido un daño como consecuencia de un actuar típico, antijurídico y culpable.

Así, las personas jurídicas podrán acudir a través de su representante legal, o apoderado, con facultades para transigir y comprometer sus intereses, siendo requisito indispensable para apersonarse dentro del procedimiento, deberán contar aquellos con un poder general para pleitos y cobranzas, que incluya cláusula especial para formular querrela.

Hasta aquí no existe problema alguno para determinar de una manera específica al individuo que se ha visto perjudicado. Los aprietos surgen con los delitos de resultado formal, también llamados “crímenes sin víctimas” y con aquellas descripciones típicas en las que el legislador ha decidido adelantar las barreras de protección a los bienes jurídicos de tal manera que tanto éstos como su titular y posibles ofendidos han sido difuminados, apareciendo otro tipo de intereses que —bajo el atavío de la seguridad pública, la moral, etcétera— nada tienen que ver con la protección de derechos individuales cuya lesión implica “...un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como un “comportamiento socialmente dañoso”.⁹⁹

En la práctica, en algunos países como Alemania, se rechaza la posibilidad iniciar un procedimiento conciliatorio en los delitos de naturaleza arriba mencionada, ello en virtud de que no existe una afectación en el mundo fáctico y por ende no existe daño alguno que reparar, o bien porque no es posible abstraer de dicha comunidad al ofendido acreedor de la reparación del daño.

Como consecuencia de ello se presenta otra interrogante que atañe de manera directa a la legitimidad del acusador popular o Ministerio Público, estando en el entendido de que la comisión de tales delitos afecta intereses colectivos, se cuestiona respecto a si tal institución asume la titularidad de dichos bienes jurídicos y por ende se encuentra facultada

⁹⁹.- ROJAS, Ricardo Manuel. Op. cit. Pág. 92.

para solicitar el inicio del procedimiento de avenencia y participar en las negociaciones sobre la posible reparación del daño. Ya que existe una gran diferencia entre el hecho de que, por mandato de ley, se halle obligado dentro del proceso penal para intentar todas las acciones conducentes a obtener la reparación de daño, y el hecho de que se encuentre autorizado para disponer del bien jurídico que ha sido lesionado.

Sin embargo, en algunos países de América Latina, el que no exista de manera bien definida la víctima u ofendido no implica obstáculo alguno para intentar la conciliación. Tal es el caso de Costa Rica, el Salvador y Venezuela —naciones cuyos Códigos Procesales en materia Penal fueron elaborados en la última mitad de la década de los noventa y finales del año dos mil uno—, ello se logra gracias a la concesión que realiza la ley adjetiva a favor de asociaciones, fundaciones y otras personas jurídicas, al considerarlas víctimas de los delitos a que hacemos referencia, les confieren todos los derechos que son inherentes a dicho status jurídico, con lo que se les posibilita para formar parte del procedimiento conciliatorio —o realizar acuerdos reparatorios—, siempre y cuando su constitución haya sido anterior al hecho delictivo, y el objeto de la agrupación se relacione con los intereses que han sido lesionados.¹⁰⁰

4.3.2.- Juicio de Idoneidad

En este apartado haremos referencia a otro de los criterios que se deben tomar en consideración para iniciar la búsqueda de la avenencia del litigio, ya con antelación nos hemos ocupado de aquellos aspectos referentes a los requisitos de procedibilidad así como de aspectos referidos a los sujetos participantes.

Ahora toca el turno de ocuparnos de aquellas consideraciones de carácter utilitario, es decir, de las pautas a seguir al momento de elegir las conductas que han de caer en el campo de la conciliación, con la única finalidad de lograr de manera exitosa la

¹⁰⁰.- Cfr. GONZÁLEZ Álvarez, Daniel. Op. cit., Pág 133.; Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (2001), http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/copp_venezuela arts. 40, 41, 118, 119.4 y ss.

consecución de las metas que orientan al modelo a seguir, pero sin que ello implique poner en peligro los fines que se persiguen a través de la conminación penal —a los cuales se ha hecho referencia en el primer capítulo del presente trabajo—.

Y es precisamente en éste punto donde tienen cabida las teorías reduccionistas — que no abolicionistas en estricto sentido— y minimalistas, ya que propugnan por la “diversión” del sistema penal; quizás resulte extraño e incomprensible dicho término, sin embargo se le debe entender como aquél conjunto de mecanismos de control del conflicto (manejo racional de éste) que poseen un carácter netamente social —en contraposición del institucionalismo que identifica a los órganos de Estado—, tomando en consideración que no implica más que ofrecer una amplísima gama de opciones como respuesta al hecho delictivo.

Una de las características que de manera indubitable marcaron una limitante a la venganza privada, y con ello el surgimiento del Derecho Penal, fue la implantación de la ley del Talión, que por mucho constituye el antecedente más remoto del principio de proporcionalidad entre el ataque inferido por el delincuente y la respuesta a éste.

Sin embargo, en la actualidad las respuestas contenidas en los ordenamientos punitivos se muestran cada vez más violentas y desproporcionadas en comparación con el daño que realmente ocasionan las conductas típicas.

Así, “...el Estado [...] toma para sí la investigación, persecución y condena de todo delito sin importar su gravedad. Delitos grandes y pequeños en la misma bolsa.”,¹⁰¹ surgiendo a la par la siguiente pregunta: ¿cuál es la razón de sostener un sistema penal con tales características?, si en la realidad cotidiana no se ha logrado la disminución de las conductas delictivas, sino que por el contrario, dicha omnipresencia del Derecho Penal ha contribuido a la saturación de los órganos encargados de la procuración e impartición de justicia, y de manera adversa a lo que se pretendía, en muchos casos el indiciado, aún y cuando se ha ejercitado la acción penal, jamás es sometido a juicio de reproche alguno, el

¹⁰¹.- NEUMAN, Elías. “Mediación y Conciliación Penal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, Pág. 85.

paso del tiempo trae de la mano a la prescripción y con ella el aumento de la impunidad; actualizándose aquél refrán que reza: “el que mucho abarca, poco aprieta”.

Ante el número abrumador de causa que caen dentro el sobreseimiento por prescripción de la acción penal, es necesario tomar medidas más realistas y para ello quizá resulte conveniente dar un nuevo enfoque a algunos principios que han sido tomados como dogmas dentro del sistema penal, y con ello deseamos dejar en claro que no se pugna por su eliminación, sino por ubicarlos en su justa medida con la finalidad de contar con fórmulas más dinámicas que nos permitan a un tiempo atender las necesidades y clamores de las víctimas.

Uno de esos principios es el de legalidad, que por cuanto hace a la acción penal se traduce en el deber de ejercitar ésta, siempre y cuando existan datos suficientes que hagan presumir la existencia del delito, compromiso que trasciende del mero ejercicio de la pretensión punitiva, transformándose en la obligación de darle continuidad hasta en tanto se obtenga una declaración respecto a la responsabilidad del procesado.

Por lo que para la instauración de un sistema conciliatorio, será necesario atemperar tales principios de legalidad y de obligatoriedad, concediendo un ámbito de mayor acción al principio de oportunidad (conveniencia de tiempo y lugar para determinado fin), a través del cual aún y cuando se han reunido los requisitos para ejercitar la acción penal y sostener la acusación ante el Órgano Jurisdiccional, esto no se lleva a cabo en virtud de que se estima poco conveniente, ya porque las consecuencia de tal ejercicio pudiesen ser aún mayores a las que fueron causadas por el delito, amén de que con tal valoración no se afectan seriamente los “intereses de la sociedad”, pero sobre todo siempre que exista la posibilidad de evitar una la doble decepción que envuelve, por un lado que al incoarle un proceso penal al delincuente, si éste es encontrado culpable, la pena que se le imponga en forma alguna satisface las necesidades de la víctima u ofendido; y por el otro la actualización de la prescripción de la acción penal.

El aspecto más debatido acerca del principio de oportunidad lo es el hecho de que implica condicionar el ejercicio de la acción penal a consideraciones del Ministerio Público, lo cual en voz de algunos autores equivaldría a conceder facultades de disposición sobre la acción penal. Pero si el temor surge como la posibilidad de que el ejercicio de dicha pretensión punitiva se pudiera ver influenciada por factores ajenos a la defensa social, lo cierto es que en nuestro sistema, en el cual rige el principio de legalidad, no son escasas las opiniones y ejemplos que constatan la influencia que han desempeñado los intereses políticos y/o económicos en las decisiones de la Representación Social, cuestionando seriamente aquella presunción de existencia de buena fe en el actuar de dicha institución.

Todo ello pareciera indicar que el Ministerio Público depende del Poder Ejecutivo, el cual le envía ordenes convirtiéndose en su portavoz ante los órganos jurisdiccionales, ¿a caso tutela las políticas de gobierno?

Una posible solución para evitar aquel sentimiento de desconfianza se pudiera encontrar al enunciar dentro del catálogo punitivo aquellas conductas susceptibles de ser objeto de la conciliación, toda vez que con ello la decisión de abandonar el ejercicio de la acción penal o el no sostener la acusación ante tribunales ya no se dejaría al arbitrio del Ministerio Público, sino que ahora los criterios de oportunidad se encontrarían reglados de una manera más explícita por la ley, la cual ya no se concretaría con el sólo establecimiento de la querrela como un requisito de procedibilidad para acceder a dicho procedimiento.

Y que mejor oportunidad que incluir dentro de dicha enunciación aquellos delitos denominados de bagatela —latin *bagattella*, *bagata*, cosa de poco valor o substancia—, conductas cuya trascendencia social es reducida en comparación con algunas otras, entre ellas podríamos citar: robos cometidos en agravio de tiendas de grandes cadenas comerciales de autoservicio, delitos de carácter patrimonial (daño a la propiedad, fraudes y abusos de confianza de menor cuantía), aquellos que atentan en contra de la integridad física de las personas, máxime cuando han sido cometidos a título culposos.

Se debe iniciar con aquellas conductas de menor entidad para así estar en condiciones de adquirir experiencias y evaluar el desarrollo del procedimiento, en aras de una posterior expansión hacia otro tipo de conductas que implican una complejidad mayor. Lo que significaría un primer paso hacia el avance de una reducción del control penal, delegándose tal función a mecanismos menos intrusivos.

Es decir, como todo cambio, deberá intentarse en los aspectos más insignificantes, y una vez verificado su avance se estará en condiciones de ampliarlo a delitos con un mayor grado de “peligrosidad”, esto es pasar de aquellos delito convencionales a no convencionales.

Otra de las pautas a seguir al momento de elegir aquellos conflictos que pudiesen ser objeto de la conciliación, se puede encontrar aprovechando algunas de las figuras procesales contenidas en la legislación adjetiva vigente; en este caso nos referimos de manera particular a la institución de la libertad provisional bajo protesta, es decir, se pueden ampliar las opciones de avenencia a todos aquellos delitos en los cuales sea procedente la concesión de la libertad protestatoria.

La cual se encuentra contemplada tanto en el Código Procesal Penal del Distrito Federal como en el de la Federación, regulada en los numerales 552 y 418, respectivamente, y cuyos presupuestos para su otorgamiento son los siguientes:

- Que el máximo de la pena privativa de la libertad, que le corresponda al delito, no exceda de tres años, lo cual implica que no se está en presencia de un delito grave, toda vez que son muy pocos los delitos que tienen contemplada una pena que exceda de tres o cuatro años de prisión, sanción que les es reservada a los ilícitos leves en los que la peligrosidad del acto resulta ser escasa; aspecto que viene a ser confirmado por el siguiente requisito,
- Que no medie con anterioridad sobre el inculpado sentencia condenatoria por delito intencional (sic) [doloso] ; nótese que ello implica que el

beneficio que nos ocupa no se encuentra forzosamente supeditado a la calidad de primodelincuente, ya que bien pudiese ser concedido a persona que en proceso ulterior hubiese sido encontrada penalmente responsable en la comisión de delito a título culposo;

- Que el procesado cuente con un arraigo en el espacio territorial en el cual ejerce su jurisdicción el tribunal en el cual se le instruye proceso, situación que viene dada al exigir que cuente con domicilio fijo o conocido con una residencia en él de cuando menos un año; lo que viene a constituir el aval de la palabra que empeña el inculcado al momento en que:
- Debe realizar la promesa —protesta— ante el órgano jurisdiccional de comparecer a todos y cada uno de los actos procesales tendientes al esclarecimiento de los hechos sometidos al conocimiento de aquel.
- Que no exista temor fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia; además de que
- Cuente con un medio honesto de vivir, ya sea porque tiene una profesión, un oficio u ocupación lícita.

Grosso modo pudiese parecer carente de sentido el hecho de tomar como punto de referencia a la libertad protestatoria, propiamente el cumplimiento de sus requisitos, para abrir las puertas de un procedimiento conciliatorio.

Sin embargo, ello más que obedecer a un simple capricho posee una doble intención, por un lado la necesidad de dotar de elementos cuya función sea la de legitimar la actuación de los medios alternativos de resolución de conflictos.¹⁰²

Y es que ambas figuras —conciliación y libertad bajo protesta— tienen como ratio essenti y denominador común el evitar algunas de las consecuencias no deseadas —

¹⁰² Aunque al respecto Luigi Ferrajoli manifiesta que no existe tal necesidad, ya que aquí la carga de la prueba se revierte hacia aquellos que pugnan por el sostenimiento del actual sistema penal —a los cuales denomina justificacionistas— y no en los que pretenden incursionar con figuras más dinámicas y menos intrusivas en el tratamiento del delito.

daños colaterales— del proceso penal: estigmatización, prisión preventiva, entre muchos otros, respectivamente.

Así el Estado, al permitir que en determinados delitos sea factible que el inculcado goce de su libertad corporal, de manera provisional, sin la necesidad de depositar garantía alguna más allá que su palabra empeñada, está reconociendo de manera tácita que dichas conductas no revisten un grave riesgo para la sociedad; por ende se convierten en objetos idóneos para caer en el campo de la conciliación.

Toda vez que detrás de esa fachada de justicia social, que pretende beneficiar a aquellos procesados que de escasos recursos, se encuentra latente la ponderación de la trascendencia (repercusión) del acto, ya que en tratándose de delitos calificados como graves, y para efectos de la libertad, carece de trascendencia alguna la circunstancia de que el inculcado posea una situación económica desfavorable.

Cuestión, aquella, que ha sido aceptada desde tiempo atrás, puesto que la institución de la libertad protestatoria dentro del Derecho Procesal Penal Mexicano encontró cabida en el primer ordenamiento adjetivo para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California del año de 1880, persistiendo hasta nuestros días, no obstante las críticas que se erigen en su contra y que en su mayoría sólo atañen a cuestiones tales como la ausencia de técnica legislativa al redactar sus alcances, así como a la circunstancia de atender, para su otorgamiento, a la penalidad máxima del delito en lugar de tomar en consideración el término medio aritmético de la sanción.

Aceptación que por añadidura se trasladará a los criterios empleados para la selección de los supuestos en los que procederá intentar la avenencia.

La segunda intención que se pretende lograr al empalmar tales figuras es la de actualizar la garantía de impartición de justicia de manera expedita, a que hace referencia el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que al

momento en que la conciliación adopta los requisitos propios de la libertad bajo protesta, entra a la esfera de la competencia de los Juzgados de Paz Penal del Distrito Federal.

Lo anterior en virtud de que, como se ha expuesto en líneas precedentes, el beneficio de la libertad protestatoria se concede cuando el máximo de la pena de prisión no excede de tres años —y como caso de excepción se amplía a cinco años—, y de conformidad con el artículo 10º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: “Los jueces de Paz conocerán en procedimiento sumario o especial de los delitos o infracciones que tengan sanción no privativa de libertad, prisión o medida de seguridad hasta de cuatro años...”, en consecuencia, la conciliación podrá ser intentada en todos aquellos delitos que se encuentran dentro de la esfera de competencia de dichos juzgados, en lo cuales se ventilan un sinúmero de causas; si bien es cierto que debido a la configuración de la libertad protestatoria ésta solo abarca un pequeño número de delitos, no menos evidente resulta que ellos son el pan nuestro de cada día en tales órganos jurisdiccionales.

Por lo que la conciliación no solo representaría ventajas de índole cuantitativa, sino que también traería aparejada beneficios cualitativos tales como un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales, así como la realización de actos procesales ejecutados con mayor cuidado.

Y si se trata de dotar a la conciliación de mayor funcionalidad, en cuanto a ampliar su espectro de aplicación, otra buena opción será el consignar en el Código Procesal la posibilidad de iniciar el procedimiento de avenencia en todos aquellos delitos que contemplen una pena alternativa, toda vez que en el estado actual que guarda nuestro sistema punitivo existe la obligación a cargo del juzgador de aplicar la pena que le sea más favorable al sentenciado y, en tratándose de aquellos delitos a que hacemos referencia, la sanción menos agresiva resulta ser aquella diversa a la privativa de libertad. Sanción que debe constituir un caso de excepción aplicable a las conductas que por su trascendencia así lo ameriten, evitando que se convierta en una regla general, en tal sentido el último párrafo del artículo 70 del Código Penal para el Distrito Federal establece: “Cuando se trate de

punibilidad alternativa, en la que se contemple pena de prisión, el juez podrá imponer motivando su resolución, la sanción privativa de libertad sólo cuando ello sea ineludible para los fines de la justicia, prevención general y prevención especial.”, mandamiento que bajo la misma redacción se encuentra previsto en el numeral 51 del Código Adjetivo Federal.

Reafirmando lo anterior los siguientes criterios jurisprudenciales:

PENA ALTERNATIVA. DELITOS SANCIONADOS CON. DEBE IMPONERSE LA MULTA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Tratándose de delitos sancionados con pena alternativa y acorde con el principio que debe estarse a lo más favorable al reo, la multa impuesta resulta, menos grave que la sanción corporal, dado que esta última implica la privación de la libertad, por lo que si como en el caso, la responsable impuso a la quejosa multa por las lesiones causadas al ofendido y éstas eran de las sancionadas con pena alternativa de conformidad con lo previsto en la fracción I del artículo 114 del código punitivo de la entidad, resolvió conforme a derecho.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 114/98, Fidencio Ramírez Gutiérrez. 18 de septiembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: José Refugio López Garduza.

Amparo directo 316/98, Brígido Alor Manuel. 14 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: José Refugio López Garduza.

Amparo directo 291/98, Jaime Juárez Garcés. 25 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Marco Antonio Ovando Santos.

Amparo directo 346/98, Diana María Delgado Villarreal. 19 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: Edith Cedillo López.

Amparo directo 366/98, Tomás Quino Torres. 3 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

PENA ALTERNATIVA. CASO EN QUE DEBE OPTARSE PREFERENTEMENTE POR LA PECUNIARIA (CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ). Atendiendo a que uno de los objetivos de la imposición de la pena es la readaptación del individuo a la sociedad, según lo contempla el artículo 34 de dicho ordenamiento, tratándose de los supuestos en que aquella sea alternativa y al encausado, como en la especie, se le haya considerado como revelador de una peligrosidad mínima, el juzgador de acuerdo a las demás circunstancias del caso, debe optar preferentemente por la sanción pecuniaria sobre la corporal, ya que es obvio que aquella le ocasiona una menor afectación, con lo que se coadyuva a la finalidad de readaptación del propio sentenciado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 340/2000. 25 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Arellano Pita. Secretario: Alberto Díaz Díaz.

Y toda vez que el legislador al momento de establecer la punibilidad para este tipo de delitos, tomado en consideración que dichas conductas son menos peligrosas, ofrece la posibilidad de aplicar una pena distinta a la privativa de libertad, por tal motivo no existe impedimento alguno para que tales ilícitos pudiesen ser incluidos dentro de la conciliación.

4.4.- EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA CONCILIACIÓN.

En la mayoría de los delitos se puede verificar una doble afectación: por un lado para con el Estado y la sociedad —alteración de las reglas básicas de convivencia y de las relaciones humanas, respectivamente—; y tocante a la víctima u ofendido la ejecución de un hecho típico trae consigo una serie de consecuencias de contenido patrimonial —englobadas dentro del concepto de daño pecuniario, que comprende el menoscabo sufrido en el patrimonio de la víctima así como la privación de la ganancia lícita que se hubiese

obtenido de no haber ocurrido el hecho—¹⁰³ y la aparición de sentimientos de rabia, humillación y miedo que influyen en la manera en que la víctima u ofendido ha de relacionarse con sus semejantes.

Es decir, con la comisión del delito, la víctima u ofendido resiente una afectación en sus bienes patrimoniales, integridad física y valores morales: detrimento al que comúnmente denominamos daño, cuya reparación constituye a un mismo tiempo un medio para arribar a la conciliación y es también una de sus consecuencias.

Por ello es que la reparación del daño como fruto de la conciliación siempre ha sido una constante en los diversos modelos intentados a lo largo de las distintas épocas, sin embargo debido a muy diversas circunstancias culturales, sociales, políticas y económicas se relegó —hasta confinarse en el olvido— a los mecanismos de conciliación en los sistemas punitivos.

Surge como un binomio indisoluble la conciliación/reparación, ideas que de nueva cuenta se retoman al demostrarse que a través de los cauces tradicionales no se ven atendidas de manera efectiva las consecuencias del delito —que no es sólo la violación a una norma de conducta, sino que es un hecho que ante todo ocasiona una repercusión en el mundo fáctico—.

Se entiende a la reparación (latín *reparatio -ónis*) como la acción y efecto de reparar —enmendar, remediar— cosas mal hechas o estropeadas; satisfacción completa de una ofensa o daño. En el ámbito penal implica retrotraer las cosas al estado que guardaban con anterioridad a la comisión del delito, en un lenguaje común, paliar los efectos de éste.

Mas no siempre será posible restablecer las cosas como si nada hubiera pasado, puesto que existen bienes jurídicos que no se pueden reponer. Ante tal circunstancia se opta

¹⁰³.- Cfr. MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. "Teoría de las Obligaciones", 4 ed. Corregida y aumentada, Ed. Porrúa, México (sic), 1997, Pág. 168.

por la compensación económica del daño conocida como indemnización, que es la forma más común de reparar el daño.

Varios autores coinciden al señalar que el tema de la reparación del daño dentro de la conciliación y mediación penal adquiere matices que le confieren un sentido quizás un poco más amplio y flexible respecto a la responsabilidad civil, ello toda vez que aquí se toman muy en cuenta las necesidades de la víctima u ofendido, las cuales no se agotan en el simple reclamo de prestaciones de naturaleza económica, sino que por el contrario algunas de ellas pudieran tener una esencia simbólica, derivadas de su necesidad de obtener una explicación que le permita asimilar la experiencia delictiva: por ello no resulta extraño que en algunas ocasiones se conformen con la petición de perdón o de disculpa por parte del sujeto activo; o incluso pudiera comprenderse dentro del rubro de reparación del daño otro tipo de prestaciones que nada tienen que ver con la conducta que dio origen al nacimiento de tal obligación.¹⁰⁴

Lo anterior confiere a la conciliación una clara ventaja competitiva respecto al procedimiento penal, puesto que "...la falta de recursos económicos no ha sido un obstáculo para la conciliación penal, pues en este campo las víctimas aceptan en gran medida las ofertas de reparación, disculpas, etc., mientras que la indemnización material completa muchas veces pasa, como secundaria, a un segundo plano."¹⁰⁵ ; además de que la propia dinámica del procedimiento de avenencia, que privilegia el diálogo entre los participantes permite una verdadera negociación que obvia la necesidad de recurrir a los formalismos contemplados en los códigos adjetivos, tendientes a probar monto y procedencia de la reparación del daño; lo cual significa que el ofendido ve satisfechos sus reclamos de una manera más rápida y eficiente.

Una consecuencia inmediata de la obtención de la reparación del daño es el restablecimiento de la "paz jurídica", entendida ésta como la percepción que tanto la víctima como la comunidad tienen de que el delito ha desaparecido en virtud de que han

¹⁰⁴.- Cfr. NEUMAN, Elías Op. cit. Págs. 93 y 94; así como PEREZ Sanzberro, Guadalupe. Op. cit. Págs. 18 a 20.

¹⁰⁵.- DÜNKEL, Frieder. Citado por GONZÁLEZ Álvarez, Daniel Op. cit. Pág. 124.

cesado sus efectos —el conflicto social ha sido resuelto adecuadamente toda vez que no se trata de una solución simbólica— surgiendo al mismo tiempo un sentimiento generalizado de confianza y eficiencia en los órganos de control social (prevención general positiva).

Por cuanto al inculpado, la conciliación/repación pudiera hacer más factible la consecución de la tan anhelada “resocialización”, concebida ya no como la reeducación del sujeto activo, sino como un acercamiento entre éste y su víctima, percatándose sin intermediarios de las consecuencias de su actuar, lo que pudiese ocasionar su sensibilización en aras de un compromiso que sea percibido como justo y que a la vez le brinda la oportunidad de evitar los estigmas y sumisiones que traen aparejados la pena privativa de libertad, situación que por si misma tiende a impedir el surgimiento de resentimientos para con la sociedad y por ende con ello se logra su reinserción —reaceptación— dentro de la comunidad.

A este respecto cabe hacer mención que comúnmente se usan de manera indistinta los términos conciliación y reconciliación para denominar aquel estado de avenencia, sin embargo, se trata de categorías conceptuales distintas, siguiendo a González Álvarez¹⁰⁶ la conciliación se limita a la realización de actos de liberalidad, es decir, a la ejecución de prestaciones ya de carácter material o inmaterial; mientras que la reconciliación no implica la elaboración de operaciones que se exterioricen, se refiere a condiciones harto subjetivas tales como la reconstrucción de las relaciones que han sido quebrantadas —pacificación social— evitando el surgimiento del espiral de la violencia: ahora la justicia ya no será entendida como retribución, sino como un medio para reparar y preservar las relaciones humanas, proteger la convivencia de los hombres dentro de la comunidad.

Tales ideas nos llevan a concluir que la conciliación es uno de los medios, si acaso el primer paso, para lograr un restablecimiento duradero de las relaciones humanas, por ello es que al momento de diseñar las fases que conformarán el procedimiento conciliatorio, algunos proyectos, le han asignado un papel preponderante a los efectos pedagógicos que resultan de las negociaciones que emprenden las partes: una vez que éstas

¹⁰⁶.- Ibidem. Pág.117

han comprendido que el conflicto les pertenece, por ende, adquieren la percepción de ser ellos los principales interesados en resolverlo, formándose así una conciencia social de autogestión, que bien encauzada puede dar como resultado la creación de una nueva cultura en la solución de controversias que ayude a disminuir los índices de conflictividad social.

4.5.- LIMITES DE LA CONCILIACIÓN.

A lo largo del presente trabajo se han hecho múltiples referencias a la flexibilidad que caracteriza a éste procedimiento, convirtiéndose así en una vía alterna al sistema penal a través del cual se obtiene la composición “informal” del conflicto.

A pesar de tal particularidad, existen ciertas fronteras que no deberán ser rebasadas en el afán de obtener soluciones novedosas y sin dilación; he aquí la necesidad de fijar los límites que han de evitar que éste mecanismo se transforme en un medio de control social que lejos de garantizar un mejor acceso a la justicia —en su aspecto material y formal—¹⁰⁷, se convierta en una herramienta de instrumentalización alejada de la satisfacción de las necesidades de la víctima u ofendido, finalidad ésta última que junto con la erradicación de la sumisión en la que se ve implícito el delincuente dentro del proceso penal, constituye la razón de ser de la propuesta de implantar la conciliación dentro del sistema penal.

Y precisamente tales valladares, en el estado actual que guarda nuestro sistema penal, se encuentran determinados por la figura de la querrela, a la cual hemos hecho referencia como un presupuesto o requisito de procedibilidad, que limita la iniciación del

¹⁰⁷.- La conciliación, al igual que otros medios alternativos de solución de controversias, constituye una opción que permite que un mayor número de personas tengan acceso a los órganos estatales encargados de impartir justicia —acceso a la justicia en su aspecto formal—; y desde la óptica de la naturaleza del contenido de los acuerdos a que se arriba, se está en condiciones de afirmar que se trata de una verdadera solución de los conflictos —acceso a la justicia en su aspecto material—, máxime que en materia penal éste procedimiento, pese a no ocuparse en determinar la culpabilidad del delincuente, resulta importar beneficios reales para la víctima u ofendido, a quien en la mayoría de las veces en poco o nada le beneficia la sanción impuesta a través de la incoación del proceso penal.

procedimiento de avenencia a aquellos delitos en los cuales el bien jurídico lesionado o puesto en peligro se encuentra dentro de la esfera de disposición del sujeto pasivo, y por tal motivo es más factible establecer una negociación tendiente a paliar las consecuencias de tal ataque.

Lo anterior toda vez que el ataque a dichos bienes no implica una situación de gran riesgo para la comunidad, por ello es que el Estado le confiere a la víctima u ofendido un derecho de carácter potestativo para que, atendiendo a sus intereses, decida sobre la manera que considere más adecuada para proteger, o en su caso reparar, el bien jurídico contra el cual se ha atentado; así en un principio se reduce el campo de acción a los delitos patrimoniales, atentados contra el honor de las personas y bajo ciertas circunstancias aquellos en contra de la integridad física de las personas.

La siguiente categoría de limitantes a tratar, se refieren a todo el andamiaje dogmático sobre el cual descansa nuestro sistema punitivo, caracterizado por lo que algunos autores denominan como el culto arcaico a la retribución, aunado a la ponderación del principio de legalidad, y al cual hemos hecho referencia en líneas precedentes así como en el primer capítulo del presente trabajo.

Por cuanto atañe a dicho principio, la preocupación más significativa recae sobre el cuidado que deberá tenerse para evitar que la puesta en marcha de los medios alternativos impliquen una privación de las garantías constitucionales consagradas a favor del inculcado y de la víctima u ofendido.

Una de esas garantías es la de igualdad, la cual implica que la ley ha de aplicarse a todos por igual sin atender más que a la calidad de ser humano que posee el inculcado, regla que deja de lado consideraciones tales como capacidad económica, status social, entre otras circunstancias de carácter accesorio. Trasladándola al campo de la conciliación se traduce en el compromiso de garantizar que dicho procedimiento no se convierta en un mecanismo privativo de determinadas élites, sino que por el contrario en él encuentren

cabida todos aquellos individuos que deseen solucionar sus conflictos de una manera no adversarial y expedita.

Sin embargo la trascendencia de tal principio no sólo se concreta a garantizar el libre acceso, sino que también importa la necesidad de definir de manera estricta los casos en los cuales será posible conciliar, ya que los actuales criterios de oportunidad —excepción al principio de legalidad— en la persecución penal, generan impresiones de engaño, incongruencia y desigualdad. Toda vez que dichos criterios hoy por hoy, no se aplican de una manera racional y ordenada; lejos de atender a una política criminal, son el producto de la escasez de recursos materiales, económicos y humanos ante la creciente demanda de una sociedad que ve insatisfechos aquellos reclamos realizados a los detentadores del poder, quienes se supone deben atenderlos.

Al encontrarse debidamente definidos, dentro de los cuerpos normativos¹⁰⁸, como supuestos de excepción, su observancia se tornará obligatoria tanto para el Ministerio Público como para el Órgano Jurisdiccional, ello siempre y cuando exista el pleno consentimiento del inculpado —voluntad que avala el respeto a la presunción de su inocencia, así como a la garantía de un juicio— y de la víctima u ofendido —quien actuará como una instancia de control para evitar que se lesiones sus intereses—, lo que conlleva a no realizar discriminaciones complementarias al ubicar los casos concretos que son aptos para la conciliación.

Otra de las garantías que se deberán observar se refiere a la persona encargada de presidir los intentos de avenencia, el conciliador, en el entendido de que una vez que ha sido incoado el proceso penal, el inculpado así como la víctima u ofendido deciden iniciar el procedimiento conciliatorio. En dicho supuesto resulta conveniente que el conciliador sea una persona distinta al juez que previno.

¹⁰⁸.- Incluso, llevando hasta sus últimas derivación al principio de legalidad, se puede advertir que el hecho de que se establezcan con toda precisión en la ley los supuestos a conciliar, lleva consigo la estricta observancia de la división de poderes, en virtud de que el poder Legislativo será el único encargado de establecer los supuestos en los que se podrá dejar de lado la incoación del proceso penal, evitando así que el Ministerio Público o en su caso el Órgano Jurisdiccional invadan esferas de competencia distintas a las que les han sido conferidas.

Así, en la hipótesis de que, una vez finalizados los intentos conciliatorios, no se haya llegado a acuerdo alguno, o éste se incumpla, el juez no tenga predisposición al momento de determinar la culpabilidad e imponer la sanción correspondiente, es decir, se buscará evitar que el resultado del procedimiento conciliatorio influya en la sentencia. Además de que con ello se pudiese ver inhibida la actuación del juez al momento de proponer posibles soluciones, ya que alguna de las partes tomase tal propuesta como un adelanto del criterio que ha de aplicarse en el supuesto de no llegar a arreglo alguno.

Aunque existen algunas opiniones que se encuentran a favor de que la tarea del conciliador recaiga en la persona del juez, puesto que la conjunción de dichas funciones no son excluyentes, argumentando que éste en momento alguno deberá perder de vista la presunción de inocencia a favor del inculpado, la cual se encuentra presente durante todas las etapas del proceso penal, y máxime que dentro del procedimiento de avenencia no interesa juzgar la culpabilidad del delincuente, lo que haría las veces de una extensión de dicho principio.

Por otra parte consideramos que las actividades encaminadas al logro de la conciliación, en todo momento deberán encontrarse circunscritas dentro del ámbito del Poder Judicial, ello con la finalidad de evitar el surgimiento de nuevos cuestionamientos acerca de la legitimidad de dicho mecanismo. Y los cuales pudieran versar sobre la constitucionalidad de la solución del conflicto, toda vez que ésta tendrá repercusiones de distinta índole, por ello y a pesar de que no se trata de un una instancia de pleno derecho — la composición del conflicto no se logra a través de la aplicación de la norma al caso concreto—, resulta conveniente aprovechar el sistema de control y fiscalización que posee el Órgano Jurisdiccional respecto de la actuación de sus servidores públicos.

4.6.- RESULTADO DE LA CONCILIACIÓN.

Una vez que ha quedado establecido que el principal efecto de la conciliación lo constituye la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido, y en virtud de que una

vez lograda aquella, se está en condiciones de considerar que el conflicto ha encontrado una solución integral puesto que se han atendido a los intereses del sujeto pasivo.

En tal entendido, la conciliación como promotora de la reparación del daño se encuentra comprendida en diversas legislaciones europeas y latinoamericanas como una atenuante de la penalidad, como un criterio que suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad o bien como un sustitutivo a la misma, ya como una causal para la extinción de la pretensión punitiva.

Si se desea dotar de efectividad a la conciliación, y al mismo tiempo lograr que con ella se salde una añeja deuda del Estado para con las víctimas u ofendidos, lo más idóneo será concebir al procedimiento de avenencia como un mecanismo que permita la extinción de la acción penal. Toda vez que la experiencia en el países que no le asignan tal consecuencia, demuestra que el inculpado la percibe como una pérdida de tiempo, ya que el proceso penal no habrá de suspenderse, sino que por el contrario se continuará con las etapas procesales conducentes, relegándola al papel de una diligencias probatoria más, por ello el inculpado se presenta reacio, continuando con actitudes defensivas puesto que de nada le servirá llegar a arreglo alguno si de manera ineludible deberá comparecer ante el Juez y penderá sobre él la amenaza de la pena, la cual se sumará a los inconvenientes que le representa la incoación del proceso penal.

4.6.1.- No Ejercicio de la Acción Penal

En el capítulo que precede se mencionó que una característica y ventaja de la conciliación es la de poderla llevar a cabo antes y durante el proceso respectivo, y ello no resulta una excepción en materia penal, toda vez que en la etapa anterior al ejercicio de la acción penal —Averiguación Previa— el Agente del Ministerio Público cuenta con prerrogativas suficientes para constituirse en promotor y regulador de la práctica de soluciones consensuadas en los delitos, por el momento, perseguibles a instancia de parte ofendida. Buscando que dicha composición no constituya una contravención a los cuerpos

normativos vigentes o implique un acto de sumisión para alguna de las partes; partiendo de la idea de que procurar justicia no siempre ha de implicar el ejercicio de la acción penal, sino que en ocasiones los bienes jurídicos penalmente tutelados podrán ser enmendados a través del cumplimiento de las obligaciones consignadas en un acuerdo firmado por las partes.

Y en virtud de tal arreglo, se faculta al titular de la acción penal para no continuar con los actos tendientes a la investigación del hecho presumiblemente delictivo — comprobación del cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad—, es decir, no realizar la acusación, toda vez que se han reunido circunstancias como: el ataque al bien jurídico implica una trascendencia social leve, por razones de política criminal resultaría contraproducente poner en marcha el proceso penal, aunado a que se ha efectuado el resarcimiento de los daños ocasionados a la víctima u ofendido, y en algunas ocasiones también se toma en consideración que el sujeto activo es un delincuente primario.

Lo anterior sin importar las condiciones que a favor se encuentren para hacer prosperar la acusación, es decir, tal decisión de no ejercitar la acción penal se lleva a cabo, aún a pesar de que de las constancias practicadas durante la averiguación previa se desprenda la existencia de convicción respecto a la presencia de un hecho delictuoso y la culpabilidad del inculcado.

4.6.2.- Sobreseimiento por Perdón del Ofendido

Una vez que se ha ejercitado la acción penal, se da inicio al procedimiento penal, el cual normalmente debe concluir con el dictado de una sentencia ya de condena o bien de absolución, sin embargo no siempre es así, ya que en algunas ocasiones concurren circunstancias que hacen innecesaria su prosecución.

Y una de esas circunstancias puede ser la realización exitosa de la conciliación, en tanto la víctima u ofendido otorgue el perdón a favor del inculcado. Esto es, una vez

incoado el proceso penal en contra del inculpado, nada impide que la víctima u ofendido y aquél decidan iniciar el procedimiento conciliatorio, y sí como resultado de tales intentos logran arribar a un acuerdo respecto a la reparación del daño, y toda vez que se está en presencia de un delito de querrela necesaria, la víctima u ofendido (o en su caso de su representante legal) se encuentra normativamente facultada para manifestar al Órgano Jurisdiccional su voluntad de que no se castigue al delincuente.¹⁰⁹

En consecuencia, ante tal manifestación, el Juez deberá emitir una resolución en forma de auto a través de la cual pone fin al proceso, sin la necesidad de dictar una sentencia y por ende dejando intocado el fondo del asunto —auto de sobreseimiento—, pese a ello tal resolución una vez que adquiera la categoría de cosa juzgada produce, respecto al inculpado, los efectos de una sentencia absolutoria.

Toda vez que dicho perdón del ofendido constituye una causa de extinción de la acción penal y por ende también de la responsabilidad penal, será necesaria que la manifestación, en el sentido de no desear que el inculpado sea castigado, se exprese de manera verbal o escrita dejando bien en claro la intención de perdonarlo, pues de lo contrario no surtirá efecto legal alguno, es decir, tal voluntad deberá exteriorizarse de manera clara y expresa, puesto que la existencia de un convenio respecto a la reparación del daño, por sí solo no hace presumir el otorgamiento de dicho perdón, en tal sentido se manifiestan las siguiente tesis jurisprudenciales:

PERDÓN DEL OFENDIDO, REQUISITOS PARA QUE SE CONSIDERE OTORGADO. CONVENIO SOBRE REPARACIÓN DE DAÑO CAUSADO CON MOTIVO DEL TRÁNSITO DE VEHÍCULOS QUE NO LO IMPLICA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERETARO). Cuando con motivo del tránsito de vehículos se causen daños a las unidades de los conductores, el convenio que éstos celebren sobre la reparación del daño y **la estipulación que hagan en el sentido de que no se reservan acción civil o penal, se refieren exclusivamente a la reparación del daño, por lo que ningún efecto producen en torno a la exoneración de**

¹⁰⁹ .- Resulta lógico que si en un delito de querrela necesaria, se requirió de la voluntad (anuencia) del ofendido para ejercitar la acción penal que condujera a la persecución del delincuente, ahora dentro del proceso penal también sea indispensable su aquiescencia para finalizar de manera “anormal” dicho sumario.

responsabilidad penal de cualesquiera de los dos conductores, o de ambos. En esas circunstancias, e independientemente de que el ofendido pueda reclamar el cumplimiento de ese convenio o de exigir la reparación de sus daños por responsabilidad civil en la vía ejecutiva o civil, **si posteriormente a la celebración del convenio, el propio ofendido formula su querrela ante el Ministerio Público, ésta surtirá todos sus efectos jurídicos como requisito de procedibilidad en contra del inculcado, pues esa manifestación de no reservarse acciones civiles o penales, no tiene el alcance de un perdón**, ya que de conformidad con el artículo 107 del Código Penal del Estado de Querétaro, que establece: "el perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en primera instancia y aquel o aquellos a quienes se otorga no se opongan a ello", es obvio que **el perdón del ofendido debe ser otorgado expresamente**, para que pueda ser del conocimiento del inculcado, a fin de que éste pueda oponerse o aceptar el perdón.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 202/90. Armando Ruiz Andrade. 5 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Reyes Tayabas. Secretario: Francisco Chávez Hochstrasser.

PERDÓN EN LOS DELITOS QUE SE PERSIGUEN POR QUERRELA DE PARTE. Para que exista el perdón en los delitos que se persiguen por querrela de parte, **éste debe constar expresamente**. La circunstancia de que **el ofendido exhiba** ante el juzgado de los autos **una carta del acusado en que** precisa el monto del daño y **promete repararlo, no puede surtir efectos legales de perdón**.

Amparo directo 4288/61. David Ponce Bustos. 3 de abril de 1964. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto González Blanco.

Dicho perdón no podrá encontrarse condicionado al cumplimiento de una obligación, además de que una vez otorgado, éste no podrá ser revocado, por cuanto hace a la primer característica antes mencionada puede observarse el siguiente criterio:

PERDÓN DEL OFENDIDO CONDICIONADO, INEFICACIA LEGAL DEL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). Si bien es verdad que el perdón del

ofendido, en los delitos que se persiguen por querrela necesaria, constituye una forma extintiva de la acción penal, siempre que se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público (artículo 142 del Código Penal del Estado de Tlaxcala), **el mismo no producirá efectos legales si se le subordina al cumplimiento de alguna condición por parte del acusado**, porque la correcta interpretación de la ley precisa que el perdón se otorgue sin condición de ninguna especie **y no que se pueda supeditar al cumplimiento de alguna obligación**.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

R. 367/970. Dionisio Pérez Corte. 8 de julio de 1970. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

Nota:

Enviada sin votación al Semanario Judicial de la Federación.

En el Informe de 1970, la tesis aparece bajo el rubro "PERDÓN CONDICIONADO, INEFICACIA LEGAL DEL (CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE TLAXCALA).".

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el párrafo que precede, se puede observar que en el supuesto de que la reparación del daño se realice de manera inmediata no existirá problema alguno en que la víctima u ofendido otorgue el perdón, sin embargo las cosas se complican en el supuesto de que el procesado manifieste su voluntad en resarcir el daño ocasionado, pero para ello requiere de un lapso de tiempo, bajo esta hipótesis la víctima u ofendido no querrá arriesgarse a otorgarle el perdón no sin antes ver satisfechas sus pretensiones, pues de lo contrario puede ser de nueva cuenta víctima de un incumplimiento del acuerdo; y ello pudiese frenar la eficacia del procedimiento.

Una posible solución pudiese ser que se reclame por la vía jurisdiccional correspondiente el cumplimiento de dicho acuerdo, mas ésta solución desvirtuaría una de las ventajas competitivas de la conciliación, representada por sus menores costos en relación con el proceso penal.

Una novedosa salida a tal inconveniente se encuentra contemplada por las legislaciones de países latinoamericanos en los que se otorgan plazos para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, suspendiendo el dictado de la resolución que declara extinguida la acción penal; en tales supuestos encontramos ¹¹⁰:

Argentina con la llamada *Suspensión a Prueba del Procedimiento* figura que aplica para aquellos delitos de acción pública reprimidos con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años. Se impone al imputado el deber de ofrecer la reparación del daño en la medida de sus posibilidades sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del Ministerio Público el tribunal puede suspender la realización del juicio, entre uno y tres años –según la gravedad del delito- y establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el acusado. Consecuentemente si durante ese período el implicado no comete otro hecho criminoso, repara los daños y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal.

Costa Rica: Aplica en delitos de acción pública o privada, y aquellos sancionados con pena privativa de libertad no mayor de tres años; en donde se concede al procesado el término máximo de un año a fin de que realice el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el convenio, en el supuesto de caer en incumplimiento, por causas justificadas, se podrá concederle de común acuerdo con la víctima una prórroga de hasta seis meses, fenecido dicho plazo se reanuda el proceso penal. Con ello se garantiza que la extinción de la acción penal surtirá efectos a partir del momento en que se ejecuten todas las obligaciones contraídas.

Venezuela: En los delitos que afecten bienes jurídicos de carácter patrimonial o culposos, se suspenderá el proceso hasta en tanto se verifique el cumplimiento de las obligaciones tendientes a la reparación del daño, ello en un plazo no mayor de seis meses y

¹¹⁰ .- GONZÁLEZ Álvarez, Daniel Op. cit. Págs. 129 y 134.

sin derecho a prórroga alguna. De no realizarse el cumplimiento, el proceso se reanuda y las cantidades o prestaciones efectuadas a la víctima u ofendido no serán restituidas al procesado.

Con lo expuesto hasta aquí, se puede colegir que la conclusión de la conciliación debe llegar al hecho de que el pago de la reparación del daño extinga la acción penal y acaso la pena.

Como lo hemos señalado, para que se verifique el otorgamiento del perdón por parte del ofendido será necesario que con anterioridad se haya reparado el daño ocasionado por la conducta del sujeto activo, ello como una previsión tendiente a evitar que la víctima u ofendido sea de nueva cuenta victimizada, sin embargo con tal medida se puede dejar en estado de indefensión al inculcado ante una eventual negativa de la víctima u ofendido a otorgar el perdón, ya que no existiría medio alguno disponible para constreñirles a realizar tal manifestación a pesar de que el daño hubiese sido reparado, prueba de ello lo son las tesis jurisprudenciales que han sido transcritas con antelación.

Ahora bien, la conciliación, al igual que los demás medios alternativos, se encuentra animada en buena parte por aquél ideal de la confianza en la buena fe del ser humano, pero lo cierto es que no hay que perder de vista que en ocasiones, afortunadamente son las menos, la víctima u ofendido lejos de obtener una adecuada reparación del daño pretender conseguir un lucro o ventaja de la situación en la que se encuentran, por lo que “venden caro” su perdón, así la conciliación corre el riesgo de convertirse en un instrumento para la obtención de venganza.

Y para evitar tales desventajas resulta hartamente conveniente no condicionar, de manera irresoluble, la extinción de la acción penal al otorgamiento del perdón por parte del ofendido, aún y cuando ello pudiese parecer contrario a los principios que rigen la tal institución.

Al respecto llama poderosamente la atención el contenido del artículo 93 del Código Penal Federal, que en su penúltimo párrafo prevé la hipótesis de hacer extensivo el perdón del ofendido —y como consecuencia su efecto de extinción de la pretensión punitiva— a aquellos inculcados a los que no se les otorgó dicho perdón, ello siempre que la víctima u ofendido hubiesen visto satisfechos sus intereses o derechos : *“El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcado y al encubridor”*.

Numeral que sienta precedente respecto a la prerrogativa concedida al juzgador para prescindir de la voluntad de la víctima u ofendido, en virtud de que ya no tiene razón de ser la continuación del proceso penal si el bien jurídico objeto del ataque ha sido reparado. Debiendo bastar para que opere la extinción de la acción penal la comprobación del resarcimiento del daño. Lo cual constituye un ejemplo más respecto de la conveniencia de insertar nuevas fórmulas inspiradas por el principio de oportunidad, sin que necesariamente implique una renuncia al principio de legalidad.

PROPUESTA

A lo largo del presente trabajo se han abordado las características que le son inherentes a la conciliación, así también se ha procurado exponer que, a pesar de que ésta es una figura del Derecho Privado, es posible encontrar una empatía con los fines en función de los cuales radica la razón de ser del Derecho Penal.

Compatibilidad que permite que éste se valga de la conciliación para alcanzar sus metas, pero sobre todo para agregar una dosis considerable de racionalidad que permita disminuir la violencia con la cual actúa el sistema punitivo, atemperando muchas otras de sus consecuencias no deseada, las cuales son constante blanco de severas críticas. Y de manera subsidiaria se van gestando nuevas ventajas operacionales que tornarán dinámica a la procuración e impartición de justicia.

Quizá lo anterior no ha sido vislumbrado de manera adecuada, en virtud de que en las respectivas leyes orgánicas tanto de la Procuraduría Capitalina, como en la General de la República, al igual que en el Código Procesal Federal se faculta al Representante Social para intentar la conciliación entre el sujeto activo y la víctima u ofendido del delito.

A ello sólo se le dedican unos cuantos artículos, motivo por el cual resulta demasiado atractiva la idea de ampliar los horizontes de aplicación de la conciliación, para evitar que continúe siendo una diligencia más, que en realidad resulta ser una débil sugerencia a las partes para llegar a un acuerdo.

Pero si queremos operar un cambio al respecto, lo más conveniente será instrumentar la conciliación como un verdadero procedimiento cuyos presupuestos y etapas se encuentren regulados en los Código conducentes; además de que los sujetos que en ella intervengan cuenten con una serie de garantías que permitan adosarle los caracteres elementales de formalidad tendientes a evitar posibles arbitrariedades que tergiversen los fines de dicha institución tornándola peligrosa.

Pero sobre todo, dotándola de aquellos medios que permitan su operatividad, y al respecto juega un papel muy importante lo relativo a la reparación del daño: sugiriendo la incursión de la suspensión del proceso con la finalidad de lograr la avenencia; el otorgamiento de plazos para el cumplimiento de la obligación de resarcir las consecuencias del delito, en el entendido de que en caso de agotarse los tiempos concedidos para tal fin, y de no haberse verificado tal resarcimiento, se ejercerá la acción penal o, en su caso, se reabrirá el proceso.

Procedimiento que deberá ser confiado al Órgano Jurisdiccional, pero substanciado por personas distintas al Juzgador, ello con la intención de permitir que los sujetos se expresen de manera más abierta respecto a la forma en que se suscitaron los hechos y para que las posibles soluciones que llegase a proponer el conciliador no sean percibidas por los participantes como una imposición; pero sobre todo para generar la confianza de que en el supuesto de no concretarse acuerdo alguno, lo discutido en el procedimiento de conciliación no será tomado en consideración al momento en que se emita el respectivo fallo, incluso se evita que el juez muestre predisposición alguna ante el fracaso de las negociaciones.

Incardinar la conciliación dentro del Órgano Jurisdiccional permitirá ejercer una mejor fiscalización de los servidores públicos encargados de desarrollar la tarea en mención, además de que con ello se reafirma que el Estado en momento alguno abandona su responsabilidad de impartir justicia, con lo cual se logra silenciar aquellas voces que consideran que la puesta en marcha de este tipo de mecanismos alternativos de solución de conflictos implican una privatización de la justicia.

Y toda vez que los conciliadores serán personas distintas al juzgador, resulta necesario crear un Departamento o Centro de Conciliación dependiente del Poder Judicial, en el cual no sólo se ha de velar por el adecuado desarrollo del procedimiento de avenencia, sino también centrar su atención en una adecuada selección y profesionalización del

personal encargado de buscar la pacificación social a través de la búsqueda de acuerdo víctima/victimario.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El derecho penal, como toda creación humana, se encuentra encaminado a la consecución de diversos fines, entre los cuales sobresalen: la protección de bienes jurídicos, la prevención del delito y la estabilización normativa, entendida esta última como la prevención de reacciones informales. Procurando alcanzarlos en conjunto, pues de lo contrario se termina por desvirtuar su esencia y se corre el riesgo de instrumentalizar al ser humano.

SEGUNDA.- La consecución de tales fines o metas se encuentra condicionada a la estricta observación de una serie de principios (legalidad, proporcionalidad y respeto a la dignidad humana) que garantizan evitar la comisión de excesos en su reacción frente al delito. Lo cual resulta necesario en virtud de que el Derecho Penal afecta bienes de altísima valía.

TERCERA.- La violencia con la cual actúa el Derecho Penal ha dado lugar al surgimiento de corrientes ideológicas que cuestionan seriamente su razón de existir, así las hay desde las que están a favor de una reducción del ámbito de su intervención hasta aquellas que sugieren la desaparición de todo aparato coercitivo; los argumentos empleados son muy diversos. Siendo las aportaciones más valiosas de todas estas corrientes los señalamientos de los errores y excesos, pero más aún las propuestas de sustitución de los mecanismos estatales de control social, por otros de carácter comunitarios.

CUARTA.- Después de la venganza privada, la conciliación constituye una de las formas más antiguas de dirimir conflictos; incluso en la evolución de distintos pueblos la presencia de la composición de las controversias a través del avenimiento ha sido una constante. Grandes civilizaciones como la griega y la romana incluso llegaron a establecer como un requisito, previo a la comparecencia ante tribunales, la

realización de intentos de conciliación presididos, en sus orígenes, por miembros respetables de la comunidad.

QUINTA.- El Derecho Indiano, cuya característica principal fue la de ser clasista, mostraba lenidad respecto a las sanciones a los delitos cometidos por los indígenas, a los cuales les era permitido conciliar, e incluso se imponía como un deber a las autoridades propiciar tal forma de resolución del conflicto.

SEXTA.- A lo largo de la naciente historia del México independiente, diversos textos fundamentales han ocupado algunos artículos a los intentos de conciliación, atendiendo a la necesidad de dotar a la administración de justicia de medios que le permitan desempeñar tan delicada función con celeridad y eficiencia, para lo cual se permite intentar composiciones en materias civiles y delitos de menor monta, y así prevenir en la medida de lo posible que los juicios se originen o se multipliquen sin causa suficiente.

SÉPTIMA.- La conciliación es un mecanismo no jurisdiccional encaminado a la resolución de litigios, en los cuales se ven afectados derechos ubicados dentro del ámbito de disposición de las partes, y que por consiguiente se puede transigir gracias a la presencia de un tercero imparcial que ha de procurar que las partes por sí mismas expresen posibles soluciones o incluso que dicho sujeto sugiera la solución.

OCTAVA.- Su naturaleza jurídica es la de una figura autocompositiva, no obstante que aún cuando en ella interviene una tercera persona, ello no implica que ésta sea quien imprima la solución, toda vez que sólo buscará tender puentes que permitan el entendimiento de los litigantes y a lo sumo propondrá alguna posible alternativa, ya que la capacidad definitoria del conflicto todavía la poseen las partes, a las cuales no podrá imponerles composición alguna; además de que los integrantes de la “trilogía conciliatoria” se encuentran en un plano jurídico de igualdad, contrario a lo que acontece en la heterocomposición.

NOVENA.- El fundamento constitucional de la conciliación se puede encontrar en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que consigna la proscripción de la venganza privada, y es aquí en donde aparece en el escenario jurídico la figura objeto del presente trabajo, como una forma no violenta y consensuada de resolver las pugnas. Por cuanto hace a la materia penal, la conciliación encuentra su fundamento en el artículo 20 de la Constitución Política, en particular en su Apartado B fracción IV, en tanto cumpla con la función de hacer realidad la garantía de reparación del daño ocasionado con motivo de la conducta delictiva.

DÉCIMA .- Si se pretende asignar a la conciliación la tarea de mostrar nuevas alternativas para la solución de conflictos, ya sea en materia penal o en cualquier otra, es al derecho adjetivo a quien le corresponde dotarla de vida, marcándole los derroteros a seguir, así como definir de manera concreta las consecuencias jurídicas de su empleo.

DÉCIMO PRIMERA.- La facultad de conciliar que se le confiere al Ministerio Público es resultado de aquella concepción que toma como punto de partida el hecho de que el delito es un conflicto social, por lo que deberán atenderse a los intereses de la víctima y del Estado.

DÉCIMO SEGUNDA.- Para la instauración de un sistema conciliatorio, será necesario atemperar los principios de legalidad y de obligatoriedad, concediendo un ámbito de mayor acción al principio de oportunidad, a través del cual aún cuando se han reunido los requisitos para ejercitar la acción penal y sostener la acusación ante el Órgano Jurisdiccional, esto no se lleva a cabo en busca de que no se afectan seriamente los "intereses de la sociedad", pero sobre todo siempre que exista la posibilidad de satisfacer las necesidades de la víctima u ofendido.

DÉCIMO TERCERA.- La conciliación se debe iniciar con aquellas conductas de menor entidad para así estar en condiciones de adquirir experiencias y evaluar el desarrollo

del procedimiento, en aras de una posterior expansión hacia otro tipo de conductas que implican una complejidad mayor. Lo que significaría un primer paso hacia el avance de una reducción del control penal, delegándose tal función a mecanismos menos intrusivos.

DÉCIMO CUARTA.- La preocupación más significativa al incorporar la conciliación en la materia penal recae sobre el cuidado que deberá tenerse para evitar que la puesta en marcha de dicho medio alternativo implique una privación de las garantías constitucionales consagradas a favor del inculpado y de la víctima u ofendido: igualdad, compromiso de garantizar que dicho procedimiento de cabida todos aquellos individuos que deseen solucionar sus conflictos de una manera no adversarial y expedita; también importa la necesidad de definir de manera estricta los casos en los cuales será posible conciliar, supuestos cuya observancia se tornará obligatoria tanto para el Ministerio Público como para el Órgano Jurisdiccional, ello siempre y cuando exista el pleno consentimiento del inculpado y de la víctima u ofendido.

DÉCIMO QUINTA.- La implementación de la conciliación en materia penal significa un gran avance en la madurez del Estado, en tanto cuanto, acepta su corresponsabilidad en la comisión del delito ya que no ha garantizado de manera plena la seguridad Pública (no ha suministrado estructuras que permitan una equitativa distribución de la riqueza, que derive en igualdad de oportunidades para el desarrollo de los individuos); y emprende actos tendientes a la reducción de la punición de un determinado sector social, por ende más desprotegido y propenso a caer en el supuesto penal.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso), 3 era. ed., 1era reimpresión. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas —UNAM, México (sic), 2000.
- 2.- ARISTÓTELES. Retórica, 1 era. Reimpresión, Ed. Gredos, Madrid, 1994.
- 3.- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. Introducción al Estudio del Proceso, Ed Depalma, Buenos Aires, 1983.
- 4.- CARRANCA y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano (Parte General), 11 ed., Ed. Porrúa. México (sic), 1977.
- 5.- CASTILLO Soberanes, Miguel Ángel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México (sic), 1992.
- 6.- DE AVILA Martel, Alamiro. Derecho Romano. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
- 7.- DE LA TORRE. Francisco y BEDOYA G, María Teresa. Introducción a las Ciencias Sociales Dos. Ed. McgrawHill, México (sic), 1994.
- 8.- DUPUIS. Juan Carlos G. Mediación y Conciliación, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1997.

- 9.- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana, Vol. 14, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1979.
- 10.- FALCON, Enrique M. Mediación Obligatoria en la Ley 24,573, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- 11.- FERNÁNDEZ Segundo, Francisco. Las Constituciones Históricas Españolas, 4 ed., Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- 12.- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, 4ª ed, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- 13.- FLORIS Margadant S., Guillermo Derecho Privado Romano, 4 ed., Ed. Esfinge S.A. de C.V., México (sic), 1995.
- 14.- FRANCO Silva, Alfonso. Estudio sobre Ordenanzas Municipales (Siglos XIV – XVI), Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, España, 1999.
- 15.- GARCÍA Máñez. Introducción al Estudio del Derecho, 47 ed., Ed. Porrúa S.A., México (sic), 1995.
- 16.- GARCÍA-PELAYO y Gross, Ramón. Enciclopedia Temática Larousse, Tomo I, 2 ed., Ed. Larousse, México (sic), 1988.
- 17.- GARCÍA Ramirez, Sergio. Temas y Problemas de Justicia Penal. Ed. Seminario de Cultura Mexicana, México (sic), 1996.
- 18.- GÓMEZ Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, 9 ed., Ed. Harla, México (sic), 1997.

- 19.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, T. XI, Selecciones del Reader's Digest, México (sic), 1988.
- 20.- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ Conde, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Ed. Tirant lo Blanch Derecho, Valencia, 1989.
- 21.- HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal, 4 ed., Ed. Porrúa, México (sic), 1999.
- 22.- HERNÁNDEZ Pliego, Julio A.. El Proceso Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 2002.
- 23.- HOMERO. La Iliada. Tomo II, Ed. UNAM, México (sic), 1921.
- 24.- ISLAS DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga. Derechos de las Víctimas y de los Ofendidos por el Delito, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, México (sic), 2003.
- 25.- JIMÉNEZ de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 5 ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1950.
- 26.- KATZ Halpern, Marcos David. Derecho Procesal Hebreo y Mexicano (aspectos comparativos). Ed. Oxford University Press, México (sic), 2001.
- 27.- MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. 4 ed. corregida y aumentada, Ed. Porrúa, México (sic), 1997.
- 28.- MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano, trad. P. Dorado, Ed. Temis, Bogotá, 1976.

- 29.- MONTERO AROCA, Juan, Estudios de Derecho Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1981.
- 30.- NEUMAN, Elias. Mediación y Conciliación Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- 31.- Nuevo Testamento de Nuestro Señor Jesucristo, Antigua Versión de Casiodoro de Reina, Gedeones Internacionales, Philadelphia, Pennsylvania, 1960.
- 32.- ORONOZ Santana, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal, 4 ed., Ed. Limusa Noriega Editores, México, D.F., 2003.
- 33.- OVALLE Fabela, José. Derecho Procesal Civil, 7 ed., Ed. Harla, México (sic), 1997.
- 34.- PALOMAR De Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Ed. Mayo Ediciones, México (sic), 1981.
- 35.- PEREZ Sanzberro, Guadalupe. Reparación y Conciliación en el Sistema Penal: ¿Apertura de una nueva vía?, Ed. Comares. Granada, 1999.
- 36.- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Derecho Romano, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- 37.- Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias (Edición facsímil de la edición Príncipe Julián de Paredes 1681), Tomo II, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México (sic). 1987.
- 40.- RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. Penología, 2ed., Ed. Porrúa, México (sic), 2000.
- 41.- ROJAS, Ricardo Manuel. Las Contradicciones del Derecho Penal. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000.

- 42.- ROMERO, José Luis. La Edad Media, 19 reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México (sic), 1993.
- 43.- ROMERO Pradas, Ma. Isabel. La Conciliación en el Proceso Laboral, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- 44.- Sagrada Biblia, Trad. Pbro. Agustín Magaña Méndez, 73 ed., Ediciones Paulinas S.A. de C.V., México (sic), 1998.
- 45.- SILVA Sánchez, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- 46.- SÜETONIO, Tranquilino Cayo. Vida de los Doce Cesares. 5 ed., W. M. Jackson Inc. Editores, Buenos Aires, 1959.
- 47.- TENA Ramírez, Felipe. Leyes Fundamentales de México 1808 1964, 2 ed., Ed. Porrúa, México (sic) 1964.
- 48.- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. T II, 22 ed., Ed. Espasa Calpe. Madrid, 2001.
- 49.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano (Parte General), 5 ed., Ed. Porrúa, México (sic), 1990.
- 50.- VON Ihering, Rudolf. El Fin en el Derecho, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978.
- 51.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. Derecho Penal (Parte General), 1ed. en Ed. Porrúa, México (sic), 2001.

- 52.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et. al. De las Penas, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- 53.- ZORITA, Alonso. Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias de la Mar Océano (Edición paleográfica y estudio critico), Ed. Miguel Ángel Porrúa, México (sic), 1984.

REVISTAS

- 1.- GONZÁLEZ Álvarez, Daniel. La Conciliación Penal en Iberoamérica, publicado en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Número 18, Año 12, Noviembre del 2000.
- 2.- HERNÁNDEZ Tirado, Héctor. La Mediación, publicado en Perspectivas Jurídicas del Estado de México, Revista del Poder Judicial del Estado de México, Volumen I, Número 3, Año 2, Julio-Diciembre 2002.
- 3.- PESQUEIRA Leal, Jorge. Conferencia, publicada en Perspectivas Jurídicas del Estado de México, Revista del Poder Judicial del Estado de México, Volumen I, Número 3, Año 2, Julio-Diciembre 2002.
- 4.- REYES Santana, Jorge. Derecho Penal Mínimo, en revista Tepantlató, Instituto de Ciencias Jurídicas de Egresados de la UNAM Campus Aragón. A.C., No. 3, Septiembre 2002.
- 5.- SÁNCHEZ Collins, Luciana Yadira. La Decisión de Operar un Programa Público de Mediación, publicado en Perspectivas Jurídicas del Estado de México. Revista del Poder Judicial del Estado de México, Volumen I, Número 3, Año 2. Julio-Diciembre 2002.

- 6.- TÉLLEZ G., Mario A. La administración de Justicia Ordinaria Novohispanomexicana, en Perspectivas Jurídicas del Estado de México, Revista del Poder Judicial del Estado de México, Volumen I, Número I, Año I, Enero-Junio 2001.

LEGISLACIÓN

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 7 ed., Ediciones Luciana, México (sic), 2003.
- 2.- Código Penal Federal. En Colección Penal, 4 ed., Ediciones Delma, México (sic), 2003
- 3.- Código Federal de Procedimientos Penales. En Colección Penal, 4 ed., Ediciones Delma, México (sic), 2003.
- 4.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Sista, México (sic), 2003.
- 5.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. En Colección Penal. 4 ed., Ediciones Delma, México (sic), 2003
- 6.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. En Colección Penal. 4 ed., Ediciones Delma, México (sic), 2003

PÁGINAS WEB

- 1.- <http://www.locriantica.it/personaggi/zaleuco>
- 2.- <http://www.pgjdf.gob.mx/marcolegal/2003/a-004-003.pdf>

3.- http://www.pgr.gob.mx/normateca/Documentos/ACUERDOS/93/AcuedoA-02-93_188_.pdf

4.- http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm

5.- http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/copp_venezuela