

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

***“LA MEDIACIÓN: UNA SOLUCIÓN ALTERNATIVA A
LOS CONFLICTOS PENALES”.***

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIATURA PRESENTA EL ALUMNO:
MIGUEL ÁNGEL PEÑALOZA ÁLVAREZ**

**ASESOR: LICENCIADO JULIO ANTONIO
HERNÁNDEZ PLIEGO**

CIUDAD UNIVERSITARIA

2010



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.

DEDICATORIAS

GRACIAS A DIOS:*por darme la oportunidad de que cada día de mi vida sea maravilloso, por permitirme llegar a este momento; por brindarme esta gran vida, en la que solo cuando muera me llevare los recuerdos de mis seres queridos y de mis grandes logros como este.*

GRACIAS A LA FACULTAD DE DERECHO:*por haberme formado como profesionista, por darme la satisfacción de que cada día tenga un sueño diferente en mi profesión, por motivarme para que me siga preparando en el camino profesional, por darme la oportunidad como ser humano de haber pertenecido a ella, que es grandiosa.*

GRACIAS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO:*por haberme permitido tener un lugar en ella, que es la Máxima Casa de Estudios, por darme tantas emociones de felicidad, por haber creado en mi sueños de grandeza profesional, por encausar mi destino y por su benevolencia al impartir el conocimiento a infinidad de personas creando un liderazgo no solo a nivel nacional sino además a nivel internacional.*

GRACIAS A MI ASESOR:*por su apoyo incondicional en la elaboración de este trabajo, por existir como persona, por el gran conocimiento que emana de él en cada cátedra que imparte, por su sencillez y su humildad, por darme la oportunidad de haberlo conocido fuera de las aulas, por la motivación que genera en mi, por ser un gran profesor impartiendo la materia de Derecho Procesal Penal en este H. Facultad de Derecho.*

GRACIAS A MIS PADRES:*por darme la vida, por su apoyo incondicional, por su invaluable amor para llegar hasta aquí, por dotarme de las herramientas indispensables para lograr ser una persona de bien, por su lucha constante para brindarme la mejor educación, por motivarme en mis metas, por ser mis padres y parte de mi, gracias por vivir conmigo en esta vida, siempre viviré eternamente agradecido por tener la dicha de ser su hijo.*

GRACIAS A MIS HERMANOS:*por su apoyo desde que tengo uso de razón, por cuidarme, por ser un ejemplo a seguir, por sus consejos, por su apoyo incondicional en cada paso de mi vida, por compartir conmigo mis sueños, por ayudarme a llegar hasta aquí, por ser mis hermanos.*

GRACIAS A MI ESPOSA: *por existir como persona, por ser un ejemplo a seguir, por su apoyo incondicional, por tener la esperanza de crecer juntos profesionalmente, por sus horas de desvelo en el aprendizaje de ambos, por compartir su vida a mi lado, por existir y llenarme de alegrías.*

A MIS AMIGOS: *por su amistad invaluable, por su apoyo y compañía en los momentos difíciles de mi vida, por sus consejos, por seguir a mi lado en cada paso que doy.*

**“LA MEDIACIÓN: UNA SOLUCIÓN ALTERNATIVA A LOS
CONFLICTOS PENALES”**

ÍNDICE

| | |
|---------------------|----------|
| INTRODUCCIÓN | I |
|---------------------|----------|

CAPÍTULO I

CONTEXTO HISTÓRICO

| | |
|-------------------------|----|
| I.1. Aspectos generales | 1 |
| I.2. Aspectos sociales | 7 |
| I.3 Aspectos económicos | 21 |
| I.4 Aspectos políticos | 29 |
| I.5 Aspectos culturales | 32 |

CAPÍTULO II

PROBLEMAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

| | |
|--|----|
| II.1. Aspectos previos | 36 |
| II.2. La cárcel | 37 |
| II.2.1. El uso exclusivo | 41 |
| II.2.2. Daño moral | 46 |
| II.2.3. Aspecto económico | 48 |
| II.3. El pliego de cargo de los abolicionistas | 49 |
| II.4. Doble actuación del Estado en el Proceso Penal | 52 |
| II.5. La víctima | 58 |
| II.5.1. La representación social | 59 |
| II.5.2. La participación de la víctima | 60 |
| II.5.2.1. En la constitución | 61 |
| II.5.2.2. En el código procesal penal para el Distrito Federal | 63 |
| II.6. El abuso del poder punitivo | 63 |

| | |
|---|----|
| II.6.1. El aumento de la punibilidad | 66 |
| II.6.2. La cifra negra de la criminalidad | 67 |

CAPÍTULO III

LA MEDIACIÓN

| | |
|---|-----|
| III.1. Definición | 72 |
| III.2. Principios de la Mediación | 81 |
| III.2.1. Proceso | 85 |
| III.2.2. Reseña del Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal | 88 |
| III.2.2.1 El procedimiento de Mediación y su Desarrollo | 96 |
| III.2.3. Comunidad sociopolítica | 103 |
| III.2.4. Preexistencia del Estado de Justicia | 108 |
| III.2.5. El evento | 109 |
| III.2.6. La autoridad | 112 |
| III.2.7. Reestablecer | 115 |
| III.2.8. Definición del problema | 119 |
| III.3. Los Mediadores | 120 |
| III.3.1. Decisiones locales | 125 |
| III.3.2. Justicia horizontal | 126 |
| III.3.3. La solución del problema | 127 |
| III.3.4. Valoración del contexto | 128 |
| III.3.5. El ánimo de venganza | 129 |
| III.4. Relación con el sistema de Justicia Penal | 130 |

CAPÍTULO IV

ÁMBITO SOCIAL, ECONÓMICO Y POLÍTICO PARA EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN

| | |
|-------------------------------------|-----|
| IV.1. Las comunidades contractuales | 134 |
| IV.1.1. Seguridad | 140 |
| IV.1.2. Mejorar el nivel de vida | 143 |

| | |
|---|------------|
| IV.1.3. Humanización del Derecho | 145 |
| IV.1.4. Identificación y solución de problemas | 162 |
| IV.2. Los tipos penales susceptibles de ser resueltos por mediación | 166 |
| IV.2.1. Delitos exclusivos al Sistema de Justicia Penal | 174 |
| IV.3. Transformar la organización de la seguridad | 179 |
| IV.4. Nueva estructura de los tipos penales | 185 |
| IV.4.1. Purificación del Derecho Penal | 187 |
| IV.5. Relevancia jurídica | 190 |
| | |
| CONCLUSIONES | 194 |
| | |
| PROPUESTA | 201 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 204 |

INTRODUCCIÓN

El ser humano vive normalmente en compañía de sus semejantes, dentro de un grupo social, excepcionalmente vive en soledad y ello por un tiempo limitado, generalmente por la comisión de un delito, constituyendo situaciones que llaman la atención precisamente porque se apartan de la normalidad, las cuales no pueden servirnos de base para describir la forma cómo transcurre su vida.

Por ende, y atendiendo a lo dicho, debemos buscar medios de solución pacífica que no agraven al hombre con su entorno. El hombre es capaz de proponerse fines y de realizarlos; su vida se desenvuelve entre deseos, ilusiones, codicias, metas, etcétera; manifestaciones de su ego todas ellas. Estas manifestaciones de unos y otros miembros de las sociedades humanas pueden coexistir en muchos casos, sin mayores dificultades, pero en ocasiones no, ya que tropiezan con la oposición decidida de una voluntad extraña que tiene la misma pretensión; se encuentran dos voluntades que persiguen el mismo objeto; la posesión de un caballo por ejemplo. Una persona afirma haber adquirido dicho animal en un remate, mediante el pago de cierta cantidad de dinero, la otra a su vez, sostiene que el equino le fue robado tiempo atrás. Tenemos entonces dos sujetos que afirman ser dueños del animal, pero solo hay un caballo, y con toda seguridad ninguno de aquellos quedaría satisfecho recibiendo la mitad del bien en disputa. Ha surgido pues un conflicto, un problema que demanda una solución. En los albores de la humanidad podemos suponer que todo fue bastante sencillo, el conflicto desembocaba en la lucha, en el empleo de la fuerza, prevaleciendo al final la pretensión del más fuerte, del mejor armado, del más diestro para la pelea, pero no la de quién tenía de su parte la razón y el derecho.

Este procedimiento, (que todavía no ha caído completamente en desuso) pronto tuvo que desecharse, en virtud de que la pretendida “solución” no era

tal, sino que engendraba nuevos problemas, tales como la venganza, el desquite, la reanudación de la lucha, perturbándose la paz del grupo con intolerable frecuencia.

Apareció entonces como necesaria la creación de una fuerza superior a la de los miembros del grupo individualmente considerados, el Estado que tomó a su cargo la solución de los conflictos interhumanos, sustituyendo a la voluntad y a la actuación de los particulares; sin embargo, fue necesario también establecer las bases, las reglas, los moldes a que debería ajustarse tanto el comportamiento de los individuos como la intervención de la autoridad. Dichas bases, reglas o moldes son la materia de la que está compuesto el derecho, y en el particular caso el derecho penal; sin embargo éste en la actualidad, lejos de cumplir con la justicia que demanda la sociedad, ha creado un sustento obligatorio de normas (principio de legalidad) para la coexistencia humana, pues es necesario e indispensable recurrir a éste sistema de normas, cuando los embates de la inseguridad son más evidentes.

Es por lo anterior, que debemos de crear y fomentar nuevas formas de solución de los conflictos que se presentan a diario en la sociedad, una de las formas de solución de los conflictos penales, es la propuesta en el presente trabajo denominada MEDIACIÓN PENAL, ya que es a través de esta figura jurídica, como se logra obtener, de manera eficaz y eficiente una clara restitución del bien jurídico tutelado por la norma penal, pues por un lado se obtiene la reparación del daño de manera inmediata, y por el otro se logra salvaguardar uno de los principales derechos fundamentales como lo es la libertad, es como a partir de esta figura jurídica se pretende lograr un Estado Justo y equitativo.

El sistema penal presenta muchos problemas, los cuales serán tratados en el capítulo segundo II del presente trabajo; sin embargo uno de los tantos problemas que presenta el sistema de Justicia Penal es el exceso de tiempo en que se resuelven los procesos penales, aunado a lo anterior tenemos la constante violación a los derechos humanos, torturas, penas corporales no institucionales dentro de las prisiones, uso inútil de la pena de prisión.

El que los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales hagan poco o nada para resolver estos abusos es comprensible; pues tal parece que en materia doctrinal el derecho penal se ha bajado del “tren de la evolución” y se ha conformado con los procesos penales y la pena privativa de libertad como consecuencia de este, como una solución a todas las conductas que arremeten contra la sociedad. A lo largo del presente trabajo no se buscará encontrar una sanción alternativa a la pena de prisión, sino que se intentará doctrinalmente retomar el camino de la reparación como elemento principal, para dejar en segundo plano lo represivo y correctivo.

Sin embargo es ilógico pensar que el derecho penal cambie de manera inmediata, pues el adaptarse a los cambios que sufre la sociedad, implica la creación de normas que regulen la actividad de esta, establecer sistemas de prevención del delito, así como también una buena administración y procuración de justicia, entre otros, respetando los principios fundamentales del hombre.

El establecer la figura de la Mediación como una nueva forma de solucionar los conflictos penales, implica el primer paso en esa gran evolución que debe sufrir nuestro sistema de impartición de Justicia, pues todo gran comienzo empieza con el primer paso.

El presente trabajo no está desarrollado en búsqueda de la no penalización de los delincuentes, esta creado con el fin de apoyar al derecho penal en la resolución de los problemas que se presentan en la vida cotidiana y en la aplicación constante de la norma, en donde los resultados de los actos humanos se puedan enmendar hasta lograr establecer el orden alterado.

En el presente trabajo se analizará en el tercer capítulo lo referente al procedimiento de la mediación ¿Qué es? ¿Qué implica?, ¿Qué alcance puede tener este sistema como solución a los conflictos penales?; para posteriormente en el último Capítulo citar los tipos penales que pueden ser susceptibles de resolverse por Mediación Penal.

La mediación pretende crear los lineamientos adecuados para establecer que finalidades tiene la pena privativa de la libertad, la reducción del número de presos, el mejoramiento de la seguridad y la mejor procuración de justicia.

El que los conflictos se solucionen a través de la Mediación, no implica que con ello se trate de privatizar la impartición de Justicia o la ejecución de las sanciones, pues devolver el conflicto a los protagonistas, no es quitar el poder punitivo al Estado y dejarlo en manos de particulares, pues si fuera así implicaría que una vez firmado el contrato social, los ciudadanos decidieran rescindir las cláusulas de exclusividad punitiva penal otorgadas al Estado o creadas por éste, y concesionarlas a otra autoridad, lo cual implicaría un riesgo social; pues será con las premisas estatales bajo las cuales se regule la actividad de la mediación.

Lo anterior significa que el campo en que se desarrolle la mediación, no será ajeno, al establecido por el propio Estado y que ha sido asignado a los tribunales penales.

Por lo tanto las leyes que regulan el procedimiento penal, deben considerar la reparación del daño como principal herramienta en la solución de los conflictos, ello al momento de su elaboración, pues en este sentido se debe favorecer la intervención de la figura de la mediación. En la actualidad existen casos en que el denunciante es titular de un "interés simple", o sea, un interés material que carece de tutela jurídica, ello implica que no tiene un derecho subjetivo que pueda ser protegido por las autoridades, sin embargo debido a la corrupción del Ministerio Público que en la actualidad es latente, tal interés en ocasiones es hecho valer por éste (ministerio público), al momento en que ejercita acción penal, dando como resultado que en el caso de que se haga con detenido, la privación de su libertad, hasta en tanto se resuelva su situación jurídica, mediante la emisión de un auto de plazo constitucional, en el caso de que la mediación interviniera no se restringiría este derecho, pues se trataría de mediar entre las partes aplicando para ello la enmendadura del bien, si es que este ha sido transgredido. De ahí la importancia de su implementación, ya que

la preocupación estatal deber ser enfocada a un estudio de quién merece la cárcel y quién no.

Por lo que el presente trabajo constituye un proceso de creación de una nueva forma de solucionar los conflictos en materia penal, tendente a demostrar que a partir de su aplicación se estarían salvaguardando los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna. Pues es verdad que el derecho no es una ciencia exacta, pero también lo es, que éste descansa sobre bases o lineamientos que deben ser respetados para lograr la consecución de uno de los fines de esta ciencia **como lo es la justicia**; en este sentido no es admisible la creación de normas jurídicas que sean contrarias a tal fin, como tampoco es que se vulneren las Garantías Constitucionales, bajo el argumento de que se busca el exacto cumplimiento de otra garantía de menor valía que las sacrificadas.

CAPÍTULO I

CONTEXTO HISTÓRICO

I.1 Aspectos Generales

La justicia penal es sin duda, el nivel más fuerte de intervención estatal en la conflictividad social, y por ende, debe ser el último recurso; sin embargo, suele ser el primer nivel al que se recurre ante un conflicto, con la creencia de que el endurecimiento de las penas y en general, el rigorismo punitivo pueda ser la solución de todos los problemas de la sociedad. El castigo al culpable, se torna en una auténtica obsesión social y por una parte reconcilia a la colectividad con la idea de justicia, intimida al culpable y al resto de potenciales candidatos y finalmente sacia la sed de venganza de la comunidad, pero aún así se olvida y deja sin respuesta a quien queda en una situación de mayor vulnerabilidad: *la víctima*. El derecho penal rara vez soluciona el conflicto de la víctima, ya que no puede reponer las cosas al estado anterior al evento.

Es un hecho que las necesidades que expresan las víctimas de la mayoría de los delitos que acaban en los tribunales, no tienen relación con la dureza del castigo que se impone al agresor, sino con el restablecimiento de todas las seguridades que estas personas han perdido por el delito. Las necesidades reales de las víctimas no suelen coincidir con las pretensiones procesales. Asimismo, cabe destacar que a pesar de este considerable aumento del rigorismo en las sanciones, la realidad muestra altas tasas de reincidencia y escasa contención de los delincuentes, incluso ante las penas más "cruelles".

Ello explica, la desilusión con el sistema judicial al crear una seria insatisfacción, después de haber puesto todas las esperanzas en el que se cree el único medio posible.

Frente a la imposibilidad de la justicia penal de solucionar el conflicto y a la gran cantidad de causas que abarrotan los escritorios, la justa y permanente demanda por parte de la sociedad de una mayor celeridad en los procesos, obligó a iniciar un camino en la búsqueda de llevar soluciones a aquellos casos que únicamente engrosaban las estadísticas, pero que concretamente jamás llegaban a una resolución satisfactoria para todos.

En el afán de devolver a la comunidad su protagonismo, procurando una efectiva protección y reparación a la víctima, asegurando el derecho a la integración social del delincuente, surge la llamada **Justicia Restaurativa**, y con ella se han desarrollado diversos mecanismos alternativos de solución hasta ahora para los conflictos de menor intensidad.

No se puede establecer con exactitud en donde se originó la justicia restaurativa, pero parte de la idea de que el delito es un daño que se hace a las personas, y que a través de esa Justicia se restablece la armonía social, ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas.

Fueron países, como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá donde se habían venido practicando ciertos modos de justicia restaurativa, los cuales, se han ido adaptando al devenir de los tiempos, dando lugar a ejemplos como los “tratados de paz y círculos de sentencia”, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos.

- (1974) La primera Corte que ordenó una sentencia de justicia restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario. Lo que dio paso al establecimiento del

primer programa de Justicia Restaurativa, en Kitchener, conocido como “Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores”.

- (1977-1978) En Elkhart, Indiana, el programa fue iniciado por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa, llamada “el centro para Justicia Comunitaria”. Programas similares están funcionando en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa, por supuesto con muy diferente variedad de formas para hacerlo.
- La “Asociación de Mediación víctima/ofensor” de los Estados Unidos se formó hace varios años para unir tales programas.
- En Canadá, la cadena: Interacción para la Resolución de conflictos trabaja de forma similar al FIRM (Foro para Iniciativas en Reparación y Mediación, en el Reino Unido).
- (1989) En Nueva Zelanda, se originó lo que se conoce como “Conferencia de Grupos Familiares”, en la comunidad indígena Maorí, también introdujo este modelo en su sistema de Justicia Juvenil.

Por su parte el abogado Penalista Criminalista Elías Neuman, nos relata que en el archipiélago de las Islas San Blas, cerca de Panamá los indios cunás siguen desarrollando hoy como ayer, su secular ritual de modelo que recae contra quien haya violado el tabú, cualquiera que sea el delito. El infractor es llamado y deberá comparecer ante el sacerdote y dos chamanes, uno de los cuales apelará a ritos matizados por la ingestión de hongos alucinógenos, en presencia de buena parte de la tribu. Se trata de alejar los manes negativos y de penetrar en la profundidad del espíritu del infractor. En su momento es llamado y, según ocurre casi siempre, confesará de viva voz la trasgresión que le involucra sin brindar detalles. La sentencia es similar en todos los casos. Deberá alejarse, emigrar a una isla lejana

por un tiempo indeterminado. Transcurrido el tiempo, cuando sienta en su interior que desea regresar, podrá hacerlo siempre que esté poseído de esa certeza, tras un ejercicio de introspección profundo que muestre que su visión ha cambiado y que advierte en plenitud el mal causado a la víctima y a la comunidad tribal y que, por ello, su culpa penal ha sido compurgada y no debe cumplir una parte inútil en el retiro impuesto. La libertad es dueña de las decisiones: habrá quien no desee volver y quien no se proponga realizar ejercicios de introspección, o sienta que no posee la imprescindible paz interior para intentarlo. Si decide volver lo comunicará. Entonces deberá comparecer nuevamente ante la comunidad y sus representantes, los chamanes, sacerdotes y también la o las víctimas. Será escuchado con toda atención y sometido a preguntas y, de inmediato, se decidirá si ya es tiempo de readmisión, si resulta reaceptado, se producen nuevos ritos que deberán cumplir los chamanes junto a los caciques para que los manes positivos de la tribu vuelvan a ella. *Los gruesos trazos de esta formulación de justicia penal aborigen que puede conocer en las islas, hace pocos años, y el recuerdo de las experiencias del antropólogo Bronislaw Malinowski con los orígenes de las islas Trobriand (Australia), “conducen a la interrogante de si en la historia de la humanidad se produjo un progreso o exactamente lo contrario cuando el Estado arrasa con los usos tradicionales de las organizaciones tribales y toma para sí, monopolizándola, la facultad de ejercer el derecho a castigar.”*¹

Por lo que he de advertir que la mediación, es un sistema que sirve para afrontar las diversas situaciones conflictivas que la vida en común conlleva, en este sentido se puede establecer que la misma no tiene edad. El mediador se asocia con aquella persona razonable, amante de la paz y la justicia, dialogante y empática, poseedora de un sentido común relacional, que la faculta para participar en conflictos ajenos sobre los que ejerce un influjo restructurante.

El uso de la mediación en China, se remonta a más de dos mil años de antigüedad; los antropólogos opinan que la mediación es un mecanismo mediante

¹NEUMAN, Elías. La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa, S/e, Editorial Porrúa, México, 2005. p. 2.

el cual otras culturas mantienen el orden, tratan disputas y conflictos; instrumento que ya existía independientemente de la evolución de la principal corriente actual.

“La primera institución de reconocido espíritu mediador de nuestros días, encuentra sus orígenes en la tradición occidental, el *Federal Mediation and Conciliation Service* (1913), nació con el ánimo de regular por las vías pacíficas los conflictos laborales entre patronos y obreros, evitando de paso, perjuicios a la empresa.

Sin embargo, está claro que las voces más decididas en pro de la mediación no se levantan hasta finales de los años sesenta, y principios de los setenta del siglo XX. La mediación prolifera sin cesar en el área de influencia anglosajona, los servicios de la mediación abundan en la mayoría de los ámbitos de realización humana: comunitario, laboral, familiar, escolar, penal e internacional, entre las ramas más desarrolladas. A partir de ahí, se expande al norte hacia Canadá y al Sur hacia Latinoamérica.”²

Luego se exporta a Europa en donde los programas comenzaron a difundirse a mediados de los años 80, donde tenemos que Francia fue su enorme propulsora. En el país venía realizándose la mediación social o barrial (para pequeños sucesos penales en las familias, en la vecindad, pequeños hurtos...) que se distinguía por su sentido conciliatorio y, a la vez, de resarcimiento. Paralelamente, con muy diversos programas, y admitiendo el principio de oportunidad como estandarte, en otros países, Bélgica, Austria, Alemania, los escandinavos y en algunos cantones de Suiza, se comienza a practicar la mediación penal, hoy muy difundida, con contactos directos o indirectos entre las partes del conflicto. Lo importante sigue siendo el resarcimiento a la víctima y, la política judicial que sobreviene, según el Estado de que se trate, una vez presentado el convenio de conciliación, la causa se archiva, es sobreseída o da lugar a una penalidad menor.

² SUÁRES,Marínés.**Mediación. Conducción de Disputascomunicación y técnicas**, edición tercera, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2002. p.46.

En España, en lo que a la legislación se refiere, la Justicia juvenil ha permanecido anclada hasta la publicación de la ley orgánica 4/92, de 5 de junio, en la ley de los Tribunales tutelares de menores de 1948 (reproducción casi íntegra de la ley de Tribunales para niños de 1918). La ley que encarna fielmente los principios y el correccionalismo, abandonados ya por las legislaciones europeas tras la segunda guerra mundial; reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados menores, proporciona el primer marco legal a las prácticas de mediación en el ámbito juvenil. Este somero recorrido geográfico fuera del territorio norteamericano revela, que la vanguardia de la mediación la constituye inicialmente el centro de formación e investigación, lo cual da inicio a que se creen los primeros servicios de mediación públicos y privados. Se observa pues, una clara diferencia entre los orígenes de la mediación, mientras que en Estados Unidos el motor de arranque son los movimientos ciudadanos, la mediación en Europa, surge en ámbitos académico-profesionales, trasladándose posteriormente al universo social gracias al apoyo de instituciones y entidades diversas.

El ímpetu con que diversos sectores se arrojan sobre la mediación induce a creer, ciertamente, en una mediación *Fast food* destinada a saciar rápida y económicamente todas las necesidades. La controversia esta servida.

Como se ha visto la mediación no es una nueva invención; de hecho, Deborah Kolb titula el capítulo inicial de su libro dedicado a los mediadores: "La segunda profesión más vieja del mundo", y señala que, desde el primer instante en que alguien mantuvo una disputa con su semejante, surgieron los mediadores para aconsejar el uso de la razón por encima de las armas.

La mediación ha sido desde sus inicios un movimiento polifacético, variado y pluralista. Según Bush y Folger (1996), cabría narrar la mediación y sus objetivos de cuatro formas diferentes: 1) Historia de la satisfacción; 2) Historia de la Justicia Social; 3) Historia de la opresión; y 4) Historia de la transformación.

La *historia de la satisfacción* subraya la urgencia de resolver las necesidades humanas, evitando también, los costos económicos, emocionales y de tiempo usualmente aparejados a los conflictos. Bajo esta óptica, los objetivos del proceso de mediación quedan claramente expresados por el binomio ganar-ganar.

La *historia de la justicia social*, por el contrario, fundamenta el uso de la mediación en la autodeterminación y la independencia de los ciudadanos con derecho a erigirse en protagonistas de sus propios conflictos, evitando la explotación y robusteciendo así mismo, a la comunidad.

La *historia de la opresión*, a su vez, informa de las posibles perversiones del proceso del mediador, a saber: desequilibrio de poder, privatización de los problemas, manipulación encubierta y explotación de los más débiles.

Finalmente, *la historia de la transformación* representa la promesa de evolución y crecimiento del individuo y de la sociedad en general, en base a la revalorización y reconocimiento de las personas.

Hoy, más que nunca debemos levantar las voces para advertir al mundo sobre las consecuencias del uso de la fuerza, que podría terminar con todo lo que el hombre ama y considera valioso. Frente al tradicional ofrecimiento de modos de comportamientos generalizados y tradicionales, junto con la idea de valores socialmente compartidos, esta institución atiende más a los valores individuales de las partes en conflicto y se proyecta con soluciones dinámicas hacia el futuro.

I.2. Aspectos Sociales

La sociedad desde mi particular punto de vista es un conjunto de personas que comparten un mismo territorio y están sujetas a un mismo régimen, pues a través de una forma de gobierno es como la sociedad logra subsistir, y de esta manera resolver sus diferencias.

Es así que empezaré señalando las distintas formas en las que el hombre se ha basado para subsistir o defender sus derechos básicos, por lo que ha creado distintos métodos o formas de resolver los conflictos, entre las cuales se encuentran los siguientes:

El recurso unilateral de la fuerza: Los clanes y Tribus utilizaban la ley del más fuerte y por la vía de los hechos resolvían los conflictos. (por ejemplo: las guerras, los asesinatos, mutilaciones, etc). Es por lo anterior que nace la invención de las primeras normativas que fueron creadas por las primeras civilizaciones, tales como el Código de Hamurabi, la Ley del Tali3n en la legislaci3n isl3mica, que aplicaban sanciones dr3sticas tales como la pena de muerte, mutilaciones, etc.

Desde mi perspectiva a partir de que se da el surgimiento y evoluci3n de los Estados, se crean diferentes formas de soluci3n de los conflictos sociales, pues en el Estado se deposit3 la facultad o poder, siendo de esta manera como a trav3s de un tercero con autoridad de imperio, se van a resolver los conflictos; un ejemplo claro lo encontramos cuando el Se3or, el Rey, el Monarca, o el C3sar, resolvían los problemas entre sus s3bditos.

Ya con la separaci3n de las funciones del Estado y el advenimiento de la Revoluci3n Francesa, se produce un hecho de capital importancia en t3rminos evolutivos para la concepci3n de la justicia, pues con la misma surge un ente distinto e independiente del que sustenta la administraci3n, dando paso a la divisi3n de los poderes: en ejecutivo, legislativo y judicial; ocup3ndose este 3ltimo de resolver los conflictos en base a leyes que son generadas por el poder legislativo (este principio es la base de una sociedad en democracia).

Actualmente la soluci3n a los conflictos legales, es encomendada principalmente al poder judicial; y a trav3s de los 3rganos jurisdiccionales se imparte la administraci3n de justicia.

Sin embargo, los órganos encargados de la administración de justicia, no han cumplido con los fines que demanda la sociedad, ya que día con día crece la inseguridad, incrementándose el índice delincencial, y con ello la corrupción, propiciando que las personas no confíen en un sistema de justicia justo y equitativo; aunado a ello el sistema de justicia en muchas ocasiones, contradice las máximas constitucionales, como es la libertad, entre otras; en ese sentido las mismas no son respetadas.

Al no ser respetados los principios constitucionales, como la presunción de inocencia, se pierde credibilidad en el funcionamiento del Estado, especialmente en la aplicación de las normas; lo que trae como consecuencia no solo procesos largos, sino además la privación de la libertad en los mismos, implicando ello el aumento de los factores negativos que impulsan un crecimiento deficiente del país. Un factor negativo en la sociedad lo es por ejemplo el criminógeno, éste se caracteriza por favorecer de cualquier forma la comisión de conductas antisociales -el fenómeno criminal-, así el alcoholismo, la promiscuidad o la pobreza constituyen ejemplos de factores criminógenos; en cambio, existe gran cantidad de excepciones en las que a pesar de haber miseria no hay criminalidad y encontramos criminalidad donde no hay miseria; por esto, lo apropiado al estudiar a un nivel general (criminalidad) es referirse a “factores criminógenos”.

Por otra parte existen cambios sociales, que repercuten de manera negativa o positiva en el mundo real; los que importan al derecho penal y al derecho procesal penal, son los aspectos negativos y especialmente los que no permiten la convivencia social; siendo estos, los que deben ser solucionados de una forma en la que se pueda permitir el avance y sobre todo el desarrollo social. Es por ello, que la sociedad necesita fortalecer su relación con el Estado a partir de la creación e imposición de normas que favorezcan la convivencia social, con lo que se obtendría una legitimidad efectiva.

Sin profundizar en la definición de “legitimidad” y desviarme del tema que nos atañe, me quedaré con el concepto del Filósofo y sociólogo Habermas, en el sentido de que la “legitimidad, es la creencia en la validez de un orden.”³

La crisis de legitimidad en el Sistema de Justicia Penal no es más que la falta de credibilidad en sus instituciones, lo cual hace más difícil tener la confianza para resolver los conflictos penales. El sistema de impartición de Justicia conserva la validez de un orden, con el que pretende hacer más equitativo la impartición de justicia, situación que en muchos casos no es loable, ya que siempre existen tanto movimientos sociales como culturales que se salen de control, pues el hecho de conservar la validez de un orden, no siempre se adecua a las necesidades sociales, por lo que al destruirse el orden trae como consecuencia el incumplimiento al respeto de las máximas constitucionales. Hoy en día existen diversas Organizaciones no Gubernamentales (ONG´s) con diversos objetivos, entre los que destaca: los ecologistas, los indígenas, los humanistas; que tratan de promover la defensa de los derechos humanos.

“Al culminar la parte aguda del horror bélico, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea de las Naciones Unidas proclamó la **Declaración Universal de los Derechos del Hombre**, como ideal común a ser alcanzado por todos los pueblos y todos los hombres. La Declaración importa un coto o límite a los derechos naturales.”⁴

Los derechos humanos se establecieron en el Derecho Internacional a partir de la segunda guerra mundial, y tras su conclusión se elaboraron numerosos documentos destinados a enumerarlos, propiciar su protección y declarar su importancia.

³HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimación**, edición tercera, Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1989. p.172.

⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal, Parte General**, edición segunda, Editorial Cárdenas, Buenos Aires, Argentina, 1985. p.25.

De ahí la necesidad de salvaguardarlos, por lo que el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Asamblea solicitó a los países miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera “distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios”.

El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”⁵

México es miembro de la Organización de las Naciones Unidas, así como también, de la convención Americana de los Derechos y Deberes del hombre; esta última aprobada en la novena conferencia, en Bogotá, Colombia, en el año 1948*; ante esta situación, es que México está comprometido a considerar los puntos y acuerdos que se discuten en ellas, pues ambas consideran como primicia fundamental del derecho penal que: **“todo hombre es inocente hasta que se demuestre lo contrario.”**

Por su parte la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece, en su artículo XXVI que: **"se presume que todo acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario."**

⁵*Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

**Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de la OEA (1948), Artículo XXVI.

El **principio de inocencia** o **presunción de inocencia**, es un principio jurídico que establece la inocencia de la persona como regla general. Solamente a través de un proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad de una persona, el Estado podrá aplicarle una pena o sanción.

La contracara de la presunción de inocencia, son las medidas precautorias o cautelares como la prisión preventiva. En el derecho penal moderno solamente se admiten medidas precautorias, cuando hay riesgo de fuga o peligro cierto de que la persona afecte la investigación del hecho de forma indebida. Ello propicia que la persona inculpada, se vea afectada en su esfera jurídica de derechos constitucionales, como lo es, principalmente el ser privado de la libertad, sin haber sido juzgado mediante previo juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

El principio de presunción de inocencia, como una figura procesal, es importante; empero, a nivel constitucional, es un tanto más, debido a que configura la libertad del sujeto (sin olvidarnos de los **derechos** fundamentales consagrados en toda constitución), que le permite ser libre, derecho que le es inherente a su naturaleza, y por lo tanto, no merece perder su libertad; como ocurre cuando una persona recibe algún tipo de sanción penal a consecuencia de una **conducta** adecuada a la tipificación penal, además de haber sido comprobada según el procedimiento vigente para el juicio. La calidad de "ser inocente" es una figura que sólo le interesa al derecho en su aplicación.

Tomando en cuenta que la aplicación del derecho sólo le atañe al Estado, es éste quien va a determinar si una persona sigue siendo inocente o no, ya que, sería una aberración decir que alguien es culpable sin que un juez lo determine, y la

previa aclaración surge por la necesidad de explicar que muchas veces la sociedad comete errores absurdos y denigrantes en contra de imputados, quienes son considerados como culpables, solamente por la opinión de la conciencia popular, la cual en la mayoría de los casos es sembrada por los medios de comunicación masivos, los cuales al verter comentarios acerca de asuntos jurídicos cometen el error de determinar que una persona es culpable, porque es el parecer que ellos tienen y según las conclusiones que ellos sacan, las cuales no tienen obviamente ningún valor jurídico, pero sí social; en ese entendido, deducimos que el imputado estará sujeto a una condena social sin haber sido juzgado y condenado jurídicamente, por lo tanto, la persona pese a mantener el status jurídico de inocente sufrirá de la condena popular.

A pesar de que México ha firmado y aceptado las Declaraciones de Derechos Humanos antes citadas, y que éstas han sido elevadas a rango constitucional en virtud del artículo 133 de Nuestra Carta Magna, aún sigue existiendo la prisión preventiva; ésta, técnicamente, es la privación de la libertad de una persona presuntamente responsable.

El artículo 16 de la Constitución Mexicana, según la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de Junio de dos mil ocho, establece que:

“...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señala como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y **que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...**”⁶

Por su parte el artículo 19 del ordenamiento invocado, dispone:

⁶www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/1.doc fecha de consulta 28 de diciembre de dos mil ocho.

“...Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto a vinculación a proceso en que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que **exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...**”⁷

De los artículos anteriormente citados, puedo advertir que para que se le prive a una persona de su libertad; en principio, solo es necesario que su responsabilidad respecto de un hecho sea probable, es decir no es necesario que se tenga la certeza de que esa persona cometió el hecho, en un segundo análisis es importante destacar que ambos numerales no respetan el principio de presunción de inocencia, pero además ambos numerales se contraponen con lo dispuesto en el artículo 14 constitucional en su parte que establece:

“...Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”⁸

Es importante señalar que aún y cuando los artículos 16 y 19 constitucionales, no respeten la garantía de libertad y de esta forma tampoco cumplen con el principio de presunción de inocencia; los tribunales, llegado el momento en que al probable responsable se le tenga que privar de su libertad, deben proveerlo **de todos los instrumentos y herramientas a efecto de garantizar una defensa adecuada.**

⁷ idem.

⁸ idem.

Las siguientes tesis emitidas por los Tribunales Colegiados, establecen que la orden de aprehensión, que implica una privación de la libertad, es sólo un acto de molestia:

“ORDEN DE APREHENSIÓN. NO ES REQUISITO DETERMINAR EL GRADO DE PARTICIPACIÓN DEL INculpADO EN SU LIBRAMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

Al hacer una interpretación conjunta, armónica y sistemática de lo preceptuado por el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, así como de los diversos numerales 104, párrafo primero, 116, 157, 166 y 169, párrafo cuarto, todos ellos del Código de Procedimientos Penales de la entidad, se llega a la conclusión de que para el libramiento de una orden de aprehensión no es requisito determinar el grado de participación del inculpado, pues no lo exige así el dispositivo constitucional ni lo impone como obligación la ley ordinaria al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y en la petición de orden de aprehensión, por lo que tampoco la autoridad judicial está constreñida a precisar ese grado de participación al emitir el [acto de molestia](#); consecuentemente, un proveído en el que se omita tal circunstancia no es violatorio de las garantías individuales.

(PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. III.1o.P.52 P. Amparo en revisión 62/2002. 25 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Cedillo Orozco. Secretario: Fernando Cortés Delgado. **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XVI, Agosto de 2002. Pág. 1338. **Tesis Aislada**).

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. DEBEN OBSERVARSE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO.

Este tribunal estableció la jurisprudencia número 439 publicada en la página doscientos cincuenta y seis del Tomo II, Materia Penal del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación editado en mil novecientos noventa y cinco, cuyo rubro y texto reza: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. PARA DICTARLO NO ES OBLIGATORIO OBSERVAR. LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO.-La obligación de observar las formalidades esenciales del procedimiento es requisito previo para dictar [actos](#) privativos de aquellos a los que se contrae el artículo 14 constitucional, entre los que no se encuentran comprendidos los autos de prisión preventiva, dado que los mismos constituyen [actos](#)

de [molestia](#) a los que se refiere el 19 del mismo ordenamiento." Ahora bien, en contra de lo sostenido en dicha tesis, tratándose de un auto de formal prisión si es necesario satisfacer las formalidades esenciales del procedimiento en términos del artículo 160 de la Ley de Amparo en relación con el artículo 20 constitucional, como es el que deba ser escuchado el inculcado en preparatoria; estar asistido por defensor y aportar pruebas durante el término constitucional en el que se resolverá su situación jurídica, lo que constituye verdaderas formalidades esenciales que deben ser observadas, como aconteció en este caso. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 194 de la Ley de Amparo, se decide de manera unánime interrumpir la obligatoriedad de dicha tesis.

(TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO. VII.P.99 P. Amparo en revisión 497/98.-Francisco Vázquez Cantón.-4 de febrero de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Gilberto González Bozziere.-Secretario: Nicolás Leal Salazar. **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo IX, Abril de 1999. Pág. 496. **Tesis Aislada**).

AUTO DE FORMAL PRISION. ESTUDIO PREFERENTE DE LOS ELEMENTOS DE FORMA.

Es preferente estudiar y analizar si un [acto de molestia](#) de autoridad, que sea reclamado en amparo, contiene o no la debida motivación que exige el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que en el caso de los autos de formal prisión, si se aprecia que no están debidamente motivados, lo que es un requisito de forma, se debe conceder el amparo que se solicite, por dicha falta de motivación, sin ser menester que se analice si se satisfacen los requisitos de fondo, ya que dicho análisis, en su caso, será objeto de diversa resolución que se dicte debidamente fundada y motivada.

(PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. II.1o.P.A.14 P. Amparo en revisión 140/95. Juan Manuel Lucía Ibarra. 22 de junio de 1995. Mayoría de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Disidente: Víctor Ceja Villaseñor. Secretario: Marco Antonio Téllez Reyes. **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo III, Abril de 1996. Pág. 345. **Tesis Aislada**).

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCION.

El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los **actos** privativos respecto de los **actos de molestia**, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los **actos de molestia** que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los **actos** privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un **acto** de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un **acto de molestia** y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el **acto** se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el **acto** de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.

(Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo IV, Julio de 1996. Pág. 5. Tesis de Jurisprudencia).⁹

⁹ www.legislacionmexicana.com. Jurisconsulta, S.C.J.N., mayo dos mil ocho.

Por lo tanto, aún y cuando las tesis anteriormente citadas sustenten el criterio relativo a que la privación de la libertad solo es un mero acto de molestia, advertimos que ello no es así, sino va más allá, en primer lugar nos damos cuenta que se atenta de manera inmediata con la tranquilidad de la persona que la padece, por otra parte en prisión preventiva es el lugar donde se cometen más abusos, pues el hecho de estar en la cárcel implica adaptarte a un nuevo sistema en donde la sobrevivencia es más limitada; es así de esta manera que la credibilidad a la que el filósofo y sociólogo Habermas hace mención, se encuentra desfasada.

Es importante por ello hacer una reflexión sobre qué personas pueden ser realmente acreedoras a la cárcel, pues existen casos en los que estando fuera de ésta, resultarían más útiles no solo para la víctima u ofendido, sino además para el país. De no ser esto así, se estaría contribuyendo únicamente a la pérdida de la credibilidad de las personas en el sistema de impartición de justicia, lo que trae como consecuencia que se pierda la confianza en un sistema penal justo, pues en principio, el discurso que pretende razonar las posturas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es meramente jurídico, es un lenguaje impráctico para hacer comprender a la población, más ésta no es jurista, lo que deriva en la falta de conocimiento.

En los antiguos regímenes político-sociales de la humanidad, hasta antes de los distintos fueros españoles, y de la primera Carta Magna Inglesa, la mayoría de la doctrina constitucional afirma que formalmente no existían los derechos del gobernado, consagrados como garantías. Es en el Pacto Político-Civil acordado en las cortes del reino de León del año de 1188, en el que se contienen diversas disposiciones en distintas materias, como civil, penal, político y administrativo, y entre ellas concernientes a la inviolabilidad del domicilio por el rey, artículo 6; y la garantía de audiencia, artículo 13, nos recuerda un importante texto del año 683, en el VIII Concilio de Toledo, *que en su canon 2 preceptúa que “nadie puede ser*

privado de sus honores, detenido, atormentado o condenado por ninguna institución del Estado sin tener pruebas evidentes.”

Por lo tanto, se insiste en que la falta de credibilidad en las instituciones que imparten Justicia, genera una crisis de legitimidad, ello en virtud de que no se administra justicia, pues sólo se intenta validar un orden; ya que en ocasiones se decreta la libertad a una persona, a la cual la sociedad esperaba ver en prisión; el ejemplo podría ser que no se tengan pruebas suficientes para poder proceder en su contra, circunstancia que en ocasiones no es comprendida por la sociedad; pues no obstante de que el inculpado cometió el delito, ello es una situación que corresponde investigar al Ministerio Público, y a su vez acreditar tanto el cuerpo del delito y la probable responsabilidad; pero al ser un órgano técnico, en ocasiones lo hace de manera deficiente y ante ello el Juez está imposibilitado de actuar.

Por otra parte, también acontece que en ocasiones, el denunciante tiene un interés, sin que exista un mecanismo procesal para que éste solicite la imposición de una pena; es titular de un “interés simple”, o sea, un interés material que carece de tutela jurídica, pues ello implica que no tiene un derecho subjetivo que pueda ser protegido por las autoridades y los demás particulares.

Otro ejemplo claro en el derecho procesal penal lo tenemos cuando, el ofendido persigue como finalidad que su agresor se encuentre privado de su libertad, esto es cárcel, sin que de constancias de autos y diligencias se acredite que le asiste un derecho.

Una de las principales consecuencias derivadas de lo expuesto, es el crecimiento de la población en los centros penitenciarios en México; situación que se refleja en diversos contextos, como lo es el gasto que eroga el Estado en la manutención de los mismos, el crecimiento en el número de procesos, lo que representa que las personas que están sujetas a un proceso penal se preocupen más por obtener su

libertad de manera inmediata, que llegar a la verdad del hecho por el cual fueron acusados; todo ello trae como consecuencia que se formalice un sistema penal deficiente.

Las garantías de una persona son principios que no se pueden dejar al arbitrio de un investigador -Ministerio Público-, o de un órgano jurisdiccional, tales principios están creados para brindar seguridad a las personas, y al no ser tomados en cuenta, traen como consecuencia un resentimiento tanto de los procesados, como de la familia que sufre por la separación, para el caso de que se le prive de su libertad, y para el caso de la víctima, al estar esperando que se le repare el daño causado; en tanto que el inculcado al salir absuelto, nadie le podría reponer el tiempo que haya estado recluido.

Actualmente no existe una retribución de manera inmediata para el ofendido, y en consecuencia, no se cumple el objeto accesorio del derecho penal, que es la reparación del daño; de ahí que es necesario e indispensable sujetarse a nuevas formas de solución de los conflictos penales, es así que en ese sentido tenemos la aparición de una primera solución de carácter civil a un conflicto penal, y es la establecida en el artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece la reparación del daño ante la afectación provocada por un acto ilícito, pues en este tenor de ideas sería imposible reponer el tiempo perdido.

Por lo que se concluye que el proceso penal actualmente no garantiza justicia, y muy difícilmente garantiza legalidad. He ahí el rencor al sistema de justicia penal, proveniente de su falta de tacto, de su egolatrismo estadístico; como si el número de internos en los reclusorios sea inversamente proporcional al número de delitos en la sociedad; por lo tanto, el proceso penal daña y marca al individuo, lo corrompe y lo deja estigmatizado, y es precisamente en la cárcel, la figura característica del sistema de justicia penal, donde se genera la mayor parte de estos problemas, la mayoría de los reclusos se vuelven adictos.

“Esto no es nuevo el escritor José Joaquín Fernández De Lizardi, en la primera novela del México independiente “el Periquillo Sarniento” describe estas aseveraciones, que a más de cien años de distancia siguen siendo verdad, aunque siga siendo novela; la cárcel no rehabilita, corrompe, es la Universidad del crimen, de ahí la necesidad de encontrar nuevas formas de corregir las conductas denominadas como “delitos”, con el fin de que la sanción no perjudique directamente al individuo ni dañe a un más a la sociedad. Se busca un medio que no se caracterice por “aplstar” al delincuente, sino que logre sacar de este el remedio para el daño realizado y no que, después de haber cometido un delito, sea una carga económica para el Estado y una carga moral para su familia y amistades.”¹⁰

Ya que desde el punto de vista físico la pena que se le impone al infractor importa un cambio absoluto de escenario. En la moderna construcción de los Estados, se sitúa en los dos últimos decenios del siglo XVIII, el momento político y social en que desde el poder, “se expropia el conflicto penal de sus cabales protagonistas y se crean leyes penales para sancionar y de procedimiento para juzgar.”¹¹

Las concepciones filosóficas del contrato social y del propio Estado de Derecho, poseen una simbología intrínseca que desnuda realidades en la medida en que sirven para regular la convivencia entre los que mandan y los que deben obedecer, por lo que al perder parte de su libertad, pierden autonomía también para regularse así mismos, ya que el Estado se apropia de su regulación para lo cual crea códigos, leyes, reglamentos, tratados, etc.

I.3. Aspectos Económicos

En los albores de la humanidad, la vida gregaria tenía su desarrollo sustentado en la ley del más fuerte, por ende el que era más diestro para pelear, o poseía más

¹⁰FERNÁNDEZ DE LIZARDI, José Joaquín. El periquillo Sarniento, edición 21ª, Editorial Porrúa S.A., México, 1996.p.211.

¹¹ NEUMAN, Elías. Op. Cit.p. 3.

armas era el que tenía más satisfactores. No obstante ello, existían dos o más miembros que percibían en todo o en parte intereses divergentes, no existiendo controversia alguna, estableciendo que no todo conflicto conducía a conductas agresivas. Para que haya una agresión, ya sea verbal o física, la situación conflictiva tiene lugar dentro de un sistema **proveedor de escasos recursos**. La teoría realista de conflictos basa la necesidad de autodefensa en la **ESCASEZ inevitable de los recursos disponibles**, que determinaría la competencia entre sus integrantes para su obtención, a diferencia de un sistema de abundancia que permitiría encauzar los conflictos con mayor facilidad hacia la cooperación, lo que trae como consecuencia la diversidad en la solución de los conflictos.

Otra corriente importante es la relativa a la sociología del conflicto, que define a éste como una situación en la que coexisten entre seres humanos, unos fines o unos valores inconciliables o exclusivos unos de otros. Cada uno de los dos fines puede tener valor por sí, pero es imposible exponerlos simultáneamente. Si se opta por uno se excluye al otro, lo cual económicamente, implica cierto coste. Cuando un grupo logra hacer triunfar sus valores, es a expensas de los de otro grupo, unos valores se adquieren al precio de otros. Las teorías del conflicto basadas en la noción de coste, sobreentienden la existencia de valores o de fines incompatibles.

El Abogado Criminalista Penalista Elías Neuman nos dice que:

“...para entender acabadamente el coste social del delito, cabría efectuar un estudio, como lo ha hecho Quiroz Cuarón en México*, que abarque todo el itinerario y los consecuentes gastos que abarca la intervención policial, judicial, carcelaria y pos carcelaria partiendo del momento en que se comete y, especialmente, desde la aprehensión del o los autores. Al

margen del delito en sí, ¿cuánto cuesta un delincuente? La respuesta es abrumadora...”¹²

Solo pensar en el coste económico que implica impartir justicia en delitos de bagatela, que son de mínima ofensa social, resultarían sorprendentes las cifras, para reingresar en la estupefacción, pues resulta absurdo, pero además, antieconómico, que decenas de miles de juicios penales por delitos de este tipo se continúen hasta límites increíbles, incluso llegar a intervenir la Suprema Corte, con el consiguiente dispendio de gastos y de tiempo. Tiempo que se sustrae al juzgamiento de delitos de mucha mayor importancia, como los que implican un gran impacto social en virtud del bien jurídico tutelado, como son la vida, la libertad, la salud, la seguridad pública, entre otros.

El coste social del delito, involucra gastos de todos los controles formales del aparato punitivo del Estado, tecnología, logística, medios, servicios, hombres, gastos que nos dan cifras para el asombro o el pánico, según se vea. Un simple delito de pequeña monta mueve a la policía, a la justicia, a la administración carcelaria en un gasto que no posee sentido ulterior, aunque cabe reparar, que mucha, mucha gente, labora por la bagatela criminal. Es que en realidad hay mucha cantidad de personas que viven del delito, aunque dicen luchar en su contra (lo que no deja de ser un modo de lucha por él...).

Los tribunales gastan fuertes sumas de dinero a fin de administrar justicia, pues dar continuidad al ejercicio de la acción penal implica llevar a cabo una serie de pasos procesales, con los que se pretende dejar incólume el antiguo ejercicio de la venganza social, mediante el ejercicio de la acción pública, cuando con la aplicación de modelos consensuales como el tema que nos atañe, que es la mediación penal, se evitará tanto gasto. En España o en Francia cuando la mediación se efectúa en reemplazo del juicio o con carácter previo, o aún dentro

*Alfonso Quiroz Cuarón, el recordado criminólogo mexicano fue uno de los primeros en ocuparse de este tema. Escribió junto a su hermano Raúl, ***El costo social del delito en México***, Ed. Botas, México, 1970

¹² ibidem. p.28.

de este por el propio juez, se indica que se reducen considerablemente los costos económicos.

El crecimiento demográfico genera aún más y más gastos por la necesidad de mayor cantidad de edificios y personal, sin contar los medios informáticos tan necesarios como difíciles en los Estados periféricos.

La enorme mayoría de magistrados y funcionarios de la Justicia Penal, no cuestiona ni el sistema, ni los paradigmas de la política criminal, ni las causas sin relevancia social en que les toca intervenir. El Doctor Raúl Eugenio Zaffaroni explica que:

“...la legitimidad general del sistema penal no es problema de su incumbencia, que está reducida únicamente a la resolución de los casos concretos de acuerdo a las pautas legales que rigen el conflicto en particular...”¹³

Por otro lado, no se puede negar que las fronteras físicas entre Estados Naciones han quedado atrás, el mundo vive una etapa en la que sólo con la tecnología puede sobrevivir, pues en este sentido, la globalización es un fenómeno que va fusionando las ideas culturales y económicas de los Estados, de tal forma que existe una tendencia de coordinación política entre los Estados que firman tratados regionales.

México vive este fenómeno de regionalización económica con el Tratado de Libre Comercio con Canadá y Estados de Norteamérica; Shering y Bayley relacionan este fenómeno global con su repercusión interna, a la cual llaman multilateralización del gobierno; que no es más que una administración

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En la búsqueda de las penas perdidas, edición segunda, Editorial Temis, Bogotá, 1990. p.63.

gubernamental que ofrece bienes y servicios de agentes estatales como de agentes privados y/o civiles.

El fenómeno privatizador mundial explica lo dicho, los países con historia socialista como México, que cuentan (o mejor dicho contaban) con gran número de empresas estatales, se ven en la necesidad de venderlas o declararlas en quiebra, o bien, reducir su participación en las mismas, en aras de ser apoyados por socios. La idea de que los negocios del gobierno deben ser monopolizados por particulares se viene abajo.

“El Estado Mexicano deja de proveer cada día bienes y servicios a la población, y lo deja en manos de particulares; no es un fenómeno específico de algún país, sino mundial. La reducción de la participación estatal en las empresas no es algo nuevo; en 1982 el número de empresas públicas en México era de 1155, la mayoría de ellas improductivas; a finales de 1988, el 85% de las empresas se habían declarado en quiebra, cerrando o vendiendo. México empezaba a aumentar el número de socios del Estado.”¹⁴

Los socios del Estado, se dividen en dos grupos; la sociedad civil y el sector privado. La Sociedad Civil es una variedad de instituciones que incluyen a los organismos no gubernamentales, la comunidad basada en organizaciones, los académicos, los institutos de investigación y grupos religiosos. El sector privado incluye a los pequeños, medianos y grandes comerciantes, empresas y consorcios, sociedad de inversión y cámaras de comercio.

Dentro de este marco apreciamos que el Estado va dejando en manos de los particulares uno de los puntos de poder, que es el económico. El sector privado debe proveer los fundamentos para el crecimiento económico y el desarrollo; es decir, toda vez que el capital es propiedad de este sector, queramos o no, es quien dará los lineamientos para el crecimiento y desarrollo económico.

¹⁴SCHERER GARCÍA, Julio. Los presidentes. 1ª edición, Editorial Grijalbo S. A de C. V., México 1986. p. 171.

La relación que este apartado tiene con el tema del presente trabajo, es muy simple; “los propietarios del capital están en una situación históricamente única; además de caracterizarse por ser personas que no están estáticas, como acontecía con el antiguo señor feudal que se quedaba en su castillo, o el dueño que vive en su fábrica; los actuales propietarios son libres de moverse con su capital.”¹⁵

En consecuencia, es de vital importancia crear mayor seguridad a los empresarios; por lo que, es fundamental apoyarse en el sistema alternativo de solución de conflictos en materia penal ya existente, ya que ello implica elevar la seguridad nacional, y minimizar los tiempos, y con ello los costos que el país destina a los procesos penales, pues de esta manera se intenta reducir los tiempos que invierten las personas víctimas del delito, ya que los empresarios no están excluidos de colocarse en esta posición por algún delito.

Por consiguiente, podemos afirmar que el Estado actualmente administra una impartición de justicia que no está acorde con la realidad, pues ésta última esta sujeta a cambios que se generan día con día. Actualmente el Estado no tiene suficientes medios económicos, ya que éstos están formando parte de un grupo reducido de la sociedad. El Criminólogo Nils Christie, habla de un Estado debidamente debilitado, cuando el poder económico ya no le pertenece, se encuentra en manos de agentes externos y para contar con éste tiene que acceder a los intereses del sector privado; si el Estado facilita el apoyo a los derechos de los trabajadores y aumenta los impuestos a la inversión, provoca un menor poder económico de los inversionistas, estos “sencillamente pueden trasladarse de un Estado poco amigable, a otro que sea más amigable.”¹⁶

Pues bien, si entendemos que el Estado tiene entre sus formas de control, la política, el factor económico y el sistema penal; pero el económico ya se encuentra

¹⁵NILS,Christie.**Una sensata cantidad de delito**, 1ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.p. 28.

¹⁶ idem.

fuera del control estatal, o está próximo a perderlo en absoluto, y este sector domina las políticas, queda claro que la única forma en la que el Estado gobierna, es a través de la solución de conflictos, empleando el sistema de justicia penal mediante el cual ejerce su imperio sobre los gobernados, pues ya no existe ninguna otra forma. Una nueva teoría sobre la solución a los medios de control y especialmente a la solución de los delitos, es: la mediación, por lo que se iniciaría una nueva pugna de intereses entre el Estado y el sector privado. Este último sector ha optado por crear Tribunales de arbitraje que resuelven sus problemas sin intervención o jurisdicción alguna del Estado al que geográficamente pertenecen. Por lo anterior, el factor económico es vital para la aparición y consolidación de la mediación.

En tales circunstancias lo que se pretende establecer en este apartado, no es el entendimiento a una privatización de la justicia penal, sino a una forma menos costosa para el Estado de resolver los conflictos penales, situación que se pretende sea más viable, pues el privatizar la impartición de justicia implica cerrar la posibilidad de la facultad que tiene el Estado para hacer cumplir sus determinaciones. Actualmente emitir una resolución judicial en la Ciudad de México cuesta casi tres veces más que en Chile, donde han optado por otros medios de solución de conflictos penales, como lo son los juicios orales y los procesos de mediación.

Un estudio del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal reveló que en el 2002, el costo promedio de un dictamen emitido por jueces y magistrados tuvo un costo de 13 mil 863 pesos. En Santiago de Chile la cantidad que se gasta es de 4 mil 776 pesos por cada resolución judicial, según la página de Internet del poder Judicial del país andino. El promedio que dura un juicio penal es de 6 seis meses; como mínimo, pues una vez que consigna la averiguación previa, se dicta un auto de formal prisión, empieza el periodo de Instrucción (deshogo de pruebas) y se emite sentencia.

En su compendio estadístico 2006, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, destaca que en el año 2006 se dieron 209 mil 984 resoluciones judiciales, que trabajaron con un presupuesto de 2 mil 564 millones 954 mil 560 pesos. El costo promedio por asunto resuelto en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal experimentó una leve disminución respecto al año anterior. La razón de esta disminución obedece a la productividad de los órganos judiciales del Tribunal, pues a pesar de que el presupuesto aprobado creció un 4%, el número de resoluciones aumentó un 4.2%, señala el informe. Para el 2005, el Tribunal tuvo un presupuesto de 2 mil 466 millones 368 mil 528 pesos y contabilizó 201 mil 616 resoluciones, es decir cada dictamen judicial tuvo un costo promedio de 12 mil 233 pesos. La razón del descenso en el costo se debe a que el crecimiento porcentual del presupuesto fue del 5.5%, mientras que la productividad de distintos órganos jurisdiccionales ha tenido un crecimiento anual del 14.3%, agrega el compendio.

La evolución de la Justicia Chilena se logró a través de los juicios orales y los procesos de mediación como una opción ante los procesados, alternativas que apenas inician dentro del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Según el informe, en el año 2006 se iniciaron mil 216 expedientes en el área familiar y 19 en materia civil. La mediación penal acaba de dar comienzo.

En contraparte, hubo 56 mil 309 juicios civiles; 53 mil familiares, y 15 mil 849 penales.

Una de las ideas principales que se ha tenido respecto a la privación de la libertad que sufre una persona en una cárcel, es en el sentido de perseguir como única finalidad lograr su readaptación social, en este contexto tenemos que surgieron varias ideas, tanto positivas como negativas: al respecto, el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni expresa que “la privatización y la empresa privada en la cárcel son utopías que no van a funcionar.”¹⁷

¹⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas- Disyuntivas, 1ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1982. p. 105.

Con esto se logra hacer gran énfasis a que la cárcel no es la finalidad del derecho penal, pues aún y cuando, dentro de ella se pretendan establecer gran cantidad de actividades para lograr la inserción de una persona a la sociedad, esto no es factible, ya que la naturaleza del ser humano es vivir en sociedad y no de manera aislada.

I.4. Aspectos Políticos

El factor económico es el rector de la vida estatal, tiende a modificar la política para que ésta se adecue a las necesidades del sector privado: la política se encuentra fuera del control o del interés estatal. Tal aseveración es una manifestación de conformidad con la realidad actual, por lo tanto simplemente se plasma tal y como actualmente se está desarrollando. La economía se encuentra afuera de la política: quedan muy pocos campos para el lucimiento a nivel nacional para los políticos como figura política y para la política del partido, los políticos recurren al delito exponiendo como tema principal: la seguridad.

El delito se convierte en el principal escenario para lo que queda de la política, el Criminólogo Nils Christie demuestra su idea de que el Estado está debilitado y encuentra en la lucha contra el delito, contra el crimen, su fuente de legitimidad; idea que se basa en la comercialización que se ha elaborado en torno a establecer aún más la intervención del derecho penal, pues la idea resulta lógica, al estar perdiendo territorio en el ámbito económico; el Estado debe pugnar por una comercialización del derecho penal de manera adecuada.

Por otra parte el delito y la pena pueden ser utilizados “como un hecho político, como un hecho de poder que está presente y no se puede borrar”, siguiendo en la misma línea del Doctor Zaffaroni, podemos entender que el número de presos es utilizado por el Estado para legitimar su actuar; si el Estado a través de sus instituciones decide reprimir cierta conducta, no es porque la sociedad así lo demande, sino porque existen factores reales de poder que exigen que una

conducta en específico que se requiere, sea sancionada. Un ejemplo de lo anteriormente señalado lo tenemos al observar, que si se reprime el tráfico de drogas no es por el daño que éstas causan, es verdad universal que la organización mundial de la Salud determina que el número de muertes al año por enfisema pulmonar o daño renal por el consumo desmedido de tabaco y alcohol es mayor que el provocado por el consumo de drogas “prohibidas”; con este ejemplo se pretende hacer ver la realidad de las cosas, así se demuestra que la existencia de algunos delitos responde a intereses ajenos.

El Estado mexicano actualmente cumple la función de regular las conductas que son originadas como consecuencia del desenvolvimiento social, es decir, partiendo de la escasez de los recursos, el Estado ve la preocupación por mejorar esta situación; empero, es importante partir de una realidad absoluta y no relativa, ello con el fin de establecer las posturas idóneas para alcanzar los fines propuestos, pues en el ámbito jurídico nos encontramos ante una crisis evidente, ello lo podemos observar cuando miles de personas son víctimas tanto del delito, como de las consecuencias que este acarrea. Así tenemos que el factor político entra en juego cuando la institución encargada de la criminalización se pregunta ¿cuántos presos deseamos tener?, ¿qué cifras nos dará la institución correspondiente acerca del número de personas sometidas al Sistema de Justicia Penal?; preguntas que resultan relevantes, pues debemos partir de la idea que el derecho penal no es una ciencia exacta, tales interrogantes resultan sarcásticas, pues la idea es crear un sistema de justicia penal, que genere seguridad en las personas; de otra forma el responder de manera positiva las cuestionantes propuestas, sería como hacer que la población crea que hay un delincuente menos en las calles. Lo que no da como resultado que la inseguridad disminuya.

Para el Doctor Raúl Eugenio Zaffaroni, la decisión política opera en virtud de que en cada país existe de un 4.5 a un 8% de la población penal más o menos deteriorados psicológicamente, siendo que el 95% de la población se encuentra formado por pequeños ladrones, narcotraficantes, vendedores de esquina, ya que

los jefes de los grandes cárteles de la droga sólo caen prisioneros cuando se les enfrenta un capo mas fuerte e influyente, como consecuencia de ello nos damos cuenta que las prisiones se encuentran llenas de personas que no pertenecen al sistema criminal de manera directa, sino que pertenecen de manera indirecta; con lo que se concluye que son generalmente instrumentos del crimen organizado o de la pobreza generalizada.

El Estado mexicano actualmente ve la preocupación de mejorar la perspectiva democrática, pues de manera relevante se ha preocupado por implementar sistemas más transparentes de elección; sin embargo, ha dejado de preocuparse que una vez dada la elección, los gobernantes implementen sistemas eficaces de impartición de Justicia.

En el ámbito constitucional tenemos que resaltar que a pesar de que existe el artículo 17 de la Carta Magna, el cual en su párrafo primero, expresa de manera literal “...Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho...”, tal disposición no manifiesta impedimento alguno en que las partes puedan solucionar sus diferencias a través de un arreglo de forma consensual y pacífica, sino que la misma tiene como finalidad salvaguardar los derechos de las personas mediante un equilibrio en circunstancias iguales; así también persigue como finalidad el mantener una paz y tranquilidad en las personas, por lo que es importante señalar que el hecho de que dos personas al solucionar sus problemas se pongan de acuerdo, ello no da pauta a pensar que una de ellas este haciéndose justicia por sí misma, pues esto implica anteponer los intereses propios a los de otra persona, lo que no ocurre en una solución consensual y pacífica.

De esta manera, proponemos en el presente trabajo el sometimiento de las partes en conflicto al procedimiento ya instaurado en la administración de justicia, y que

es la mediación penal para la solución de conflictos originados por la comisión de un ilícito penal, dentro del marco de la justicia restaurativa.

Los órganos jurisdiccionales, el abuso de los recursos que la ley otorga para los procesos judiciales, la dilación de los juicios, el alto costo que implica el litigio, el desconocimiento del Derecho y de los procedimientos jurisdiccionales, así como la insatisfacción social frente a la resolución judicial, la ineficacia de la vía conciliatoria, la falta de profesionalismo en el patrocinio de los negocios jurídicos, la carencia de una actitud institucional democrática que permita la participación de la ciudadanía en la resolución de sus conflictos, entre otros, son factores que conducen a incorporar en el proceso de reforma judicial, medidas transformadoras para superar la problemática descrita.

I.5. Aspectos Culturales

La utilización de métodos de resolución alternativos y pacíficos de conflictos en diversas culturas, ha originado la aplicación de técnicas basadas en el diálogo y la colaboración, que para nuestra cultura occidental pareciera de reciente data, ha sido conocida por las culturas orientales desde hace miles de años. En la época de Confucio en la China, se propiciaba una filosofía fundada en el entendimiento entre las personas, permitiendo por ejemplo que la Revolución Cultural liderada por Mao tse Tung, en 1949, haya institucionalizado a través de los Comités Populares de Conciliación, que grupos de vecinos se organizaran voluntariamente para buscar fórmulas de entendimiento en caso de conflictos entre los habitantes del sector.

Así mismo en Japón, es una práctica muy común el que los vecinos recurran al líder de la población para que los ayude a resolver los conflictos. En el continente Africano por su parte, hay pueblos que acostumbran a reunir una asamblea o junta de vecinos para resolver sus desavenencias. Cualquier vecino convoca a una asamblea donde una autoridad le ayudará a manejar su conflicto de una manera

cooperativa. En el mundo religioso los Sacerdotes, Rabinos, Ministros o Pastores han desempeñado durante siglos un destacado papel en la resolución de conflictos entre los miembros de sus respectivas comunidades cristianas.

En nuestra cultura, sin ir más lejos, específicamente en la etnia Mapuche, y de acuerdo a las pautas de organización interna, el Lonko, como figura de autoridad, era el encargado de resolver los conflictos al interior de la comunidad.

Dentro de los citados métodos, la mediación es la vía pacífica de solución de conflictos que, en términos humanos, de tiempo, recursos y costos, ha mostrado ser más eficiente que cualquier otro, porque además de privilegiar la libre decisión de las partes, la cooperación y el compromiso mutuo, facilita la pacífica continuidad de las relaciones, reduciendo así la posibilidad de futuros litigios, independientemente de que, en la medida que se difunda, al ponderarse la responsabilidad de los involucrados en el arreglo de su conflicto ante la sociedad, ésta se proyecta como un medio capaz de generar una cultura pacificadora, que recupera la posibilidad de una armónica convivencia entre los individuos.

La costumbre nos hace ver que cuando un sujeto "X" realiza una conducta considerada como delito, lo que generalmente la sociedad pide como castigo es una pena de prisión, esto es cárcel, de esta manera se solicita a las autoridades someter al delincuente al sistema de justicia penal, con todas las consecuencias que ello acarrea, pues se tiene la idea, que la cárcel es el castigo más idóneo, resaltando el hecho de que la víctima en ocasiones tiene desconocimiento sobre la reparación del bien afectado, el simple acontecimiento de que su agresor este en la cárcel, muchas veces es suficiente. La idea anteriormente planteada ha surgido debido a los embates que la inseguridad origina, consecuencia de ello, es el hecho de pensar solamente en la cárcel como castigo.

La víctima sabe que cuenta con el aparato estatal cuando alguien afecta sus derechos, especialmente cuando se comete un delito en su contra y pide su

actuar, aunque éste no siempre sea para remediarlo. La víctima suele recurrir al sistema de justicia penal por dos objetivos básicos; el primero de ellos es por el ánimo de venganza, en tanto que el otro porque no es capaz de entender que la restauración es primordial y el hecho de que su agresor este en la cárcel en ocasiones impide que esto ocurra. Por otra parte, es evidente que la misma sociedad considera que el denunciar hechos ilícitos, trae como consecuencia combatirlos, y de esta manera también combatir la delincuencia, situación que es natural, aunado a que el Estado ha divulgado esa idea. La primera impresión se enfoca al pensamiento del delincuente. En esta primera manifestación se presume que el aumento en el número de personas reclusas, es una característica que no favorece en nada la disminución de los índices de inseguridad. Otra circunstancia es el hecho de que el aumento de la punibilidad en los delitos, como violación, robo con violencia, secuestro, entre otros, tampoco reduce el número de conductas delictivas, Ya que las personas que cometen delitos no piensan en el número de años que pueden estar en prisión por cometerlo, al no pensar en que; *“si cometo el delito X, tendré diez años de prisión, mejor cometo el delito Y que me aplican solo 4.”*¹⁸

Lo que propicia que el sujeto delinca o no, va más allá de la prisión, pues lo realiza confiado en no ser aprehendido y sometido al Sistema de Justicia Penal, tal actuar incide en factores morales y económicos; por lo que se concluye que aún y cuando se incrementen las penas, los delitos no disminuyen.

Un actual ejemplo que era considerado un ilícito y sin ningún problema ha sido resuelto por los particulares ocurre, cuando la mayoría de los conductores de automóviles generan un siniestro, y una vez que los seguros concurren para este tipo de eventos, ha hecho que la autoridad estatal sea ajena, que bien podrían ser parte de la función de seguridad del Estado; sin embargo, los particulares toman

¹⁸DÍAZ ARANDA, Enrique. Derecho Penal. Parte General (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), 1ª. edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2003. p.26.

para sí la solución, y cuando se acerca un agente de tránsito, se le explica que el asunto está arreglado, que el seguro pagará los daños, como consecuencia pronto volverán a transitar.

La existencia del sistema de justicia penal, con todo su aparato punitivo, debe ser considerada la última herramienta jurídica en la solución de un conflicto, ello en virtud de que el sistema de Justicia Penal es preponderantemente lesivo para el infractor de una norma penal. La existencia del sistema de justicia penal es un problema, quizá no visto en México, donde los mexicanos simulan o inventan delitos. En el Distrito Federal, 7 de cada 10 averiguaciones previas se siguen por “pleitos de comadres”, problemas menores, cuya solución puede ser a través de acuerdos vecinales. Esto provoca una sobrecarga para el ministerio público, y desvía su atención de delitos de trascendencia.

Estos casos se presentan porque la gente no se tolera y quiere que el sistema de Justicia Penal actúe sobre “el enemigo”; cosa que no debe ser.

Por otra parte cabe mencionar que tradicionalmente, el acceso a la justicia se ha entendido como acceso a la jurisdicción, que se materializa en el derecho de las personas a ser parte de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional hasta obtener una decisión judicial; sin embargo, esa concepción ha venido experimentando una seria preocupación por la excesiva litigiosidad y por su relatividad como acceso para todos.

CAPÍTULO II

PROBLEMAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

II.1. Aspectos Previos

Los problemas del sistema de justicia penal en la actualidad son diversos, principalmente dos los más importantes a considerar; el primero, se desprende de la misma naturaleza del sistema de justicia penal, en tanto que el segundo es el que se origina a partir de llevar a cabo la función del sistema de justicia; es decir, los primeros se refieren a la solución de conflictos que se resuelven a partir de la regulación de las conductas y aplicación de una norma penal y se llaman delito, en tanto que los segundos, son aquellos que surgen en su intento por resolver los primeros y la aplicación de una sanción, pues el propio sistema de justicia penal origina estos últimos y en lo sucesivo los llamaremos problemas.

En el presente capítulo, solo me referiré a los provocados por el sistema de justicia penal, al intentar resolver los denominados delitos.

Ahora bien, aún y cuando con antelación he hecho referencia al sistema de justicia penal, es importante señalar que por sistema de justicia penal se entiende –para los efectos del presente trabajo-, “al control social punitivamente institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta, o supone que se detecta una sospecha de delito, hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normatizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, así como la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar. Asimismo, la idea general de sistema penal en un sentido limitado, abarca la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces, funcionarios y de la ejecución penal.”¹⁹

¹⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General... Op. Cit. p.35.

Por otra parte, de las relaciones que se dan en la sociedad, en ocasiones surgen conflictos, los que pueden ser resueltos sin ningún problema, por los propios particulares y otros que no; en estos últimos generalmente interviene el Estado ya sea para solucionarlos o bien para legislarlos; empero los conflictos que son inconciliables son propios del Derecho Penal; el cual al resolverlos o dar solución genera problemas, por lo que subsecuentemente me enfocare a señalar algunos de éstos que se generan en la aplicación y ejecución de la norma penal.

II.2. La Cárcel

La palabra cárcel proviene del latín prehensio-onis, que significa “detención” por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad, sitio donde se encierra y asegura a las personas. La institución “prisión” existió antes de que la ley la definiera como pena. La constitución la considera el establecimiento destinado a la extinción de la pena corporal.

Por lo que hace a la normatividad que rige al sistema penitenciario, la base fundamental se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 18 (reformado en fecha 18 de junio del dos mil ocho), precisa:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán

sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

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

En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se

observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros

especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.”²⁰

Del artículo 18 Constitucional, se observa qué el sitio que se destina para la extinción de las penas, es distinto y está completamente separado del que se destina para las personas que se encuentran privadas de su libertad preventivamente; situación que a pesar de estar consagrada en nuestra máxima ley, en la práctica observamos que no se cumple, pues generalmente las personas que se encuentran privadas de su libertad preventivamente como consecuencia de un auto de formal prisión, a quienes se les instruye un proceso, comparten la misma área que las personas que han sido sentenciadas por un delito. La pena privativa de libertad, consiste: en la reclusión del condenado en un establecimiento carcelario, en el que permanece privado de su libertad y sometido a un régimen penitenciario, éste lugar de ejecución de penas privativas de libertad, se caracteriza por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión (verbigracia: muros, cerraduras, rejas y guardia armada u otras guardias especiales de seguridad), así como por un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento de la responsabilidad del recluso respecto de la comunidad en que vive.

México en los últimos años se ha significado por los grandes esfuerzos en promover y planificar un sistema penitenciario, en el cual se trabaje bajo una filosofía humanística, técnica y respetuosa de la legalidad.

²⁰ www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/1.doc fecha de consulta 28 de diciembre de dos mil ocho.

“La Historia de la prisión en México, al igual que la del resto del mundo se encuentra ligada al horror, al sufrimiento y a la constante violación de los derechos humanos de los reclusos, así una costumbre europea que extrapoló a nuestro país, entre muchas otras, fue la deportación de presos a lugares remotos, alejados de poblaciones; en México a partir de 1860, se practicó el traslado penal de rateros y vagos a Yucatán, y posteriormente al Valle Nacional -valle de la muerte- en Oaxaca, entre otras formas de deportación; y fue hasta 1905, que a través de un decreto del General Porfirio Díaz, se destinó a las Islas Marías para el establecimiento de una colonia Penitenciaria dependiente del Gobierno Federal.”²¹

II.2.1. El uso exclusivo

El Derecho Penal está enfermo de pena de prisión, así “la prisión constituye hoy en día el núcleo de los sistemas penales del mundo: constituye el criterio sancionador del hombre corriente, ocupa el centro de todos los sistemas actuales del Derecho Penal. Sin embargo, sus orígenes fueron provisionales, su funcionamiento es insatisfactorio y su futuro poco prometedor.”²²

El notorio abuso de la pena de prisión ha causado un franco deterioro en todo el sistema penal, las esperanzas que alguna vez se depositaron en ella se han desvanecido, al respecto Carrancá dice que:

“La prisión no es desde luego, expiativa y redentora en el grado extremo en que la han imaginado sus apasionados defensores, incluso de las mejores cárceles puede decirse que son criminógenas, que corrompen en un índice alarmante y preparan a la reincidencia.”²³

²¹ VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, et. al. México y su sistema penitenciario, edición y distribución a cargo del Instituto Nacional de Ciencias Penales, publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006. p. 29.

²² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998. p.15.

²³ CARRANCÁ RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1974. p.558.

La cárcel es el lugar que se utiliza para someter a una persona a prisión preventiva, ésta técnicamente es considerada una medida cautelar, su objeto primordial durante la tramitación de la instancia, es asegurar y garantizar la ejecución de una sentencia condenatoria o bien el resultado condenatorio del proceso penal. “La prisión preventiva es impuesta cuando se comete un hecho que la ley señala como delito, que el mismo sea considerado grave, sancionado con una pena corporal, en donde el justiciable ha concretado su conducta adecuándola a lo establecido por la norma y una vez que se ha acreditado su probable responsabilidad. En ese sentido el inculcado es considerado de utilidad a la justicia, **por lo que es parte indispensable** en el proceso penal.”²⁴

Ya que el mismo normalmente tiende a desaparecer del escenario procesal; es decir, existe la posibilidad de que se sustraiga a la acción de la justicia dada la naturaleza del hombre, y es tan evidente que en tales casos, independientemente de la suspensión indefinida del proceso, nunca se llegaría a la sentencia condenatoria, por lo que ésta resultaría prácticamente inejecutable; por ende es necesario plantear métodos menos agresivos, en que la amenaza por parte del Estado para el inculcado no sea tal, que lo obligue a sustraerse de la acción de la justicia, pues el tratar de darle una oportunidad lo hace más humano. La privación de libertad como sanción penal pertenece a un momento histórico muy avanzado. Hasta el siglo XVIII el Derecho penal recurrió, fundamentalmente, a la pena capital, las corporales y las infamantes. Resulta innegable que desde tiempos inmemoriales existió el encierro de los delincuentes, pero éste no tenía realmente carácter de pena; simplemente se trataba de una medida cautelar para asegurar la ejecución de las penas antes mencionadas, o de una antecámara de suplicios donde el acusado se depositaba a la espera del juicio. “Con estas características fue concebida la prisión Persia, Babilonia, Egipto e Israel; también en las civilizaciones pre-colombianas de América, la cárcel fue lugar de custodia y de tormentos. Sin embargo, recientes investigaciones en este campo han tratado de

²⁴HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Programa de derecho procesal penal, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 2006.p.25.

rastrear en aquellos momentos históricos privaciones de libertad concebidas como pena, si bien de muy secundaria importancia e infrecuente uso.”²⁵

Es así como el inculpado debe soportar las consecuencias procesales de su conducta delictiva. Actualmente se plantea la idea de no reintegrar a la sociedad al supuesto infractor mientras se le juzga, para que no cometa más delitos, ideas que se basan en criterios subjetivos, que trascienden en la persona del inculpado y que lo hacen inclusive ser más peligroso.

Las conductas que el legislador considera constitutivas de algún delito están previstas en un ordenamiento denominado código penal; relativo al conjunto de disposiciones legislativas reunidas en un solo cuerpo y destinadas a regir las materias que constituyen el objeto de una rama del derecho que la comprende ampliamente, elaborado por el Poder legislativo y dictado para su general observancia; así tenemos que del artículo 123 al numeral 365 del código penal vigente para el Distrito Federal, están previstos los delitos y sus respectivas sanciones. Una conducta es antisocial cuando rebasa las expectativas que son impuestas por un grupo social; sin embargo, no todas las conductas antisociales son delitos. Una conducta es delito cuando encuadra en lo previsto por una norma penal, en ese sentido tal comportamiento es voluntario y es realizado de dos formas: la primera conociendo que su conducta es contraria al ordenamiento y aceptando tanto las consecuencias de ésta, como las sanciones que se encuentran previstas; la otra es, no previendo un resultado posible de un actuar, y por consiguiente no aceptando ni tal resultado, ni las sanciones previstas.

La Teoría General del Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión), para ser considerada delito, sea ésta en el caso concreto de un homicidio, una estafa, una agresión sexual o una malversación de caudales públicos. La verificación de estas características comunes corresponde a la Teoría General del Delito, que es una de las materias

²⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Las consecuencias jurídicas del delito, 3ra edición, Editorial Bosch Casa, S. A., España, 1984. p.55.

de la parte general del Derecho Penal; mientras que el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas, por ejemplo del hurto, de la violación, de la estafa, etc., es materia de la parte especial.

Desde el punto de vista jurídico, “delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena; ello es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*, que rige el moderno derecho penal.”²⁶

Por otra parte encontramos que el delito se ha definido como el acto u omisión que sancionan las leyes penales; cabe destacar que lo que es meramente acción no interesa al derecho penal, sino que forzosamente además de ser una conducta típica, porque la acción tiene que encuadrar con lo descrito en la norma penal. Tiene que ser antijurídica, porque la acción penal debe oponerse al orden jurídico penal vigente y no estar justificada por una causa de exclusión del delito; y además culpable, porque puede reprocharse al agente, intencionado o negligente, del delito cometido, dada la relación de causalidad existente entre el agente y su acción.

También podemos decir que, un delito es una conducta contraria a la justicia y a la utilidad social, realizada en oposición a las prescripciones señaladas por la ley penal y que tiene una sanción, corporal, pecuniaria, patrimonial o una variedad de éstas o una medida de seguridad. Desde el punto de vista filosófico, delito es un acto que se exterioriza generando inestabilidad social, así como en el desarrollo personal y que es generado en el pensamiento del que lo realiza o del que inicia a otro, por unas circunstancias emocionales de poder social, político, cultural económico y de seguridad, que el Estado reprocha y sanciona reprimiéndolo. En este desarrollo de ideas, cabe mencionar que en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste

²⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito, 3ra edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.p.21.

tenía el deber jurídico de evitarlo. Casos en los que se considera que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. En el libro primero del código penal, para el Distrito Federal, título tercero denominado “consecuencias jurídicas del delito”, capítulo I, podemos observar que se enumera en primer término: la prisión, como la pena más severa, con lo que se sustenta su legítima aplicación, lo que trae como consecuencia, que sea en la mayoría de los ilícitos, la pena más recurrente; asimismo, se establece como catálogo de penas, medidas de seguridad y de consecuencias jurídicas, las siguientes:

- I.-Prisión;
- II.-Tratamiento en libertad de imputables;
- III.- Semilibertad;
- IV.- Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad;
- V.- Sanciones Pecuniarias;
- VI.- Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;
- VII.- Suspensión o privación de derechos; y
- VIII.- Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

La autoridad Judicial está facultada para imponer penas y medidas de seguridad a las personas que han cometido un delito; por lo tanto, tenemos que es el órgano del Estado facultado para ello.

El sistema penal mexicano es híbrido, ya que no se define ni como “dualista” ni como “vicarial”, ello en lo concerniente a la aplicación de la sanción y a la medida de seguridad. En el sistema dualista:

“El juzgador deberá impartir la justicia, por un lado fundada en la culpabilidad del individuo (pena) y por el otro en la peligrosidad (medida de seguridad), la primera es represiva, retributiva y

determinada; en cambio, como la medida de seguridad se funda en la peligrosidad criminal del sujeto, es preventiva.”²⁷

De ahí que por obvias razones, es indeterminada y sólo concluirá cuando el sujeto se corrija.

Por otro lado, el sistema vicarial establece que:

“El tiempo de reclusión debe contar primero para la medida de seguridad, y en caso de que sea necesaria para la pena, ésta debe de tomar en consideración el tiempo en que estuvo sometido a la medida de seguridad.”²⁸

De lo que se aprecia que el código penal para el Distrito Federal no establece distinción entre una y otra; empero, no se puede precisar a cual pertenece el sistema mexicano.

El uso de la prisión como pena única evita que existan con independencia y peso real las medidas de seguridad y sanciones que busquen soluciones retributivas.

II.2.2. Daño moral

Hasta el siglo XIX, fue la época en la que la cárcel se utilizaba simplemente como medio de reclusión temporal para el reo que habría de ser llevado al paredón, ya que el principal castigo para el delincuente fue la pena de muerte; pero a partir de ese siglo, la cárcel se convierte en la pena principal en la mayoría de los países. “La prisión, cuando es colectiva corrompe, si es celular enloquece y deteriora: con

²⁷ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad. 3ª. edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2000. p.10.

²⁸ Ibidem.p.9.

régimen de silencio disocia y embrutece: con trabajos forzados aniquila físicamente, y, sin trabajo destroza moralmente.”²⁹

En casi todas sus formas es altamente neurotizante, disuelve el núcleo familiar y lo daña seriamente, convirtiéndose en una pena terriblemente trascendente, pues lleva un agudo sufrimiento a aquellos que quieren al recluso. “Otros efectos indeseables de la prisión son la prisionalización y la estigmatización. Por prisionalización se entiende una adaptación a la prisión, un adoptar las costumbres, el lenguaje en una palabra, la subcultura carcelaria (el término fue acuñado por Donald Oemmer en 1940). Por estigmatización se interpreta el hecho de marcar a un sujeto, desacreditándolo y haciéndolo indigno de confianza, lo que atrae la repulsa social, el aislamiento, el antagonismo.”³⁰

La cárcel tiene dos funciones principales: sancionar y corregir. La efectividad de la primera no puede ser negada; sin embargo, la de corregir deja mucho que desear, ello en virtud de que en la actualidad las personas que han estado internas en centros de reclusión, han vuelto a delinquir, lo que es un indicio que nos conduce a pensar que los centros de reclusión son universidades del crimen, ya que en ocasiones no basta con que vuelvan a cometer un delito, sino que su conducta es más grave, y por lo tanto la sanción también; teniendo escasas posibilidades de volver a obtener su libertad. Las cárceles se han vuelto una institución “*contra natura*.”³¹

Para Tornero, son simplemente jaulas y, como jaulas, son para las bestias. La reclusión en las cárceles produce en los reos alteraciones en su mente, ausenta al hombre de sentimientos, por lo que es muy difícil que éste busque regresar al momento donde la madre o el padre los cobijaba y protegía; es decir, los vuelve niños, lapso emocional del cual quizá nunca regresen. Y cuando se reintegran al

²⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. Cit. p 2

³⁰ idem.

³¹ SCHERER GARCÍA, Julio. **Cárceles**, 1ª edición, Editorial Extra Alfaguara, México, 1998. p. 66.

mundo en sociedad se comportan como tales; haciendo travesuras contra el que los castigó.

De tal manera que los internos se caracterizan por tener neurosis, alterada su capacidad intelectual, disminuida su aptitud física, desviada o aniquilada su sexualidad, exacerbado el abrigo de la intimidad.

II.2.3. Aspecto económico.

No obstante la corrupción interna que predomina en la cárcel, el fracaso en la regeneración del delincuente, el consumo interno de droga y otras características que no dejan otra conclusión más, que la cárcel ha fracasado, el gobierno gasta millones de pesos en la manutención de los centros penitenciarios, aunado al hecho de que la actitud del personal que labora en los centros de reclusión, cada día se ve más empeñado en contribuir al fracaso que estos mismos tienen, pues lejos de ayudar a los internos a una recuperación, se aprovechan de éstos y los explotan, generando que a su vez los internos tengan que exigir a sus familiares, mejores condiciones de asistencia. Justo sería que las condiciones que la sociedad otorga a estos centros tengan un beneficio para ella. Sin embargo, es absurdo que el mantener a un reo sea más costoso que el costear los gastos de un soldado, el cual está listo en caso de desastres y emergencias. “El gobierno gasta dieciocho pesos con cincuenta centavos *per capita* para la alimentación de los presos, y costea veinte mil raciones de comida para las cárceles; lo que da un total aproximado de trescientos setenta mil pesos diarios en alimentos para los

□□□ a □□⁴⁸

No se cuenta el sueldo de los custodios, el del personal administrativo, el de los cocineros, ni el de la manutención. Gastos y más gastos, que parten de la enorme suma de trescientos setenta mil pesos diarios. Este problema es crítico para México, un país de escasez, pero con una mejor planeación económica podría

³² SCHERER GARCÍA, Julio. Op. Cit. p. 47.

quedar de lado. “Lo preocupante, es la corrupción alrededor de estos centros, por mencionar un ejemplo la comida esta concesionada, hay empresas que se encargan de abastecer centros penitenciarios, los que generalmente no reciben lo mejor, pero el gobierno lo paga al mejor precio, Tornero comenta que seguido llegan a las cárceles carne contaminada, leche con grumos, viseras que podrían ser para la basura.”³³

No obstante lo anterior en la cárcel la empresa y los funcionarios, con la ayuda de la corrupción encuentran la forma de tener “cero perdidas”, el desperdicio tiene valor de producto de primera en la cárcel.

Desafortunadamente este problema de la cárcel es en el ámbito mundial. Las prisiones en Rusia tienen peores condiciones de salud y de calidad humana para los reclusos: 57 personas en un cuarto de tamaño de un pequeño salón de clases que estaban confinados allí día y noche, durmiendo en tres turnos, amontonados en las camas, con abundancia de enfermedades, escasez de alimentos y dependiendo del regalo de sus parientes, además soportando una terrible falta de aire fresco.

II.3. El pliego de cargo de los abolicionistas

Antes de discutir las soluciones abolicionistas del problema penal, es necesario introducir una precisión terminológica; por lo tanto, el Jurista Italiano Luigi Ferrajoli considera que:

“Abolicionistas sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el Derecho Penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal, de la sanción punitiva, y su

³³ idem.

sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal, e inmediatamente social. Por el contrario, no son abolicionistas, sino más exactamente sustitucionistas, aquellas doctrinas criminológicas, a veces libertarias y humanitarias en su intención, pero convergentes en la práctica con el correccionalismo positivista, que bajo el programa de la abolición de la pena proponen en realidad la sustitución de la forma penal de reacción punitiva por tratamientos pedagógicos o terapéuticos de tipo informal, pero siempre institucional y coercitivo y no meramente social.”³⁴

El obolicionismo es una corriente de la criminología moderna que propone la eliminación del Sistema de Justicia Penal, no obstante ello, es una corriente de la que se pueden rescatar aspectos valiosos y combinarlos con nuevas ideas para un mejor sistema de justicia de las conductas humanas. La desaparición del sistema de justicia penal podría provocar la creación de un organismo más autoritario, pues seguramente lo que sobreviviría de éste serían los aspectos coercitivos, Razón hay en este último aspecto, sin embargo, con un control plural del mismo, no tiene por qué convertirse en un ente más autoritario. El sistema de Justicia Penal es un arma del Estado que intenta erradicar un problema social llamado delito; sin embargo, el Sistema de Justicia Penal para los abolicionistas es en sí mismo un problema social que se debe erradicar. Al respecto se elaboró un pliego de cargos, que señalan las fallas que presenta este sistema, y plasma claramente el objetivo del presente capítulo:

a) Es anómico, las normas no cumplen las funciones encomendadas, no protegen a los ciudadanos ni a las relaciones sociales, la intimidación de las normas no evita la comisión de los delitos, es falsa “la igualdad de su aplicación”, es sumamente selectivo, no reeduca al infractor, si no que lo destruye.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo, 6ta. edición Española, Editorial Trotta S. A., España, 2004. p.248.

b) Transforma las relaciones sociales en actos individuales (el acto tomado como “delito” es sólo la interrupción de una relación compleja y prolongada entre los protagonistas).

c) Reprime necesidades humanas (porque si la mayor parte de los delitos o conflictos son expresión de necesidades humanas frustradas o insatisfechas, el sistema de Justicia Penal -con su apuesta punitiva- solamente expresa la represión de éstas y no su satisfacción).

d) Tiene una concepción falsa de la sociedad, el sujeto parte de una ideología que presupone un consenso social en el cual únicamente el acto desviado es la excepción; en consecuencia, no se considera el disenso, el conflicto, la diversidad, como componentes aceptables y normales del orden social.

e) Concibe al ser humano como un enemigo en guerra, el sistema de Justicia Penal actúa como un ejército en estado de guerra donde el hombre es el enemigo a eliminar y, muchas veces, concebido como un Estado enemigo. De ahí los lemas “bélicos” del derecho penal: “guerra” contra la delincuencia, “guerra” contra las drogas, y demás.

f) Defiende y crea valores negativos para las relaciones sociales, porque el sistema de Justicia Penal actúa con los mismos valores e instrumentos que predica combatir. Ejemplo de esto es, la utilización de instrumentos violentos: como la cárcel, para luchar contra la violencia.

g) La pena impuesta es ilegítima, al interponerse sin la aceptación del condenado, ni transacción entre éste y la víctima del delito, pierde legitimidad material y se convierte en autoritarismo.

h) La prisión no sólo es prisión de la libertad, incide directamente en la esfera personal, social, afectiva, y laboral del sometido a la pena.

i) El sistema de Justicia Penal estigmatizada, la vieja “marca” impuesta sobre el cuerpo de los condenados en el “antiguo régimen”, se ha sustituido por una nueva “huella” -del exconvicto- con la que ha de vivir sometido al Sistema de Justicia Penal.

j) El sistema de Justicia Penal sigue siendo una máquina que produce dolor inútilmente, este dolor representado fundamentalmente por la pena, no hace más que sumarse al daño producido por el delito.

k) Al sistema de Justicia Penal no le importa la víctima, cuyos intereses ocupan un lugar secundario en los procedimientos penales destinados primordialmente a la averiguación de la verdad, pues es evidente que ésta última se convierte en el objeto principal de derecho procesal penal.

El pliego de cargos plantea todas las hipótesis que van en contra del sistema de justicia penal, y nos vislumbra la idea de encontrar nuevas formas de solución a los problemas que buscan corregir el sistema. Si no tomamos en cuenta estos cargos y creemos que el Sistema de Justicia Penal cumple cabalmente con su función, nos cerraríamos a la realidad. Debemos encontrar una solución alternativa que conociendo éstos errores, no los repita ni produzca otros de mayor trascendencia. En efecto, en la actualidad debemos buscar una diversidad de formas de solucionar los conflictos penales, sin inclinarse a pensar en que todo el sistema de impartición de justicia es malo, pues existen aspectos rescatables, ya que tenemos conflictos penales que no pueden ser resueltos empleando la mediación penal, temas que abordaremos en capítulos posteriores.

II.4. Doble actuación del Estado en el Proceso Penal

“El Poder Soberano no ha existido siempre, y no siempre se ha tratado de dividir, es decir, la división del poder no es una cuestión natural. La idea de dividir o

compartir el poder es más antigua que la propia idea de poder. La división de poderes encuentra sus orígenes en Aristóteles y Platón, pero es a través de Polibio y a partir de las ideas de Locke y Montesquieu, cuando alcanzó su más acabada expresión ideológica.”³⁵

Es así que los Estados Unidos Mexicanos tienen para su organización, la forma de un Estado Federal y Republicano; el poder federal se encuentra dividido en tres: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Es precisamente el argumento de la división de poderes el que hace suponer que el Estado no tiene una doble actuación en el proceso penal. Es decir, no es ni juez ni parte, toda vez que en el proceso penal intervienen como contrapartes el presunto responsable (con su defensa) y el Ministerio Público como acusador y, obviamente, el juzgador.

El primer párrafo del artículo 21 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo a la reforma del 18 de junio del dos mil ocho, establece que:

“El ejercicio de la acción penal ante los Tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.”³⁶

De tal artículo hemos de advertir la participación de los particulares a efecto de ejercer la acción penal, situación que en la actualidad no está regulada, pues ningún ordenamiento secundario ha fijado las bases para que esto ocurra, y no obstante ello, tal circunstancia obliga al Estado a crear diversos mecanismos de solución alternativa a los conflictos penales, pues el hecho de que un particular pueda ejercer tal derecho implica la llave directa para ingresar al sistema de justicia penal.

³⁵ ESTRADA MICHEL. Rafael. La división del Poder Público, 1ª. edición, Editorial Porrúa, México, 2007. p.154.

³⁶ www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/1.doc fecha de consulta 28 de diciembre de dos mil ocho.

En un proceso penal actualmente intervienen por regla general tres partes procesales: el acusado, el Ministerio Público y el defensor; sujetos procesales que son indispensables en el proceso penal mexicano, siendo la participación de la Víctima únicamente necesaria; hasta en tanto, como atinadamente lo establece la reforma al artículo 18 Constitucional sobre vigencia, advirtiendo que su intervención debe ser regulada y equitativa, pues actualmente depende de que ésta interponga su denuncia o su querrela, como un requisito de procedibilidad a efecto de que comience a caminar la maquina procesal, ya que la víctima no participa activamente en el proceso, su función es únicamente “coadyuvar” con el Ministerio Publico. En tales circunstancias y toda vez que el Ministerio Público es una institución que pertenece al Poder Ejecutivo, así mismo tiene la característica de ser una autoridad en el procedimiento de averiguación previa y parte en el proceso penal, al ser un sujeto indispensable en la relación procesal, de ahí la idea de que el Estado tenga una doble participación.

El Ministerio Público Federal, en el concepto que da el Doctor Franco Villa, es:

“Una institución dependiente del Ejecutivo Federal, presidido por el Procurador General, quien tiene a su cargo la persecución de todos los delitos del ordena federal, y hacer que los juicios se sigan con toda regularidad, para que la administración de justicia sea pronta y expedita, e intervenir en todos los negocios que la ley determine.”³⁷

Por lo tanto tenemos que, si bien es cierto, el Juez y el Ministerio Público son parte de diferentes poderes estatales -judicial y ejecutivo respectivamente-, es incontrovertible que ambos son parte del Estado como un todo,

³⁷FRANCO VILLA, José. **El Ministerio Público Federal**, 1ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985. p.3.

presupuestalmente dependen de los ingresos del gobierno, y es obvio que el Estado sustenta los intereses del juez y del acusador en el proceso penal.

En ese orden de ideas, el artículo 80 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: ...”Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo”...; por lo tanto, de dicha disposición se desprende que existe un poder supremo y que el mismo es depositado en un individuo, tal interpretación en sentido estricto constituye la existencia de una desigualdad de poderes, al otorgarle supremacía o poder supremo al ejecutivo, y con ello se fortalece la doble participación estatal en el proceso. Siendo el Presidente el titular de un Supremo Poder, y esa supremacía domina (siquiera textualmente en la redacción de la Constitución), la esfera de acción del Poder Judicial; existiendo una desigualdad de poderes, que radica en la supremacía del ejecutivo sobre el judicial, con lo cual se fortalece el argumento de la doble participación del gobierno en el proceso penal. Si hubiera una igualdad, y no una supremacía, sí podríamos hablar de dos verdaderas contrapartes en un proceso.

Por su parte, en el caso de la defensoría de oficio en el fuero común, al depender del poder ejecutivo hace más loable, la separación, como parte procesal, respecto de la función que desempeña; en tanto que, la defensoría de oficio en el fuero federal, depende del poder judicial, observándose que forma parte del mismo poder encargado de administrar justicia; de ahí que la separación de funciones no sea tan evidente, denotando cierta ventaja en cuanto hace a la defensoría del fuero federal. La división de poderes, principalmente tiene la finalidad de evitar que el poder soberano se concentre en una sola persona, premisa de la que se parte a efecto de instaurar un marco de legalidad, característica que no es ajena al derecho penal; el Ministerio Público como institución al depender del órgano ejecutivo, hace más limitada la separación de poderes del Estado; el cual tiene como función principal representar a la sociedad, por lo que su finalidad es proteger los bienes jurídicos inherentes a la misma, cuando hablamos de sociedad nos referimos a un todo; sin embargo, una conducta ilícita generalmente se

comete en contra de una persona, la cual adquiere el nombre de víctima, y cuando el Ministerio Público, protege los intereses de la víctima, lo hace como si fueran intereses del Estado y de la sociedad como un todo, mas no de la víctima, circunstancia que es evidente, pues la víctima sólo es un sujeto necesario en la relación procesal; hasta en tanto, como ya se ha señalado, no entre en vigor la reforma Constitucional. La reparación del daño causado a la sociedad debe entrar en segundo término, no como un punto de valoración secundario o de poca importancia con respecto a la víctima, sino como un todo, expresado en brindar mayor seguridad por parte del Estado.

La intervención del Ministerio Público actualmente sigue siendo importante en los procedimientos penales, pues es un hecho inconcuso que sin su actuación en el proceso penal, no existiría un equilibrio entre las partes; no obstante ello, la reforma plantea la intervención directa de los particulares para efectos de ejercer la acción penal, circunstancia que conlleva a pensar que lo que se pretende es que la víctima sea una parte, no solo necesaria, sino indispensable en la relación procesal. De esta forma el artículo 20 Constitucional en el apartado "C" "De los derechos de la víctima o del ofendido", de la reforma aludida, establece que la víctima u ofendido tiene derecho a:

- I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;
- II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

De tales fracciones he de señalar que a pesar de que el artículo 21 Constitucional establece que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial, es importante mencionar que el citado artículo 20 Constitucional, en su

apartado “C”, en ninguna de sus fracciones establece la posibilidad de que la víctima pueda ejercer la acción penal; aunado a ello, tampoco fija las bases para establecer si esta tiene tal facultad o no, o inclusive si ello es una garantía o no; por lo que a pesar de que el artículo 20 establece las garantías de la víctima, estas en esencia siguen siendo las mismas.

II.5. La víctima

Tradicionalmente, el estudio de la doctrina en el ámbito del derecho penal ha girado alrededor del imputado y de la justificación de la sanción estatal, quedando la víctima en el olvido. En los últimos treinta años, ha surgido la preocupación por los máximos afectados por el delito y como pueden participar en el proceso.

Si bien es obligación del Ministerio Público ejercer la acción penal debido a que el Estado casi ha asumido el monopolio de la reacción penal; la víctima es el sujeto que recibe los efectos externos de una acción u omisión dolosa o culposa, que le causan un daño a su integridad física, a su vida o a su propiedad; es así, que se trata de la persona que sufre los efectos del delito, quien padece el daño por culpa o por voluntad de otro. “No obstante ello, en líneas anteriores se ha detallado que la participación de la víctima en el proceso es muy limitada, además de que no se debe pasar por alto, que la misma no debería ser sólo un sujeto necesario en el proceso penal.”³⁸

En efecto, el que interviene en su representación es el Ministerio Público; de ahí que en lo particular opine, que los intereses de la víctima quedan en un segundo plano, por dos cuestiones principales: la primera, está enfocada a obtener una restitución inmediata del daño sufrido, en tanto que la segunda se asocia con el principio de celeridad; es decir, actualmente las víctimas de un delito, en pocas

³⁸HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Op. Cit. p.24.

ocasiones están seguras de seguir con el asunto hasta que se dicte sentencia, y eso es, debido a que los procesos penales en casi todas las ocasiones se aplazan, e inclusive hasta intervenir la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como vemos, es evidente la apropiación del conflicto en manos del Estado, en el que inclusive a la víctima se le usa solo como una herramienta testimonial de cargo. Es notable analizar que pocas veces las instrucciones de los fiscales, las peticiones de los abogados que intervienen en el expediente en general no se involucran con el conflicto de fondo que subyace al delito. En la rutina procesal es característico ver que el proceso en muchas ocasiones se basta a sí mismo, el conflicto no llega a estudiarse, debido a que el interés del inculpado se centra a obtener su libertad, que por llegar a la verdad histórica. Los operadores del sistema analizan el hecho en clave judicial sin abordar nunca la categoría conducta de conflicto. Esto les impide a mi modo de ver, abordar como adecuados otros modos de resolver el conflicto que no sea el ordinario. Asimismo, se pasa por alto, que no solo existe un daño material causado a la víctima u ofendido, sino además, un desgaste emocional, que nunca es cuantificable, aunado a ello, el proceso penal no sólo implica que la víctima u ofendido acudan ante el juez a ratificar o rectificar su testimonio, sino que incluso se ven obligados a carearse con el acusado, situación que produce en la víctima una escena traumático-psicológica, al revivir el hecho ilícito.

II.5.1. La representación social

El Ministerio Público es un órgano de buena fe y es la institución que representa a la sociedad; de ahí, se parte para establecer que la representación es social, y como tal, debe proteger los intereses de la sociedad, pero ello no debe trascender a lo que no es lógico; en efecto, a ello me refiero cuando en ocasiones, observamos que no obstante que la víctima queda satisfecha de la reparación del daño causado, al emitirse una sentencia condenatoria el Ministerio Público en la mayoría de los asuntos, interpone el recurso de apelación, situación que se torna

injusta para el inculpado, y contraria a la naturaleza misma de la Representación Social, como institución de buena fe. Ante lo cual, existen casos en los que aún y cuando el Ministerio Público solicita en sentencia la reparación del daño, y el inculpado resultare responsable del ilícito cometido, estaríamos en espera de que éste, esté en aptitud de reparar el daño causado; circunstancia que en múltiples ocasiones no acontece, ya que generalmente las personas que se encuentran sujetas a un proceso penal y que están privadas de su libertad personal, carecen de recursos económicos; el hecho de que se les prive de su libertad sin un juicio previo, trae aparejados muchos gastos, siendo que al final del proceso no tengan más recursos económicos para soportar una reparación satisfactoria.

Este problema, nos deja ver que el objetivo principal del sistema de justicia penal no es precisamente “**el reestablecer el daño causado a la víctima**”, sino en primer lugar, buscar la forma de que el procesado pague a la sociedad el daño causado a ésta, sin tomar en cuenta quién sufrió directamente el daño, si la sociedad o la víctima.

II.5.2. La participación de la víctima

En el sistema de justicia penal mexicano, se ha recalcado que la víctima no es parte indispensable en el proceso penal; pues las partes son únicamente el Juez, el Ministerio Público, el acusado y su defensor; siendo la víctima solo una parte procesal necesaria. En efecto, toda vez que el ejercicio de la acción penal se encuentra en manos del Estado monopolizándola el Ministerio Público; es a partir, de este órgano técnico, por medio del cual la víctima inicia la persecución del delito, integrándose así la averiguación previa, pues es un hecho que al interponer su denuncia, se hace eficaz su inconformidad, por lo que el Ministerio Público en inicio investigador (autoridad) será quién inicie con la tramitación de un caso hasta llegar a ejercitar la acción penal; posteriormente ante la autoridad jurisdiccional seguirá con su postura independientemente de que la víctima del delito ya no se presente.

La sociedad en su lucha en contra de la inseguridad, pretende que sea sancionada la persona responsable de un ilícito, lo que en muchas ocasiones trae como consecuencia que las autoridades busquen una imagen de personas que la mayoría de las ocasiones, son inocentes, a fin de presentárselas a la sociedad y tranquilizar su sentir; por lo tanto, la administración de justicia no es reparadora sino castigadora. Las diversas cámaras legislativas tanto federales como locales, han procurado crear y/o reformar las diversas disposiciones para establecer los derechos de la víctima, con lo anterior queda claro que estos cambios empiezan a surgir por una fuerte presión de darle participación en su conflicto. Los derechos de la víctima se encuentran en dos ordenamientos principales: en la Constitución y en el Código de Procedimientos Penales.

II.5.2.1. En la Constitución

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, anteriormente incluía solo garantías para el inculpado; pero tal precepto constitucional fue reformado en el año 1993, incluyéndose el apartado “B”, donde se establecen las garantías de la víctima u ofendido, y actualmente con la reforma constitucional de fecha 18 de junio de 2008, el artículo 20 de nuestra Carta Magna está dividido en tres apartados; siendo que en el apartado “C” se prevén las garantías a favor de la víctima, en VII fracciones, entre las cuales expresa:

Que deberá recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal, **coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso;** y a que se desahoguen las diligencias correspondientes (cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia deberá fundar y motivar su negativa); recibir desde la comisión del delito atención médica y psicológica de urgencia; **que se le**

repare el daño en los casos en los que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño; sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo puedan solicitar directamente y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño, al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de los delitos de violación o secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa, el Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso; los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación; solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos e impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, y desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Del anterior artículo, como ya se indicó, se advierte que no se establece si la víctima u ofendido pueden ejercitar o no la acción penal directamente, aunado a ello, se sigue contemplando que la participación de la víctima u ofendido en el proceso penal es mediante una coadyuvancia; circunstancia que en la práctica jurídica denota confrontación de intereses entre el propio denunciante y el Ministerio Público. Empero, tenemos que el Estado arrebató el conflicto y lo hace suyo, pues recordemos el Ministerio Público es autoridad en la investigación, en tanto que en la instrucción es parte, quien precisa y dirige su pretensión hacia el culpable, ya que la víctima en ocasiones solo es espectador; en consecuencia, está excluido de cualquier participación en su propio conflicto, debido a que el Estado lo exceptúa en su contienda para ser litigado por profesionales. Situación que en la actual reforma constitucional se pretendió subsanar.

II.5.2.2. En el código procesal penal para el Distrito Federal

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el artículo 9º. contempla a lo largo de veintiún fracciones, los derechos que tiene la víctima de un delito, pero estas fracciones están en el mismo sentido que el artículo 20 constitucional; no obstante que la legislación procesal es más explícita en cuanto a la atención médica, solicitud de copias, identificación del responsable, pero en cuanto a su participación en el proceso y reparación del daño es lo mismo.

II.6. El abuso del poder punitivo

Es importante considerar para el análisis del sistema penal mexicano que ha demostrado, cada vez más, su ineficiencia para hacer frente a la criminalidad y el hecho de que la corrupción se ha convertido en un elemento estructural del sistema. Es interesante la referencia a la conformación de la opinión pública, como una variable más que está presente en este estado de cosas. El poder punitivo del Estado se refiere al ejercicio exclusivo, que tiene para ejercer la violencia legítima en beneficio de los integrantes de la propia comunidad. Se trata de un monopolio instituido políticamente y legitimado en la Constitución, que debe sustentarse en una política criminal integral, pero que, fundamentalmente cuente con la capacidad material, técnica y humana para llevarse a cabo; puesto que, es fundamental tener una preparación específica para crear leyes, y el hecho de que no sea así, es una irresponsabilidad, pues indudablemente la Constitución a pesar de que tal facultad es conferida al Presidente de la República, y a las Legislaturas de los estados, también la misma es conferida a los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, personas respecto de las cuales notoriamente nuestra Carta Máxima no señala instrucción alguna que deban de reunir para desempeñar tal cargo.

“Ahora bien, el poder ejecutivo es el que hace posible que se ejecuten las penas, aún y cuando estas al aplicarlas tienen fallas; un ejemplo claro que no podemos pasar por alto, y que ilustra tales deficiencias, es la fuga de uno de los

narcotraficantes más peligrosos conocido como El Chapo Guzmán, de uno de los penales de máxima seguridad de nuestro País.”³⁹

Hay que precisar que el ejercicio punitivo que corresponde exclusivamente al Estado, ha motivado la organización de un sistema penal que no se refiere sólo a la parte legal, sino a otros elementos que formal o informalmente inciden en él. Así que, para abordar el análisis del sistema penal mexicano es necesario repasar las variables que se articulan en torno al mismo; así tenemos, por un lado, el sistema legal formalmente establecido:

a) Constituciones federal y estatales; legislación penal federal y estatal; leyes especiales, leyes orgánicas, reglamentos y, en ocasiones, circulares.

b) Un aparato burocrático que se encarga de la aplicación de esas normas penales en los diferentes ámbitos de gobierno, tanto a nivel preventivo, como represivo.

c) La política económica y social instaurada por el Estado que, de alguna manera (o de muchas) incide en la procuración e impartición de justicia y en la prevención del delito.

d) Los compromisos internacionales que el Estado Mexicano asume y, la imagen internacional que desea mostrar.

Otras variables que, sin duda, son independientes a la configuración del propio poder punitivo, son:

* “Reconocen incapacidad ante crimen organizado” y el Subsecretario de Seguridad Pública Nacional, afirma “Lo que ha sucedido en Jalisco evidencia la capacidad de corrupción, dígame corrosión estructural de las instituciones nacionales por parte del crimen organizado, particularmente el narcotráfico”. En este ejemplo se hacen evidentes tres elementos fundamentales: la ineficacia o incapacidad de las instituciones, la corrupción y la influencia de los medios de comunicación en la presentación de estas noticias que, indefectiblemente, recaen en la formación de una opinión pública.

³⁹Diario Reforma, año 8, núm. 2597, Lunes 22 de enero del 2001, sección A. El titular de primera plana.

a). La criminalidad en sus diferentes manifestaciones, desde la callejera y no organizada, hasta la organizada, pasando por la de cuello blanco.

b) La percepción pública sobre la seguridad, el crimen y la actuación de la autoridad; aquí estamos hablando de la sociedad civil pero, respecto a un tema concreto que es el delito y los niveles de inseguridad que esa sociedad percibe, en donde resulta sustancial la participación de los medios de comunicación.

c) La situación económica y social que vive la sociedad mexicana y que constituye un factor fundamental, en diversos sentidos, para la incidencia de conductas criminales.

Todas estas variables nos muestran un fenómeno complejo y difícil de analizar; por tal razón, se tratará de reducir estas variables a aquellas que parecen fundamentales para un primer acercamiento que nos permita sistematizar esta perspectiva. La selección de variables responde a una visión particular que requiere discusiones subsecuentes para su análisis.

II.6.1. El aumento de la punibilidad

La legitimidad del Estado para imponer penas, sanciones y definir conductas no deseadas en la sociedad, no es tema de discusión del presente trabajo. No obstante, con la falsa creencia de que el aumento de la punibilidad en un delito disminuye el número de conductas punibles, el Estado usa en exceso esa facultad; la tendencia de las Cámaras tanto federales como locales, al legislar en materia penal ha sido aumentar las sanciones, en delitos como secuestro, robo con violencia y otros tipos penales, pero ésta no ha reflejado una disminución en el número de delitos cometidos; el aumento en la penalización no es inversamente proporcional al número de delitos. Sin entrar en extremos criminológicos o sociológicos, es claro notar que el sujeto que cometerá una conducta delictiva no la realizará por el tipo de pena que le sea impuesta. “*La teoría prima facie* de

obedecer el derecho, postula que cuando un sujeto tiene la oportunidad de optar por realizar la “conducta X” (delito) o la “conducta Y” (conducta permitida), no lo hace por el grado de pena que contenga el delito, sino por la escala de valores que posea; esto es, que el sujeto realizará la “conducta Y” siempre y cuando su escala de valores no indique que es necesaria “la conducta X”, si los valores para ser X son superiores que para ser Y, el sujeto realizara X.”⁴⁰

Parece que esto no ha sido analizado por los legisladores, quienes creen que la solución para evitar delitos es aumentar la punibilidad, siendo que lo primero para reducir el número de delitos es entender por qué se delinque, y luego buscar la forma de satisfacer legalmente esa necesidad que el sujeto solo ha encontrado ha través del delito; por ejemplo, el comerciante de productos ilegales o piratas, no los comercializará por fastidiar a los dueños de las patentes, sino para sobrevivir, para tener un ingreso; la mente de este individuo no es la de causar un daño, pues inclusive en ocasiones no tiene un conocimiento exacto sobre las perdidas tan numerosas que genera su actuar; por lo tanto, su intención aún cuando es dolosa se inclina, en ocasiones, a un acto de sobrevivencia, por lo que el Estado puede buscar la forma de que el sujeto pueda seguir vendiendo sin dañar a los proveedores de patente y sin que sus ingresos se vean mermados, así se reduce la criminalidad, no con aumento de penas. Otra cuestión a la par del aumento de penas, es el aumento de tipos penales, el Doctor Raúl Eugenio Zaffaroni ha hablado al respecto de delitos tales como; los ambientales, el narcotráfico, el tráfico de órganos humanos, que ciertamente son factibles de ser resueltos por la vía penal; aunque encarcelar a un individuo no limpia los ríos ni reforesta los bosques. Por esto se entiende que el aumento en el número de presos no responde a un aumento de personas desviadas, sino a una disminución de conductas normales.

⁴⁰ DÍAZ ARANDA, Enrique. Op. Cit. p.3.

II.6.2. La cifra de la criminalidad

El sistema de justicia penal sería perfecto, si el rango de aplicación del poder punitivo se limitará a los culpables; sin embargo, este poder abarca a todos los ciudadanos no solo a aquellos que cometen un delito; pues se parte de la idea de que el derecho penal y su aplicación son una amenaza a los ciudadanos. El poder punitivo o la facultad del Estado para reprimir conductas no empiezan cuando una persona comete un delito, sino que comienza desde el hecho de considerar la conducta de una persona como delito. De esta manera, siguiendo las ideas del Jurista Italiano Luigi Ferrajoli, se prevé que el poder punitivo del Estado tiene tres restricciones:

“La primera restricción consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados; y por tanto en una limitación de libertad de acción de todas las personas. La segunda consiste en el sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquél que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales. La tercera consiste en la represión o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones.”⁴¹

De los tres estadios o restricciones, dos son aplicados a inocentes, y únicamente el tercero se aplica al autor del delito.

El abuso del poder punitivo radica en la idea de que los inocentes son sometidos al proceso penal por la simple sospecha de participar en un ilícito, es decir, que como ya se ha visto en líneas arriba, si una persona es sospechosa de un delito puede ser objeto del castigo moral que corresponde; aunado a estar sometido a un proceso y ser internado en una prisión con todos los malestares que implica, ya sea por el maltrato interno, ya sea por la privación ilegítima de la libertad que nada remedia. El problema no sólo radica en someter inocentes a proceso penal, sino

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p.209.

que no todos los culpables son sometidos a éste por el hecho de que logran sustraerse de la acción de la justicia. 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 inquietante e intolerable: la formada por el número de inocentes procesados y a veces condenados. “A la primera de tales cifras se le llama cifra de la ineficiencia; en tanto que cifra de la injusticia es en la que se incluyen a los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias, tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva, y a los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultas de un procedimiento de revisión, y por último las víctimas cuyo número quedará siempre sin calcular.”⁴²

“El problema de las cifras negras de la criminalidad se encuentra en tres momentos. Ya se habló del primer caso, en que se somete al castigo moral a una persona inocente y se le procesa por un delito que no cometió, en el mejor de los casos se le absuelve de los cargos. El segundo caso es cuando existe una sentencia firme sobre la culpabilidad de una persona, pero que, con el transcurso del tiempo la aparición de otros culpables concede con certeza la inocencia de la primera persona. El tercer caso es el número de víctimas de los errores judiciales no reparados.”⁴³

El problema reside en la idea de poner en una balanza el daño causado a los inocentes y lo logros obtenidos por el presente sistema de justicia penal. Si sabemos realmente si todos los presos son culpables de los delitos por los que fueron procesados, si el aumento de presos es proporcional a la reducción de delincuencia, y si la cifra negra es mínima en comparación con estos logros, entonces podremos decir que el margen de error (que todo sistema puede tener) es justificable y el sistema de justicia penal es eficiente. No obstante, creo que la cifra negra es superior a los pocos logros que el sistema tiene, es necesario

⁴² idem.

⁴³ ibidem. p.210.

buscar un sistema cuya cifra negra sea menor y nos ofrezca un porcentaje mayor de efectividad. “Si los costes de la justicia y los costes opuestos de la ineficiencia puede ser los unos, justificados positivamente y, los otros tolerados sobre la base de teorías o ideologías de la justicia, los costes de la injusticia resultan, sin embargo, injustificables por ese camino y consisten para el sistema penal que los produce, sólo una justificación eventual y negativa respecto de los costes aún mayores que provendrían de la ausencia de toda clase de derecho y garantía penal.”⁴⁴

⁴⁴ *idem.*

CAPÍTULO III

LA MEDIACIÓN

“NO RESTRUCTUREMOS, REORGANIZEMOS”

A efecto de llevar a su realización a la Justicia Restaurativa y con ello contribuir en la resolución pacífica de conflictos sin llegar a la judicialización de los mismos, existen varios mecanismos, entre ellos: **la MEDIACIÓN**; es decir, el lugar natural de la mediación es la Justicia Restaurativa, la cual es una filosofía, una forma de entender la justicia distinta de la que ha sido la más generalizada, la Retributiva (enfocada al castigo). Por lo tanto, nos encontramos con un enfoque distinto a las ideas que justifican el derecho penal e incluso de las minimalistas aunque compartan aspectos en una misma orientación; nos referimos, a la justicia restaurativa o la “tercera vía” como en la doctrina se le denomina, el nuevo enfoque que representa la justicia restaurativa, incide en aspectos de distinta índole, por lo cual no hay una definición doctrinal unánime sobre su alcance, en tal sentido el jurista Sergio García Ramírez apunta, comenta que hay una gran confusión por los matices adoptados de manera concreta en el sistema penal de cada país e incluso extendiéndose tal situación al ámbito terminológico y conceptual.

Para aproximarnos al significado de Justicia Restaurativa; es menester, precisar que por restauración se entiende: volver las cosas al *stato quo* ante la comisión del ilícito, no solo en un sentido tangible material, sino incluyendo además la relación social pacífica entre víctima –delincuente como directamente involucrados, y de la comunidad. En tanto que, por restitución se entiende reintegrar o devolver el bien jurídicamente afectado por el delito, lo que implica que para su satisfacción se entregue un bien de semejantes características, o en su caso el valor de ese bien.

De aquí la posibilidad de hablar de una conciliación entre los actores originarios del conflicto, devolviéndole el protagonismo a la víctima, como una forma de solución pacífica y alterna a la reparación penal monopolizada por el Estado, en la cual se le neutralizaba, sin que ello implique una privatización de la justicia o incluso a llegar a la expresión “talionaría” de la venganza privada. La restauración debe entenderse no sólo como la simple y llana reparación del daño causado mediante la compensación económica; sino que va más allá, pues persigue el establecimiento de la armonía y la paz social, mediante el dialogo y el acuerdo mutuo de los actores; por lo tanto, a lo largo de los años se han creado diversas declaraciones y resoluciones en ese sentido, entre las que cabe mencionar:

La Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de los delitos y el abuso del poder de 1985 (resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), apartado A, artículo 7, que alude a los mecanismos oficiosos de solución de controversias; La recomendación No R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, sobre la posición de la víctima en el campo del Derecho penal y procesal penal de 28 de junio de 1985;

La recomendación No R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre “Mediación en asuntos penales”.

La Justicia restaurativa es recogida en primer término en 1999 y también en la fecha que coincide con el 10º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Viena en el año 2000 por el Consejo Económico y Social;

La reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, celebrado en Ottawa del 29 de octubre al 1º de noviembre de 2001; y el último y más reciente Congreso fue el celebrado en Bangko-Tailandia del 18 al 25 de abril de 2005. Como se señaló, una forma de llevarse a cabo esta nueva filosofía de Justicia Restaurativa es la Mediación. “La *mediación* es la intervención en una disputa o

negociación de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable.”⁴⁵

En ese sentido la mediación se rige y se alimenta de los mismos principios y posee los mismos beneficios de la Justicia Restaurativa, pues es una forma de poner en práctica esta Justicia; además, con la mediación se reducen los costos tanto económicos, como emocionales porque se controla el resultado y se mejora la comunicación, consolida la comprensión y confianza, resguarda la relación y es base de negociaciones futuras.

III.1. Definición

Tratar de definir la **mediación** no es, en modo alguno, una pretensión trivial; implica entrar en un discurso teórico complejo, en tanto que proviene de ámbitos disciplinarios discordantes y se ve engrosado por un cúmulo de prácticas, si cabe, aún más inconexa. La palabra mediación proviene del latín *mediatio, -onis*, como acción de *mediare*, que indica el punto medio entre dos extremos.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define mediación como: “acción y efecto de mediar, y para mediar ofrece las siguientes acepciones:

“**MEDIAR.** (Del lat. *Mediare*).*intr.* Llegar a la mitad de algo. U. t. en sent.fig.//2.Interceder o rogar por alguien.//3.**Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.**//4.Dicho de una cosa: Existir o estar en medio de otras.”⁴⁶

⁴⁵ W. MOORE, Christopher. El Proceso de Mediación. “Métodos prácticos para la resolución de conflictos”, 1º edición, Editorial Granica S. A. Buenos Aires, 2006. p. 44.

⁴⁶ Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, Real Academia Española, 2001. p.1000

Esta última acepción a pesar de no ser tan acertada en cuanto al término mediación, la misma resulta acorde con nuestro objeto de investigación, pues reconoce la situación conflictual entre dos o más sujetos, la participación de un tercero y la finalidad de procurar una conciliación con lo que se solucionará el conflicto.

Atendiendo a lo anterior sin más preámbulo señalaré de manera genérica como aspectos característicos de la mediación los siguientes:

- Conflicto de intereses entre dos o más personas.
- Participación de un tercero ajeno al conflicto inicial, procurando la consecución de una finalidad,
- Realización de actos concatenados dirigidos la consecución de una finalidad.
- Finalidad de solucionar el conflicto por las propias partes, lograr la conciliación de intereses.

Siguiendo con el concepto de mediación, por su parte el Diccionario Jurídico Mexicano, solo atiende a la definición de mediación internacional en cuanto al Derecho Internacional Público, en donde se establece que:

“es uno de los medios tradicionales de solución pacífica de las controversias que se caracteriza por la participación de un tercer Estado en un conflicto que involucra a otros dos Estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo.”⁴⁷

Por su parte, Rafael de Pina en su diccionario de Derecho destaca dos acepciones, la primera del Derecho Internacional Público como la acción de una o más potencias dirigidas a resolver amistosamente un conflicto existente entre otras, emprendida de oficio o a instancia de parte, y la segunda de Derecho

⁴⁷MÉNDEZ SILVA, Ricardo. **Mediación internacional**, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo III, 1ª edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001. p. 289.

Mercantil, que alude a la figura del corretaje como el “contrato en virtud del cual las partes se obligan a abonar a la otra (que ha probado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil) una remuneración por tal servicio.”⁴⁸

En el ámbito jurídico, la mediación como forma de solucionar conflictos, manifiesta su diversidad de manera proporcional en cuanto a las distintas ramas en las que se divide nuestro ordenamiento actualmente vigente. Podemos hablar de mediación en materia civil, mercantil, laboral, en el derecho internacional público, etc., empero, la mediación penal es el eje toral de esta investigación, motivo por el cual enfocare el análisis a su contenido y alcance, denotar las características que la describan y aproximen al objeto con la realidad.

De las unidades conceptuales anteriormente planteadas en las que comunmente se recurre a la mediación como una forma pacificadora en la resolución de conflictos, habremos de observar que no siempre figura una definición explícita de este fenómeno o, cuando demos con ella, quizá se trate de una de tantas formulaciones reiterativas y poco elaboradas en las que con cierta ligereza se alude a resolución de conflictos, neutralidad y acuerdo. Si bien podemos reconocer corrientes de mediación con planteamientos absolutamente diferenciados, resulta sorprendente percatarse de las concomitancias a la hora de plasmar sus respectivas formulaciones del concepto de mediación. Eso, es así porque la permeabilidad entre teóricos no es poca y, en la práctica, cada mediador trata de sustentarse en la mezcla de asunciones que mejor concuerdan con la propia formación académica, valores, ámbito de trabajo, experiencia, contexto etc.

Sin duda otra definición de mediación en un sentido estricto o restringido más completa es la proporcionada por Folberg Jay:

“...el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan

⁴⁸PINA DE, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho, 18ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992. p 369.

sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyan en sus vidas. Por lo tanto constituye un proceso que confiere autoridad sobre si misma a cada una de las partes...”⁴⁹

Sobre la idea de las etapas del procedimiento de mediación, María Laura Valleta señala que la mediación:

“...constituye una alternativa no adversarial para el manejo y solución de conflictos. Es una técnica que se caracteriza por la participación de un tercero neutral e imparcial, cuya función es facilitar el proceso, para que las propias partes, encuentren su propia solución al problema que las relaciona. El mediador dirige el proceso de diálogo entre las partes con el propósito de balancear el poder entre éstas, utilizando diferentes técnicas, como la persuasión, la inversión de roles, confrontación, cambios de actitudes...”⁵⁰

“Actualmente, la Mediación es una práctica consolidada que se inscribe entre los Métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) o, como de tramitación de las diferencias y gestión de conflictos.”⁵¹

Por lo tanto, a pesar de que se trata de reclamar un derecho a través del mutuo acuerdo de voluntades y de manera no violenta, la solución del conflicto entonces será válida, **pero surge la cuestión sobre la eficacia de la solución, la cual**

⁴⁹ JAY Y TAYLOR, Folberg. Mediación: Resolución de conflictos sin litigio, 3ª edición, Editorial Limusa- Noriega, México, 1992. p. 27

⁵⁰ VALLETA, María Laura. Diccionario Jurídico, 3ª edición, Editorial Valleta, Buenos Aires, 2004. p. 455.

⁵¹ MARCELO NATO, Alejandro; et. al. Mediación Comunitaria Conflictos en el Escenario Social Urbano, 1º edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006. p.30.

consideramos sí requiere de la declaración que el órgano judicial haga para que surta plenamente sus efectos respecto de tercero.

Por su parte Horowitz apunta que la mediación es un proceso informal en que un tercero neutral sin poder para imponer una resolución ayuda a las partes en disputa a alcanzar un arreglo mutuamente aceptable. Bodine, Crawford y Schrupf, puntualizan que el mediador ayuda a los disputantes a resolver sus conflictos pacíficamente.

En la búsqueda de nuevos matices, encontramos que Six, por ejemplo, conjetura que la mediación, es a la vez una técnica y un arte; consistente, en una acción realizada por un tercero, entre personas o grupos que consienten y participan libremente, y a quienes pertenecerá la decisión final, destinada bien sea **hacer nacer o renacer** entre ellos nuevas relaciones, bien sea **a prevenir o curar** entre ellos nuevas relaciones.

Para terminar, el ingrediente indudablemente comunicacional de los procesos mediadores, cualquiera que sea la forma de entenderlos, ha propiciado que diferentes teóricos definan la mediación desde el campo de la comunicación humana. En esta línea, Díez y Tapia dicen, simplemente, que la mediación es comunicación; y Giró lo recalca aseverando que la mediación no tiene otra finalidad que comunicación. De forma análoga, Suares estima, que la mediación surge para conducir problemas de comunicación y esta conducción se resuelve en la comunicación. Para Cobb, promotora del modelo circular narrativo, la mediación constituye un proceso de narración.

De las definiciones que proporcionan Folberg Jay y María Laura Valleta, en relación a la mediación, se observa una clara diferenciación en cuanto al procedimiento de la mediación; pero además, también se advierte una precisión en cuanto al contenido conceptual del propio término; por lo tanto, como lo afirma María Laura Valleta, la mediación constituye una alternativa no adversarial para el

manejo y solución de conflictos, por adversarial debemos entender la no oposición de voluntades a que el conflicto se resuelva por esta vía, se caracteriza por la participación de un tercero neutral e imparcial, cuya función es facilitar el proceso, para que las propias partes, encuentren su propia solución al problema que las relaciona, en este sentido la autora acierta al establecer a mi parecer el requisito esencial de tal procedimiento, y lo es que los propios mediados buscan la solución a su propio problema, pues el mediador es sólo un espectador cuya función es conducir a las partes, a tal solución.

La mediación como resolución de conflictos induce a creer que de lo que se trata es de eliminar los conflictos. Seguramente no sea tal la pretensión de quienes utilizan esta terminología de manera genérica, aunque probablemente si se identifiquen con un modo de proceder dirigido a establecer los puntos de similitud entre las personas, para luego, potenciarlos y llegar a un acuerdo que restablezca la armonía; repara en el hecho, de que hay en el fondo de la definición de mediación entendida como “resolución de conflictos” una visión muy maniquea de lucha entre el bien y el mal, una búsqueda dirigida a suprimir de forma radical el conflicto como si fuera el mal, aquello que impide a los seres y sociedades existir verdaderamente en concordia.

Christopher W. Moore considera que:

“Los mediadores son los defensores de un proceso equitativo, y no de determinado arreglo.”⁵²

En general, se puede decir que *la mediación* consiste en un procedimiento en el cual, las partes (mediados), ayudadas por un tercero (mediador) que no tiene facultades de decisión, intentan resolver un conflicto. El mediador o facilitador sirve de cauce para que víctima y delincuente puedan llegar a acuerdos de restauración y reparación del daño y también para que el infractor asuma su

⁵² Cfr. W. MOORE, Christopher. Op. Cit. p. 47.

responsabilidad por el hecho cometido. Se está ofreciendo ingresar en un proceso de mediación, que si arriba con éxito, repara de algún modo el daño y lo que es más importante, opera preventivamente para aminorar la posibilidad de aparición de otros conflictos de índole similar en el futuro, sin perjuicio de que la vía penal se mantenga abierta.

En los primeros capítulos he manifestado el contexto sobre el cual se desarrolla el Sistema de Justicia Penal y los problemas del mismo; sin embargo el motivo del presente trabajo no es el de simplemente analizar, ni mucho menos el de criticar al sistema, sino el de dar a conocer soluciones alternativas a los problemas que el sistema de justicia penal trata de resolver, al efecto me permito citar a Nils Christie en un frase que resumiría el motivo del presente trabajo: “Busquemos opciones a los castigos, no sólo castigos opcionales.”⁵³

Cabe mencionar que la mediación dentro de la teoría general del proceso; implica una forma *autocompositiva* para la *solución de conflictos de intereses*. La autocomposición implica que la solución emana de las propias partes en conflicto, con independencia de ser auxiliadas por un tercero (s) ajeno, imparcial y profesional, pues éste guarda en todo momento un plano de igualdad respecto de las partes y su función se centra primordialmente en construir un medio para lograr la comunicación facilitando un arreglo; por tanto, no tiene la facultad de imponer una decisión. En consecuencia el sistema de Mediación puede ser entendido como una alternativa para prevenir conflictos penales, solucionar y corregir. La mediación no solo consiste en rebajar los costos económicos y de tiempo de los tribunales, lograr que las personas obtengan un nivel más alto de satisfacción en los resultados o tal vez asegurar el efectivo cumplimiento de los acuerdos, pues esto sin duda sería más bien cuestión de marketing que no un intento real de afinar el concepto de mediación. Mediación y justicia se ocupan de funciones claramente diferenciadas, de lo que se deduce que la mediación supone, en realidad, una vía original y paralela, con una oferta propia.

⁵³NILS, Christie. Los límites del dolor, 1ª edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1999. p.14

“En fecha 24 de enero del año 2007, el Pleno del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, emitió el Acuerdo 6-04/2007, en el que se determinó la implementación de la mediación en materia penal en el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, entrando en funciones dicho servicio el día 2 de mayo de 2007 dos mil siete.”⁵⁴

La mediación penal busca consolidarse como un método alternativo de justicia que coexista y coadyuve con la vía jurisdiccional.

La mediación penal es un procedimiento que tiene por objeto la solución de conflictos originados por la comisión de un ilícito penal, dentro del marco de la justicia restaurativa, el cual es voluntario, confidencial y gratuito, en donde se privilegia el dialogo a fin de que las personas involucradas encuentren en relación al conflicto que comparten, soluciones viables para su cumplimiento y perdurables en el tiempo. Actualmente, los conflictos susceptibles de ser resueltos a través de la mediación penal en el Centro de Justicia Alternativa, son los derivados de los ilícitos penales de: robo, lesiones, daño a la propiedad, fraude, allanamiento de morada y amenazas, siempre que estos no sean considerados delitos graves, sean perseguibles por querrela, que tengan señalada una pena máxima de cuatro años de prisión, o bien, pena alternativa o pecuniaria y que los participantes del procedimiento no se encuentren privados de su libertad.

La Justicia restaurativa es un movimiento dentro del campo de la victimología y criminología, encaminado a involucrar a todos los afectados por un ilícito penal en la identificación y atención de los daños, necesidades y obligaciones generados por dicho ilícito, propiciando una participación activa de los interesados en la respuesta a las consecuencias del delito. Sus principios son: a) El delito es un acto

⁵⁴ Presentación del Centro de Justicia Alternativa, Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2007, en <http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa/index.html>, consultado el 22 de noviembre de 2008.

que atenta contra las personas y las relaciones interpersonales; b) El delito como una ofensa conlleva obligaciones; y c) La obligación principal es reparar el daño.

De acuerdo a estos principios restaurativos, la finalidad del procedimiento de mediación penal que se lleva a cabo en el Centro de Justicia Alternativa es, en el caso del ofensor:

- Darle oportunidad de tomar conciencia del daño causado;
- Que responda moral y económicamente por dicho daño
- Que exprese su arrepentimiento y que esté dispuesto a pedir perdón;
- Que manifieste explícitamente su voluntad para conciliar; y
- Que cuente con capacidad de entendimiento.

Mientras que en el caso de la víctima:

Darle la oportunidad de manifestarse respecto al daño que le fue ocasionado;
Que identifique y exprese sus temores;
Brindarle un espacio seguro;
Que manifieste explícitamente su voluntad para conciliar;
Que trabaje e inhiba algún deseo de venganza; y
Que cuente con la capacidad de entendimiento

De esta forma y una vez que los involucrados en el conflicto penal han resuelto su problemática, al haber equilibrado sus intereses y reconocido sus necesidades, es posible que los mismos, debidamente saneados, se integren de manera constructiva a la sociedad. La mediación tiene como premisa fundamental resolver los problemas derivados de la comisión de un delito sin que las personas involucradas tengan que ir necesariamente ante un ministerio público o un juzgador. El servicio de mediación solo puede solicitarse y realizarse de manera voluntaria, por lo que es necesario que acusado y víctima de un delito estén de acuerdo en resolver sus problemas mediante el diálogo.

Es cierto que el sistema de Justicia Penal ha recibido muchas críticas, pero en el presente trabajo no es prioridad fundamental legitimar el movimiento abolicionista, ni mucho menos tratar de generar la idea sobre la extinción de tal sistema; sin embargo, es necesario aclarar que es absurdo – por lo menos parcialmente – criticar a los planteamientos abolicionistas en el sentido de que ese proceso de “civilizar al derecho penal” puede transformarse en un proceso de “criminalización de la ley civil”, pues se podría partir de la idea por una invasión de principios civiles a problemas que hoy son de naturaleza penal, y no al revés como contrariamente piensan los críticos del movimiento abolicionista.

III.2. Principios de la Mediación

Un principio es una base fundamental sobre la cual descansa la consolidación de un concepto o bien de una definición, para efectos del tema entenderemos por principio, aquellas proposiciones fundamentales que soportan el sistema de la mediación y su práctica.

De esta forma enumeraremos a continuación, cuales son los principales principios, bajo los cuales descansa el procedimiento de la Mediación, dando una breve explicación, respecto de lo que significa cada uno.

Voluntariedad

Esta característica se refiere a la libre decisión de las partes en su participación dentro del procedimiento; es decir, la participación de los mediados en el procedimiento de la mediación debe ser por su propia decisión y no por obligación, desde esta óptica tenemos que el procedimiento de la mediación es autocompositivo; es decir, responde a la determinación de los medios para acudir, permanecer o retirarse del procedimiento de la mediación, sin presiones

libremente, decidir sobre la información que revelan; así como resolver llegar o no a un acuerdo. Los mediados tendrán siempre la libertad de seguir participando en la mediación, incluso en el contexto de los programas obligatorios. Esto implica que el mediador debe reconocer que son los mediados quienes tienen la potestad de tomar las decisiones en la mediación en los casos que les permite la ley.

En algunas legislaciones se regula la mediación como una instancia obligatoria, lo que debe entenderse solo en cuanto a asistir a la reunión o reuniones de mediación y participar en ella (s) de buena fe, en búsqueda de una solución para su controversia. En ningún caso deberá entenderse la obligatoriedad para llegar a un acuerdo. Cualquiera de los mediados puede retirarse, si así lo decide, aun sin haber llegado a un acuerdo, sin que ello implique perjuicio para los mediados.

Sin embargo, un gran reto para el procedimiento de la mediación penal, es que el autor del daño no vea aquí una forma de sustraerse a la pena dentro de la justicia penal y opte por esta vía a sabiendas de que la reparación tiene un contenido económico-material, pues lo que se busca es la responsabilidad del autor con su hecho y las consecuencias que produce a la víctima en un contacto directo.

La voluntariedad de las partes dentro del procedimiento de mediación se relaciona directamente con el cambio de enfoque; en efecto, a diferencia del proceso penal en donde se busca una verdad histórica, en la mediación se parte de la verdad consensual sobre la existencia del hecho entre la víctima y el autor del daño, sin que se haya probado el mismo por no ser fin ni objeto de la mediación. Así el Criminólogo y Penalista Elías Neuman resalta la distinción entre ambas vías:

“Y la concordancia en el deseo de participar en la mediación implica de modo indubitable que víctima y victimario saben de lo que se trata, es decir, están de acuerdo sobre los hechos fundamentales lo que implica un reconocimiento de esos hechos, en especial, por parte del autor. También deben saber que la participación de éste,

no implica la admisión de culpabilidad que pudiese utilizarse de modo ulterior en el juicio penal, si la mediación fracasara, o en cualquier otro procedimiento judicial.”⁵⁵

Empero, existen países en que tal principio no es aplicado; por ejemplo, la ley argentina prevé una instancia de Mediación obligatoria para algunos casos. Los argumentos a los que habitualmente se apela para defender esta obligatoriedad desatienden el que para el sistema de Mediación mexicano es un atributo irrenunciable de la Mediación: el ejercicio de la libertad de los individuos. “El argumento de la obligatoriedad gira también alrededor de la eficacia estratégica en cuanto a la difusión de estos métodos y a su noble fin: contribuir a la paz social. Si de ello se trata, será seguramente más acorde a este principio concentrar los esfuerzos para mejorar cada día la calidad del trabajo desarrollado, evitando el empleo de instrumentos imperativos que ningún bien la hacen a esta incipiente profesión y que la devalúan como recurso útil para la sociedad.”⁵⁶

Confidencialidad

En cuanto al contenido del procedimiento de mediación, como declaraciones y confesiones de las partes, o bien cuando éstas se pudiesen desprender elementos para una investigación por hechos distintos a la materia de la mediación: no podrá ser revelada ninguna información a menos que quién la emite así lo autorice, por lo que no será susceptible de ser utilizada sino por consentimiento expreso de este; lo tratado en la mediación no podrá ser divulgado por el mediador, a excepción de los casos en los que la información se refiera a un ilícito penal y que la legislación correspondiente señale.

Al inicio de la mediación, el mediador informa a los mediados sobre la importancia y alcances de la confidencialidad y solicita su compromiso respectivo. Las

⁵⁵NEUMAN, Elías. Op. Cit.p.127.

⁵⁶W. MOORE, Christopher. Op. Cit. p 170.

sesiones de la mediación celebrarán en privado con la restricción para los mediados de no poder llamar como testigo al mediador en un proceso judicial o arbitral relacionado con el objeto de la mediación. La confidencialidad involucra al mediador y a los mediados, así como a toda persona vinculada a dicha mediación. A fin de lograr que en la mediación, se aborden las situaciones de fondo, es importante crear un espacio en el que, en confianza, los mediados pueden expresarse a plenitud y que este elemento esté presente en toda mediación. La confidencialidad facilita un intercambio indirecto de propuesta entre las partes, el cual asegura acuerdos satisfactorios y duraderos.

Dentro de los efectos de la confidencialidad, María Elena Caram señala que:

“...toda la conversación que el mediador mantiene con las partes o entre sí queda protegida por esta reserva que impide se traslade a otro ámbito, incluso al judicial, lo manifestado por los participantes. Generalmente se suscribe un convenio en este sentido que enfatiza esta privacidad, favoreciendo así que el diálogo sea más franco y distendido. Naturalmente esta reserva no se extiende al acuerdo que pudiera alcanzarse...”⁵⁷

En consecuencia es incontrovertible que las partes que manifiestan su voluntad para someterse al procedimiento de mediación, deben ser sabedoras del cumplimiento y la observancia de tal principio, pues el desconocimiento del mismo no es una causa de justificación, cuando se pretende afectar a alguna de las partes; ya que al respecto existen premisas fundamentales consagradas en la Carta Magna.

⁵⁷CARAM, María Elena. Hacia la mediación penal, la ley, suplemento de resolución de conflictos (R. C.), Buenos Aires-Argentina, marzo 2000.p. 2.

Flexibilidad

El procedimiento de mediación debe de carecer de toda forma estricta para poder responder a las necesidades particulares de los mediados; de tal manera que se le da libertad al mediador para dirigir el desarrollo de la mediación a la forma más útil, ello en busca de una mejor comunicación. Se da una adecuación del procedimiento en atención de las necesidades y las circunstancias específicas del caso en concreto, sin necesidad de colmar fatal y rigurosamente una secuela rigorista, pues habrá momentos en donde tal vez no resulte tan conveniente una sesión con ambas partes u otras en que si lo sea, etc.

Desde mi particular punto de vista resulta óptimo emplear y respetar los anteriores principios reseñados; sin embargo, existen otros principios que son relativos tanto al procedimiento de la mediación, como a la figura del mediador; entre los primeros destacan: *la legalidad y procedimiento no adversarial*; en tanto que los segundos son: *Neutralidad e imparcialidad, equidad y honestidad*.

III.2.1. Proceso

La teoría General del Proceso define al proceso como la serie de pasos concatenados, que comienzan con una demanda y terminan con una sentencia definitiva e irrevocable. Sin embargo, la mediación desde mi punto de vista no es un proceso, sino un procedimiento, inicialmente puedo decir que no comienza con una denuncia ante el Ministerio Público como en el proceso penal, sino con una "solicitud".

La idea de procedimiento supone la idea de una serie de pasos, que difieren en tiempo y forma tanto del proceso Ordinario Civil como del proceso penal. En principio no busca resolver sobre la acreditación de una conducta tipificada como delito o sobre la responsabilidad o no de la persona que lo cometió, como el

objetivo del proceso penal, sino descubrir qué puede hacerse para reducir o eliminar el problema. En principio, habremos de retomar la idea de que la mediación lejos de situarse, como algunos autores lo han hecho, dentro de la heterocomposición, es propiamente un medio autocompositivo; ya que es un hecho que el mediador solo es la vía para que los propios particulares expongan las soluciones al conflicto; en ese sentido los principios reguladores del procedimiento de la mediación se basan en procurar una igualdad entre las partes, pero con la sabida ventaja para la víctima, que en caso de que su bien afectado no sea materialmente reparado o el actor se niegue a repararlo, será remitido al Sistema de Justicia Penal, en ese momento podemos establecer que se agotó la posibilidad de una trasgresión a un mayor bien que es la libertad. Con lo que, por primera vez, a mi parecer, queda validada la coacción psicológica del proceso penal.

El número de etapas no es una constante, depende del tipo de programa y las técnicas empleadas; sin embargo, existen autores que proponen su propio esquema, el cual es variado, pero de entre ellos se pueden apreciar aspectos comunes, así por ejemplo “Folberg y Taylor en su obra que aborda la mediación desde una perspectiva general, hablan de un “mega-proceso de siete etapas,”⁵⁸ que son las siguientes:

1. Inicial: Creación de confianza y estructura;
2. Localización de hechos y aislamiento de problemas;
3. Creación de opciones y alternativas;
4. Negociación y toma de decisiones;
5. Esclarecimiento y relación de un plan;
6. Revisión legal y procesamiento;
7. Puesta en práctica, análisis y revisión.

⁵⁸JAY Y TAYLOR. Folberg.Op. Cit. p. 49.

La finalidad del procedimiento de mediación es el tratamiento y solución del conflicto, la solución se presenta como un acuerdo de voluntades que se materializa formalmente como un convenio, de conformidad con el artículo 1722 del Código Civil Federal.

Por lo tanto, tenemos que aún y cuando anteriormente plateo que las partes en conflicto llegaran a solucionar sus conflictos a través de un convenio, ello no significa que llevar los principios que rigen al sistema Civil e instalarlos en la comunidad; pues se requiere de la aplicación de una serie de conceptos más específicos, los cuales no pueden ser en términos generales, considerados como si se tratara de una ley. Toda comunidad tiene sus problemas y capacidad de resolverlos de manera diferente, los problemas dentro de una junta de barrio no son los mismos que se tienen dentro de la asociación de colonos, en caso de que lo fueran, no se resolverían de la misma manera.

El procedimiento, en el sistema de mediación debe ser particular e independiente del que se resuelva respecto de otro conflicto, atento a las necesidades y problemas que en determinado momento se tenga, ya que no se puede dar solución a casos semejantes; se tiene que considerar todos los aspectos, así como todas y cada una de las características, elementos y detalles de cada caso en concreto.

El procedimiento de la mediación no busca imponer o atribuir un grado de culpabilidad, pues se parte de la idea de que, lo acontecido en el mundo real fue un evento, mas no un delito; por lo tanto, tenemos que la mediación busca, como primordial finalidad, encausar una conducta que se ha exteriorizado y que ha producido como consecuencia la afectación de un bien jurídico, a sólo repararlo.

El contenido del acuerdo o convenio conciliatorio puede consistir en obligaciones con prestaciones futuras, de dar, hacer, o no hacer; de ninguna manera como ya se señaló, sobre la culpa y responsabilidad de las partes.

III.2.2. Reseña del Centro de Justicia Alternativa en el Distrito Federal

En principio, no podemos hablar de una evolución referida a la mediación penal por incipiente que esta sea, sin hacer mención previa del acontecimiento que hizo voltear la mirada del esquema judicial (por excelencia la función jurisdiccional), a los mecanismos alternativos para la solución de conflictos (arbitraje, conciliación y mediación); se trata de la adopción de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Aunado a ello, en el rubro internacional, la firma y ratificación del tratado de libre comercio con Canadá y Estados Unidos (TLACAN-NAFTA) en 1994, significó la aceptación de mecanismos diversos a los de tipo jurisdiccional para la solución de conflictos suscitados por la aplicación de dicho tratado. Con ello no se desconoce de ninguna manera, que otras legislaciones anteriores en nuestro sistema jurídico haya contenido mecanismos de conciliación, tal como sería el caso de la Ley Federal del Trabajo en donde la audiencia conciliatoria es obligatoria y previa al proceso jurisdiccional.

Impulsados así por la corriente internacional a partir de 1994, algunas entidades federativas comenzaron a planear, elaborar y muy pocas a poner en marcha diversos proyectos para implementar mecanismos alternos para la solución de conflictos, o bien previstos en la ley pero con nula práctica, sin que prevalezca uniformidad al respecto.

La mediación en materia penal a nivel federal no existe, pese a que entró en vigor en marzo del 2006, la reforma al artículo 18 Constitucional, en la que se plantea dentro de los lineamientos del nuevo sistema de justicia para adolescentes en

conflicto con la ley penal, el sexto párrafo, en el que se prevé la aplicación de formas alternativas de justicia, lo cual ya representa un primer paso que esperamos se haga extensible al ámbito penal para adultos. En cuanto al Ejecutivo Federal, el Plan Nacional de Desarrollo del presente sexenio (PND 2007-2012), en su primer eje enfocado al estado de Derecho y la seguridad, respecto a la procuración e impartición de justicia, tiene como uno de sus objetivos la modernización del sistema de justicia penal, consistente en lograr un marco normativo que garantice justicia pronta y eficaz. En ese sentido, la implementación de medios alternos de solución de conflictos, constituye una estrategia para fomentar la reducción de litigios. Así para el Ejecutivo Federal, las directrices a seguir en cuanto a los mecanismos de justicia alternativa, son las contenidas en la estrategia 4.6., en la que se establece:

“Los litigios representan un costo económico y social elevado para el Estado, así como para los particulares. Para reducirlos, se promoverán y adoptarán medios alternativos para la solución de controversias como eje toral del sistema de justicia en general, que permitirán además crear una conciencia y una actitud de diálogo y conciliación, más que de confrontación, entre la Sociedad. En muchos casos, estos métodos resultan más apropiados, para los fines de la justicia, que la imposición de una pena de prisión al resarcir al agraviado en pleno goce de sus derechos y reconstruir el orden social quebrantado por medio de la restitución y no de la represión.

Estos mecanismos permiten que el Estado centre sus capacidades institucionales en la persecución de aquellos delitos que verdaderamente atentan contra el orden y la paz públicos. De manera paralela, sirven para despresurizar el sistema judicial, cuya

saturación es un claro obstáculo para la impartición de justicia pronta y expedita.”⁵⁹

En el ámbito local, fue creado el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (CJA), en 2003, como órgano del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal para administrar y desarrollar los métodos alternos de solución de conflictos en el Tribunal, en particular a través de la mediación, transformándose en una dependencia del propio Tribunal con autonomía técnica y de gestión por virtud de las reformas a la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, ambas de 2008.

La creación del Centro de Justicia Alternativa se anticipó a la reciente Reforma al Artículo 17 de la Constitución, publicada el 18 de junio del dos mil ocho, que ordena que las *leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, ya que* establece la posibilidad de que las personas puedan resolver sus conflictos sin autoridades como un mecanismo complementario al servicio de la justicia ordinaria, tal y como sucede en el Centro de Justicia Alternativa. También significa que es el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal donde se cimentan la justicia tradicional y la alternativa. Ambas comparten la misma teleología de lograr un sistema de justicia pero con metodologías diferentes. La solución sana de disputas permite que los usuarios de los servicios de mediación sean beneficiados por una moderna actitud institucional y democrática que permite la participación de la ciudadanía en la resolución de sus conflictos.

“La mayor rapidez a la solución de controversias por mecanismos alternativos propicia una disminución en los costos, no sólo para las partes involucradas sino para el sistema de justicia, ya que representa una posibilidad muy cercana de descongestionar a los tribunales. El Centro de Justicia Alternativa representa la

⁵⁹“Plan Nacional de Desarrollo” Presidencia de la República, Poder Ejecutivo Federal, México, 2007-2012, p. 53. en http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/pdf/PND_2007-2012.pdf. Fecha de consulta 28 enero de 2009.

oportunidad que tienen los ciudadanos de solucionar sus conflictos a través de métodos no contenciosos. Así tenemos que el 24 de enero del 2007, fue publicado en el Boletín Judicial número 20, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el acuerdo 6-04/2007, por medio del cual se ordenó la implementación de la mediación en materia penal en dicho centro de Justicia Alternativa, contemplando la atención de únicamente cinco delitos perseguibles por querrela (lesiones, daño a la propiedad, robo, amenazas y allanamiento de morada).⁶⁰

En el mismo acuerdo se autorizó como frase oficial para el año: “2007 Mediación: *proceso flexible y solución confiable*”, la cual estaría inserta en la parte superior derecha de todas las comunicaciones, resoluciones y todo tipo de acuerdos que emita el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y el Consejo de la Judicatura durante el 2007.

Por otra parte, aún y cuando de forma inicial, la mediación en materia penal fue implementada con las Nuevas Reglas de Operación el 27 de abril de 2007, vigente a partir del 02 de mayo del mismo año, de acuerdo al artículo transitorio Primero, la cual ya tenía por objeto la solución de conflictos entre particulares, ya sean personas físicas o morales, originados por la comisión de un ilícito penal, dentro del marco de la justicia restaurativa (artículo 47 quater); sin embargo, en la actualidad la mediación en materia penal se encuentra inmersa en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y en el Reglamento a la misma ley, la primera publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 08 de enero del 2008, estableciéndose en el primer transitorio, la entrada en vigor a los sesenta días naturales posteriores a su publicación en dicha Gaceta, en tanto que el Reglamento fue emitido por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, en cumplimiento al acuerdo 17-81/dos mil ocho en cesión ordinaria de fecha 03 de diciembre del 2008, contemplándose que el mismo entraría en vigor el día de su publicación en el Boletín Judicial del Tribunal

⁶⁰Convocatoria para el **Concurso de Selección de Mediadores en Materia Penal**, se publicó en el Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el 29 de enero de 2007.

Superior de Justicia del Distrito Federal, como consecuencia de la publicación de este reglamento, quedaron abrogadas las reglas de operación del Centro de Justicia Alternativa; aprobadas mediante el acuerdo 33-18/2007. Ahora bien, la mediación de conformidad al artículo 3º. de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, establece como objetivo fomentar una convivencia social armónica a través del diálogo y la tolerancia, mediante procedimientos basados en la prontitud, la economía y la satisfacción de las partes, estableciéndose en el artículo 5º. de dicho ordenamiento, específicamente en la fracción IV la mediación en materia penal, la cual versa sobre las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño.

La convivencia social contemporánea se ha vuelto compleja debido al crecimiento de la población, la desigualdad económica, el avance tecnológico y la globalización, factores que han incrementado y creado nuevos conflictos en la sociedad mexicana, provocando la insuficiencia de los servicios tradicionales de la administración de justicia.

La sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, el abuso de los recursos que la ley otorga para los procesos judiciales, la dilación de los juicios, el alto costo que implica el litigio, el desconocimiento del Derecho y de los procedimientos jurisdiccionales, así como la insatisfacción social frente a la resolución judicial, la ineficacia de la vía conciliatoria, la falta de profesionalismo en el patrocinio de los negocios jurídicos, la carencia de una actitud institucional democrática que permita la participación de la ciudadanía en la resolución de sus conflictos, entre otros, son factores que condujeron al Consejo de la Judicatura del Distrito Federal a incorporar en el proceso de reforma judicial, medidas transformadoras para superar la problemática descrita.

La inclusión de los métodos alternos de solución de controversias como vías de acceso a la justicia, a través de la institucionalización y desarrollo de métodos autocompositivos capaces de alternar y coexistir con la vía jurisdiccional, está constituyendo un pilar importante en la construcción de un sistema de justicia más humano, satisfactorio, económico, ágil, expedito y rápido.

Dentro de los citados métodos, la mediación es la vía pacífica de solución de conflictos que, en términos humanos, de tiempo, recursos y costos, ha mostrado ser más eficiente que cualquier otro, porque además de privilegiar la libre decisión de las partes, la cooperación y el compromiso mutuo, facilita la pacífica continuidad de las relaciones, reduciendo así la posibilidad de futuros litigios, independientemente de que, en la medida que se difunda, al ponderarse la responsabilidad de los involucrados en el arreglo de su conflicto ante la sociedad, ésta se proyecta como un medio capaz de generar una cultura pacificadora que recupera la posibilidad de una armónica convivencia entre los individuos, razones por las cuales el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal resolvió incorporarla al ámbito de la administración e impartición de justicia y las nuevas disposiciones legales la hicieron suya.

Así tenemos que el marco jurídico en torno a esta figura, en concreto esta previsto en los siguientes ordenamientos:

a) Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; decreto que modifica la Constitución publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

b) Artículos 186 bis, 186 bis 1, 186 bis 2, 186 bis 3 y 186 bis 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; Reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 08 de enero de 2008.

c) Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal; publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 08 de enero, la cual entró en vigor el 08 de marzo de 2008.

d) Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; publicado en el Boletín Judicial, Órgano Oficial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal el 6 de enero de 2009, fecha en que entró en vigor.

En la tradición jurídica, la expresión de mecanismos alternativos de solución de controversias ha servido para significar mecanismos para resolver conflictos que no requieren autoridades judiciales.

El acceso a la justicia se ha entendido como acceso a la jurisdicción, que se materializa en el derecho de las personas a ser parte de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional hasta obtener una decisión judicial; sin embargo, esa concepción ha venido experimentando una seria preocupación por la excesiva litigiosidad y por su relatividad como acceso para todos.

Ante esta situación, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, desde el año 2001, han programado y realizado diversas acciones que culminaron con la creación del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (CJA) creado en 2003. Su efecto en la población ha sido bien recibido, pues ya existen cientos de testimonios personales de individuos agradecidos al CJA por haber facilitado soluciones negociadas a sus conflictos y por el cambio que operó en sus personas y relaciones personales.

Dentro de los avances previos a la creación del Centro de Justicia Alternativa, destacan los siguientes:

- Proyecto Inicial para la Inserción de los Métodos Alternos de Solución de Controversias en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para el periodo 2003, en el que prevé la creación del Centro de Justicia Alternativa, y en el que se propuso iniciar con la impartición del servicio de mediación, en una primera etapa, únicamente en la materia familiar a partir del 01 de septiembre de ese mismo año.

- Reformas a la Ley Orgánica del Tribunal, entre las que se destaca: la modificación al artículo 200, que faculta al Consejo de la Judicatura a “...**expedir acuerdos generales... para el desarrollo de programas de soluciones alternativas de controversias...**”. Promulgadas el 1º de abril de 2003.

- El acuerdo **16-23/2003**, en el que resolvió “... autorizar la aprobación y ejecución del Proyecto de Justicia Alternativa”, emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura, facultado en términos del citado artículo 200 de la Ley Orgánica del Tribunal, del 7 de mayo del citado año. Dicho Proyecto se centró en el logro de cinco objetivos a alcanzar antes de la fecha fijada para iniciar el servicio de mediación familiar, a saber:

1. Establecer la normatividad que regiría su funcionamiento;
2. Contar con los mediadores que proporcionarían el servicio;
3. Determinar el presupuesto y la estructura organizacional necesaria;
4. Formalizar los acuerdos con aquellas instancias que fungirían inicialmente como proveedoras de los casos materia de mediación, y
5. Acondicionar el espacio físico en el que se instalaría el servicio.

- La expedición de las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que entraron en vigor el 3 de septiembre de 2003.

- Formar el personal debidamente calificado, requerido para ofrecer el servicio de Mediación en materia Familiar.
- Inicio de funciones del Centro de Justicia Alternativa en forma experimental y posteriormente la apertura al público del servicio de mediación en materia Familiar, cuyas instalaciones se ubican en el 4º piso del edificio de Río Lerma 62, en la Colonia Cuauhtémoc, Delegación del mismo nombre, de la Ciudad de México.

Recapitulando, podemos precisar que en un principio, los servicios de Mediación y orientación para la solución de las controversias únicamente estaban orientados a la materia familiar, a partir de 2006 en materia civil-comercial; **desde 2007 en materia penal**, y desde finales del 2008 se inició el servicio en materia de justicia para adolescentes.

El Centro cuenta con un equipo de trabajo compuesto por once mediadores (cuatro familiares, cuatro civil-mercantil y tres penales) y cuatro orientadores especializados.

III.2.2.1. El Procedimiento de Mediación y su Desarrollo

Las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa (publicadas en el Boletín Judicial, el 27 de abril del 2007), establecían la manera de cómo llevar a cabo el procedimiento de la mediación; es así que en el Capítulo Tercero denominado “Del Procedimiento de Mediación”, se preveían las disposiciones generales a efecto de llevar a cabo el procedimiento de mediación de manera general; y de manera específica en el Capítulo Cuarto Ter, denominado “del Procedimiento de Mediación Penal”, indicaba la forma y los requisitos que deberían de cubrir los asuntos en cuanto a este rubro; pero tales reglas, como se ha señalado, quedaron sin efectos a partir de que se creó la Ley de Justicia y el reglamento del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del

Distrito Federal, y concretamente en el Capítulo Quinto, denominado “Del Procedimiento de Mediación”, se establece que:

- a) Las solicitudes de información y orientación sobre el servicio de mediación se formularán personalmente o por representante legal, ya sea de manera oral (personalmente en las oficinas del Centro o por vía telefónica) o escrita (mediante carta, telegrama, fax, o correo electrónico); en ambos casos se deberán proporcionar, por lo menos, los datos generales, los de localización del solicitante, y los del invitado (la persona con la que aquél desea resolver el conflicto de que se trate).
- b) Enseguida el Centro les propondrá que se presenten en el área de información especializada en Mediación, con un documento oficial de identificación y, en su caso, con el que acrediten su representación legal; los involucrados en el conflicto, expondrán por separado y en forma breve el asunto controvertido y recibirán la orientación y documentación explicativa de los servicios que ofrece el Centro.
- c) Se les comunicará si en términos de lo dispuesto por el ordenamiento de la materia, el conflicto planteado es mediable; y en el supuesto de que no sea susceptible de mediación, el Centro los orientará a las instancias pertinentes.
- d) Si después de haber recibido la información, los solicitantes manifiestan por escrito su voluntad de participar en el procedimiento de mediación, se les hará saber la fecha y hora para que se presenten a la sesión inicial de mediación; al expediente que al respecto se apertura, se integrará dicho escrito, copia simple del documento de identificación y una impresión de los formatos que se acumulen durante la mediación. Para el caso de que la solicitud la haga uno solo de los involucrados en el conflicto, éste deberá proporcionar el domicilio completo de los demás interesados para que el Centro los invite a presentarse en el área de información especializada en mediación, con un documento oficial de identificación y, en su caso, con el que acrediten su representación legal, para que se les proporcione la

orientación y documentación explicativa de los servicios que ofrece el Centro.

- e) La invitación podrá ser entregada al invitado a través del solicitante o ser enviada por correo o cualquier otro medio efectivo de comunicación. Si el invitado hace caso omiso a la invitación que envíe el Centro, el solicitante puede pedir que se formule una segunda invitación. Si el invitado insiste en no dar respuesta o expresamente manifiesta su negativa de no participar, se cerrará el expediente y se tendrá por fallida la alternativa para solucionar el conflicto a través de la mediación, lo que se hará del conocimiento del solicitante. En el caso de que el invitado manifieste oportunamente su voluntad de participar en la mediación, se hará del conocimiento del solicitante, así como la fecha y hora que se señale para que asistan a la sesión inicial de mediación (fecha y hora que podrá modificarse a petición de los interesados, hasta en dos ocasiones, pero si no asisten todos en la última que se señale, se cerrará el expediente; lo mismo sucederá en el supuesto de que, durante el procedimiento, no se presenten a dos sesiones consecutivas).
- f) Después de cerrado el expediente por cualquiera de las causas señaladas en el párrafo anterior, si persiste el interés de las partes en conflicto, y posteriormente así lo manifiestan, se reabrirá; y el mediador al que le fue turnado o al que se le turne, señalará día y hora para que tenga verificativo la sesión de mediación correspondiente. Al momento en que se comunique a los mediados la cita de la sesión inicial, se les hará saber el nombre del mediador a quien en turno corresponda conducir el procedimiento. El mediador asignado, recibirá el expediente y tendrá obligación de emitir, dentro de los cinco días hábiles siguientes, su aceptación a través de la suscripción del "Escrito de Autonomía", o de excusarse de conducir el procedimiento, por tener impedimento; en cuyo caso, deberá asignarse el asunto al siguiente mediador en turno, y efectuarse los registros conducentes; el cambio se hará del conocimiento de los mediados.

Corresponde a los interesados mantenerse informados del curso que el trámite de la mediación tome.

- g) Durante la primera sesión, el mediador deberá recordar a los mediados el objeto y alcance de la mediación, celebrará con ellos el "**Convenio de confidencialidad**" correspondiente, les informará de la posibilidad de dar por terminada la mediación, si así conviene a los mediados o si el mediador detecta que se dan las circunstancias siguientes en los mediados: 1. Incumplimiento a las reglas para conducirse en la mediación; 2. Falta de colaboración; 3. Falta a más de dos cesiones consecutivas, sin justificación; 4. Cuando la mediación de torne inútil o impracticable para la finalidad perseguida; y 5. A solicitud de uno o ambos mediados.
- h) Los mediados se obligan a acatar el contenido y alcance de las siguientes reglas para conducirse en la mediación: 1. Mantener la confidencialidad del diálogo que se establezca durante el procedimiento; 2. Manifestar una conducta de respeto y tolerancia entre sí y para con el mediador; 3. Hablar con honestidad y franqueza, para mantener una comunicación constructiva; 4. Escuchar con atención y no interrumpir cuando otro mediado o el mediador estén hablando; 5. Procurar que los acontecimientos del pasado, no sean un obstáculo para la construcción de una solución y de un futuro diferente; 6. Recordar que están por voluntad propia en la sesión y que, por lo tanto, su participación para la solución del conflicto, debe ser activa; 7. Permitir que el mediador guíe el procedimiento; 8. Tener disposición para efectuar sesiones privadas cuando el mediador las solicite o alguno de los mediados la sugiera; 9. No abandonar la sesión hasta en tanto el mediador la dé por terminada; 10. Respetar la fecha y hora señaladas para todas las sesiones, confirmar y asistir puntualmente a las mismas; 11. En caso de fuerza mayor que impida asistir a los mediados o a alguno de ellos, solicitar al Centro que se posponga la sesión, avisar oportunamente del cambio concertado al otro mediado, y confirmar al Centro la asistencia de los mediados en la fecha y hora acordadas; 12. Apagar o dejar fuera de las sesiones teléfonos celulares, aparatos de radio, radiolocalizadores o

similares; 13. No fumar durante su estancia en el Centro; y 14. Evitar traer niños, si la asistencia y participación de éstos en las sesiones, no está programada.

- i) La duración de la mediación será la que resulte necesaria, en atención al número y complejidad de los temas que integren la agenda de trabajo, pero no excederá de siete sesiones, salvo que el mediador y los mediados, consideren la necesidad de ampliar el número de sesiones, las que no podrá exceder de otras cinco.
- j) Para cada sesión se programarán dos horas, mismas que podrán extenderse o reducirse de común acuerdo, en razón de la dinámica del caso y de la carga de trabajo del mediador.
- k) La mediación podrá llevarse a cabo en sesiones conjuntas o individuales, es decir, con la participación de uno o varios mediados.
- l) Cuando la naturaleza o complejidad del conflicto lo requiera, el mediador responsable podrá proponer la participación de comediantes, peritos u otras personas que estén relacionadas con el conflicto; empero, esta participación solo tendrá lugar con el consentimiento de los mediados cuando se trate de servicios de asesoría, consultoría o peritaje, por los que se generen honorarios y gastos, que serán cubiertos de común acuerdo por los propios mediados. Para los casos en mediación que requieran la participación de especialista en cualquier profesión u oficio, los mediados presentarán al que de común acuerdo elijan libremente; sin perjuicio de que el Centro les facilite la lista de peritos del Tribunal, a efecto de que seleccionen el que a sus intereses convenga. Ninguna otra persona ajena al procedimiento podrá intervenir en las sesiones de mediación, excepto el personal del Centro responsable de evaluar la actuación de los mediadores, cuando así se requiera, quien sin tener participación alguna, podrá observar las sesiones, pero siempre con el consentimiento de los mediados. Al igual que los mediados, cualquier otra persona que haya participado en alguna de las sesiones de mediación, no podrá emplear lo conocido en ellas para testimoniar o probar en procedimiento legal alguno, por lo tanto deberá

firmar el convenio de confidencialidad correspondiente. Los mediados sólo podrán recibir asesoría de sus abogados, fuera del Centro.

- m) El procedimiento de mediación concluirá en cualquier momento si se actualiza alguno de los siguientes supuestos: 1. Por decisión de los mediados: -Conjuntamente, al haber construido los acuerdos que resuelven la totalidad o parte de los puntos litigiosos del conflicto; -Conjunta o separadamente, por no tener interés o no poder continuar en el procedimiento; 2. Por decisión del mediador, cuando se actualice cualquiera de los supuestos del ordenamiento de la materia, contenidos en el artículo 31.
- n) Los acuerdos legales a los que lleguen los mediados se harán constar en un convenio que deberá observar las formalidades y requisitos siguientes: 1. Constar por escrito; 2. Indicar lugar y fecha de celebración, nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u ocupación y domicilio de los mediados; 3. En el caso de las personas morales, se acompañará como anexo el documento con el que el apoderado o representante legal del mediado acreditó su personalidad; 4. Los antecedentes del conflicto entre los mediados que los llevaron a utilizar la mediación; 6. Una descripción precisa de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que hubieren acordado los mediados; así como el lugar, la forma y el tiempo en que estas deberán cumplirse; 7. Las firmas o las huellas dactilares, en su caso de los mediados; y 8. Nombre y firma del Director de mediación correspondiente, para constar que da fe de la celebración del convenio; así como el sello del Centro. El convenio se redactará por triplicado, se entregará un ejemplar a cada una de las partes, y se conservará uno en el Archivo del Centro.
- o) El convenio celebrado entre los mediados ante la fe pública del Director de mediación de la materia de que se trate, con las formalidades que señala el Reglamento del Centro de Justicia Alternativa, será válido y exigible en sus términos. El convenio traerá aparejada ejecución para su exigibilidad en vía de apremio ante los juzgados. La negativa del órgano jurisdiccional para su ejecución será causa de responsabilidad administrativa.

El Centro, atento a las posibles circunstancias especiales que se actualicen en el procedimiento de mediación, recurrirá a todas las medidas pertinentes a su alcance, para que éste concluya exitosamente, siempre que las mismas no violenten la ley, la moral ni las buenas costumbres.

De lo anteriormente expuesto; se advierte, que el procedimiento de la mediación cumple con los principios que lo rigen, (voluntariedad, flexibilidad, confidencialidad Neutralidad e imparcialidad, equidad y honestidad entre otros); así como también con el objetivo para el cual fue creado; por lo que, aún y cuando será materia de conclusiones y propuesta, adelantare que tal procedimiento desde mi particular punto de vista, carece de medios eficaces para que las partes puedan asistir al procedimiento de mediación; esto es, a pesar de que la invitación para una de las partes puede ser enviada a través del solicitante o en su caso por correo; esto, no es una garantía para que el invitado se presente, con ello no quiero que se piense que en caso de buscar otros medios más idóneos para lograr la notificación se rompería con el principio de voluntariedad, pues tal principio se debe constreñir a mi parecer, a la voluntad de las partes de querer o no solucionar el conflicto a través de esta vía.

Un ejemplo claro de lo que se está planteando lo observamos en el proceso penal cuando la víctima y los testigos citados a una audiencia, en muchas ocasiones, nunca se llegan a presentar; a pesar, de que el código de procedimientos penales en su artículo 200 establece los medios a su alcance para hacerlos comparecer y aunado a ello cuenta con correcciones disciplinarias para hacer cumplir sus determinaciones; la mediación, es un procedimiento novedoso a pesar de haber existido desde hace años, benévolo, vanguardista, que ofrece a la ciudadanía algo más que el reproche social para el inculpado, ofrece la oportunidad de lograr una paz social, es por ello que debemos buscar nuevos instrumentos que la hagan más eficaz.

III.2.3. Comunidad Sociopolítica

Una comunidad Sociopolítica puede ser entendida como un grupo social, con base territorial que reúne a los individuos ligados por la división de trabajos políticos, sin embargo la comunidad sociopolítica a la que nos referimos es mucho más simple, se puede tratar simplemente de la unión de familias individuos o asociaciones congregadas por elementos culturales, deportivos, sociales o territoriales.

Trataremos de estudiar a las diferentes comunidades sociopolíticas, como un ente creado con el fin de hacer nacer lazos más estrechos entre sus integrantes, y de esta manera, dar pauta a la solución de los conflictos de una manera más cómoda y eficaz; por lo tanto, no siempre se debe acudir a la mediación para resolver un problema; muchas veces debemos acudir a técnicas de comunicación y pensamiento creativos con el fin de generar soluciones válidas para las partes implicadas en una disputa; no obstante ello, es interesante transcribir las palabras de Alejandro Nató, defensor adjunto del pueblo de la ciudad de Buenos Aires, en una entrevista publicada en el *diario judicial* en diciembre de 2002: Ante un poder Judicial sobrecargado de trabajo y lento, la mediación apareció hace unos años como una panacea para algunos y una pérdida de tiempo para otros. Lo cierto es que muchísimos conflictos entre vecinos, problemas cotidianos que son parte de la vida, no llegan a Tribunales por su escaso monto económico o por escepticismo de los involucrados en obtener una solución de parte de la agobiada justicia argentina. “Sin embargo estos problemas (ruidos molestos, filtraciones en paredes linderas, cuestiones de consorcio), no pocas veces terminan siendo noticia cuando tienen un desbalance trágico, producido, por ejemplo, de una pelea entre vecinos. Los conflictos interpersonales tienen muchos elementos en común con conflictos a gran escala, nacionales e internacionales, variando sus aplicaciones de un contexto a otro.”⁶¹

⁶¹GÓMEZ OLIVERA, Mirta. Mediación comunitaria. Bases para implementar un centro municipal de Mediación comunitaria y de resolución de conflictos, 1ª edición, Editorial Espacio, Buenos Aires, 2005. p 33 a 35.

En un primer análisis se podría pensar que esta comunidad es totalmente ajena a la realidad mexicana, pero sería falso creerlo. En la Ciudad de México, ciudad multicultural como las grandes ciudades del mundo, presenta tres tipos principales de comunidades sociopolíticas: La asamblea de barrio, la junta condominal, y la asociación de colonos. A nivel nacional agregaría una más: La indígena.

Las comunidades existentes en la urbanidad de la Ciudad de México estas “comunidades socio-políticas” representan a un conjunto de habitantes que tienen en común la misma base territorial, ya sea porque habitan una colonia, un fraccionamiento, un condominio, una unidad habitacional, un residencial o la que fuere. Enfocare el problema exclusivamente a la Ciudad de México; podría pensarse que las asambleas de barrio son organizaciones de la clase baja, las juntas condominales y asociaciones de colonos representan a la clase media y alta respectivamente. Sin embargo, fiel al postulado de los indicadores macro económicos, que a fines de 1994 desaparecieron la clase media mexicana, me atrevo a decir que las primeras dos comunidades representan a la baja y los colonos, exclusivamente a la alta. Pero, si en México existiera, en abril de 2001 la clase media, indudablemente optaría por la asociación de colonos, y no por la junta condominal. “Por lo tanto, independientemente de la existencia de mecanismos alternos a la solución de conflictos penales, es necesario que las comunidades sociopolíticas que se han señalado como ejemplos retomen fuerza en sus organizaciones, pues un vez que ha surgido un asentamiento humano, sobre determinado territorio, es indispensable asegurar el mantenimiento de relaciones ordenadas entre los miembros del grupo, un poder mediante el uso de la fuerza o la amenaza de recurrir a ella.”⁶²

Por obvias razones, esta amenaza de fuerza emana jurídicamente de un contrato de adhesión, que regularmente incluye multas, sanciones de participación en elecciones entre otras.

⁶² ibidem.p.p. 37 a 38.

En cualquiera de los casos, la comunidad política es objeto de sentimientos pertenencias y fidelidad por parte de sus propios miembros, lo que ayuda de sobremanera para la instalación de los Comités de Mediación.

A pesar de que la característica común de estos tres tipos de comunidades es el territorial, es decir, el vivir dentro del mismo fraccionamiento, barrio, colonia o unidad, también puede existir esta comunidad en clubes sociales culturales, deportivos y demás parecidos, no obstante los eventos que se pueden suscitar entre los miembros de estas últimas comunidades son menos comunes y menos difíciles, en comparación con los que tienen que resolver los primeros tres enumerados. Por lo general, la asociación de colonos tiene un contrato de cooperación que firman los miembros de la comunidad, cuya aceptación se convierte en obligatoria para toda aquella persona que adquiera o aspire a vivir y ocupar un bien dentro de esa comunidad, y de esta forma, pertenecer a la asociación. Mientras que la asamblea de barrio es de “buena fe”, las personas que en ella participan, de igual forma son personas de la misma comunidad, pero la participación no es obligatoria para todos y no existe un contrato. El contrato hace posible que problemas como el uso de suelo, mantenimiento a daños a parques, jardines pavimento, seguridad y demás, sean controlados de manera regular.

El contrato de asociación de colonos establece sanciones (que regularmente son la expulsión o desafiliación, multas cancelaciones de voto en elecciones) que evitan la entrada del sistema de justicia penal para la resolución de problemas. Mientras que sembrara un árbol que estorbaba o molesta a uno de los miembros de una comunidad de la asamblea de barrios o de la junta condominal, puede provocar una lamentable controversia- lo más común es que termine con la interpretación del sistema de justicia penal-, en la asociación de colonos se resuelve por la simple regulación de la plantación de árboles y la previa aceptación de sus miembros, por ende, la solución del problema es interna, y es la prevención. La comunidad sociopolítica decide que actos pueden resolverse adentro y cuales deben recurrir al sistema de Justicia Penal. Esto no implica una

novedad. ¿Cuántos de nosotros no hemos resuelto problemas por daño en propiedad ajena entre vecinos sin que la policía intervenga? o ¿cuántas hemos reparado daños por tránsito de vehículo sin intervención de la policía de tránsito?, en verdad, hay casos en los que no necesitamos a la policía. En algunos son indispensables, pero son los menos por ser los extremos.

Esto no solo sucede con los vecinos, ¿qué pasa cuando el niño rompe una ventana en la escuela? ¿qué sucede cuando el adolescente golpea dolosamente al entrenador dentro del club?, ¿se requiere prisión cuando dos equipos de fútbol arman una batalla campal?.

Ejemplos con los que pretendo explicar que estamos acostumbrados a resolver asuntos sin que intervenga el sistema de justicia penal (y en México hay muchos arreglos), en la escuela, el club, la liga, se resuelven problemas que serían penales, ¿por qué no ampliamos este tipo de soluciones a otros ámbitos, sin duda, se reduciría el número de personas en la cárcel.

“A manera de ejemplo, el 07 siete de febrero en la liga mexicana de fútbol de primera división, el Pachuca recibió al Cruz Azul, Manuel Vidrio, defensor de los locales golpeó con el codo el rostro de Francisco Palencia, delantero de los visitantes provocándole dos aberturas en el rostro de 5 cinco y 3 tres centímetros respectivamente **dejándole cicatriz perpetuamente notable** en términos penales el artículo 130 fracción IV del código penal le impondría de dos a cinco años de prisión, **¿es Vidrio un delincuente?**, para nada una jugada mal intencionada sí, pero no es una persona que cada semana provoque lesiones y que tenga que estar dos años en prisión. Una tesis aislada de la suprema Corte de Justicia de la Nación, permite que este tipo de acciones deportivas puedan ser sancionadas penalmente.”⁶³

⁶³ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO, SEXTO CIRCUITO, Novena época, tomo VII, Enero de 1998 p. 11 a 22, Tesis: VI, 2º.206

“LESIONES, DELITO DE, TRATÁNDOSE DE EVENTOS DEPORTIVOS.

Si bien es cierto que la práctica del deporte es una actividad autorizada por el Estado, cuyo ejercicio, en sus distintas disciplinas, requiere de acciones que pueden originar choques violentos entre los participantes, ocasionando a los mismos daños físicos, también es verdad que la causación de tales daños no debe quedar siempre impune, ya que para que ello acontezca es necesario que los contendientes cumplan con las reglas del juego respectivo, lo cual constituye la base para determinar la licitud o ilicitud de la conducta del autor de los daños aludidos y, en consecuencia, para establecer su culpabilidad o inculpabilidad; admitir lo contrario daría lugar a que los jugadores, infringiendo intencionalmente los ordenamientos que rigen las ramas del deporte, pudieran desvirtuar los objetivos propios del mismo; **por tanto, el tipo penal del delito de lesiones se satisface cuando se acredita que se causaron con motivo de una acción ejecutada en un encuentro deportivo en la cual no se acató el reglamento del juego, máxime si tal acción produjo, además, la expulsión del jugador por su conducta notoriamente contraria a las reglas de la disciplina respectiva.**

(SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. VI.2o.206 P Amparo en revisión 663/97. Jorge Ocaña Murrieta. 13 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Zapata Huesca. **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo VII, Enero de 1998. Pág. 1122. **Tesis Aislada).**⁶⁴

Empero, es un acierto que el Club del agresor pague los gastos de reestablecimiento y de indemnización e inhabilitar al jugador agresor hasta que el agredido sane y vuelva a jugar. Es más justo que dos años de prisión. Es lo que logra la mediación. Lo que logra que en todos estos ejemplos se tenga una mejor

⁶⁴ www.legislacionmexicana.com. *J urisconsulta*, S.C.J.N., 8 de mayo dos mil ocho.

solución al problema es un eficaz e idóneo restablecimiento del bien jurídico afectado, resultados que son óptimos en relación a los que daría el sistema de justicia penal, por ello; aún y cuando la mediación penal como tal ya se encuentra funcionando actualmente, otra sería la propuesta de que el proceso se realice dentro de la comunidad. En la actualidad los policías locales lo son solamente de apodo, pues trabajan en una comunidad y viven en otra. El juez y los secretarios pertenecen a realidades diferentes de las partes. Mientras el policía, el juez, conozcan a las partes, más atenta será su solución ya que al ser todos miembros de la misma comunidad, conocidos todos, partes y juez éste cargará en todo tiempo con el peso de sus decisiones. El conocer a las partes evita que se impongan sanciones severas. “La imposición intencional del dolor es más fácil cuando más lejos se está del receptor.”⁶⁵

III.2.4. Preexistencia del Estado de Justicia

La existencia previa de un estado de justicia no implica una reforma del Estado, una revolución “romántica” donde se le conceda más privilegios a los menos favorecidos. Si hablamos de que en el procedimiento de la mediación se busca como objetivo principal, reparar los daños causados a bienes jurídicos, cuya existencia es lícita o justa, habremos de partir esencialmente del estado que guardaba el bien jurídico antes de la transgresión; consecuentemente, es importante partir del hecho de que ese bien que se intenta restituir es lícito, así como tener conocimiento que el titular del mismo está realmente legitimado para ello; es decir, se trata del legítimo propietario o poseedor. La idea de la existencia previa del estado de justicia, señala que si se busca reestablecer las cosas al estado en que se encontraban, es porque ese estado en donde estaban es el ideal, el legítimo y aceptado por toda la comunidad; por tanto, se busca que el bien vuelva a tener el estado original. El estado de justicia radica en dos momentos: primero, en la legal y real titularidad de una persona sobre el bien jurídico afectado; segundo, en el reconocimiento o legitimidad que tenga esa persona

⁶⁵NILS, Christie. Los límites del dolor, Op. Cit. p 114.

sobre el bien. Tomando en cuenta estos dos momentos, se entiende la razón por la cual la comunidad busca reestablecer el orden dañado: el orden, que se vio afectado, es el ideal y el aceptado por todos.

III.2.5. El Evento

“El Derecho Penal siempre tutela determinados intereses que considera de muy alta valía y, por ende, intenta protegerlos en cada tipo penal (delito). Así, por ejemplo, el legislador penal crea el tipo de homicidio, con el fin de proteger la vida del hombre; mediante este tipo se tutela al hombre en su integridad corporal (objeto material) y se tutela su derecho a la vida (objeto jurídico); en el tipo penal de robo, el objeto material será la cosa mueble, mientras que el objeto jurídico será el patrimonio o la propiedad, y así podríamos hablar indefinidamente del objeto material y el objeto jurídico en los tipos penales.”⁶⁶

Para la Dogmática Penal, el delito es una conducta humana típica, antijurídica y culpable; es decir, aquella que se encuentra descrita en los códigos y leyes (sean penales o no). El delito es una conducta que viola bienes jurídicos tutelados o los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos o bienes. “El concepto dogmático del delito no se refiere al daño causado a otro, sino al daño social producido por el crimen o infracción, como dice el filósofo Francés Foucault.”⁶⁷

Es un daño social, una infracción, una ofensa al Estado, una ruptura con la ley, pero no un daño a otro, la víctima. De lo anterior se advierte que el delito es algo más que la dogmática no ha contemplado, al respecto, conviene señalar que entre las consecuencias que produce el delito no únicamente afecta al Estado o a la sociedad, sino directamente a otra persona. En ese sentido, la persona es el objeto directo de la acción delictiva, porque es la que percibe inmediatamente sus

⁶⁶VERGARA TEJADA, José Moisés. Manual de Derecho Penal, Parte General, 1ª. edición., Editorial Ángel, México, D.F., 2002. p. 115.

⁶⁷ SÁNCHEZ CONCEIRO, María Teresa. Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal, Justicia de Proximidad, 1ª. edición., Editorial Juventud S.A. de C.V., Barcelona, 2006. p. 99.

consecuencias, dolor, físico o moral, la que sufre el mal causado por el autor; de ahí, que la mediación independientemente de asegurar un bienestar para la sociedad y el Estado, encuentra su preocupación en lo que el delito produce respecto de la víctima, y no sobre lo que el delito es para el que lo comete, es decir, la mediación no enfoca su estudio en determinar si tal persona ha cometido una conducta típica, antijurídica, y mucho menos si esa persona es responsable o no, ya que el objeto del procedimiento de la mediación inicialmente es buscar la solución a un conflicto que denomina evento. Para el derecho penal no es lo mismo que una persona se ahogue en un desbordamiento de un río, a que esa misma persona se ahogue porque alguien la aventó al río. En el sistema de Mediación lo importante no es la conducta, sino el evento; es decir, no importa saber “quién provocó”, sino “que provocó”. Sin embargo, el evento puede ser una conducta. El evento para la mediación es aquella acción que provocó un cambio en la realidad, el cual no era previsto, deseado o esperado. Por lo tanto podemos establecer que lo importante, es saber que la solución al problema se encuentra en las partes, sea o no su voluntad causar la afectación al bien jurídico tutelado por la norma.

Una vez señalado lo anterior, es importante mencionar que el evento que toma en consideración la mediación para solucionar, es independiente a la voluntad del agente que lo produce, es decir, no influye que la conducta sea dolosa o culposa.

Al respecto es importante establecer que el código penal en su artículo 18 dispone que: “obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización”; así mismo, determina que: “obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

De esta forma lo que atañe a la mediación no es descubrir si la conducta es dolosa o culposa, pues lo relevante es que, esa conducta causa un cambio en el mundo real, del cual la sociedad resultó afectada o en el caso particular, la víctima. Así tenemos que comúnmente hay dos sujetos pasivos, dos víctimas: uno en acto, el titular del bien jurídico dañado, y otro en potencia, la sociedad.

La sociedad es víctima en potencia dado que busca que la conducta desplegada no se vuelva a cometer, en *los límites del dolor (1981)*, el criminólogo Nils Christie cita a Isaac Ehrlich, que argumenta a favor de la pena de muerte: ... “se salvan de siete a ocho personas por cada asesino que se ejecuta”...; es decir, la sociedad se ostenta como una víctima en potencia para evitar que existan más víctimas en acto.

Los homicidios son irreparables, empero no significa que solo exista una víctima; para el Sistema de Justicia Penal el homicidio de un hombre se toma como atentado contra la vida (la vida de los miembros de la comunidad, pues la particular se ha extinguido), es decir, busca “quién provocó”; en cambio, la mediación analiza “qué provocó ¿dejó hijos?, ¿mantendría a alguien?, ¿tenía proyectos importantes pendientes? Eso es lo reparable.

En estos momentos la principal idea que surgirá del lector es saber ¿Qué sucede con los delitos irreparables, como el homicidio doloso? Este tipo de dudas serán analizadas en el siguiente capítulo del presente trabajo. La infracción de una norma, generalmente, no produce en el sujeto ninguna actitud de sentimiento de culpa hacia su objeto (la víctima). Para que esto se dé, el sujeto ha de sentir la culpa, es decir, ha de vivirla y ha de estar concientizado de la gravedad de su acción. El daño a la víctima debe sugerir al sujeto que sus valores son falsos, malos, por eso no basta con que el aparato judicial se lo diga, tiene que internalizarlos para desecharlos, vivir la transgresión y reemplazarla por la norma como principio rector de su acción. “Para ello, la norma debe tener un valor para el

individuo, integrado a otros, de lo contrario no tendrá sentido vivir de acuerdo con aquellas que rigen la vida de los otros.”⁶⁸

III.2.6. La Autoridad

Para la existencia del Sistema de Mediación dentro de la comunidad, se requiere, la existencia de tres autoridades: primera, una verdadera policía local, que viva y utilice los servicios de la comunidad a la cual sirve; segunda, los mediadores del Centro de Justicia Alternativa, o en su caso, los miembros del comité; tercera, los órganos jurisdiccionales del Estado.

El Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia, es la autoridad encargada de prestar el servicio, y la mediación en sede judicial constituye no sólo una vía eficaz y alterna de justicia para resolver conflictos entre particulares, sino que, además, es un mecanismo que está comenzando a cambiar, de manera positiva la percepción del público respecto de la rama judicial de gobierno en el Distrito Federal; pues a través de este método, la ciudadanía ha empezado a resolver sus problemas jurídicos, recuperando la confianza en las instituciones. Los mediadores son profesionales que se encargan de facilitar la comunicación entre los “interesados”, para que estos encuentren una solución a su problema. El Centro de Justicia Alternativa es un órgano administrativo del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, con autonomía técnica y de gestión, que administra y desarrolla los métodos alternativos para la solución de las controversias que se susciten entre particulares. Su creación constituye la concreción fáctica del esfuerzo del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para integrarse en uno de los movimientos legislativos y jurídicos de mayor trascendencia en nuestro tiempo, cuya encomienda es la de humanizar más la justicia y ampliar sus vías de acceso, mediante la privatización de la solución de los conflictos interpersonales, es decir, la privatización en sentido a la encomienda que tienen los particulares de solucionar los conflictos en los que se ven inmersos.

⁶⁸ SÁNCHEZ CONCHEIRO, María Teresa. Op. Cit.p. 99.

La instauración de los medios alternativos de solución de controversias en sede judicial, a través de este Centro, como la mediación, responde a la constante demanda de la sociedad por la consolidación de un moderno sistema judicial en el que se promuevan formas democráticas de resolución de conflictos y no solamente los esquemas de la justicia tradicional. Con la instauración de esta dependencia, el Tribunal ofrece a los ciudadanos, una opción, alterna a la jurisdicción, para la resolución de los conflictos de manera pacífica, en donde la buena comunicación y la negociación cooperativa son factores fundamentales para el logro de dicho objetivo; coadyuvando, asimismo, al aligeramiento de las cargas de trabajo en los juzgados. En este contexto, el primero de septiembre de 2003, El Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, abre sus puertas a una nueva forma de resolver desavenencias, a través de la mediación en el ámbito del conflicto familiar. Es importante hacer énfasis en el hecho de que, no obstante existir conflictos jurídicos de diversa naturaleza, se decidió que el Centro iniciará por atender los asuntos familiares, en virtud de que es en la célula social (la familia) en donde se generan las problemáticas más complejas y de mayor trascendencia, tanto para los miembros del propio grupo familiar, como para la sociedad en su conjunto; en septiembre de 2006, la dependencia continuó sus esfuerzos al conocer de asuntos del orden civil y comercial, para concluir con los asuntos de naturaleza penal, los cuales presentan retos más complejos para ser llevados a la justicia alternativa.

En este marco, la inserción de la mediación en general, así como de la Mediación Familiar y la Civil-Comercial en particular, ha demostrado, en múltiples experiencias, representar una oportunidad para los ciudadanos de crecer y responsabilizarse de la solución personal de sus conflictos, con la utilización de métodos no adversariales capaces de alternar y coexistir con las formas jurisdiccionales. En tanto que en el ámbito penal, las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño. Este

aspecto, tal y como se menciona anteriormente, se limitaron en la Ley de Justicia Alternativa a la reparación del daño, pues en las Reglas de Operación se permitía la mediación penal respecto a delitos no graves perseguibles de querrela. En materia de Mediación Penal, actualmente a través del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se han resuelto los siguientes asuntos:

EN MEDIACIÓN PENAL

DEL 02 DE MAYO DEL 2007 AL 31 DE MARZO 2009

NÚMERO DE EXPEDIENTES: 517

ASUNTOS SIGNADOS: 77

ASUNTOS EN TRABAJO ACTUAL DE MEDIACIÓN: 7

ASUNTOS QUE NO INICIARON MEDIACIÓN: 7

ASUNTOS CERRADOS QUE SÍ ENTRARON SESIONES DE MEDIACIÓN: 3

ASUNTOS CONCLUIDOS CON ACUERDOS Y/O CONVENIO: 51

ASUNTOS CERRADOS POR DESINTERÉS DE LOS MEDIADOS A CONCLUIR PROCESO CON CONVENIO: 12

Por lo que se debe tener presente que parte del convencimiento de que uno de los grandes retos para mejorar el sistema judicial, radica en resolver cada vez más conflictos y de mejor manera; con menos recursos, mayor expeditéz y la máxima responsabilidad y compromiso de los propios actores del conflicto. Desde esta perspectiva, la mediación en sede judicial ya coadyuva en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el logro de este cometido.

Independientemente de la materia de que se trate, el servicio de mediación tiene lugar a través de tres posibles momentos:

- Información y Orientación Especializada.
- Procedimiento de Mediación.

- Remediación.

Tenemos frente a nosotros la oportunidad histórica de construir una justicia menos rígida y más humana para la ciudadanía. Los medios alternativos de solución de controversias en general y la mediación, en particular, constituyen instrumentos idóneos para alcanzar este objetivo, toda vez que reafirman los valores democráticos entre la población y devuelven a los gobernados la capacidad de resolver ellos mismos sus conflictos en forma civilizada. El valor educativo de la mediación es invaluable: con la puesta en marcha del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, estamos contribuyendo a generar una cultura de paz y no de conflicto.

III.2.7. Reestablecer

En el Código Penal para el Distrito Federal, artículo 42, se establece el alcance de la reparación del daño, según la naturaleza del delito de que se trate:

- I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;
- II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, sino fuese posible el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito, sin necesidad de recurrir a prueba pericial;
- III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;
- IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y
- V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

“La reparación del daño puede adoptar un doble carácter, es decir, como pena pública o de responsabilidad civil; la reparación del daño resultaría cuestión accesoria, solo cuando ejercitada la acción penal por el Ministerio Público, el ofendido o su legítimo representante promovieran la acción reparadora de daños en el proceso, contra algún tercero ajeno al inculpado, adoptando así la forma de responsabilidad civil; en cambio, si la acción reparadora la ejercita el Ministerio Público, al mismo tiempo que la acción penal, contra el inculpado, entonces ocuparía junto con esta, el objeto principal del proceso.”⁶⁹

La Reparación del daño, a pesar de tener calidad de pena pública, resulta en el mayor de los casos difícil de lograr, si volvemos al pasado, nos daremos cuenta que la víctima se vio mucho mejor amparada **a través de la composición que pactaba con su agresor**, que en los tiempos actuales. Lo anterior debido a que, por un lado aún cuando hoy se logre que el juez la decrete de acuerdo a las pretensiones de la víctima, resulta muy frecuente la insolvencia del agresor; por otro lado, porque la forma como está reglamentada, facilita las maniobras procesales para hacer inexigibles penalmente los gastos ocasionados por el delito; además, en la mayoría de los casos, el Ministerio Público que es el que debe representar a la víctima durante el proceso, no tiene un real compromiso social con la misma, dejándola a su suerte, que casi siempre le es adversa.

“La reparación del daño es un derecho del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal.”⁷⁰

La reparación del daño constituye una pena impuesta al delincuente que lo obliga a restablecer la situación anterior del delito y al pago de los daños y perjuicios causados.

⁶⁹HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Op. Cit. p. 12.

⁷⁰COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**, 17ª. edición, Editorial Porrúa, México, 1998. p.723.

“Por **daño** debe entenderse, el menoscabo o deterioro de una cosa. Siempre que en virtud de la infracción cause el agente un mal resultado, deberá, presentarse la reparación, es decir, el resarcimiento del mismo.”⁷¹

El daño puede ser material o moral. *Daño material* es aquel que consiste en un menoscabo pecuniario del patrimonio de un tercero. Por *daño moral* se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

“Debe entenderse por **perjuicios** a la ganancia lícita que deja de obtenerse o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro y éste debe indemnizar a más del daño y detrimento material causado por modo directo.”⁷²

Ejemplo típico de perjuicios, lo tenemos en el taxista, que a causa de un accidente de tránsito provocado por un tercero, deja de trabajar varios días mientras es reparado su automóvil, y por lo tanto, deja de percibir ingresos por su inactividad.

“En cuanto al daño material (físico o económico) y perjuicios, la reparación consiste en la restitución de la cosa o el pago del precio; y en cuanto al daño moral, solo cabe la indemnización que por regla general y, para ciertos casos especiales (injurias, difamación y calumnia), la publicación de sentencia a costa del infractor.”⁷³

En cuanto a la forma y alcance de la indemnización del daño moral, en la legislación penal se guarda silencio, tampoco se precisa en qué consiste.

⁷¹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otro, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997. p. 830.

⁷² SOTO ÁLVAREZ, Clemente, Selección de términos jurídicos, políticos, económicos y sociológicos, 2ª. edición, Editorial Limusa, México, 1981. p. 56.

⁷³ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otro. Op. Cit. p. 830.

El reestablecer los bienes jurídicos al estado en que se encontraban hasta el evento que los modificó, no es únicamente el sustituir una cosa por otra; pues para el caso que esto sea imposible, la reparación del daño adoptaría como concepto una indemnización.

Lo importante es señalar que se tenga la posibilidad de que el bien jurídico afectado pueda regresar al estado en que se encontraba, hasta antes de su modificación, al respecto cabe hacer referencia a lo establecido por el artículo 1910 del código civil para el Distrito Federal, el cual establece: “el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo”.

Es de vital importancia que en el proceso de mediación se demuestre que lo causado fue obra de una conducta para proceder contra la persona que lo haya cometido; este proceder no es sancionar, sino buscar la forma de reparar, ya sea sobre su trabajo, percepciones o ejecución sobre sus bienes, a fin de que se compense o indemnice a la persona que sufrió el daño.

La obligación de reparar, obviamente, recae sobre el actor de la conducta que modificó el estado de los bienes jurídicos; sin embargo, la reparación sólo es procedente en cuanto al daño causado a la víctima. Si se entiende que la comunidad es también una víctima indirecta, se llevará el juicio ante el Tribunal competente del Sistema de Justicia Penal, aunque cabe señalar que algunos delitos son susceptibles de extinguirse por “perdón” de la víctima, el cual, obviamente, se obtendría previo el pago de los daños. Por lo anterior, es importante reconsiderar los delitos que aceptan el “perdón”; si ampliamos el número de éstos, nos daríamos cuenta de que en la mayoría de los casos lo más importante no es la sanción al delincuente, sino la reparación del daño a la víctima -la devolución de su dinero, el pago de los costos de sanación y demás-.

La reparación del daño reduciría en gran medida el número de delincuentes menores en las cárceles (su sufrimiento y adiestramiento en el crimen, por consiguiente), menor número de procesos, agilidad en los casos en los que si se requiera el Sistema de Justicia Penal y menos presión psicológica para todos.

La reparación debe ser preferente, y en caso de que el delincuente no puede reponerla con dinero o con la reparación debida, puede hacerlo con trabajo, ¿Por qué no?

Los defensores de los Derechos Humanos critican toda forma de trabajo forzado para los presos, como la ejecución sobre los bienes de los delincuentes; pero quiero hacer énfasis en tres ideas; en primer lugar, el hecho de que no tengan para reparar el daño y comiencen a trabajar para hacerlo, no los convierte ni en esclavos ni en presos, pues partimos de la idea que son personas que reparan un daño con su trabajo (quizá lo único que tienen); la segunda, es en el sentido de que el trabajo no se puede considerar como no remunerado, es voluntario y se supone que se paga por el daño causado; y la última, es con el fin de darle más importancia a los derechos de libertad, pues en la actualidad nos damos cuenta que los derechos de propiedad están más protegidos.

III.2.8. Definición del problema

Anteriormente se estableció que un evento considerado delito por las leyes penales, puede ser resuelto en el mismo instante en que se comete, para el caso de que esto no sea posible, puede ser solucionado por el Centro de Justicia Alternativa, en donde un mediador intervendrá para poder ayudar a que las partes lleguen a una solución, pues inclusive para el caso en concreto se otorgará una prórroga en la reparación del daño. En cambio, cuando un asunto alcanza el foro, debe haber sido definido como una infracción legal, y las partes de la infracción hayan sido identificados como víctimas y ofensores. Lo anterior es de suma importancia, ya que es necesario que las partes, incluso los mediadores, conozcan

bien las pretensiones y posturas de los participantes, para hacer más rápido y efectivo el arreglo entre éstos. Se requiere determinar, de igual forma, si el cambio en la naturaleza del bien causado por el evento se puede reparar, compensar o indemnizar. Asimismo, es importante determinar si la víctima tiene interés real en la reparación o restauración de su bien dañado, y las posibilidades materiales que tiene o pueda tener el ofensor para llevar a cabo este efecto. Sobre esta base de conocimiento, aunado al entorno público que facilita el entender las posibilidades y el sentimiento de las partes para que el conflicto, los mediadores pueden de ante mano tener proyectadas posibles soluciones al problema, para que cuando las partes concurran al foro o comité, este ofrezca soluciones alternativas a las que ellos presenten.

No debemos olvidar que las partes proponen e interactúan en la solución de conflictos, los mediadores proponen, aconsejan y procuran igualdad de las partes, la solución la acuerdan los participantes. Por ello, es necesario que ambas partes conozcan a fondo su propio problema, y lo que éste representa para su contraparte (cosa contraria a lo que sucede en el Sistema de Justicia Penal), para que la definición del problema sea la primera parte, y no dé el proceso la solución.

III.3. Los Mediadores

Si bien es cierto que no existe una irreductible posición relativa a las condiciones que deben reunir un buen mediador, no es menos cierto también que existan ciertas habilidades de las cuales no pueden carecer y obviamente, ciertas técnicas que deben todos adquirir a través de los cursos respectivos. Los rasgos particulares del mediador se dan precisamente en razón de las funciones que el mismo cumple durante el proceso de la mediación. El mediador es aquella persona que interviene como un tercero neutral, entrenado especialmente para conducir una audiencia cara a cara, consiste en utilizar técnicas para escuchar, percibir el lenguaje no verbal, cuestionar, negociar y crear opiniones, ayudando a las partes a alcanzar su propia solución. Procura establecer una relación para

facilitar el proceso, teniendo *in mente* que el conflicto tiene un ciclo de evolución. Actúa como agente catalizador; es su destreza especial la que, actuando sobre las partes, las ayuda a resolver el conflicto. La intervención del mediador puede provenir de un acuerdo (cláusula contractual), o de una designación (mediador permanente, perteneciente al cuerpo judicial). En estos casos, el mediador no ha tenido relación previa con las partes, y prioriza el hecho de llegar a un acuerdo al de mejorar la relación entre las partes sin dañarlas.

Si ha sido designado con origen en un contrato, las partes efectúan la elección en la misma forma que lo harían con cualquier otro profesional de cualquier rama de la ciencia, denotando sus conocimientos, los éxitos alcanzados en otros casos, etcétera.

Para los estadounidenses existe una tercera clase de mediadores, que denominan “intervención emergente”, que es aquella en la cual participa un no especialista interesado en la resolución del conflicto. Este tercero tuvo relación previa con los disputantes y tiene un interés real en el resultado.

El mediador, a través de la técnica de la indagación a las partes debe intentar lograr tres objetivos para que la mediación resulte eficaz. Estos fines son los siguientes:

Primer objetivo: modificar la estructura psíquica y social de la disputa. Segundo objetivo: alterar la estructura de análisis de la disputa. Tercer objetivo: actuar de manera tal que se incremente la motivación de las partes para tomar seriamente el conflicto.

“El mediador es, en general, la clave del éxito de la mediación. La mediación será lo que los mediadores y las partes hagan de ella. Para lograr sus objetivos el

mediador tiene que inspirar confianza a las partes, quienes deben realmente sentir que es un tercero neutral.”⁷⁴

En la actualidad, es importante que cada comunidad establezca la forma y los términos de su convivencia; empero, ello es un proceso que implica una evolución en la convivencia social, por lo tanto los mediadores son las personas capacitadas y con la instrucción suficiente para llevar al arreglo un problema que se ha suscitado entre los particulares, no son un órgano impositivo, ni un tribunal, es un órgano que procura conciliación y forma de reparación. Se caracteriza por resolver asuntos, sin importar si sólo la víctima o ambas partes viven en una comunidad determinada o con alto índice de delincuencia.

Es importante que los mediadores no sean simplemente atraídos como miembros de la colectividad, sino que la conozcan, pues cada comunidad en el Distrito Federal tiene sus propias reglas y costumbres, incluso los mediadores deben entender que cuando una comunidad está regida por un contrato firmado por todos los miembros de la misma se aplica no como una regla, sino como una guía. Pues las funciones de cada mediador son:

- a) Definir el problema;
- b) Determinar el entorno de las partes;
- c) Enseñar por igualdad a las partes su problema, hacer que lo conozcan;
- d) Proponer y estudiar soluciones;
- e) Establecer igualdad entre las partes;
- f) Concienciar sobre las soluciones;
- g) Validar las decisiones de solución.

La comunicación ha superado los límites fronterizos, y la mediación se encuentra en una etapa de fuerte expansión; de tal forma que es importante avanzar en el aspecto de la profesionalización y reflexionar acerca de la diferencia entre la

⁷⁴ZULEMA D. WILDE, Luis M. Gaibrois. Que es la mediación, 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. p.75.

naturaleza esencial del rol de mediador, y el de otros profesionales, pensando en la profesión del mediador, independiente de las profesiones tradicionales.

Un mediador, por definición, debe tolerar la ambigüedad, debiendo ser capaz de operar menos formalmente y, a menudo, en medio de la confusión. El pensamiento lógico, racional, en pocas ocasiones es suficiente y efectivo para encarar la resolución de conflictos complejos. La práctica de la mediación no se basa en un conocimiento sustantivo diferente, sino más bien en el proceso, la presentación holística, y la aplicación de información proveniente de numerosas profesiones.

Dentro de las obligaciones del mediador se encuentran:

- I.-Efectuar en forma clara, ordenada y transparente las actuaciones que les impide la mediación, a partir de sus principios rectores;
- II.-Tratar con respeto y diligencia a los mediados, conduciéndose ante ellos sin posturas ni actitudes discriminatorias;
- III.-Abstenerse de divulgar y utilizar la información que obtenga en el ejercicio de su función y cumplir con el deber del secreto profesional;
- IV.-Conducir la mediación con flexibilidad, respondiendo a las necesidades de los mediados, de manera que, el propiciar una buena comunicación y comprensión entre ellos, se facilite la negociación;
- V.-Cuidar que los mediados participen de manera libre y voluntaria, exentos de coacciones o de influencia alguna;
- VI.-Conducir la mediación estimulando la creatividad de los mediados durante la negociación;
- VII.-Asegurarse de que los acuerdos a los que lleguen los mediados, estén apegados a la legalidad y sobre la base de la buena fe;
- VIII.-Evitar influir en los mediados para acudir, permanecer o retirarse de la mediación;
- IX.-Suscribir el escrito de autonomía;

- X.-Celebrar el convenio de confidencialidad con los mediados;
- XI.-Solicitar el consentimiento de los mediados para la participación de co-mediadores, peritos u otros especialistas externos a la mediación, cuando resulte evidente que por las características del conflicto, se requiere su intervención;
- XII.-Dar por concluida la mediación en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 31 de este reglamento;
- XIII.-Dar aviso al Director General cuando, en el desempeño de sus funciones, tenga indicios de amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de alguno de los mediados o cuando conozca de la concreción de hechos delictivos perseguibles de oficio, tanto para orientarlos y canalizarlos a las instituciones especializadas pertinentes o para, en su caso, hacerlo del conocimiento de las autoridades correspondientes;
- XIV.-Rendir al Director General o al Director de Mediación correspondiente informe, cuando así se lo solicite, y
- XV.-Someterse a los programas de capacitación continua y de actualización.

“El mediador no podrá actuar como testigo en procedimiento legal alguno relacionado con los asuntos en los que participe, en términos del principio de confidencialidad que rige a la mediación y al deber del secreto profesional que les asiste. La estructura de pensamiento, así como el abordaje de los conflictos, tiene cualidades distintivas y especiales; en primer lugar, en la mediación nunca se pierde de vista a la persona, tratando de atender a sus necesidades presentes y futuras, ayudando a las partes a sobrevivir; tiene por objeto manejar el conflicto, para lo cual la pericia racional o analítica no es suficiente.”⁷⁵

Al Mediador, le cabe una responsabilidad que implica determinado accionar, que no solo requiere habilidad y empatía, sino fundamentalmente respeto y sensibilidad hacia sí mismo, hacia sus colegas y hacia los partícipes, respecto de las historias, de las pasiones y de sus imposibilidades.

⁷⁵GÓMEZ OLIVERA, Mirta. Op. Cit. p. 91.

El mediador a través de la historia ha encarnado en diferentes actores; por ejemplo, en la Biblia se afirma que Jesús, es un mediador entre Dios y el hombre: “Porque hay un solo Dios, y un solo mediador entre Dios y los hombres, el Hombre Cristo Jesús, que se dio a sí mismo como rescate para todos, de lo cual se dará testimonio a su debido tiempo (I Timoteo, 2:5-6).”⁷⁶

Las iglesias y el clero a menudo han sido mediadores entre sus miembros o frente a otros litigantes. Hasta el renacimiento, la Iglesia católica fue probablemente la organización fundamental de la mediación y administración de los conflictos en la sociedad occidental. El clero mediaba en las disputas de familia, los casos penales y las diferencias diplomáticas entre miembros de la nobleza.

III.3.1. Decisiones Locales

Las autoridades generalmente se preocupan por la toma de decisiones que beneficien a la sociedad; no obstante ello, la forma en la que buscan solucionar los problemas generalmente es a través del uso de sus facultades, jurisdiccionales, administrativas, etc. Con lo que únicamente originan un sistema formal, pues la ciudadanía pretende ser escuchada de manera personal, con la finalidad de satisfacer sus necesidades de la forma más adecuada, ello se debe maximizar, pues es un hecho que con miras al exterior del país, se busca una consolidación en un sistema económico y político que cada día es más amplio.

Al presentarse un conflicto, se debe analizar si el mismo es real. El conflicto es real si se basa en diferentes puntos de vista que las partes han ratificado y que no han podido ser superadas. El conflicto irreal se basa en una comunicación errónea, lo que comúnmente se denomina un malentendido. La vulnerabilidad para las partes que produce el conocimiento del entorno, deviene de la pertenencia de todas las partes, incluyendo a los mediadores, a una misma

⁷⁶ W. MOORE, Christopher. Op. Cit. p 52.

comunidad o comunidades similares, por tanto, las decisiones que se tomen únicamente afectan al espacio físico o contractual en donde se desarrollen. Los casos no hacen jurisprudencia; porque estos, nunca son iguales, pues la valoración y conocimiento del entorno incluye los aspectos internos de las partes: el porqué se hizo tal cosa.

Con lo mencionado se evita que personas ajenas, investidas de algún poder legal y legítimo, intervengan en la solución de un problema totalmente ajeno a su realidad, a su conocimiento y, quizá, a su entender –por no decir a su capacidad--, y se evita que den soluciones fuera de la realidad de la comunidad. Para tal efecto, se procura que todo el personal del Centro de Justicia Alternativa, “esté en situación de igualdad con los que tiene que conciliar, también que conviva con ellos”.

Es de esta forma como nos podemos adentrar a lo que comúnmente se conoce como mediación comunitaria la cual se encuentra dentro de lo que se clasifica como “mediación en lo social”, en la que está incluida la mediación escolar. Cuando las personas (vecinos, grupos barriales) recurren a la mediación es porque no han podido por una u otra razón resolver los problemas por sí solas. Y aquí se encuentran con un mediador o dos, si es que se trabaja en comediación, a quienes no conocen, ni saben muy bien, cuál es el procedimiento.

III.3.2. Justicia Horizontal

Significa un cambio total en la concepción de los tribunales o juzgados que dan, o intentan dar, solución a los conflictos de naturaleza penal; éste tiene un procedimiento formal, la autoridad se encuentra por encima de las partes, no siendo una de ellas la víctima.

La justicia horizontal, procura una igualdad casi en todo sentido, en donde las normas surjan por el mutuo convenio de todos los miembros, a través de

conversaciones e intercambio de ideas; por eso, los medios de solución se llaman Comités (Shearing los llama “foros”); las normas no surgen por un procedimiento formal de representantes de la comunidad, sino que lo hacen desde la participación de los interesados, o por la solución de los problemas que se van presentando.

La igualdad de los miembros en el proceso de mediación, no significa igualdad total, pues es imposible, que los mediados y los mediadores posean la verdad absoluta; de lo que se advierte, que ello no es indispensable en la justicia de mediación. Sin embargo, comparado con la diferencia tangible del juez con las partes, en la mediación; los mediadores, la víctima y el ofensor gozan de la similitud que da el vivir y pertenecer al mismo contexto.

De la idea de la igualdad de todos los participantes surge la siguiente característica.

III.3.3. La Solución del Problema

La solución del evento que causó la alteración al estado de los bienes, no termina en la represión del infractor, sino en la reparación y en la indemnización a la víctima; ésta es una característica esencial por dos razones:

- a) Prepondera el ánimo reparador, no el represor. Se rompe la cadena del dolor para comenzar la reparación o construcción de la comunidad. Asimismo, se evita la destrucción de vínculos familiares, amistosos o laborales, y se opta por la conservación de los miembros productivos de la comunidad.
- b) Las soluciones no son coactivas. El mediador es una autoridad investida de facultades de concordia, no impositivas, por lo que las partes, el Consejo y la intervención del mediador buscan la solución; por tanto, las soluciones no implican ejecuciones coactivas, sino ejecuciones

voluntarias, ya sea sobre los bienes o ya sea sobre el trabajo del infractor.

El fortalecimiento del aspecto civil en nuestras sociedades podría provenir de la divulgación del entendimiento que el control del delito se basa en opciones. Este es un fenómeno cultural. La solución a un problema penal no debe ser única y exclusivamente la cárcel o la multa para el delincuente, podría ser mejor una solución civil en la que las partes no queden perjudicadas ni envueltas en problemas que, en determinado momento, se encuentre fuera de control.

III.3.4. Valoración del Contexto

Es una de las características más importantes del sistema de mediación. Como he mencionado en apartados anteriores, el Sistema de Justicia Penal busca eliminar elementos que a su parecer son irrelevantes, al respecto el artículo 136 del código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que la confesión se hará: "...sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación...", lo cual limita al actor, en el sentido de que no puede dar mayores explicaciones sobre su proceder, ni puede explicar más motivos que los que estén íntimamente ligados con el delito.

El sistema de justicia penal, realiza la eliminación de aspectos irrelevantes para casos similares se conviertan en casos iguales, y entonces se pueda aplicar la ley. En el Sistema de Mediación esto no es así, "lo casos no son nunca iguales si se tomasen en cuenta todos los elementos", cada detalle es esencial, lo que queda íntimamente ligado con el conocimiento.

Christie ejemplifica esta idea al referirse a las excusas que se tienen con los hijos: cuando uno de ellos roba a algún familiar, no se mete a la cárcel porque se le conoce, si golpea al hermano o al tío, no se considera delincuente porque se entienden sus razones para hacerlo, el hermano lo molestó o algo hizo que

provoco un cambio en la persona agresora. El que el marido golpee a la mujer no significa que golpee a todas las personas.

III.3.5. El Ánimo de Venganza

La gran mayoría de las personas ve en el Sistema de Justicia Penal, en vez de un medio de reparación, un medio de venganza, pues en la práctica lo es. El dar una solución alternativa a sus conflictos puede reducir paulatinamente la idea de venganza para fomentar el ánimo reparador.

Los grandes delitos no surgen de la noche a la mañana. Generalmente se trata ,de un efecto como el de la bola de nieve que rueda cuesta abajo, mientras rueda aumenta su tamaño, cada vez es más grande, digamos que el Sistema de Justicia Penal se entera de que una bola de nieve rueda cuando ésta es enorme, no cuando empieza a descender. El mismo ejemplo es retomado en el ámbito penal, por lo que hemos de hacer notar, que en ocasiones estamos en presencia de un chisme de comadres, el cual al no ser atendido de forma correcta se convierte en una “tragedia”; por lo tanto, el sistema de justicia penal, no se entera de la pequeña deuda hasta que el acreedor es defraudado, convirtiéndose el problema en el tipo penal de fraude.

El erradicar el ánimo de venganza influye en estas situaciones. Ante el fracaso del Sistema de Justicia Penal, los individuos se hacen justicia por mano propia; con el Sistema de Mediación, los vecinos enterados del problema pueden, primero; evitar la gran bola de nieve y, después, buscar que el deudor pague de otra manera, y no con su vida. En el entender de las personas aparece la idea de que la solución al problema; que no se logra mediante la violencia, ya sea personal (venganza) o institucional (cárcel), sino mediante el restablecimiento de los bienes; y así evitar que esta bola de nieve o de violencia sea parte de la idiosincrasia de las próximas generaciones, para que busquen soluciones más civilizadas.

Los delitos son tales cuando afectan a alguien. Si entendemos las conductas como eventos y no como delitos, iremos creando una conciencia colectiva de reparación y no de represión o eliminación; a fin de cuentas la cárcel es la eliminación del individuo para la sociedad.

III.4. Relación con el Sistema de Justicia Penal

En México está en boga el término “territorios independientes”, se refiere a espacios en los cuales la participación directa del Estado es mínima o nula. No es un caso exclusivo de raza, clase social, religión, modo de vida; ya que dos de los casos más comentados son contrastantes entre ellos, y la única similitud es que son territorios independientes.

El primero de ellos, en el estado de Chiapas. El Ejército Zapatista de Liberación Nacional ha logrado que el Ejército Mexicano no intervenga, no tenga representantes en algunas comunidades, por lo que la solución de conflictos en éstas, se dé anónimamente entre sus miembros.

El segundo, en el corazón de la ciudad de México, el barrio de Tepito: drogas, armas, comercio ilegal de artículos electrónicos, falsificación de documentos, alteración de productos. Quizá lo más representativo de la mafia mexicana. La policía de la ciudad ha intentado entrar, ocasionando, en cada intento, una guerrilla urbana donde los del barrio tienen mejores armas y organización que los elementos policiacos.

Los problemas internos los resuelven entre ellos, a su modo; las decisiones que se toman con conocimiento del entorno nos acerca a la justicia y no hace tan necesaria la legalidad; no importa si la justicia es dar a cada cual lo que se merece o devolver las cosas a su estado original; lo importante no es apegarse a la norma, lo importante es satisfacer las necesidades de las partes.

El Sistema de Justicia Penal busca entrar para aplicar una ley que se desconoce en ese territorio, y que, por obvias razones, no se puede ejercer; los inválidos se ayudan y esconden, prefieren su ley a la de la ciudad.

La mediación no busca la creación de territorios independientes, como los ejemplos anteriores, en los cuales se niega este sistema. Busca la creación de espacios contractuales avalados por el Sistema de Justicia Penal, en donde no reine la impunidad sino la razón colectiva, el entendimiento, el conocimiento, la reparación, solidaridad, indemnización y fortalecimiento de lazos colectivos.

Las comunidades que opten por la mediación, no niegan la existencia ni la participación del Sistema de Justicia Penal, ni cierran sus puertas, ni evitan el control normal; más bien, procuran resolver los problemas internos con principios internos, sin que las soluciones conlleven impunidad o complicidad, y evitan que la bola de nieve aumente su masa, si así sucede, irremediablemente intervendrá el Sistema de Justicia Penal, con la aceptación de los miembros de la comunidad, que no pudieron evitar esa cuesta abajo.

La relación entre el Sistema de Justicia Penal, y el Sistema de Mediación es paralelo; cuanto más pueda resolverse de manera racional el segundo, cuanto menos participara el primero.

El Sistema de Justicia Penal legitima y convalida la actuación del Sistema de Mediación, y participa en este de tres formas:

- a) **como fedatario o aval:** se presenta cuando las partes llegan al arreglo sobre la solución del conflicto, el sistema de justicia penal puede establecerse como el órgano que garantiza el cumplimiento de lo convenido, pues en caso de incumplimiento puede entrar y actuar en sus formas y principios sobre el ofensor.

- b) Como órgano represivo:** para conminarlos a que acuerden. Como una entidad que se encuentra fuera de la comunidad, ya que de esta manera obligará a las partes (principalmente al ofensor) a que resuelva su controversia de la mejor manera, pues en caso contrario intervendrá para dar solución al problema, lo cual no beneficia a ninguna de las partes, en el caso del ofensor significa la privación de la libertad, y separación de la comunidad, familia, trabajo y las presiones que esto conlleva; ni a la víctima, porque retarda la reparación del daño, quitándoles de sus manos la opción de solucionar el conflicto, dejándolo en poder del Estado.
- c) Como segunda instancia:** cuando las partes no llegan a un acuerdo, es decir, esto significa que estas no pueden conciliar sus intereses, pese a la intervención y discusión ante el mediador, se recurrirá al sistema de justicia penal para que aplique sus principios y de solución al problema.

De esta forma concluimos el presente capítulo con el cual pretendemos establecer una idea clara de lo que significa, representa e implica el sistema de mediación; por lo que en el siguiente capítulo se abarcará todo lo concerniente a su aplicación en la realidad, determinando que la mediación es una solución alternativa a los conflictos de naturaleza penal.

CAPÍTULO IV

ÁMBITO SOCIAL, ECONÓMICO Y POLÍTICO PARA EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN.

Una vez entendidos los aspectos que rigen el sistema de mediación penal, se necesita conocer el entorno político, económico y social en el que se desarrollará; pues, a pesar de que, actualmente el sistema de mediación penal se encuentra implementado en algunas entidades de la República Mexicana y en el caso del Distrito Federal, específicamente en el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia; es importante saber si el mismo ha funcionado, si se necesitan mayores recursos económicos, así como saber cuál ha sido la aceptación por la sociedad; ante ello, también se presenta el reto de identificar, o bien, conocer a las comunidades (delegaciones, colonias, barrios) que se sitúan dentro del Distrito Federal, con la finalidad de observar cuál es más propicia y cuál no lo es, para tratar de lograr una difusión más amplia en cuanto a la aplicación de dicho sistema, así como conocer las características existentes y analizar los aspectos que sobran o faltan para la eficacia de este sistema. No se trata de una reestructuración, sino de una reorganización. En todos los países se ha dificultado cumplir con la función socializadora; en ese sentido, la mediación es la esperanza para atender de manera más eficaz las necesidades de las personas que se encuentran en conflicto con las leyes, así como aquellos que viven un sistema familiar donde se violan constantemente sus derechos, ya que circunstancias como la descalificación a la mujer en las diversas etnias, sociedades y grupos, la violencia de género, la falta de respeto y el desamor, entre otros, han desmembrado a la familia y a quienes están más implicados, como son los hijos, condicionantes que posicionan a la institución de la familia en situación de riesgo.

Por lo que se propone la capacitación de pares en los vecindarios para aprovechar el recurso del mediador en los conflictos familiares y entre vecinos, con la idea de que, tanto la madre como el padre con deseos de mediar, se conviertan en facilitadores o negociadores, construyendo así los líderes que se necesitan para fortalecer los diálogos positivos en el sistema familiar y en el barrio.

“En consecuencia, por comunidad habremos de entender aquella agrupación o conjunto de personas que habitan un espacio geográfico delimitado y delimitable, cuyos miembros tienen conciencia de pertenencia o identificación con algún símbolo local, que interaccionan entre sí más interesadamente que en otro contexto, operando en redes de comunicación, de intereses y apoyo mutuo, con el propósito de alcanzar determinados objetivos, satisfacer necesidades, resolver problemas o desempeñar funciones sociales relevantes en el ámbito local.”⁷⁷

IV.1. Las Comunidades Contractuales

La mediación implementada en una sociedad contractual implica el arte de la buena convivencia, donde se promueve la salud social y se puede prevenir, gestionar, resolver y transformar los conflictos dentro del marco de la cultura de paz. Se caracteriza por ser dialógica, voluntaria, flexible, pacífica e inclusiva; respeta la diversidad, construye ciudadanía, fortalece vínculos desde el enfoque de red, reconoce el saber ancestral y es profundamente pedagógica.

“Por lo que cabe mencionar que la mediación comunitaria ha tenido un desarrollo muy grande en los Estados Unidos, y se ha detectado su carácter preventivo de conductas antisociales, actuando como estrategia de prevención de la violencia en los barrios, facilitando el acuerdo entre vecinos, la integración de la familia y de la comunidad, al brindar espacios para la atención de infracciones menores, en

⁷⁷ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe, Mediación y Administración de Justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa, 1ª edición, Editorial Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2004. p. 97.

donde pueden solucionarse los enfrentamientos entre pandillas y otras desavenencias comunitarias.”⁷⁸

Por lo que el capacitar aquellos miembros de las asociaciones de vecinos, de comerciantes u otros interesados en mejorar sus habilidades en negociación y resolución de conflictos, el ofrecer un espacio en donde los miembros de la comunidad implicados en un conflicto o desacuerdo, tengan la oportunidad de trabajar juntos en su resolución e información sobre recursos que permitirán a las partes en conflicto tomar sus propias decisiones y aplicar sus soluciones. En ese sentido la mediación comunitaria, se muestra como una propuesta inclusiva del protagonismo, en plena unidad y armonía, de la diferencia de etnia, credo, sexo, identidad, idiosincrasia y cultura. Por tanto, abre un espacio de paz donde la voz de todos se escucha con idéntico protagonismo.

El desarrollo de la comunidad contractual en México es importante para el crecimiento del Sistema de Mediación. En el capítulo anterior me referí a ciertas comunidades existentes en México; sin embargo, existe una gran diferencia entre la comunidad en sí, y el órgano rector de la vida dentro de la comunidad. Existen en la actualidad miles, tal vez millones de colonias, fraccionamientos, unidades habitacionales, condominios, que no cuentan con una organización para tratar y resolver sus propios problemas. Las comunidades contractuales, se caracterizan por estar organizadas por medio de un contrato, un convenio firmado por acuerdo o por adhesión de sus miembros. En México se podrían enumerar como comunidades de este tipo a las sociedades cooperativas y algunas asociaciones de colonos, las características son básicamente dos: **a)** que pertenezcan a la misma base territorial y **b)** que exista un documento rector de la vida dentro de esa sociedad.

Lo anterior trae como consecuencia que los servidores públicos de los Poderes Judiciales debemos reconocer la existencia de una crisis en la impartición de

⁷⁸ idem.

justicia que se ve reflejada en la demanda ciudadana, proveniente de los diversos sectores que exigen métodos eficientes, confiables y oportunos requeridos por toda sociedad moderna.

Se debe admitir que la modernidad exige una respuesta oportuna a los conflictos sociales y es ahí donde los medios de justicia participativa aparecen como fórmulas exitosas para la resolución de los conflictos sociales, métodos que no son nuevos, ni deben ser exclusivos de los poderes judiciales, sino que deben difundirse para su empleo por los diversos profesionistas encargados de realizar una función social, como litigantes, notarios, psicólogos y trabajadores sociales.

“Por lo tanto, la mediación constituye un mecanismo alternativo al proceso judicial que no pretende sustituirlo, sino complementarlo, logrando un desagravio más ágil y económico en ciertas contiendas que no comprometen intereses superiores.”⁷⁹

Es importante establecer que el primer paso para la existencia del Sistema de Mediación, es que se encuentre dentro de un espacio territorial, una comunidad en donde las personas se encuentren identificadas y comprometidas con los problemas y necesidades de su propio entorno; lo cual proporciona un sentimiento de apego e identificación, pues al ser todos parte de la misma comunidad, se procura el trato entre iguales.

Un segundo aspecto sería la organización de esta comunidad, ya que, la existencia de la base territorial no es suficiente, es necesario que esta base cuente con una organización que atienda las necesidades fundamentales de la comunidad, ya sea para con sus miembros o para con su estructura física. Como cada comunidad es diferente entre las demás, los órganos y los objetivos de esta organización son diferentes. De ahí que la mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular (comunidad contractual) o servidor público (centro de justicia alternativa), trata de permitir el intercambio de opiniones entre

⁷⁹ HERRERA TREJO, Sergio. La mediación en México, 1ª edición, Editorial Fundap, México, 2001. p.47.

víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista, y con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La participación de la víctima es voluntaria usualmente, la participación del delincuente se caracteriza por ser también voluntaria, si bien debemos reconocer que los delincuentes pueden “ofrecerse voluntariamente” con el propósito de evitar resultados más onerosos que de otro modo les serian impuestos.

El mediador no impone un resultado específico, esto es, el mediador no toma ninguna decisión que pueda vincular a las partes, son estas quienes acuerdan una solución. En lugar de eso, el rol del mediador consiste en facilitar la interacción entre víctima y delincuente, durante la que cada uno asume un rol activo para alcanzar un resultado que sea percibido como justo por ambos. La mediación propicia el diálogo entre las víctimas, la comunidad y el infractor del hecho, facilita la búsqueda de una solución creativa y consciente, permite a los protagonistas conocer los hechos desde el punto de vista del contrario, de manera que las partes encuentren en la reconciliación una experiencia en donde tengan la sensación que ellos mismos están creando justicia en vez de, pasivamente, recibirla.

En la práctica, el mediador acerca a víctima y delincuente a fin de asegurarse de que la mediación sea apropiada para ambos. En particular, el mediador intenta asegurarse que ambos sean psicológicamente capaces de hacer de la mediación una experiencia constructiva, de que la víctima no se vea aun más perjudicada por el hecho de reunirse con el delincuente, y de que ambos comprendan que su participación es voluntaria.

La mediación podrá referirse:

- A la reparación del daño;
- a la restitución o resarcimiento de los perjuicios causados;
- a la realización o abstención de determinada conducta;
- a la prestación de servicios a la comunidad; o

- pedimento de disculpas o perdón.

Efectos de la mediación:

El acuerdo a que lleguen los interesados en la mediación tiene efectos vinculantes para la víctima y victimario. En consecuencia: Excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral. Es preciso aclarar, que la decisión de acudir a la mediación, no es lo que tiene efectos vinculantes, sino el acuerdo a que lleguen víctima y victimario en proceso de mediación con un tercero neutral e imparcial. El mediador no es administrador de justicia, es un facilitador, un intermediario neutral entre la comunicación de la víctima y el victimario. El mediador no resuelve, son las partes quienes deciden la orientación del acuerdo.

Se está ofreciendo ingresar en un proceso de mediación, que si arriba con éxito, repara de algún modo el daño y lo que es más importante, opera preventivamente para aminorar la posibilidad de aparición de otros conflictos de índole similar en el futuro, sin perjuicio de que la vía penal se mantenga abierta.

Con ésta vía se reducen los costos tanto económicos como emocionales, porque se controla el resultado y se mejora la comunicación, consolida la comprensión y confianza, resguarda la relación y es base de negociaciones futuras.

A continuación se establecen cuales son los objetivos, características y beneficios sobre los cuales se centra el sistema de mediación, y que influyen en el ámbito económico, político y social.

| OBJETIVOS | CARACTERÍSTICAS | BENEFICIOS |
|---|---|--|
| Invitar a la completa participación y consenso. | El delito es visto en un primer momento, como un conflicto entre individuos que desemboca en ofensas a la | Para la víctima representa una oportunidad de obtener |

| | | |
|--|--|---|
| | víctima, la comunidad y al mismo delinciente, y en segunda instancia como una violación contra el Estado. | reparación, sentirse seguro y buscar el cierre de sus heridas. |
| Sanar lo que ha sido roto. | El proceso va dirigido hacia la creación de paz en la comunidad, reconciliando a las partes y reparando los daños causados. | Al delincuente le permite indagar las causas y efectos de su comportamiento, así como asumir su responsabilidad. |
| Buscar completa y directa responsabilidad. | Involucra participación activa de los tres agentes: víctima, delincuente y comunidad con el objetivo de encontrar soluciones al conflicto. | Permite que la comunidad comprenda las causas profundas del delito, para promover su bienestar y prevenir futuras acciones criminales. |
| Reunir lo que ha sido dividido. | Es más flexible y menos formal. | Contribuye a agilizar el proceso y a |

| | | |
|--|---|---|
| | | descongestionar el aparato de Justicia. |
| Fortalecer a la comunidad para prevenir daños mayores | No puede hablarse de Justicia Restaurativa, si el delincuente se niega a aceptar su responsabilidad y a cumplir con sus obligaciones con la víctima y la comunidad. | |
| Buscar el esfuerzo cooperativo de la comunidad y del estado. | | |
| Buscar reintegración de la víctima y el ofensor de la comunidad. | | |

Por lo cual dadas las características de la mediación, así como los objetivos de la justicia para adolescente (educativo y reintegrador), Jean Zermatten, considera que la mediación es el instrumento ideal y eficaz para solucionar los conflictos derivados de la comisión de un delito perpetrado por adolescentes.

IV.1.1. Seguridad

El incremento de la punibilidad, así como el crecimiento de la población carcelaria, no pueden ser considerados aspectos sobre los cuales se base la disminución o no de la seguridad; la seguridad, implica menos intervención por parte del Estado, un ambiente propicio para el desarrollo de una comunidad.

La seguridad no debe ser una circunstancia vista simplemente como un aislamiento, o como el hecho de que los miembros de los fraccionamientos apliquen cerrar sus calles y restringir el acceso. Lo único aislado son las casas; ya

que, los habitantes estudian, trabajan, se divierten y conviven generalmente fuera de esta protección. Aun con los sistemas de seguridad, las casas son saqueadas, los autos golpeados, las personas lastimadas, los bienes siguen siendo dañados.

“En ese sentido se debe avanzar en la consolidación de una cultura cívica, con una mayor participación de la sociedad civil, que obligue al Estado a potenciar a los ciudadanos, a las empresas y las organizaciones sociales, más que controlarlas o reprimirlas, mediante equipos multidisciplinarios de profesionistas que desarrollen esta tarea, transformando el sistema legal liberal, por uno diferente, basado más en la solidaridad que en la competencia, que se sustituya, la igualdad formal por la igualdad real, ya que el derecho para que pueda concebirse como tal, debe establecer relaciones justas entre los hombres, y esas relaciones justas descansan en el respeto a los derechos humanos como ya se ha establecido.”⁸⁰

La seguridad no es delimitar una diferencia entre personas y evitar encerrarnos en el concepto de comunidad. Un logro de la seguridad de la sociedad contractual debe ser que, por lo menos, los daños causados sean reparados; es decir, dividir el concepto en tres: a) evitar que un daño suceda, b) cuando suceda un daño, reparar el bien y c) lo más importante, evitar que sea necesario causar un daño.

La mediación en materia penal responde a diversas necesidades según la óptica desde la cual se analice, por ello se menciona que su alcance no solo se reduce a las partes involucradas por un conflicto, sino que incide en las finalidades de otros sujetos como en el caso de la autoridad y de la sociedad misma.

Este tema radica principalmente en la seguridad que proporciona el sistema de mediación penal, es así que la finalidad del procedimiento de mediación es el tratamiento y solución del conflicto, la solución se presenta como un acuerdo de voluntades que se materializa formalmente como un convenio, el convenio puede

⁸⁰ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe. Op. Cit. p. 153.

consistir en obligaciones con prestaciones futuras de dar, hacer o no hacer, de ninguna manera sobre la culpa y responsabilidad de las partes. Además puede ser parcial o total según se logren conciliar los puntos del conflicto, quedando la vía jurisdiccional para aquellos en los que no se haya logrado la conciliación.

El acuerdo conciliatorio marca la conclusión del procedimiento de mediación, aunque ésta puede darse bajo otros supuestos como: la voluntad de las partes, la imposibilidad de llegar a una solución, la inasistencia a las sesiones programadas, o el incumplimiento de las reglas señaladas en las sesiones por el mediador.

Cabe destacar, que el sistema de mediación penal, se sustenta en bases sólidas, ya que con el avance en la tramitación del mismo, van adquiriendo eficacia, lo que brinda cierto grado de seguridad entre los mediados; ello sin pasar por alto, que la mediación como procedimiento alternativo y complementario del proceso jurisdiccional, permite la solución de conflictos a través de la celebración de un acuerdo o convenio, el cual si bien es firmado por los mediados y el mediador, será simplemente un documento privado salvo disposición en contrario, por lo que queda situado en el mismo nivel que las partes con la calidad de testigo únicamente respecto del acuerdo conciliatorio.

A pesar de que la mediación tenga verificativo en sede judicial, el hecho de constar la firma del mediador como un funcionario del mismo órgano no implica que el acuerdo conciliatorio sea un documento público, toda vez que la función del mediador se limita a auxiliar a las partes en su elaboración, correspondiendo la responsabilidad de esta y la solución exclusiva del conflicto a las mismas. Para tener el carácter de documento público por contener el acuerdo o convenio la firma del mediador, la ley o disposición normativa que rija la mediación deberá de señalar expresamente tal facultad del mediador dentro de sus funciones, de lo contrario se tratará de un documento privado.

Ya sea el acuerdo conciliatorio un documento público o privado, para tener plena eficacia debe ser homologado por la autoridad judicial, ya que solo de esta manera se podrá obtener su cumplimiento aún de manera coactiva y surtir plenamente sus efectos respecto de la etapa procedimental de que se trate.

Por otro lado el problema de la seguridad es la diferencia en sentirnos y hacernos diferentes a los demás; circunstancia, que en ocasiones nos hace vulnerables y nos vuelve rivales; mientras más homogénea sea la comunidad, menos problemas tiene, y mientras menos contraste exista entre unas comunidades y otras, menos conflictos tendrán.

Los hombres somos iguales. Todos son básicamente similares, no por la biología, sino porque compartimos una experiencia humana básica; que es la protección de nuestros derechos humanos, por lo que no debemos concebir al hombre como un individuo en guerra, sino como un individuo con necesidades.

Es vital aumentar el nivel de vida de las comunidades que menos tienen, para homogeneizarla con las demás, y eso no se logra con un programa de gobierno, ni de partido, sino con la organización de los miembros que recibirán el beneficio.

IV.1.2. Mejorar el Nivel de Vida

El nivel de vida incluye la participación de los miembros para dar un mejor proyecto de vida, no solo a los hijos, sino a los padres dentro de la comunidad. El mejorar el nivel de vida dentro de la sociedad implica participación de todos los miembros, un trabajo comunitario para mejorar el entorno: alumbrado, pavimento, parques, pintura, semáforos, topes, y las cosas que hacen falta. El problema se resume en que hay cosas que hacer, gente que las haga, y nadie que las pague.

El Sistema de Justicia Penal busca instrumentar a la postre gente que se transforme en un número que legitime la lucha contra la delincuencia; al resolver el

conflicto, por medio del sistema de mediación, se busca recuperar el tiempo perdido por la víctima, trayendo como consecuencia que el culpable no pierda tiempo en la cárcel, sino que haga un provecho para la sociedad, inclusive optando por convertirlo en mano de obra para lo que se haga falta, un fondo podría solventar el pago o bien la cooperación del gobierno.

No es un trabajo forzado, puesto que está pactado y consentido por el infractor al signar el convenio, el que pinte, siembre, corte pasto, o lo que la sociedad necesite o se pacte es un servicio para la misma. La gente no está desocupada y ociosa en la cárcel, tiene trabajo útil dentro de la sociedad que no lo expulsa, que lo aprovecha para mejorar el nivel de vida.

La mediación es considerada como la forma más innovadora de abordar los problemas ligados a cierto tipo de criminalidad: la reparación, la restitución y la reconciliación se erigen en valores complementarios de la acción penal.

El sistema de mediación penal, trata de una intervención pluridimensional: **a) política**, en cuanto busca minimizar la intervención estatal, que el infractor asuma los hechos y se nivele la situación de asimetría en que presumiblemente se encontraba: por ejemplo, recuperándose de su drogodependencia; **b) comunitaria**, porque no está residenciada en los Juzgados, ni la realiza una empresa de servicios, sino que genera tejido social, crea sinergias, **mejora la calidad de vida**, etc.; **c) provocativa**, pues evidencia la inutilidad y costes del sistema penal y muestra sus contradicciones; **d) pedagógica**, ya que no es sólo ocasión de encauzar hacia un recurso terapéutico que rehabilita la causa del delito --la drogodependencia, por ejemplo-- sino de ayudar al infractor a asumir las consecuencias de la infracción, poniéndose en el lugar del agredido que, a su vez, se habrá puesto también, en no pocos casos, en el suyo, y **e) finalmente**, reparadora, por cuanto la víctima encuentra, según los casos, una reparación patrimonial, simbólica, afectiva o explicativa del daño sufrido, amén de los efectos

terapéuticos de la mediación: pérdida de miedo, reducción notable del susto y del trauma post-delictual, etc.

IV.1.3. Humanización del Derecho

Humanizar exige diversificar, tratar de forma diferenciada lo que es distinto, individualizar adecuadamente la respuesta al conflicto social que introduce el delito. Ello supone avanzar en la superación de la, hasta ahora, única respuesta: la privación de libertad.

Humanizar significa también reconocer al otro. Ni la víctima es una mera prueba de cargo al servicio de una futura condena, ni el infractor es reducible a objeto de castigo y destinatario de la higienización social. Las personas no pueden ser tratadas como objetos, incluso aun cuando su comportamiento pueda haber sido enormemente desafortunado. El reconocimiento precisa apertura a la intersubjetividad y ello requiere contacto -inmediación judicial-, comunicación, lenguaje inteligible y una mínima capacidad de ponerse en el lugar del otro, por «muy otro» que pueda ser. Esta humanización no precisa inversión dineraria. Singular relevancia tiene la inmediación judicial. Es increíble la eficacia preventiva que tiene en el penado el compromiso contraído con la persona del juez. No saben los jueces y fiscales las posibilidades que se abren cuando también ellos apuestan por el encuentro personal.

Humanizar significa agotar las posibilidades de la legislación. La práctica nos muestra que, cuando un juez se empeña, es capaz de satisfacer tanto el principio de legalidad como la justicia material que la situación concreta reclama. Es importante que los jueces se abran al trabajo con el tejido social. “El antiguo símbolo (de la Justicia) era una mujer con los ojos vendados, y la balanza en la mano.”⁸¹

⁸¹NILS, Christie. La industria del control del delito. 1ª edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1999. p.22.

Hoy, apostamos porque al símbolo de la justicia se le quite la venda, se le deje ver bien a las partes, se le quite la espada para darle un libro con soluciones.

La finalidad que tienen las leyes es hacer justicia, pues no están creadas para producir dolor; las mismas son creadas por los hombres y para los hombres, sin embargo, parece que el Derecho Penal está hecho por el poder para reprimir y controlar a los hombres. Podemos utilizar la idea de Marx, de que la muerte de los sistemas se genera desde su interior; el Sistema de Justicia Penal desaparecerá, pero no por un decreto, ni de un día a otro, desaparecerá cuando deje de tener utilidad. Hagamos humano el derecho, que las leyes repriman y produzcan dolor a los desviados, no a los necesitados, no a los ignorantes, no a los débiles sociales.

Por lo tanto, en ese sentido podemos citar algunos países que han apostado por una justicia más acorde a su contexto social en la que se persigue como finalidad la implementación de una justicia restaurativa:

Francia

La ley de 23 de junio de 1999 faculta al procurador de la República (fiscal) a que proponga al autor que confiese haber cometido delitos con penas hasta de tres años, alternativas a la pena. Si la víctima es conocida, la propuesta que hará el procurador es que se le reparen los daños causados por la infracción en un plazo de seis meses, informando de ello a la víctima. **En el caso de que víctima y autor lleguen a un acuerdo el procurador desistirá de la acción pública de acusación.**

Alemania

El Proyecto Alternativo de Reparación, podríamos decir que es “hijo de Roxin”, contempla la compensación de las consecuencias del hecho delictivo a través de

una prestación voluntaria del autor al ofendido, si es posible, y si no, simbólicamente, a favor de la generalidad (comunidad)

La fiscalía puede renunciar al ejercicio de la acción pública si los hechos se castigan con una pena que no exceda del año, suspender la ejecución de la sentencia si la pena pasa de dos años. Si supera esta duración la reparación tendrá el carácter de circunstancia atenuante.

Bélgica

La ley de febrero de 1994, llamada Ley de Procedimiento de Mediación Penal, prevé el archivo del procedimiento seguido contra el autor de una infracción si repara a la víctima, en el caso de que los hechos delictivos no se castiguen con una pena superior a dos años.

“Se ha hecho referencia a que en España no hay legislación que contemple la mediación entre la víctima y el autor de delito. Solamente la reparación del autor a la víctima por los daños causados por el delito, es un atenuante, según se dispone en el artículo 21.5º del Código Penal, que en el 112 explicita en qué consistirá (dar, hacer o no hacer). El Consejo General del Poder Judicial, en 1999, en el informe elaborado sobre los problemas que plantea la aplicación del nuevo Código Penal se lamenta de que entre las alternativas a la privación de libertad no se hayan considerado cuestiones novedosas como la reparación del autor a la víctima del delito, que será imposible poner en práctica si no se instaura el principio de oportunidad, o lo que es lo mismo aquella facultad que tiene el Ministerio Fiscal para ejercer su función dependiendo de determinadas condiciones y situaciones podría ser la que comenta Roxin a propósito de la proporcionalidad de la pena: si la reparación fuera suficiente para resolver un conflicto social, la pena ha de ceder. Por supuesto el abogado y jurista Alemán Roxin se refiere a la pena de privación de libertad.”⁸²

⁸²SÁNCHEZ CONCEIRO, María Teresa. Op. Cit. p.118.

En el caso de la Nación mexicana, tenemos que actualmente son veinte las entidades federativas que contemplan y han desarrollado en su legislación interna mecanismos de justicia alternativa, entre las que se encuentran: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, estado de México, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tlaxcala y Tamaulipas, a las que se les suma también el Distrito Federal.

De las entidades anteriores, podemos distinguir aquellas que si bien regulan mecanismos de justicia alternativa específicamente la mediación y la conciliación, no contemplan la materia penal dentro de sus supuestos como es el caso de: Coahuila, Michoacán, Tabasco y Quintana Roo, ya que solo se refieren a la materia civil, familiar y mercantil. Por ello encontramos regulación expresa de mediación en materia penal solo en dieciséis estados más el Distrito Federal; poco más de la mitad del territorio nacional. La manera en que las entidades federativas han implementado la mediación en materia penal en sus ordenamientos internos ha sido variada y del análisis normativo se desprenden los siguientes grupos:

- a) Entidades que no cuentan con una ley específica y recurren a reformas legislativas (incluyendo la Constitución, las leyes ordinarias o las leyes orgánicas del Poder Judicial en su respectivo ámbito competencial);
- b) Entidades que tienen una ley específica de justicia alternativa en la que regulan a la mediación en materia penal.

Por lo tanto, tenemos que en el caso de Baja California:

La ley de Justicia para Adolescentes del estado de Baja California, título Quinto “De los mediados de Justicia Alternativa”, capítulo I “De la Mediación y Conciliación”, artículos 108 a 114, regula el procedimiento de mediación y

conciliación respecto de adolescentes a quienes se les atribuya la comisión de una conducta tipificada como delito por la leyes del estado.

Su fecha de creación coincide con la reforma a la Ley de Justicia para Adolescentes del estado de Baja California, publicada el 27 de octubre de 2006, y vigente a partir del 23 de marzo del 2007. durante la averiguación previa o el proceso se puede iniciar el procedimiento de Justicia Alternativa, a petición de parte interesada, con celebración de audiencia inicial para obtener el consentimiento de ambas partes en conflicto. Iniciado suspende el procedimiento penal, según la etapa en que se encuentre, su finalidad es la celebración de un convenio que será ratificado por la autoridad que conozca según la etapa del procedimiento penal en que se encuentre.

Baja California Sur

La mediación es regulada como un procedimiento especial del libro Quinto, en el Título Primero “El procedimiento de mediación o conciliación”, Capítulo único “El procedimiento de mediación o conciliación”, en los artículo 460 a 464 del Código de Procedimientos Penales para el estado de Baja California Sur, vigente y publica el 20 de marzo del 2005, correspondiendo al Centro de Mediación del Tribunal Superior de Justicia del estado, la realización del procedimiento de Mediación o Conciliación, siendo que para el caso o en fase de averiguación previa, se prevé una mesa o centro especializado de la Procuraduría General de Justicia del estado.

Los supuestos de procedencia son los delitos perseguibles por querrela necesaria, delitos de oficio que no tengan prevista pena privativa de libertad y aquellos cuyo término medio aritmético no exceda de dos años de prisión, solo en lo referente en la reparación del daño.

Chiapas

En Chiapas no hay un centro especializado en mecanismos alternos de justicia, por ello la mediación y conciliación corresponde los juzgados de primera instancia mediante un abogado adscrito en tratándose de menores (artículo 177 a 178 de la Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el estado de Chiapas.

Los supuestos de procedencia para la mediación en tratándose de menores nos especifican. En Justicia de Paz se contemplan los delitos perseguidos a instancia de parte ofendida, y aquellos que las partes decidan someter a conciliación, siempre que no sean graves o afecten sensiblemente a la sociedad.

Estado de México

La Ley Orgánica del Poder Judicial del estado de México, y el reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del estado de México, publicado en la gaceta oficial de Gobierno, el 19 de marzo de 2003, rigen la mediación en sede judicial respecto de todos los asuntos que admitan transacción, siempre que no afecten la moral, derechos de terceros, y no se contravengan disposiciones de orden público, así como en la materia penal. Corresponde al Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del estado de México, como órgano administrativo adscrito al poder judicial que depende del Consejo de Judicatura, creado el 22 de noviembre de 2002, todo lo relativo a la mediación y conciliación en sede judicial, aunque admite además la de tipo extrajudicial con reconocimiento del Centro de Mediación y Conciliación, sin que previamente se requiera un proceso, por ello solo fungen como mediadores quienes son nombrados oficialmente por el Tribunal Superior de Justicia. Durante el proceso, los Tribunales pueden remitir a las partes (procesado, víctima u ofendido) al Centro de Mediación y Conciliación hasta antes de dictarse sentencia ejecutoria. El Director del Centro cuenta con Fe Pública y es quién deberá aprobar el

convenio. De haber conciliación, el acuerdo se le hace llegar al Juez para efectos del sobreseimiento por perdón del ofendido (artículo 91 código penal del estado de México), de lo contrario se seguirá el juicio.

Los supuestos de procedencia son todas las conductas delictivas perseguidas mediante querrela de parte y en las de oficio solo respecto de la reparación del daño (artículo 1.7 y 1.8 del reglamento), por lo que los efectos del convenio son los de sobreseer el proceso por el perdón del ofendido y se puede sugerir por el juzgador de primera instancia para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito.

Puebla

La ley orgánica del poder judicial del estado de Puebla faculta al Tribunal Superior para institucionalizarla, en tanto que a partir de diciembre de 2002 el código de procedimientos en materia de Defensa Social del estado de Puebla, estableció la mediación en sus artículos 395-409.

Corresponde al Centro Estatal de Mediación del estado de Puebla, como órgano administrativo adscrito al Poder Judicial creado el 13 de diciembre de 2001 aunque inició su funcionamiento a partir del 3 de junio de 2002; desarrollar todo lo relativo a la mediación referente a la materia civil, familiar y penal en sede judicial a través de los mediadores del Tribunal Superior de Justicia o de la Procuraduría General de Justicia del estado de Puebla, así como también por conducto del propio juez penal que conozca de la causa o del Ministerio público durante la indagatoria (artículo 396).

Durante la etapa de averiguación previa y en el proceso se faculta al Ministerio público y al Juez respectivamente, para procurar la conciliación en delitos de querrela (artículo 3 fracción V y 398), se analizará si es procedente la mediación en cuyo caso informarán a las partes sobre los alcances de la misma, de estar de

acuerdo las partes se realizarán tantas sesiones como sea necesario para llegar a la solución del conflicto que consiste en un convenio, aunque la autoridad que conozca del asunto tendrá la facultad de no iniciar, suspender o dar por terminado dicho procedimiento según lo considere inadecuado en la buena marcha para la procuración y administración de justicia o notoriamente perjudique los intereses o derechos de una de las partes de la averiguación o del proceso, para lo cual realizará la determinación debidamente fundada y motivada, resolución contra la cual no procederá recurso alguno (artículo 401). Como supuestos de procedencia se señala solo a los delitos de querrela, preferentemente patrimoniales y se restringe expresamente a los delitos que afecten la libertad sexual, los intereses, derechos, dignidad e integridad psíquica y corporal de incapaces que carezcan de representante legal. Tampoco habrá proceso de mediación cuando existan pluralidad de agraviados sea en una averiguación o en averiguaciones conexas y acumulables y finalmente no habrá mediación cuando se afecten los intereses y derechos de la colectividad (artículo 395)

Los efectos del convenio pueden consistir en la suspensión del procedimiento hasta su cumplimiento, el perdón del ofendido si se cumple y se dictará por la autoridad investigadora la extinción de la acción persecutoria ordenándose el archivo definitivo.

Querétaro

La ley Orgánica del Poder Judicial del estado de Querétaro de acuerdo a la reforma del 26 de mayo de 2006, regula lo relativo a la mediación civil, familiar, mercantil y penal que corresponde al centro de mediación del poder judicial del estado de Querétaro. Durante la averiguación previa o el proceso a recomendación del Ministerio Público o Juez según sea el caso, o bien a petición de parte, el ofendido y el imputado buscarán la solución a través de mediación o conciliación siempre que se trate de delitos de querrela y en los delitos culposos

perseguidos de oficio solo por cuanto hace a la reparación de daños y perjuicios (artículo 90).

Aunque los efectos del convenio no se precisan, lógico es pensar que si se trata de delitos de querrela los efectos serán los que produce el perdón del ofendido, mientras que para los delitos culposos los efectos sobre la reparación de daños y perjuicios, una vez cumplidas las formalidades del mismo, podrá ser elevado a sentencia ejecutoria con calidad de cosa juzgada.

Sonora

La mediación es regulada por el código de procedimientos penales Sonorense y la Ley orgánica del Poder Judicial del estado de Sonora, Corresponde al Centro de Justicia Alternativa, creado mediante el acuerdo general 3/2003 dictado por el Pleno del H. Supremo Tribunal de Justicia del estado y publicado el 03 de abril de 2003, lo relativo al procedimiento de mediación en materia civil, familiar, mercantil y penal.

En materia penal, el momento para acudir a la mediación puede ser durante la averiguación previa, el término constitucional de 72 horas y durante la instrucción en el juicio.

Dentro del procedimiento penal se autoriza al Ministerio Público para celebrar un convenio entre la parte ofendida y el acusado ó a orientarlos para que acudan a un Centro de Mediación a resolver el hecho criminoso. Los jueces penales deberán orientar a las partes en el mismo sentido señalado anteriormente, tanto al dictar el auto de formal prisión como durante la instrucción, según lo disponen los artículos 144 y 159 bis fracción VI.

Entre los supuestos de procedencia se encuentran: asuntos de querrela, culposos y en aquellos cuya sanción máxima no exceda de tres años de prisión o tengan

señalados una pena alternativa, los casos de delitos de robo con violencia a que se refieren los artículos 302, 303, 305, 307 y 312 del código penal del estado de Sonora y en el caso de lesiones a que se refiere el artículo 243 fracción II del mismo ordenamiento. Adicionalmente se contempla procedente la mediación y conciliación para resolver entre las partes todo lo relativo a la reparación del daño en todos los delitos.

Los efectos del convenio son los mismos que produce el perdón del ofendido en los delitos de querrela, mientras que al tratarse de la reparación del daño, el convenio hará las veces de un título ejecutivo susceptible de cumplimiento forzoso.

Las siguientes Entidades Federativas, **cuentan con una ley específica en donde se regulan los distintos mecanismos de justicia alternativa.**

Aguascalientes

La ley de Mediación y Conciliación del estado de Aguascalientes del 24 de septiembre de 2004, de manera general regula la mediación que recae en derechos y obligaciones susceptibles de transacción o convenio entre particulares y en algunas conductas delictivas.

El Centro de Mediación del Poder Judicial es un organismo auxiliar de la Presidencia del Supremo Tribunal del estado y fue creado el 01 de octubre de 2001. Le corresponde todo lo relativo al procedimiento de mediación en sede judicial a través de mediadores oficiales adscritos al mismo, aunque también algunas dependencias del Poder ejecutivo, instancias municipales, universidades e incluso instituciones privadas por mediadores y conciliadores privados autorizados, certificados y registrados por el centro de mediación.

Esta ley no es muy precisa sobre el procedimiento específico, momentos procesales, ni efectos particulares del convenio en la materia penal, por lo que debe entenderse aplicable el procedimiento general que rige para las demás materias. Los supuestos de procedencia para la mediación en materia penal son las conductas que pueden constituir delitos perseguibles por querrela, mismos que son aquellos que admiten el perdón de la víctima u ofendido para extinguir la acción penal y la facultad de ejecutar penas y/o medidas de seguridad, así como los relativos a la reparación del daño en los demás delitos.

Chihuahua

La mediación en sede judicial a cargo de mediadores adscritos al centro Estatal de Mediación, y extrajudicial por mediadores privados reconocidos por el mismo centro, se regula en la Ley de Mediación del estado de Chihuahua (27 de mayo de 2003) y la ley orgánica del poder judicial del estado del 01 de julio de 2003.

Además del Centro estatal de Mediación como órgano desconcentrado del Poder Judicial creado el 20 de mayo de 2003, se contempla la existencia de Centros Regionales (artículo 6), para atender la mediación en materia civil, familiar, mercantil en los asuntos que sean objeto de transacción o convenio, que no alteren el orden público, ni contravengan alguna disposición legal expresa o afecten derechos de terceros.

En el procedimiento penal durante la etapa de la averiguación previa, el funcionario encargado de ésta, sin suspender el procedimiento, encomendará a un mediador a la avenencia entre el indiciado y el querellante. Asimismo, de oficio al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso el juez propondrá la apertura del procedimiento mediatorio al inculpado y al ofendido, ordenando la notificación de su planteamiento a las partes. Si no se hace de esta manera se puede iniciar a solicitud de las partes durante cualquier momento del proceso

siempre y cuando no se haya dictado sentencia ejecutoriada (artículo 28 fracción III y IV). En todos los casos se deberá oír al ministerio público.

Como supuestos de procedencia se contemplan: los delitos perseguibles por querrela de parte, delitos de oficio no graves que no tengan una importante *significación social*, ésta ya se deja a la determinación de las autoridades encargadas de la investigación de los delitos en el Código de Procedimientos Penales, cuando en su artículo 140, fracción IV, preceptúa que el Ministerio Público no ejercerá la acción penal cuando el delito carezca de significación social y estén satisfechos los intereses de la víctima. En este mismo criterio, el que orienta la posibilidad de la mediación en tales casos.

Colima

La Ley de Justicia Alternativa del estado de Colima, publicada el 22 de septiembre del 2003 y su reglamento, regulan la mediación en sede judicial, a cargo de mediadores oficiales como especialistas públicos (artículo 30) y extrajudicial por mediadores independientes/privados certificados, según el reglamento de la misma ley en su artículo 40.

El Centro Estatal de Justicia Alternativa del estado de Colima es un órgano Auxiliar del poder Judicial, con autonomía técnica, creado por la Reforma Constitucional al artículo 1º. Fracción VII, el 22 de julio de 2002, mismo que inició sus funciones el 25 de marzo del 2004, junto con los Centros Regionales de Justicia Alternativa, se encarga de la Mediación en Materia Civil, Familiar, Mercantil y Penal.

Los convenios celebrados en materia penal deberán suscribirse por las partes y el especialista que interviene en el procedimiento de Mediación, quienes comparecerán ante el Director del Centro para la ratificación de contenido y reconocimiento de firmas, para solicitar al juez de primera instancia que conozca

del asunto, la aprobación del acuerdo, produciéndose los efectos del perdón del ofendido, y en lo que respecta a la reparación del daño tendrá efectos de cosa juzgada.

Guanajuato

La Mediación se regula en la Ley de Justicia Alternativa del estado de Guanajuato, del 27 de marzo del 2003, posteriormente en noviembre de 2003, se reconoció en la Constitución local.

La institución encargada de la mediación en sede judicial, es el Centro Estatal de Justicia Alternativa, dependiente del Supremo Tribunal de Justicia y sus cedés, creados por la Ley de Justicia Alternativa el 27 de mayo de 2003. Además de los mediadores oficiales del Centro, se autoriza a Instituciones privadas para prestar el servicio de mediación extrajudicial, a través de mediadores certificados (principalmente notarios, artículo 2º.), por regla en todo derecho de libre disposición y que no contravenga el orden público, así como la materia civil y penal expresamente (artículo 4º. y 5º.).

Por lo que hace al procedimiento penal, a petición de una de las partes y bajo la aceptación de la otra, se puede acudir a la mediación antes y durante la averiguación previa, así como durante el proceso jurisdiccional, hasta antes de emitirse sentencia ejecutoria (artículo 5º.), solo si se trata de delitos de querrela o cuando así lo señale la ley penal.

Jalisco

La mediación en sede judicial se rige por la Ley de Justicia Alternativa del estado de Jalisco, publicada el 30 de enero del 2007. comprende la materia Civil, los derechos de menores e incapaces por conducto de quien ejerce la patria potestad

o tutela, sometiendo el convenio a autorización judicial con intervención del Ministerio Público, y la materia penal (artículo 5º.)

Compete al Instituto de Justicia Alternativa del estado de Jalisco como órgano del poder judicial del estado de Jalisco con autonomía técnica y administrativa, la rectoría en materia de medios alternativos de justicia (artículo 22).

Con relación al procedimiento penal, se iniciará el procedimiento de mediación a petición de parte interesada o su representante legal, o bien a propuesta del Ministerio Público o autoridad judicial, subsistiendo la voluntad de las partes (artículo 42), fijándose un término improrrogable para el mismo de 30 días (artículo 58).

El margen de supuestos para la procedencia de la mediación en materia penal, resulta más amplio al señalarse de manera expresa lo siguiente:

- a) Por exclusión, que no se trate de los siguientes delitos previstos en el Código Penal estatal, como: asociación delictuosa, artículo 120; corrupción de menores, artículos 136, 137 y 138; pornografía infantil, artículo 136 bis; lenocinio, artículos 139 y 141; falsedad en declaraciones e informes de datos a una autoridad, artículo 168; prostitución infantil, artículos 174 bis y 174 ter; suposición y supresión del estado civil, artículo 177; violación, artículos 175 y 176; tráfico de menores, artículos 179 bis; secuestro, artículos 194 y 194 bis; extorsión, artículo 189; homicidio, artículos 225 y 226; parricidio, artículo 223; infanticidio, artículos 225 y 226; aborto, artículos 227 y 228; robo equiparado, artículos 234, fracciones III a la VII, y último párrafo; robo, artículo 236, fracciones I, VII, IX, X, XI, XII, XIV; administración fraudulenta, artículos 254 bis y 254 ter; delitos cometidos por servidores públicos; delitos electorales, delitos fiscales; y delitos ecológicos; de la Ley Contrala Delincuencia Organizada: la delincuencia organizada, artículo 2º.; de la Ley Estatal para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo

3º.; y las demás leyes que así lo señalen; y b) Siempre y cuando se trate de delincuente primario.

El defecto que tiene tal clasificación es que no se precisan los efectos del convenio, se presume que son los mismos que se producen con el perdón del ofendido, pues la excepciones anteriores comprenden delitos graves que se persiguen de oficio, y sobre los cuales resulta improcedente el perdón del ofendido.

Nuevo León

La mediación en sede judicial iniciado o no un proceso, se encuentra regulada en la Ley de Métodos Alternos para la solución de conflictos del estado de Nuevo León, publicada el 17 de septiembre del 2004, vigente a partir del 31 de enero del 2005. el Centro de Asistencia Jurídica es un órgano desconcentrado del poder judicial del estado, y le corresponde todo lo relativo a los métodos alternos para la solución de conflictos, incluyendo la mediación en asuntos que sean susceptibles de convenio, que no alteren el orden público ni contravengan alguna disposición legal expresa o afecten derecho de terceros; sobre derechos y obligaciones pecuniarios de menores e incapaces, por quien ejerza tutela o patria potestad, sometido a autorización de la autoridad judicial e intervención del Ministerio Público: relacionados con extranjeros, civiles, familiares y penales, de acuerdo a la legislación sustantiva y adjetiva.

En el procedimiento penal, durante la averiguación previa o en el proceso a petición de parte, se suspenderá siempre que se trate de conductas delictivas señaladas expresamente en la ley penal sustantiva o adjetiva. De igual manera, el pago de reparación del daño se podrá sujetar a métodos alternos en cualquier etapa del procedimiento.

Oaxaca

La mediación se regula en la Ley de Mediación para el estado de Oaxaca, publicada el 12 de abril del 2004; la Ley Orgánica del Poder Judicial del estado de Oaxaca; el Código Civil y de Procedimientos Civiles del estado; el Código Penal y Procesal Penal del estado, y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del estado de Oaxaca.

El Centro de Mediación Judicial, órgano auxiliar del poder judicial del estado, creado por acuerdo del pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado de Oaxaca, el 1º. De julio de 2002, y abierto al público el 12 de julio del mismo año, se encarga de la Medición en sede judicial (artículo 4º., fracción IV), a través de sus mediadores públicos que operan en el Centro remediación Judicial y en sus sedes regionales, además de que dicho servicio es prestado por entidades estatales y municipales (artículo 17), de igual forma extrajudicialmente las instituciones privadas acreditadas por el Centro de Mediación Judicial. Son materia de mediación los asuntos de carácter Civil, Mercantil, Familiar y vecinal, aquellos asuntos que sean susceptibles de transacción o convenio, que no alteren el orden público, ni contravengan alguna disposición legal expresa o afecten derechos de terceros, los derechos y obligaciones de contenido pecuniario de menores e incapaces por quienes ejercen patria potestad o tutela, bajo autorización judicial e intervención del Ministerio Público y en materia penal. Si está radicado a propuesta del juez o si el delito se encuentra en etapa de averiguación ante el Ministerio Público, siempre que se trate de delitos de querrela y que o sean considerados como graves.

Tamaulipas

La mediación en sede judicial se regula en la Ley de Mediación para el estado de Tamaulipas del 21 de julio del 2007, y comprende la materia Penal, Civil, Mercantil, Familiar. La mediación será procedente en los siguientes supuestos:

que se trate de conductas probablemente delictivas en las que de acuerdo con la ley proceda el perdón del ofendido, así como los acuerdos reparatorios y en todas las conductas consideradas como delitos por las leyes penales del estado, por cuanto hace a la reparación del daño.

Tlaxcala

La Ley que regula el sistema de mediación y conciliación en el estado de Tlaxcala, publicada el 13 de abril de 2007, comprende la mediación en materia: civil, familiar, administrativa, mercantil y penal. Por regla en cualquier asunto siempre que no se altere el orden público, no se contravenga disposición legal alguna o se afecte derechos de terceros, limitando su aplicación a los juicios originados con motivo de la aplicación a los juicios originados con motivo de la aplicación de la leyes del estado de Tlaxcala.

Mediación y conciliación en sede judicial esta conferida a: la Unidad de Mediación y Conciliación, órgano dependiente del Poder Judicial del estado (artículo 3º) a través de mediadores y conciliadores adscritos a la misma; a los jueces municipales y al Ministerio Público en averiguación previa. En el ámbito extrajudicial tienen participación las instituciones privadas autorizadas por la Unidad (artículo 3 y 7).

En el procedimiento penal la mediación o conciliación será realizada por el Ministerio Público en la fase de averiguación previa, por la Unidad de Mediación y Conciliación o el Juez Municipal durante el proceso jurisdiccional hasta antes de emitirse sentencia ejecutoria, para llegar a un acuerdo con los efectos legales correspondientes (artículo 5). De lo anteriormente expuesto podemos establecer que algunas entidades federativas, solo han implementado la mediación respecto de menores en conflicto con la ley penal, restringiendo con ello su aplicación a la materia penal. La mediación en materia penal signifique la reducida noción de la regulación de la figura del perdón del ofendido, sino por el contrario con el

presente estudio se pugna por el reconocimiento de un procedimiento alternativo al proceso jurisdiccional, no sustitutivo sino complementario, con supuestos de procedencia específicos y efectos contemplados como causales autónomas para la determinación del no ejercicio de la acción penal y de sobreseimiento del proceso penal, contenido todo ello en los ordenamientos procesales de la materia penal.

IV.1.4. Identificación y Solución de Problemas

“Identificar el problema es la esencia del procedimiento de mediación, en tanto el darle solución al mismo implica la finalidad para lo cual esta creado, a pesar de que la consecuencia jurídica del delito es la pena, ya que nadie puede ser castigado nada más que por lo que ha hecho, no por lo que es, aunque repitámoslo, cada vez se castiga más por la peligrosidad o capacidad de delinquir, cualidades del sujeto que adquieren cada vez más importancia a la hora de sancionar, dando lugar a lo que Jurista Italiano Ferrajoli denomina Derecho Penal informal o de la doble penal, que son las medidas de seguridad.”⁸³

“Culpa y responsabilidad no se pueden disociar, porque hay que dejar claro que la pesadumbre o la vivencia de culpa solo se puede experimentar después de la reflexión del sujeto sobre su decisión, acción y consecuencias, es decir, por el daño causado a otro mediante la conducta delictiva, y no ante el sistema penal, una abstracción que el sujeto no visualiza mentalmente y, no comprende, salvo excepciones.”⁸⁴

Sin embargo, tenemos que el sistema de mediación plantea una reorganización en la que propiamente se establece que cuando en la comunidad han surgido pequeñas empresas de no más de quince trabajadores, quienes en algunas ocasiones son vecinos; sin embargo, existen jóvenes que por descuido o por

⁸³CONCHEIRO SÁNCHEZ, María Teresa. Op. Cit. p. 103.

⁸⁴idem.

varias razones dejaron la escuela, obreros que trabajan en fábricas lejanas, situaciones que en la comunidad no sobresalen, ya que los empleados trabajan para el vecino, incluso, son parte indirecta de estas microempresas, con lo que concluimos que esta gente es menos probable que realice un crimen contra cualquiera de los que habitan la comunidad.

Por lo tanto, la mediación más que nada se enfoca en la reparación del delincuente por los daños causados a la víctima del delito, circunstancia que debería de ser la estrella de la pena positiva, porque permite que el autor y la víctima recobren su protagonismo en el proceso penal, que les fue expropiado por el propio sistema.

Según el Consejo de Europa, resolución (99) 19, sobre mediación penal, se establece que la seguridad y solución de los problemas permite reaproximar la comunidad al sistema de justicia penal, al asegurar la participación de personas a las que directamente concierne la infracción. La participación de la comunidad puede permitir a la opinión pública comprender mejor la criminalidad y, por tanto, promover el apoyo comunitario a las víctimas, logrando la reinserción de los delincuentes y la prevención del delito. La seguridad no se trata de establecer un derecho penal mínimo, o descriminalización o despenalización de conflictos, sino más bien, se trata de buscar una verdad histórica y a través de ella lograr sancionar de manera adecuada, e incluso mediante penas alternativas a la privación de la libertad. Para Baratta, el programa de seguridad dirigido a una política integral de protección e implementación de los derechos debe tener presente los siguientes puntos: seguridad de todos los derechos para todas las personas.- Política democrática dirigida a los débiles y excluidos.- política local participativa.- de constricción de la demanda de pena por parte de la opinión pública y reconstrucción en la petición de seguridad como seguridad de todos los derechos; la política criminal debe ser subsidiaria a una política integral de seguridad de los derechos, por lo que ha de garantizarlos; la política pública de seguridad ha de tener en cuenta que este es un servicio público, y que los policías

deben convertirse en ciudadanos (policía comunitaria); seguridad en el marco de la Constitución y de los derechos fundamentales a través del Derecho Penal mínimo y de la seguridad de los derechos; la seguridad debe ser la política de una Europa abierta, dirigida al desarrollo humano del mundo.

Así la política de seguridad no puede ser ni exclusión social ni la seguridad de los fuertes contra el riesgo de los débiles y excluidos. Tampoco la política tecnocrática dirigida a la conservación de estatus sociales, autoritaria, debe reducirse a la demanda de pena contra la delincuencia, y a una política privada de seguridad, convirtiéndose esta en un negocio y los ciudadanos en policías. Nunca ha de ser política de fortaleza europea.

En el municipio, en el barrio, debe comenzar a restablecerse la comunicación política de base, auténtica opinión pública, recomenzar el tránsito e iniciar la transacción de la sociedad inhumana y tecnocrática, a la auténticamente democracia.

Lo anteriormente expuesto radica en una resocialización, sin embargo, uno de los factores preponderantemente importantes, es señalar que en las comunidades que integran el Distrito Federal, se caracterizan por ser demasiado escasas de recursos materiales, lo que implica una segregación de colonias con recursos materiales más altos, en donde no se puede dar el fenómeno anteriormente planteado. Las diferencias en la sociedad existen, no se pueden negar, pero estas no son impuestas, sino la comunidad es la que marca la diferencia entre unas y otras. Los delitos patrimoniales se generan en su mayoría entre personas que pertenecen a diferentes comunidades o a diferentes colonias; esta diferencia es marcada por nosotros. Pues todos somos iguales y somos parte de lo mismo.

El promover microempresas es benéfico, sobre todo porque trae como consecuencia que la juventud que no se encuentra del todo preparada pueda

acceder a las mismas, alejando con ello la ociosidad y los vicios principalmente a los jóvenes, quienes hoy en día están más controlados y vigilados.

Las sociedades que alejan las fuentes de empleo y educación de su base territorial, ello con motivo de que en ocasiones ejercen su derecho sobre el uso de suelo y otros, fundamentándose principalmente en que no desean que gente extraña tenga acceso directo a su fraccionamiento; sin embargo, ello no es una circunstancia que exima que por el lugar encontremos adolescentes desempleados en esas zonas, pues no se puede pensar que los trabajos que esta genera los ocupe solo gente de fuera.

El problema de la vagancia y el desempleo siempre han sido un conflicto en las colonias; por lo que podemos establecer que una comunidad caracterizada por el menor número de integrantes es menos propicia.

Un ejemplo claro de un sistema de reorganización social, lo encontramos en las comunidades económicas (empresas, fábricas, clubes deportivos, sociales, culturales, cooperativas), al estar basadas en la solidaridad, pero una solidaridad orgánica, éstas “son sociedades con una división de trabajo sumamente desarrollada, aquí los participantes llegan a ser dependientes unos de otros; intercambian servicios, y en esta forma se controlan mutuamente. La idea es que las comunidades económicas no sean, como en la actualidad, totalmente ajenas a la base territorial en la que se encuentran, que hagan que los miembros de la base territorial participen más en las actividades de las empresas, como socios o como trabajadores, para que en verdad se formen sociedades económicas en las cuales todos salgan beneficiados, unos con seguridad, otros con empleo y desarrollo. Situación que en muchas ocasiones es difícil, pues como ya se estableció anteriormente existe una discrepancia en cuanto a los recursos materiales que posee una u otra zona geográfica, especial o particularmente hablando del Distrito Federal. “Por lo tanto, lejos de buscar una agrupación de personas o de infraestructura material y humana, se pretende establecer una justicia participativa,

donde se procura acercar a los justiciables a nuevos métodos, lo que representa en cierta forma, una liberalización del derecho para contribuir a la auto-organización de los grupos sociales, regresando a los ciudadanos el poder de resolver los conflictos en los cuales se haya inmersos.”⁸⁵

IV.2. Los Tipos Penales Susceptibles de ser resueltos por Mediación

El Derecho penal solamente es admisible partiendo de la premisa de que se recurrirá a sus normas, sólo cuando no existan sistemas punitivos menos lesivos, y por tanto debe ser efectivamente necesario. Esta necesidad la determina la protección de bienes jurídico-penales. Debemos por ello, tener presente y analizar qué bienes jurídicos merecen la denominación de penales y son consiguientemente susceptibles de amparo por parte del Derecho penal. Para ello debemos primero detenernos en lo que define el término de bien-jurídico.

A lo largo de la evolución de la disciplina se han ido distinguiendo diversos conceptos de lo que representa el bien-jurídico.

El concepto dogmático de bien jurídico, acuñado por Birnbaum a mediados del Siglo XIX, se refiere a los bienes que son efectivamente protegidos por el Derecho. Esta concepción es demasiado abstracta y por ello no cumple con la función delimitadora del *ius puniendique* pretendemos revelar en el presente estudio.

Según Von Liszt, y bajo una concepción material del bien jurídico, su origen reside en el interés de la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el Derecho.

⁸⁵MARQUEZ ALGARA, María Guadalupe.Op. Cit. p. 154.

El concepto político criminal del bien jurídico trata de distinguir el bien jurídico de los valores morales, o sea trata de plasmar la escisión entre Moral y Derecho, que si bien a veces pueden coincidir en determinados aspectos, no deben ser confundidas en ningún caso. Esta concepción del bien jurídico es obviamente fruto de un Estado Social y Democrático de Derecho, y dada su vertiente social, requiere una ulterior concreción de la esfera de actuación del Derecho penal a la hora de tutelar intereses difusos.

El Derecho penal tiene su razón de ser en un Estado social porque es el sistema que garantiza la protección de la sociedad a través de la tutela de sus bienes jurídicos en su calidad de intereses muy importantes para el sistema social y por ello protegibles por el Derecho penal. Como ya hemos mencionado hay bienes jurídicos que no son amparados por el Derecho penal por ser intereses sólo morales y por ello sabemos que no todos los bienes jurídicos son bienes jurídico-penales y debemos distinguirlos.

Bienes jurídico-penales

Un Estado social y democrático de Derecho debe amparar sólo las condiciones de la vida social en la medida en que éstas perturben las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social. Por tanto los bienes jurídicos serán jurídico-penales sólo si revisten una importancia fundamental, o sea cuando las condiciones sociales a proteger sirvan de base a la posibilidad de participación de los individuos en la sociedad. En un Estado democrático cabe destacar la importancia de la participación de los individuos de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad individual por parte de los demás.

“En el derecho penal parece imposible dejar de representar, en múltiples delitos, al daño social como superior al individual. De ahí el recelo y los temores de todo tipo del mundillo jurídico de pasar la acción pública a manos individuales convirtiéndola

en una circunstancia privada. Por lo que hoy en día el daño social queda atenuado, para dar paso a la supremacía del interés público.”⁸⁶

Previo a establecer que delitos pueden ser resueltos por mediación, es necesario dejar asentado que los bienes jurídicos que tutela el derecho penal deben revestir la suficiente importancia social determinada por la proporcionalidad directa respecto a la gravedad de las consecuencias del Derecho Penal, por lo tanto el derecho penal no debe ser visto (ni ser) por tanto como mero instrumento sancionador ya que se exige que el bien jurídico merecedor de tutela jurídico penal sea fundamental para la vida social,

Hay criterios que sirven para determinar la importancia social del bien objeto a examen como son su reconocimiento constitucional, aunque este criterio es limitado dado que, entre otras razones, el reconocimiento de los bienes y derechos recogidos en la Constitución está dirigido principalmente a controlar la actuación de los poderes públicos (y no de los demás ciudadanos a excepción de algunos derechos fundamentales como “el honor”, etc.).

Otro criterio que nos sirve para determinar el impacto social del bien que podría ser jurídico penal se basa en la comparación con los bienes jurídico-penales que representan el núcleo del Derecho Penal (suelen ser los que afectan al individuo).

Los intereses colectivos son importantes en función del daño que causaría su lesión a los individuos, y por tanto en la medida que repercutan a cada persona afectada en concreto. Es un signo distintivo de que vivimos en un Estado democrático y no en un Estado autoritario donde la importancia de los intereses colectivos residiría en el impacto que su lesión provocaría para el sistema social en su conjunto y no respecto a cada individuo. Es requisito importante para determinar el grado de afectación del bien el concretar los daños y perjuicios y no mantenerse en la abstracción.

⁸⁶NEUMAN, Elías.Op. Cit. p. 114.

Otra característica esencial de los bienes jurídico-penales es la necesidad de protección de los mismos, o sea que a través de otros medios de defensa que requirieran menos intervención y por tanto fueran menos lesivos no se logre amparar satisfactoriamente el bien.

Pero, ¿es realmente necesario que los ataques sancionables produzcan resultados lesivos al bien jurídico penal o basta con el mero hecho de que lo pongan en peligro? Debido a las dudas razonables que quedan tras analizar el principio de exclusiva protección de bienes jurídico penales como límite del *ius puniendi* debemos reconocer que en un Estado Democrático de Derecho también se recurrirá a los principios de humanidad, resocialización y proporcionalidad.

El objetivo del presente capítulo es estudiar los tipos penales (los delitos) que pueden ser resueltos mediante la mediación; antes de entrar en materia, quiero parafrasear a Christie cuando comenta que no dejemos de intentar resolver pequeños problemas cuando los grandes parecen imposibles.

El Código Penal para el Distrito Federal contiene, en su libro segundo, 27 veintisiete títulos que enumeran alrededor de 202 doscientos dos tipos penales; al tratar título por título, o tipo penal por tipo penal, haría poco práctico el presente trabajo, incluso este capítulo no pretende ser un manual para la resolución de problemas, pues tal función es parte de los propios particulares; por tal motivo, para identificar cuáles tipos penales pueden ser susceptibles a ser resueltos a través del Sistema de Mediación, debemos identificar a las partes. La parte importante es el pasivo.

Como antecedente principal a la ley de justicia alternativa del Distrito Federal y propiamente al reglamento del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, tenemos las Reglas de Operación aprobadas en el acuerdo (19-47/2003, publicado 27 de agosto 2003 en el Boletín Judicial del

TSJDF). Las Reglas de Operación iniciales fueron reformadas luego de la experiencia en su práctica por más de un año, con lo que se dio paso a las “Nuevas Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa”, cuya adecuación fue aprobada en sesión plenaria del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, el 04 cuatro de mayo de 2005 mediante el acuerdo 19-19/2005 y publicada en el Boletín Oficial de Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal el 25 de mayo del mismo año.

Como resultado de la expansión del servicio de mediación que presta el Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal, las nuevas reglas de operación se vieron sujetas a dos reformas más: la publicada en el Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el 27 de abril de 2007, por la que se amplía el servicio de mediación a las materias civil y comercial, y la más reciente reforma publicada el 29 de agosto de 2008, en el Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y que constituye la legislación vigente sobre mecanismos de justicia alternativa en el Distrito Federal.

En las Nuevas Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa, se prevén los supuestos de procedencia los que se limitan a lo señalado por el artículo 47 quintus:

- 1.- a) Conflictos surgidos entre particulares.
 - b) derivado de la comisión de alguno de los siguientes ilícitos penales: robo, lesiones, daño a la propiedad, fraude, allanamiento de morada y amenazas;
 - c) Siempre que no sean considerados como delitos graves;
 - d) perseguibles por querrela de parte ofendida;
 - e) y que tengan señalada una pena máxima de cuatro años de prisión o bien pena alternativa o pecuniaria.
- II. De igual manera los delitos anteriores aún cuando existan antecedentes de reincidencia si son de naturaleza culposa.

III. Conflictos derivados de la comisión de delitos de oficio, únicamente en lo que se refiere a la reparación del daño.

IV.- solo accederán a la mediación penal, individuos que no se encuentren privados legalmente de su libertad. (Por orden de aprehensión o casos de detención por flagrancia o caso urgente).

Por lo tanto, a pesar de que en las reglas de operación se enlistaban algunos de los tipos penales que podían ser resueltos por el sistema de mediación, además de añadir algunos requisitos, así como aspectos que eran tomados en cuenta para determinar los tipos penales que se podían resolver por este medio; tenemos que, actualmente ni la Ley de Justicia Alternativa del Distrito Federal, ni el Reglamento del Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal, señalan de manera específica qué delitos pueden ser resueltos por este medio, pues al respecto tenemos que por su parte la Ley de Justicia Alternativa para el Distrito Federal en su artículo 5º establece que la mediación procederá en los siguientes supuestos: fracción IV en materia penal, las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por la leyes penales del Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño, en tanto que el reglamento señala de igual forma que la mediación es propiamente para las conductas tipificada como delitos en las leyes penales del Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño, de acuerdo al artículo 5º fracción IV. De ahí que tanto en la Ley de Justicia Alternativa, como en su reglamento, no existan diferencias específicas a efecto de determinar qué delitos pueden ser resueltos por mediación penal, pues ambos establecen que todos, en cuanto a la reparación del daño.

Una vez plasmado lo anterior, he de señalar, que tanto la ley de Justicia Alternativa para el Distrito Federal como el Reglamento del Centro de Justicia Alternativa, son muy ambiguos en señalar que delitos pueden ser solucionados a través de mediación penal; en consecuencia, salvo las mejores opiniones que puedan verter los especialistas en la materia, yo considero que deben ser susceptibles de resolverse a través del sistema de mediación.

- 1) **Aquellos delitos que sin lugar a dudas son de bajo impacto social, y por ello quiero decir, que no afectan de manera directa a la sociedad, como acontece por ejemplo: con el robo de un celular.**
- 2) **Delitos que no revistan una importancia fundamental, o sea cuando las condiciones sociales a proteger sirvan de base a la posibilidad de participación de los individuos en la sociedad.**
- 3) **Que sean delitos que puedan ser resueltos por los particulares; es decir, que no haya impedimento para ello como sucede en los delitos perseguibles de oficio.**
- 4) **Que los bienes jurídicamente afectados sean proporcionales a la sanción para el inculpado, es decir aquellos delitos en que el bien jurídico es objeto de restauración, y por ello son susceptibles de resolverse por mediación.**
- 5) **Aquellos delitos que no sean de orden público, ya que en este caso cabe hacer mención que no existirá una contraparte con la que se pudiese mediar y el Estado muy difícilmente negociaría con un particular desprovisto.**

Por lo tanto tenemos que los siguientes tipos a mi consideración pueden considerarse de intervención mixta; por intervención mixta quiero decir dos cosas: a) dentro de los títulos se encuentran tipos penales que pueden ser exclusivos del Sistema de Justicia Penal y tipos penales en los que puede intervenir el Sistema de Mediación; b) los tipos penales son susceptibles de participación consecutiva por parte de ambos sistemas, primero por parte del Sistema de Mediación como una **instancia obligatoria** y, luego, por parte del Sistema de Justicia Penal.

Estos títulos son:

I.-DELITOS CONTRA LA VIDA YLA INTEGRIDAD CORPORAL.-1.-Homicidio culposo, 2.- Lesiones que no sean consideradas graves

II.-PROCREACIÓN ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL y MANIPULACIÓN GENETICA.- 1.-Procreación asistida e inseminación artificial

III.-DELITOS DE PELIGRO PARA LA VIDA OLA SALUD DE LAS PERSONAS.-

1.- Peligro de contagio.

IV.-DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL.- 1.- Privación de la libertad con fines sexuales, 2.- Simulación de secuestro.

V.-DELITOS CONTRA LA LIBERTAD YLA SEGURIDAD SEXUALES y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.- 1.-Abuso sexual (sin violencia), .-2.- hotigamiento sexual, 3.-estupro.

VI.-DELITOS QUE ATENTAN CONTRA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

VII.-VIOLENCIA FAMILIAR

VIII.-DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS.- 1.-Discriminación.

IX.-DELITOS CONTRA LA PAZ, LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS Y LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO, 1.-Amenazas, 2.-Allanamiento de morada, despacho o establecimiento mercantil.

X.-DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.- 1.-Robo, 2.-Abuso de Confianza, 3.- Fraude, 4.-Administración fraudulenta, 5.- Extorsión (sin violencia física), 6.- Despojo 7.- Daño a la propiedad 8.- Encubrimiento por receptación.

XI.- DELITOS CONTRA EL SERVICIO PÚBLICO COMETIDO POR PARTICUALRES, 1.-Ejercicio ilegal del propio derecho.

XII.-RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES, ENCARGADOS, ADMINISTRADORES o EMPLEADOS DE CENTROS DE SALUD y AGENCIAS FUNERARIAS POR REQUERIMIENTO ARBITRARIO DE LA CONTRAPRESTACIÓN.- 1.-Suministro de medicinas nocivas o inapropiadas.

XIII.-DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y EL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN y DE LOS MEDIOS DE TRASPORTE.- 1.- Violación de correspondencia.

IV.2.1. Delitos exclusivos al sistema de justicia penal

Atendiendo a las reglas de operación del Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal, que estaban vigentes antes de la entrada en vigor de Ley de Justicia Alternativa, podíamos interpretar que los tipos penales que no reunieran los requisitos plasmados en tales reglas **eran exclusivos del derecho penal**, pues para tal efecto señalaban que solo eran susceptibles de resolverse por mediación aquellos casos en los que se presentan las siguientes hipótesis: **a) no se trate de delitos graves, b) que se persigan por querrela, c) que tengan señalada una pena máxima de cuatro años de prisión o bien pena alternativa o pecuniaria; y d) que los participantes del procedimiento no se encuentren privados de su libertad.** Por lo tanto, los demás tipos penales eran o serán exclusivos del sistema de Justicia Penal.

Sin embargo, es menester precisar que actualmente la ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia, solo menciona que serán objeto de mediación aquellas conductas tipificadas en las leyes penales del Distrito Federal en cuanto a la reparación del daño, de ahí que los delitos que serían exclusivos del derecho penal, **son aquellos en donde dada la naturaleza de la acción y el resultado, no es posible la negociación, ya sea porque en principio se trata de bienes jurídicos de imposible reparación o ya sea porque la afectación al bien jurídico es de una magnitud severa que es imposible llegar a una solución,**

motivo por el cual el inculpado de modo inevitable tendría que ser procesado penalmente.

Dentro de los delitos que son ajenos al sistema de mediación penal, y por ende son exclusivos del proceso penal, encontramos los siguientes

El Libro Segundo, Título Primero, del Código Penal para el Distrito Federal trata los Delitos que atentan contra la vida y la integridad corporal, conductas que afecta de manera significativa la vida gregaria, en principio porque estos tipos penales, protegen uno de los bienes jurídicos de mayor importancia que es “la vida”, el segundo la integridad de las personas, **es así que el artículo 123**, establece genéricamente la sanción para la persona que prive de la vida a otra, por lo que en este tipo de delitos al ser el resultado de imposible reparación como lo es la muerte, es un tanto difícil llegar a una negociación, es así que la mediación no podría intervenir en ningún caso en el que se cometiera un homicidio calificado, pues sin lugar a dudas la única forma de cometerlo sería la dolosa, en donde la intención es evidente causar muerte.

Es de esta manera que los siguientes títulos que se encuentra previstos en el código penal para el Distrito Federal, son exclusivos del derecho penal:

I.-DELITOS CONTRA LA VIDA YLA INTEGRIDAD CORPORAL.- 1.-Homicidio 2.- Aborto, 3.-Ayuda o Inducción al Suicidio.

II.-PROCRACION ASISTIDA, INSEMINACION ARTIFICIAL y MANIPULACIÓN GENÉTICA.- 1.-Manipulación Genética.

III.- DELITOS DE PELIGRO PARA LA VIDA OLA SALUD DE LAS PERSONAS.- 1.-Omisión de auxilio o de cuidado.

IV.-DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL.- 1.-Secuestro, 2.- Desaparición forzada de personas, 3.-Trafico de menores, 4.- Retención y sustracción de menores o incapaces.

V.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD YLA SEGURIDAD SEXUALES y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.- 1.-Violación, 2.-Incesto.

VI.- DELITOS CONTRA LA MORAL PUBLICA.- 1.-Corrupción de menores e incapaces, 2.-Ponografía infantil, 3.-Lenocinio.

VII.-DELITOS CONTRA LA FILIACIÓN YLA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO.- 1.-Estado civil, 2.- Bigamia

VIII.-DELITOS CONTRA LAS NORMAS DE INHUMACIÓN Y CONTRA EL RESPETO A LOS CADÁVERES o RESTOS HUMANOS.

IX.- REVELACIÓN DE SECRETOS.

X.- OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILICITA.

XI.-DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA.- 1.-Portación, fabricación e importación de objetos aptos para agredir.

XII.-DELITOS CONTRA EL SERVICIO PUBLICO COMETIDOS POR SERVIDORES PUBLICOS.- 1.-Ejercicio ilegal y abandono del servicio público, 2.- Abuso de Autoridad y uso ilegal de la fuerza pública, 3.-Coalición de Servidores Públicos, 4.-Uso ilegal de Atribuciones y Facultades, 5.-Intimidación, 6.- Negación del Servicio Público, 7.-Trafico de Influencia, 8.-Cohecho, 9.-Peculado, 10.- Concusión, 11.-Enriquecimiento Ilícito, 12.-Usurpación de Funciones públicas.

XIII.-DELITOS CONTRA EL SERVICIO PUBLICO COMETIDOS POR PARTICULARES.- 1.-Promoción de conductas ilícitas, cohecho y distracción de recursos públicos, 2.-Desobediencia y resistencia de particulares, 3.-Oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo públicos, 4.-Quebrantamiento de sellos, 5.-Ultrajes a la autoridad.

XIV.-DELITOS CONTRA EL ADECUADO DESARROLLO DE LA JUSTICIA COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS.- 1.-Denegación o retardo de Justicia y prevaricación.

XV.- DELITOS EN EL AMBITO DE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA.-1.-Tortura.

XVI.-DELITOS COMETIDOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.- 1.-Omisión de informes médico forenses.

XVII.-DELITOS COMETIDOS EN EL AMBITO DE LA EJECUCIÓN DELA PENA.- 1.-Evasión de presos.

XVIII.-DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO, AUTORIDAD JUDICIAL o ADMINISTRATIVA. 1.-Fraude procesal, 2.-Falsedad ante autoridades, 3.-Variación del nombre o del domicilio, 4.-Simulación de pruebas, 5.-Encubrimiento por favorecimiento.

XIX.-DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.- 1.- Responsabilidad profesional y técnica, 2.-Usurpación de profesión, 3.-Abandono, Negación y práctica indebida del servicio médico.

XX.-RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES RESPONSABLES DE OBRA O CORRESPONSABLES

XXI.-DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y EL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN Y DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE.- 1.- Ataques a las vías de comunicación y a los medios de transporte 2.-Delitos contra la seguridad del tránsito de vehículos, 3.-Violación de la comunicación privada.

XXII.-DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA.- 1.-Producción, impresión, enajenación, distribución, alteración o falsificación de títulos al portador, documentos de crédito públicos o vales de canje, 2.-Falsificación de sellos, marcas, llaves, cuños, troqueles, contraseñas y otros., 3.-Elaboración o alteración y uso indebido de placas, engomados y documentos de identificación de vehículos automotores. 4.- falsificación o alteración y uso indebido de documentos.

XXIII.-DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA GESTIÓN AMBIENTAL.- 1.- Delitos contra el ambiente, 2.-Delitos contra la gestión ambiental,

XXIV.-DELITOS CONTRA LA DEMOCRACIA ELECTORAL.- 1.-Delitos electorales.

XXV.-DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LAS INSTITUCIONES DEL DISTRITO FEDERAL.- 1.-Rebelión, 2.-Ataques a la paz pública, 3.- Sabotaje, 4.- Motín

Los delitos anteriormente enumerados se caracterizan principalmente por que el bien jurídico tutelado es de orden público, porque interviene directamente el Estado en su regulación, son tipos penales en que no existe un particular con el que se pueda establecer una mediación, porque jurídicamente el Estado interviene de manera directa o bien porque son de gran impacto social.

IV.3. Transformar la Organización de la Seguridad

En el presente apartado hare referencia al primer paso o intervención del Sistema de Mediación dentro de la sociedad; ya que, si bien es cierto que es la primera etapa de la mediación, la he dejado para el último apartado, en virtud de que hablaré de la mediación como un medio preventivo del delito. Al hablar de prevención de lo que se trata es de prevenir el surgimiento de condiciones de vulnerabilidad social, por tanto, la prevención debe ser integral debiendo comprometer al Estado, la sociedad y la familia. La prevención está relacionada con oportunidades plenas para el ejercicio de derechos, enfrentando o reduciendo las condiciones de pobreza, exclusión social, violencia, explotación y deserción escolar, entre muchas otras, para permitir el ejercicio pleno de derechos y permita a niños, niñas y jóvenes y el contar con las oportunidades de desarrollo pleno de sus capacidades.

Por lo tanto podemos establecer con plena seguridad que el sistema de mediación, no solo resuelve los conflictos originados como consecuencia de la comisión de un ilícito penal, sino también el sistema de mediación puede ser utilizando como un sistema de prevención del delito.

La pregunta es si este tipo de prevención formaría parte o no de la Justicia Penal Juvenil. La Justicia Penal Juvenil, en tanto deriva del Derecho Penal, tiene una tarea de prevención implícita, señalada en la doctrina penal y que tiene que ver con la amenaza de la aplicación de una sanción como respuesta a la violación de la ley. Hasta allí llega el alcance de la prevención en lo jurídico-penal. Por otra parte, cuando el sistema ya se ha puesto en funcionamiento y ha sancionado al culpable por una infracción o delito, se habla también de prevención en el sentido de prevenir la reincidencia en el delito, buscando intervenir en los factores que favorecieron la conducta infractora.

El riesgo está en la posibilidad de asumir que las condiciones de marginalidad y de pobreza necesariamente llevan a la comisión de delitos, lo que sería mantener y potenciar la criminalización, la exclusión social, la marginalidad y la estigmatización. Suele suceder que al plantear la prevención del delito se da lugar a la identificación de “grupos de riesgo” sobre los cuales actuar, se criminaliza la pobreza y se coloca en “situación irregular” a los niños o adolescentes de sectores empobrecidos. En busca de evitar este enfoque, las corrientes críticas en torno a la prevención prefieren referirse a “factores de riesgo” en vez de “grupos de riesgo”, sin embargo, no hay consenso sobre cuáles son esos factores y sobre cómo es que se establece la cadena causal entre éstos y el delito.

Esta es una discusión que no es fácil de resolver, y requiere una mayor profundización. Una posibilidad es mantener la consideración de un trabajo de prevención en general, en el sentido de evitar el surgimiento o mantenimiento de condiciones de vulnerabilidad social o de falta de oportunidades, impulsando la formulación de políticas públicas, desarrollando dispositivos de abordaje comunitario que potencien en comunidades vulnerables el ejercicio del derecho a la identidad, la familia, la educación, la salud y la recreación y trabajando en el sistema educativo los mecanismos de promoción del ejercicio de la ciudadanía en cuanto a derechos, deberes y responsabilidad. Este trabajo en políticas públicas que efectivicen el ejercicio de derechos va a contribuir a la prevención del delito o la violencia, pero sin tener una relación directa con el ámbito judicial-punitivo.

La mediación se presenta como una forma alternativa de resolución de disputas que permite a las partes recuperar el protagonismo en un conflicto que de hecho les pertenece y arribar a soluciones pacíficas con posibilidades concretas de cumplimiento y donde la víctima encuentra satisfechos sus intereses, más allá de la reparación económica, con lo que en concreto se transformaría una forma nueva de pensar.

El transformar la organización de la seguridad implica una restructuración de los cuerpos policíacos, atendiendo al principio de economía y de oportunidad. La ciencia empírica verificó hace tiempo la utopía práctica que se esconde tras el principio de legalidad, decisiones informales pero reales de los particulares y de los órganos de persecución penal del Estado; ello provocó la necesidad de racionalizar estas decisiones poniéndolas en manos de los órganos con responsabilidad política, a fin de evitar la persecución en aquellos casos en los que esa decisión resulte apoyada por algún fundamento plausible, determinado por la ley. Por otra parte es de señalar que resulta imposible para la organización estatal ocuparse de todas las infracciones reales a las normas penales que se cometen, y con el mismo celo, razón por la cual en aras de la eficacia de la persecución penal, en aquellos casos importantes que la merecen, la solución ha concluido permitiendo el funcionamiento de una decisión política responsable acerca de los casos en los cuales se puede evitar la persecución penal. Ello, incluso, supera algunos inconvenientes de la aplicación de un sistema penal a casos límite de delincuencia o conducta desviada (adecuación social del hecho, mínima infracción, mínima culpabilidad), pues cualquier descripción normativa por su carácter abstracto, supera el universo de casos pensados por el legislador, evita contrasentidos en su aplicación y permite aplicar al transgresor medidas no penales que se adecuen mejor, en el caso para alcanzar los fines que persigue el derecho penal, provocando el menor daño posible al infractor.

El diseño del principio de legalidad ha quedado a merced de su irreductible y abrumador quebranto. La realidad de los hechos lo supera. Similar intensidad para todos y cada uno de los delitos no ha dado resultados en términos de eficacia que se esperaba en su persecución y sus consecuencias para el infractor, la víctima y la sociedad. Mediante este diseño difícilmente se repara a la víctima, nadie habla de ella, tampoco es oída en su voluntad resarcitoria o en su vana pretensión de que se haga justicia. Se trata de una nueva victimización, esta vez legal.

El Penalista Criminólogo Elías Neuman señala que:

“...se trata en fin de evolucionar no de destruir; y esa es la tendencia mundial que hoy se proyecta en las legislaciones reflexivas frente a las realidades concretas de la obligatoriedad de la acción pública...”⁸⁷

Los defensores a ultranza del principio de legalidad ven en el resarcimiento y mucho más en la mediación penal el arribo al planteo o poco menos de una suerte de justicia privada.

Para los dogmáticos del derecho procesal penal daría la impresión que virar la mirada hacia el principio de oportunidad implica ipso iure falta de las garantías del debido proceso y de otros principios inmutables; que se carecería en los acuerdos a que pueden arribar las partes de la imparcialidad de un juez penal. Este convencimiento no permite penetrar y debería advertir de una buena vez que, precisamente es la ley y sus designios la que ha puesto fuera de la realidad circundante, alejada de los sentimientos y vínculos de los hombres. Uno de los temores es que las víctimas ejerzan mediante la conciliación una suerte de sentimiento expiatoria y se abusen u obtengan beneficios injustos.

“El Penalista Criminólogo Elías Neuman refuta esto señalando que existe un mediador morigerado y en muchos sistemas la presencia de un juez que si bien ha suspendido el juicio a prueba por mandato legal llegara a homologar como se ha llegado a ciertas decisiones entre las partes.”⁸⁸

Pero esa idea de exageraciones resarcitorias se basa en el desconocimiento de lo que en realidad siente la víctima. La ley habla siempre de resarcimiento material, pero las primeras experiencias en varios países llevan a demostrar que las víctimas no las mueve exclusivamente ese resarcimiento sino la necesidad de

⁸⁷ NEUMAN, Elías. Op. Cit. p.98.

⁸⁸ibidem. p.51.

comprender, superar o sublimar el conflicto que han atravesado y las huellas de ese conflicto.

Por medio de la mediación **como preliminar del procedimiento penal o aun por fuera de él se trata de que quienes ejercen la acción pública efectúen una selección de los hechos en que han de intervenir.** Ello no obsta a que el principio de oportunidad pueda ser aplicado para no formular acusación en el estadio procesal oportuno, derivar hacia la mediación e incluso proveer a la suspensión provisional o definitiva del proceso.

Deseamos que paulatinamente se vaya implementando, lo cual requerirá de parte de todos los operadores del sistema una apertura al cambio y una formación específica, tratando de consolidar el valor justicia a través del orden y la paz social.

Ya que un fenómeno que es particularmente importante a mi parecer, es el actualizar a la gente apartada a los fenómenos macroeconómicos y globalizadores, como una forma de evitar el atraso cultural que en muchas de las veces produce delitos, puesto que el delito por ignorancia se comete cuando la víctima y victimario no pertenecen a la misma realidad.

Por otra parte debemos erradicar la creencia de que los asuntos del Estado son de exclusiva incumbencia de éste; puesto que en el delito, la incumbencia no necesariamente es exclusiva del Estado, debe ser de las partes en primer lugar y de la sociedad en segundo. En este proyecto nos hemos preguntado cómo crear un ambiente legal e institucional, tecnológico y práctico dentro del cual se intensificará la habilidad de la gente pobre para tomar el gran control sobre la administración de sus vidas

El primer paso es asegurar que el conducir de la policía no se encuentre exclusivamente en las manos del gobierno, y más específicamente en las manos

de la policía. Puesto que mientras las corporaciones de gobierno pueden ser una realidad con fundamento en la Constitución y otras leyes estatales, esto se aleja de la realidad en las comunidades pobres.

La policía local no es por turnos, los elementos policiales realmente deben vivir y ser parte de la localidad, de la comunidad, ya que esto evita que los mismos miembros policiales realicen conductas que en cierto momento afectaría a sus hijos o a su pareja o familia.

Una policía local no buscaría carne para el presidio, sino solución racional. Un ejemplo claro, es cuando en una colonia encontramos bebiendo a varios chicos, en la vía pública, un policía conocido puede instigarlos o conminarlos a que entren al patio, un desconocido piensa en dos cosas; uno, remitirlos al Juez cívico o Ministerio Público, o bien corrupción. La policía local no es institucional.

La policía local no dependería de las instituciones del Estado, puesto que cada colonia determine los principios de ésta; la cual está de acuerdo y es complaciente con la ley del Estado; sin embargo, no es cómplice de ella. Aspectos que resultan una utopía; y aún así puede haber personas quienes piensen que esto promueve aún más un marco de impunidad. Por lo que la mediación debe ser un sistema multidisciplinario, abierto a las críticas y a las opiniones constructivas; mas no nunca a la impunidad, pues ello significa el no penalizar o castigar ciertas conductas, y es precisamente eso, lo que “no” se busca, sino se busca una justicia restaurativa y no menos aspirantes a la escuela del crimen.

El transformar la seguridad, además de la policía, significa el dejar atrás los antiguos modelos de protección y entender a la seguridad no como un “hacer más fácil que”, sino como un “evitar que quiera”. Esto es, el colocar muchos sistemas de seguridad y casetas de vigilancia es un “hacer más difícil que puedan robar”; sin embargo, la sociedad bien se puede enfocar a un “vamos a evitar que quieran robar”.

IV.4. Nueva estructura de los Tipos Penales

Un gran conflicto que presenta la mediación, es que un número considerable de delitos o tipos penales se persiguen de oficio, por lo que es indispensable incrementar el número de tipos penales que puedan ser resueltos a instancia de parte. Ya que en los delitos que se persiguen de oficio no produce ningún efecto la voluntad del pasivo, pues estos se limitan a una relación entre el Estado y el inculpado; no obstante ello, los mismos pueden resolverse a través del sistema de mediación, cuando nos encontremos ante los siguientes supuestos:

- a) El primero se fundamenta en la idea de evitar que el Sistema de Justicia Penal intervenga en el evento, y de esta forma, la comunidad y el Centro de Justicia Alternativa resuelvan el problema, evitando la desintegración del núcleo social.
- b) El segundo supuesto es cuando el Sistema de Justicia Penal llegue a intervenir únicamente convalidando el convenio a que se llegue en el sistema de mediación, dándole eficacia, pues para el caso de incumplimiento podrá intervenir.

Aún y cuando en pocas ocasiones el Estado no interviene en los asuntos que son del orden penal, la costumbre conlleva a los ciudadanos a resolver sus conflictos a través del sistema penal, sin pensar que existen otras soluciones, ello también se debe que en el caso del Código Penal para el Distrito Federal, en su mayoría existen tipos penales que se siguen de oficio, ese sería el único cambio estructural en los tipos penales que necesita la mediación para poder funcionar, es decir el pasivo debe tener más injerencia sobre las decisiones que los órganos jurisdiccionales tomen al momento.

Lo anteriormente expuesto no implica que se tenga que atentar en contra del principio de legalidad, pues indudablemente no únicamente sería cambiar el panorama de las leyes secundarias sino se empezaría a hacer desde el ámbito Constitucional. El Sistema de Justicia Penal debe avalar las decisiones que se tomen por los mediados en el procedimiento de mediación en el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para que de esta forma se dé por terminado un conflicto de naturaleza penal, aunque persista la característica de que se siga de oficio, y reducimos el delito a un trámite administrativo que ahorraría tiempo al Ministerio Público, la reestructuración jurídica sería menor.

La reforma de los tipos penales debe atender a las necesidades de la sociedad y no a las de los gobernantes; para ello, es indispensable establecer quórum de participación ciudadana, encuestas sobre los grados de punibilidad que deben tener los tipos penales, ello con la única finalidad de crear una cultura de la prevención, un sistema de seguridad sólido, además de que se necesita que los órganos jurisdiccionales entiendan el fenómeno criminal para efectos de tener mayores criterios para un mejor juzgamiento.

Los tipos penales, deben ser reestructurados, con base a lineamientos que la propia sociedad entienda y comprenda, sin que un perito en la materia les tenga que explicar, para que de esta forma se hagan sabedores también de las consecuencias a las que se están enfrentando y saber las posibilidades de solución, y con ello no se pretende establecer que se creen normas fuera del ámbito de legalidad. Es imposible que las actuales leyes penales determinen en el Código correspondiente todos y cada uno de los supuestos que se pueden dar en los delitos; principalmente es difícil o imposible valorar los elementos internos del delito cuando las personas que intervienen en él, son perfectamente desconocidas para los elementos de las agencias del Estado. La reforma sólo debe hacerse en el sentido de permitir que las personas resuelvan sus problemas entre ellas; en una investigación de campo, al entrevistarme con una coordinadora del Centro de

Justicia Alternativa para el Distrito Federal, me comenta que la mediación es un medio adecuado de solución de conflictos de naturaleza penal, ello es así, pues refiere que desde su entrada como orientadora al Centro de mediación penal, hasta el día, no han tenido ningún problema respecto de la eficacia y obligatoriedad de las partes en el cumplimiento de las soluciones que han dado al problema, ya que las mismas de compromiso lo respetan, además señala también que una de las razones del éxito que ha tenido el centro de Justicia Alternativa, es el trabajo que han desarrollado los mediadores de dicho centro. Por lo tanto, en el presente trabajo se pretende establecer el Sistema de la Mediación Penal como un medio idóneo en la resolución de conflictos que son de bagatela, sin embargo también se pretende que la Ley del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, establezca de manera clara, cuál sería el medio eficaz para hacer cumplir lo convenido por los mediados; por otra parte es indiscutible que tal servicio de mediación debe estar al alcance de los particulares, también es indispensable que se cree una mayor difusión en cuanto a la prestación de dicho servicio.

IV.4.1. Purificación del Derecho Penal

La purificación del derecho está encaminada a un sistema que satisfaga las necesidades humanas frente al conflicto penal, la posibilidad de que el infractor rectifique en la medida de lo posible que sea a la vez valiosa para la víctima. La oportunidad para confrontar al autor con el verdadero impacto humano de la ofensa y a la vez para que la víctima exprese sus pensamientos y sentimientos al victimario.

La opción de pedir y recibir una disculpa. El motivo para ser visto como persona en lugar de cómo blanco para el ataque. El espacio para convertir al victimario en personalmente responsable ante la víctima. La mayor probabilidad de la que indemnización se pague efectivamente. Un remedio para sentir que se ha hecho justicia. El medio de alcanzar un modo de conclusión que le traerá paz al ánimo.

Circunstancias que desde luego permiten obtener un marco más amplio para la tarea que desempeña el legislador para crear leyes más certeras y de esta forma consolidar un sistema más eficaz, en tanto que para el agresor (inculpado) representa; la oportunidad para enmendarse y rectificar significativamente el mal infligido en vez de resultar meramente castigado, la posibilidad de participar en la decisión sobre que indemnización o modo de restauración se brindará a la víctima y de negociar un acuerdo de restitución factible de cumplir. En casos apropiados, cuando el victimario no es peligroso a la comunidad la única oportunidad de evitar la persecución penal, el prontuario criminal o el encarcelamiento, es a cambio de rectificar el agravio causado a la víctima de la conducta. En tanto que para la comunidad representa la disminución del impacto de la delincuencia al aumentar la reparación de pérdidas, la reducción de la incidencia del crimen repetitivo a través de la comprensión de los victimarios acerca de lo que significa haber lastimado a una persona. El otorgamiento de un marco apropiado para mantener la paz en la comunidad en situaciones en que la ofensa se constituye en parte de una relación interpersonal de conflictividad continuada o en que es probable que la víctima y el victimario vuelvan a tener contacto en el futuro.

La mediación no es apta para todas las víctimas y todos los infractores. No está destinada a solucionar masivamente la reincidencia, aunque algunos estudios muestran resultados positivos. Requiere el adecuado entrenamiento de los mediadores, ya que deben tener clara conciencia de las consideraciones éticas y legales implicadas en la mediación de casos criminales, en virtud de los fuertes sentimientos referidos a la necesidad de castigar a los individuos que violan las leyes penales. “Por lo que una vez estudiado todo lo referente a la mediación y las ventajas o inconvenientes que nos puede traer; quiero retomar ideas que plasmé al principio de este proyecto por el Doctor Raúl Eugenio Zaffaroni, y es sobre el objetivo del Sistema de Justicia Penal.”⁸⁹

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En la búsqueda de las penas perdidas, Op. Cit. p. 62.

Si nos damos cuenta que muchos de los delitos pueden ser resueltos por mediación, en lo personal me llega la pregunta del ¿por qué punir?, y no me refiero a las propuestas represivas que entienden a la punición como una forma de prevención. A lo que quiero llegar es a las ideas de Zaffaroni, si castigamos es por algo y no es precisamente por evitar el delito; por ejemplo, ya decía al principio sobre los narcóticos, la gente que está en la cárcel por causas de narcóticos no es, sino salvo excepciones, grandes capos, sino la gente que la porta o vende en pequeñas cantidades.

Esa es la gente que sufre los estragos de querer legitimar el Sistema de Justicia Penal con cifras; la verdad, es que existe punición ante los delitos por objetivos mucho más grandes que, por ejemplo, la salud de la población, en el caso de los narcóticos, o la seguridad de los consumidores en caso de la piratería.

Lo que escuchamos sobre el por qué punir los delitos, sólo es el discurso legitimizador de los actos punitivos y esconde la verdadera razón.

La Agencia estatal dice que castiga delitos de narcóticos porque cuida la salud de los habitantes y su seguridad, más nunca dirá que es porque esa venta, producción y distribución no paga impuestos, o porque un gran capo de las drogas no quiere que más personas se metan en su negocio, y por eso los encierran o que un país diverso quiere controlar ese gran negocio, en fin habrá mil razones.

Mientras existan discursos legitimizadores falsos, como por ejemplo el garantizar la seguridad de las personas, la lucha contra la delincuencia organizada, la incautación de bienes a criminales entre otros, que no son más que publicidad de los gobiernos en turno, la gente seguirá creyendo que el Sistema de Justicia Penal protege al ciudadano. Y no es sino hasta que la sociedad vive en carne propia los abusos del sistema de justicia penal, para entender que el mismo sistema representa un arma de la gente en el poder. Las fuerzas de poder en el Estado siempre se unen cuando tratan de proteger intereses comunes, y cuando ello es

así pueden combatir el crimen de manera adecuada, aplicando para ello la ley específica al caso en concreto y terminando con el mal; pero ello, no es siempre así, pues cuantas ocasiones nos damos cuenta que la delincuencia organizada ha demostrado incluso ser más fuerte que el propio Estado, y por ello cuando un capo logra establecerse en un determinado territorio y distribuir su mercancía, generalmente a quién se aprehende es a las personas consumidoras, ya que al estar drogados en muchas ocasiones no controlan sus impulsos, con lo que se aumenta el número de internos en las prisiones.

La purificación del derecho a la que me refiero, debe estar encaminada a dar eficiencia a principios como el de última *ratio*, en ese sentido el derecho penal debe quitar los tapujos de los tipos penales y hacer que sólo afecten a quien tiene que afectar, y no a todos en general.

IV.5. Relevancia Jurídica

Cuando las partes que tienen un litigio con relevancia jurídica, acuden a un proceso judicial, la realización de la justicia que se verificará al concluir mediante la sentencia, será que declara fundada o infundada la acción, en consecuencia, al resolver lo que nos manifestará la sentencia es que alguien de los justiciables ha ganado la acción y la otra parte ha perdido, en consecuencia, habrá un ganador y un perdedor. De esta forma se habrá pues resuelto o solucionado el conflicto con relevancia jurídica que se ha puesto a conocimiento del juzgado, omitiéndose de manera formal todos los conflictos sea con relevancia jurídica o sin ella que tengan las partes, y que pueden estar involucrados en la materia del proceso judicial.

Mediante la justicia adjudicativa lo único que estaremos realizando es dirimir una parte de los conflictos que tienen las partes, las controversias que tienen relevancia jurídica; sin embargo, no siempre estas son las más importantes, ni son las reales controversias que existen entre las partes, pues muchas veces las controversias judicializadas son meramente los conflictos aparentes, o son la

punta del iceberg, pues en ese sentido depende del Estado y de los medios de comunicación promover que asuntos son de relevancia y que no lo son, dejando en el olvido desde luego siempre a los pobres, lo que propicia que la administración de justicia no sea eficiente para la realización de una cultura de paz, ya que si las partes mediante una sentencia únicamente dan solución a las divergencias jurídicas, los conflictos entre las partes se seguirán suscitando, tanto en sedes jurisdiccionales o en el ámbito social, teniendo su caldo de cultivo en la cultura litigiosa y confrontacional que tenemos al menos la unanimidad de los países latinoamericanos.

En inicio quienes estamos involucrado en la temática de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos entendemos que la finalidad de una buena solución a un conflicto no sólo debe de tener como objetivo resolver él o los conflictos con relevancia jurídica existente entre las partes, sino que debe tener como objetivo otra tarea mucho más importante; que las relaciones intrapersonales deben reestablecerse en la misma dinámica en la cual se encontraban hasta que se les presenta el conflicto.

En el entendido de que el conflicto es consustancial a la existencia humana a toda sociedad, en donde desde luego existen ciertas controversias de carácter penal, mediante las cuales se agravia no solo a la víctima u ofendido sino además al propio inculpado, pues existirán casos en los que el Estado reproche conductas antisociales aún y cuando el mismo no ha propiciado un ambiente sano, donde existan los recursos económicos para todos.

Con esta hipótesis es que desde determinadas legislaciones y doctrinas se viene esbozando la teoría de la Justicia Restitutiva, desde la Mediación Penal en sus diversas orientaciones. En un conflicto penal, como en todos los demás conflictos, la función del mediador es ineludiblemente la autocomposición en la solución del conflicto, vía negociación directa o asistida como se da en la conciliación y la mediación penal, e intentando que a diferencia de la justicia adjudicativa, donde

uno gana y el otro pierde, las partes dentro de un proceso negociacional puedan salir ambos ganadores. La justicia restaurativa aparece como el primer eslabón del proceso de gestión de los conflictos sea en sede conciliatorio, negocial o mediatorio, efectivamente, mediante la Justicia Restaurativa no solo intentamos resolver el conflicto aparente, sino además el real, no solo el conflicto social con relevancia jurídica, sino aquellos que van más allá de lo jurídico, con la finalidad de restituir las relaciones al estadio anterior al agravio, al daño o simplemente al conflicto. Más aún decimos que la Justicia reitutiva es sólo un parte primaria de la Justicia Transformadora, en el sentido de que el conflicto social, debe ser entendido también como una oportunidad para mejorar las relaciones socialmente establecidas, pues no solamente existen relaciones que comiencen con la comisión de un delito, sino relaciones que están viviendo estancadas en el mismo, con sed de venganza, con el único fin de que cuando salgan de la prisión cometan delitos aumentando el menor riesgo para ser aprehendidos. El conflicto no es un proceso único, tiene fases, etapas, desde la sola discrepancia cordial interpersonal, hasta las más aberrantes y crueles que han matado a miles de congéneres, a seres queridos, dañando de manera permanente el proceso social de un determinado país o región. Entonces cuando decimos relaciones estancadas en el conflicto estamos haciendo referencia a conflictos que de pronto parecen como eternos, verdaderos cánceres que en algunas oportunidades alcanzan la cima de su proceso evolutivo. Mediante esta justicia transformativa el logro de una verdadera cultura de paz sí es real, pues el mejoramiento de las relaciones interpersonales tiene un efecto inmediato en la prevención del conflicto, intentamos que las personas no sean pues entes litigantes o confrontacionales, sino instrumentos de paz, de cultura de personas diferenciadas, de un nuevo modelo de sociedad, no para matarse, no enemigos, sino hermanos, que en buscando ventaja para ambos, ambos salgan ganando. En ningún momento se lesiona lo estipulado en el artículo 21 Constitucional, que establece: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial"; el Sistema de Mediación no impone penas, y las medidas de reparación se fundamentan en el

contrato del ofensor – víctima, por lo que no se estaría hablando de trabajos forzados o algo, sino de un cumplimiento de contrato.

Por último, cabe señalar que la diferencia que puede tener el Sistema de Justicia Penal con el Sistema de Mediación, con respecto a las normas constitucionales o de leyes federales, es que este último sistema no entiende a las conductas como delitos, sino como eventos, y el proceso (si es que lo hay) no es penal, pues no buscar castigar la conducta, sino reparar el daño.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En este mundo todo cambia, evoluciona. El cambio ha llegado al Sistema de Justicia Penal, es imposible pensar que este sistema sea una negación a los movimientos que en todo el mundo se están presentando. La gente ya no cree en el Sistema de Justicia Penal, poco a poco se está perdiendo la credibilidad en el orden y los resultados que ese sistema otorga a la sociedad. Por lo tanto; las instituciones que imparten Justicia, no solo deben retomar el camino de la evolución, sino además también de proporcionar a sus trabajadores cursos de capacitación y actualización profesional. La implementación de la mediación en materia penal como mecanismo alternativo al procedimiento penal mexicano para lograr la solución pacífica del conflicto, ha de realizarse mediante la elaboración de criterios de oportunidad, contenidos en la legislación penal adjetiva, para evitar así la discrecionalidad del Ministerio Público en cuanto a los casos que resulte procedente la mediación y sirvan de fundamento para las determinaciones de no ejercicio de la acción penal en apego al principio de legalidad procesal.

SEGUNDA.- Los excesos en los procesos, el aumento de penas, la nula rehabilitación en las cárceles son sólo el puntal de los problemas que el sistema presenta: es necesario buscar alternativas, tratar de eliminar este sistema de golpe es imposible, y sería como querer dar el segundo paso antes del primero. La pena privativa de libertad era una pena alternativa a la pena de muerte, posteriormente la pena de muerte casi desaparece por completo y la privativa de libertad es la más recurrente, por ello propongo que encontremos una alternativa a la pena privativa para que a la postre, y sólo en caso de ser viable, la sustituya. En este sentido el Estado debe asumir la forma más evolucionada para solucionar conflictos sociales que implican la transgresión de una norma punitiva, apoyada en la estructura procedimental de naturaleza heterocompositiva que aunada a su facultad legal y legítima de castigar, lo vincula directamente con el imputado como transgresor de la ley y relega a la víctima a un segundo plano, por lo que el fin que

anima al derecho penal desde esta óptica es simple y llanamente la aplicación de un castigo a las conductas que se encuentran tipificadas en una ley penal. El pensar en una alternativa a la pena privativa de libertad, hace pensar que no es viable como solución a los problemas de criminalidad. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que uno siempre se pone del lado de los buenos, uno nunca piensa en estar sometido a un proceso o en pisar la cárcel en calidad de reo. Pero, día a día nos percatamos de las injusticias de éste sistema y cada día son más las voces que piden el cambio. La mediación en materia penal es una forma autocompositiva en la que la solución (como conciliación de intereses) al conflicto estará dada por las partes que intervienen en el mismo de manera voluntaria, auxiliadas por un tercero o bien un grupo especializado en técnicas de comunicación que se encuentran en un plano de igualdad en relación a éstas, y que adicionalmente puede ayudar en la elaboración de un convenio conciliatorio que las partes hagan suyo, produciéndose los siguientes efectos jurídicos respecto del procedimiento penal: la determinación del no ejercicio de la acción penal en la fase de averiguación previa, el sobreseimiento una vez iniciado el proceso o la instrucción en la fase de preparación del mismo, o bien el otorgamiento de algún beneficio de ley al momento de emitir la sentencia e incluso durante la ejecución de la pena, aunque esta última no sea considerada parate integrante de dicho procedimiento.

TERCERA.- Tenemos dos fenómenos que no podemos negar ni evitar: la globalización y privatización. Paulatinamente, el Estado Nación pierde más poder en el plano económico, las empresas privadas ganan terreno y lo peor del caso es que nunca se sabe quién es el dueño del dinero, quiénes son los socios. Así como el Estado pierde participación en planos económicos, así debe empezar a perder participación en la solución de conflictos. No debe entenderse como que el Estado concesionaría la solución de problemas penales; sino que las partes en el proceso, y la sociedad, avalada por el Estado, pueden poner fin a sus controversias, ya que los objetivos de la mediación se traducen en las siguientes ventajas respecto del actual sistema de justicia penal: ofrece la posibilidad de que

las partes en forma voluntaria, asuman un papel activo en la búsqueda de una solución real al conflicto acorde a sus intereses, necesidades, posibilidades y habilidades; a la víctima la obtención de una reparación auténtica, pronta y eficaz; al autor del daño le da la oportunidad de responsabilizarse de manera directa y voluntaria por las consecuencias que su conducta originó, con lo que se evitará de manera indirecta la sobrevictimización que produce el procedimiento penal y los efectos nocivos de la pena corta de prisión; devuelve funcionalidad a los sistemas de procuración y administración de justicia en virtud de la disminución en la carga de trabajo, lo que a su vez permite una mejor administración de recursos humanos y materiales; y por otra parte, permite el acceso a la administración de justicia a un número mayor de particulares en escasos recursos ante el elevado costo que representa el trámite de un juicio. El discurso legitimador de los políticos y dirigentes del Estado ya no puede basarse en lo económico, ya que es una variable que está fuera de su control. La única arma que tiene el Estado para poder controlar a la población es el control penal, la creación de delitos, procesos y detenciones para hacer pensar que tiene poder. Este es el primer problema que se tiene al tratar de implantar la Mediación, en el que el Estado no desea soltar la única arma que le queda, pero por ello muchos inocentes y personas cuyas conductas no dañan a nadie, sufren en las prisiones, por lo que de manera necesaria tiene que intervenir el sistema de mediación.

CUARTA.- La población define al Sistema de Justicia Penal como un arma de venganza a su favor, de igual forma tenemos que el sistema de justicia penal, representa un cuchillo de doble filo, pues ello implica por un lado, que el ciudadano pueda por cualquier cosa estar sometido a este sistema, por ende nadie tiene derecho a cometer errores; además de que en México no existe de facto la “presunción de inocencia”, por lo que todos podemos ser culpables. Una solución alternativa a los conflictos de naturaleza penal, lo es la mediación, sistema de solución de controversias, que actualmente es implantado en el Tribunal Superior de Justicia, a través del Centro de Justicia Alternativa, el cual ayuda a las personas a buscar soluciones pacíficas donde se inhibe a las partes

con el fin de terminar con los resentimientos de venganza y procurar busca más la reparación. Ser legales no significa ser justos, y las víctimas piden justicia como si ésta fuera la ley del ojo por ojo. La justicia no siempre se encuentra en la legalidad. Por ello, en el presente trabajo se propone una idea de justicia; entender a la justicia como el reestablecer los bienes al Estado en que se encontraban hasta el momento en que el evento las modificó. El reestablecer a las víctimas el daño causado, es más justo que el internar a alguien en un reclusorio.

QUINTA.- El fin represivo de la cárcel es efectivo para quien no tiene dinero, y el reintegrador es un toral fracaso: la cárcel es la universidad del crimen. Por lo que es claro que actualmente la miseria representa cárcel, ya que muy difícilmente podremos observar que una persona que tiene un potencial económico, se encuentre privado de su libertad, en la cárcel, pues para estas personas si opera el sistema carcelario como una última solución a sus conflictos. La cárcel además de ser una institución fracasada, es un peso económico gigantesco para la sociedad, México no es país que le sobre el dinero como para pagar trescientos setenta mil pesos diarios en alimentos de personas que no producen absolutamente nada a favor de la comunidad. Por ello la solución aún y cuando las organizaciones de derechos humanos lo prohíban es el trabajo de los presos, pues no menos es mejor que se les prive de la libertad que de sus bienes o trabajo; es decir, anteponen el derecho a la propiedad que el derecho a la libertad, cuando opino que la libertad es vital y la propiedad un lujo. Aún y cuando la cárcel sea la Institución más representativa del Sistema de Justicia Penal y por ende la que más refleja la realidad del mismo, es justo que el país busque nuevas soluciones a efecto de que los conflictos penales, no desemboquen mayores daños, y por ello se tenga que tener como solución inmediata la cárcel.

SEXTA.- Aunado a lo anterior la víctima es una parte totalmente ajena al proceso penal, ya que en muchos casos no interviene, pues quien tiene la potestad de hacer valer sus derechos es siempre el ministerio público, aunado a ello la víctima

u el ofendido es un sujeto indispensable en la relación procesal, estos problemas me han llevado a la conclusión de que es suficiente; es necesario establecer una solución alternativa a los conflictos que intenta resolver el Sistema de Justicia Penal, y en el mismo sentido evitar que se sigan generando los problemas como corrupción, desintegración familiar, fomentar vagancia, pandillaje y otros problemas que se crean por la aplicación de este sistema. Por lo anterior es necesario retomar la tendencia mundial y quitarle al Estado la exclusividad de la justicia, que para mí el Estado no procura justicia, sino legalidad. Quitarle la exclusividad no significa por mucho dársela a otra empresa (como lo es el Estado), sino hacer que la justicia sea popular y esté al alcance y medida de todos. La idea no es privatizar, es devolver el conflicto a los protagonistas, no crear o entregar la solución de conflictos a una institución, sino enseñar. o dejar que la comunidad aprenda a resolver sus propios problemas.

SÉPTIMA.-Es por ello que se propone el Sistema de Mediación como una solución alternativa a los problemas penales, no es sustituyente ni optativa, es alternativa. El primer objetivo de la mediación es la reparación; por ello partimos de la preexistencia del estado de Justicia, como un orden válido y legitimado por todos los miembros de la comunidad; pues la idea de reparar se fundamenta en el supuesto de que es necesario regresar al estado en que se encontraba el bien jurídico hasta antes del evento que lo modificó. La justicia en materia penal sería igual a respetar lo que cada quien tiene y en caso de que se modifique repararlo; por lo que ya no hay punibilidad, entonces, no se le puede llamar Sistema de Justicia Penal, sino Sistema de Mediación. Se le llama mediación, porque la autoridad no emite sentencias que ejecutan de manera coercitiva sobre las personas, sino porque concilia los intereses de las partes y busca la mejor solución al problema.

OCTAVA.-La única característica coercitiva del mediador es que tiene como siguiente paso al Sistema de Justicia Penal; si las partes no llegan a un acuerdo conciliatorio, se deja a salvo los derechos de ambas partes para que los hagan

valer en otra vía. La otra vía no es otra más que la penal, con las conocidas consecuencias no sólo para el agresor, sino también para la víctima.

NOVENA.- El conocer el entorno social, facilita la mediación, es como si se tuviera la oportunidad de ser Juez y poder juzgar a un hermano, lo juzgaría de la manera más correcta, no por ser su hermano sino porque conoce las razones internas de su actuar. Cosa que el Juez penal deja de lado, no por no estar facultado para ello, sino porque nunca ha estado en contacto directo con las partes y al haber un castigo de por medio, la verdad real a la verdad legal difiere mucho; además de que la ley obliga a excusarse al Juez que tiene una cercanía con alguna de las partes, por ello considero que no avanzamos nada. Al ser el conocimiento un puntual, es básico señalar que el único lugar donde la mediación pueda funcionar es una comunidad, ya sea territorial, cultural, social o cualquiera que sea, mas lo importante es la disposición de la partes.

DÉCIMA.- El conocer a las partes es clave para resolver todos los tipos penales y retomó la idea de la bola de nieve, el desconocer a las partes, el ponerle venda a los ojos de la Diosa de la Justicia, hace que esta se de cuenta de que existe un problema cuando es enorme, cuando la bola de nieve choca y destruye lo que haya a su paso; más la mediación previene el asesinato desde que éste se está gestando, si entendemos porque matamos, violamos, robamos, podemos erradicar el problema desde el principio, no cuando es enorme y caen justos por pecadores: ese es el gran avance de la mediación, y por lo cual asevero que este sistema puede resolver cualquier tipo penal.

DÉCIMA PRIMERA.- Para concluir quiero manifestar que la clave para que el Sistema de Mediación tenga éxito es la buena fe. El entender que la gente tiene errores, que todos tenemos errores, que actuamos por una necesidad, y que no somos iguales (esa es la clave de la diversidad), nos dará la pauta para querer conciliar, no para vengarnos, para perdonar y buscar ser perdonados. Creo que podemos dejar de lastimarnos, y estoy dispuesto a romper la cadena del dolor, a

terminar con ese ojo por ojo disfrazado, y buscar que todos tengamos una segunda oportunidad. Demos una segunda oportunidad al que causó un evento, la oportunidad de enmendar su daño y procurar no volver a cometerlo, el miedo de ir a prisión puede ser un buen escarmiento y evitamos que perfeccione su actitud antisocial en la cárcel.

Como sociedad hemos fallado al permitir que el Sistema de Justicia Penal sea el dominante en nuestro sistema de orden social, démosle a la sociedad una segunda oportunidad de recoger un buen sistema que resuelva sus problemas, y en caso de fallar, volvamos al Sistema de Justicia Penal. Aunque en caso de fallar, insistiría en que nos demos una segunda oportunidad y buscar juntos una solución alternativa, por la vida gregaria, por qué cada momento de nuestro acontecer en este gran planeta, que es el planeta del aprendizaje, porque es una escuela donde aprendemos día con día, valga la pena.

PROPUESTA

Es necesario reconocer la multiplicidad y complejidad de los diversos aspectos que conforman el Sistema de Justicia Penal en el Distrito Federal, destacando sus fortalezas y reconociendo sus debilidades e incluso identificar claramente la preocupación y el interés social al que debe responder el Estado, a través de los tres Poderes, mediante la reforma y creación de Leyes, por parte del Poder Legislativo, correspondiendo el ejercicio de las atribuciones administrativas al Poder Ejecutivo, el conocimiento y resolución de los conflictos penales al Poder Judicial. Por ende, es importante voltear la mirada a las personas más necesitadas de justicia, ello con el fin de evitar problemas mayores entre los más vulnerables de la sociedad; por lo que, no obstante de que en el presente trabajo se ha criticado al sistema de impartición de justicia, también es necesario establecer que el mismo es un mal necesario para la sociedad, pues mediante de éste bien o mal logra su coexistencia.

Por lo que la propuesta del presente trabajo, se enfoca primordialmente a adecuar y armonizar la legislación que regula el marco penal; esto es, Código Penal para el Distrito Federal, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en su caso Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal; ya que si bien, en el caso del Distrito Federal se cuenta con la Ley de Justicia Alternativa, para efectos de regular los medios alternativos de solución de controversias, y en el caso en particular la mediación penal, ésta sufre deficiencias que bien pueden ser modificadas en la propia ley, o bien previéndose para tal efecto ya un capítulo, en los códigos y en la ley antes citados, donde de manera breve se remitan los casos a la misma jurisdicción especial para ser solucionados, ampliando para ello el margen de la conductas típicas previstas en cada ordenamiento, consolidándose las estrategias para impulsar la participación efectiva y corresponsable de los diversos sectores de la sociedad, para una mejor procuración e impartición de justicia. Por lo tanto es de especial relevancia que los

estudios y propuesta de reforma integral al Sistema de Justicia Penal, se produzcan bajo los precitados parámetros, se analicen a fondo y se precisen los requerimientos de previsiones presupuestales que la propia reforma implicaría para cada una de las instituciones que conforman el sistema, entre otras: el ministerio público, las corporaciones de policía, servicios periciales; Centro de Justicia Alternativa; Defensoría de Oficio; Tribunales de primera y de segunda Instancia, e instituciones penitenciarias; porque es claro que cualquier proyección de una reforma legal de esta naturaleza debe comprender los correspondientes costos presupuestales en todos los aspectos, tanto de infraestructura física como de los recursos humanos que fueren necesarios.

Por lo que como conclusión se proponen que los tipos penales señalados en el último capítulo de la presente investigación y que a mi consideración son de intervención mixta, sean resueltos por mediación penal y este sistema **sea una instancia obligatoria**, partiendo de una reforma estructural, haciéndose tal mención en la Constitución.

Es de esta forma que la justicia restaurativa tendrá importancia relevante en conflictos intersubjetivos de intereses y de contenido jurídico, en los que se valora menos el bien en disputa que los costos del juicio, provocando de esta forma una ganancia social al descongestionar el sistema de justicia penal y lograr la recomposición pacífica de las relaciones sociales.

Es necesaria su difusión y aplicación orientada por personal capacitado, para desterrar de la sociedad la subcultura del litigio y desarrollar una cultura de paz, mediación y conciliación que ponga de manifiesto nuestra capacidad de resolver las diferencias a través de procedimientos de autocomposición, como medios alternativos a los heteroaplicativos cuya primacía en muchas ocasiones no se justifica.

De esta manera, al perfeccionarse la práctica de la justicia restaurativa y la mediación penal, se logrará la resocialización del infractor, la satisfacción de la víctima u ofendido y, como consecuencia, se dejará atrás la percepción de impunidad, pues al sentirse resarcido del daño la víctima u ofendido apreciará que el orden normativo efectivamente se observa y cumple; asimismo se alcanzará la restitución social de las relaciones por el hecho delictivo y, finalmente, se batirá el rezago procesal de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-BURGOA ORIHUELA, Ignacio. **Las Garantías Individuales**, 27º Edición, Editorial Porrúa, México, Año 1995.
- 2.- BRISEÑO SIERRA, Humberto. **Compendio de Derecho Procesal**, 1ª Edición, Editorial Humanitas “Centro de Investigación y Posgrado”, México, Año 1989,
- 3.-CARRANCÁ RIVAS, Raúl. **Derecho penitenciario**, Editorial Porrúa, México año 1974.
- 4.-NILS, Christie.**Una sensata cantidad de delito**, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- 5.- ----- . **La Industria del Control del Delito, ¿La Nueva Forma del Holocausto?**, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, Año 1993..
- 6.----- . **Limites del Dolor**, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, Año 1999.
- 7.- W. MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediación. “Métodos prácticos para la resolución de conflictos”**, 1º Edición, Editorial Granica S. A. Buenos Aires, año 2006.
- 8.- COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales** 16 Edición, Editorial Porrúa, México, Año 1997.
- 9.-DÍAZ ARANDA, Enrique, **Derecho Penal. Parte General**(conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)”, Porrúa, México, año 2003.

- 10.-DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio, **Diccionario de Derecho Procesal Penal**, Tomo I y II, 2da Edición, Editorial Porrúa, México, Año 1989,
- 11.- ELÍAS, Neuman, **La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa**, Porrúa, México, año 2005.
- 12.- ESTRADA MICHEL, Rafael, **La división del Poder Público**, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, año 2007.
- 13.-FERNÁNDEZ DE LIZARDI, José Joaquín, **El periquillo Sarniento**, 21ª edición, Porrúa S. A., México, año 1996.
- 14 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo**, 6ta Edición Española, Editorial Trotta: S.A., España, año 2004.
15. FRANCO VILLA, José. **El Ministerio Público Federal**, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, año 1985.
- 16.-GOMEZ LARA, Cipriano. **Teoría General del Proceso**, 8º Edición, Editorial Harla, México, Año 1990.
- 17.- JÜRGEN, Habermas. **Problemas de legitimación en el capitalismo tardío**, 3ra. Edición, Amorrortu editores, Buenos Aires, año 1989.
- 18.- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. **Programa de derecho procesal penal**, 13ª Edición, Editorial Porrúa, México, año 2006.
- 19.-LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**, 3ra Edición, Bosch, casa Editorial, S. A.- Urgel, 51 bis- Barcelona, Impreso en España, año 1984.

- 20.- MAMANÍ GARECA, Víctor Hugo. **La cárcel: instrumento de un sistema falaz (un intento humanizante)**, 1ra. Edición, Grupo Editorial Lume Hvmantitas, Buenos Aires-México, año 2005.
- 21.- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**, 3ra Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, año 2004.
- 22.- SUARES, Marinés. **Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas**, 3ra. Edición, Paidós Buenos Aires. Barcelona. México, Argentina, año 2002.
- 23.- OVALLE FAVELA, José. **Teoría General del Proceso**, Editorial Harla, México, Año 1991.
- 24.- RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. **Penología: estudio de las diversas penas y medidas de seguridad**, Porrúa. México, año 2000.
- 25.- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión**, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, año 1998.
- 26.- CASTILLEJA VILLANUEVA, Ruth; et al. **México y su sistema penitenciario**, Edición y distribución a cargo del Instituto Nacional de Ciencias Penales, publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, año 2006.
- 27.- SCHERER GARCÍA, Julio. **Los presidentes**, Grijalbo S. A de C. V., México, año 1986.
- 28.- ----- **Cárceles**, 1ª Edición, Editorial Extra Alfaguara, México, año 1998.

29.-ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Política criminal Latinoamericana. Perspectivas- Disyuntivas, Hammurabi, Buenos Aires, año 1982.

30.- ----- . Manual de Derecho Penal, (parte general), Tercera Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Cárdenas, año 1985.

DICCIONARIOS

1.-BOBBIO, Norberto, Diccionario de Política, Editorial Siglo Veintiuno, Editores 2000

2.-Diccionario de la Lengua Española, 22ª Edición, Real Academia Española, año 2001, pág.1000

3.-Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, México 2005.

4.-Diccionario Jurídico Espasa, Editorial, Espasa, Madrid Año1999.

LEGISLACIÓN

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con sus últimas reformas de 18 de junio de 2008.

2.-Agenda Penal del Distrito Federal, Compendio de Leyes y Reglamentos y otras disposiciones sobre la materia, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S. A., Décima Novena Edición Enero 2007

3. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

4. Código Penal para el Distrito Federal, vigente Editorial Raúl Juárez Carro, S. A. de C. V. Primera Edición Marzo de 1999 Vigésima Primera Edición Septiembre de 2006.

PÁGINAS WEB LA INTERNET

- 1- www.legislacionmexicana.com. *Jurisconsulta, S.C.J.N.*
- 2- http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/pdf/PND_2007-2012.pdf.
- 3- <http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa/index.html>.
- 4- www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/1.doc
- 5- www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/1.doc