



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

“INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL
EN EL HOMICIDIO CULPOSO”

T E S Í S

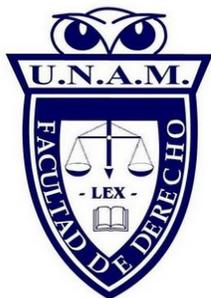
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

AZUCENA FLORES MARTIÑÓN

ASESOR: LIC. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN
Y SALVATIERRA



MEXICO, CIUDAD UNIVERSITARIA

2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO No. 139/SDPP/11

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E.**

La alumna **FLORES MARTIÑÓN AZUCENA**, con número de cuenta **302119998**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Licenciado **CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA**, la tesis profesional titulada **“INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL HOMICIDIO CULPOSO”**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El Licenciado **CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA** en calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que la aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **“INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL HOMICIDIO CULPOSO”**, puede imprimirse, para ser sometido a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **FLORES MARTIÑÓN AZUCENA**.

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

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

A T E N T A M E N T E
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU”
CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F. A 06 DE OCTUBRE DE 2011.

MTRA. CARINA GÓMEZ FRÖDE
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

DEDICATORIAS:

A Dios:

Por darme una vida tan maravillosa y una familia tan especial.

A mis padres:

Ignacio Flores Estrada y Margarita Martiñon Romero:

Por su amor, su comprensión y esperanza.

Pero sobre todo por darme la vida.

A mis hermanas y hermano:

*Leobardo y Alejandra: por ser mis guías,
nunca dejar de creer en mí y por darme el amor al Derecho.*

A Wendy por su comprensión y su apoyo cuando todo era difícil.

*A Daniel y Frika porque cuando todo cambio,
me apoyaron para seguir adelante y no rendirme.*

*A Roberto y Gema porque ante la adversidad
siguen y seguirán caminando.*

A Ateni por tener las razones más importantes para salir adelante.

*A Belén por escuchar mis regañones, aplaudir mis logros, creer en mis sueños
y sobre todo por darme la oportunidad de volver a ser una hermana mayor.*

A mis estrellas:

*Leobardo de Jesús, Armando, Mitzy, Lupita, Sealtiel,
Angel, Cristal, Samantha, Atisha, Fátima y Alejandro,
pues en la oscuridad sus sonrisas me dieron luz.*

A J. Ariel Valencia. S.:

*Por los momentos más felices en mi vida,
por las tristezas y alegrías,
por las lágrimas y las sonrisas,
pero lo más importante amarme sin medida.*

AGRADECIMIENTOS:

*A la Facultad de Derecho de la UNAM,
mi alma mater.*

*A mi asesor y querido Profesor,
Lic. Carlos Ernesto Barragán y Salvatierra*

*A mis amigas y amigos,
por los momentos maravillosos, por sus locuras,
por su apoyo incondicional y sus consejos,
pero sobre todo por estar conmigo en todo momento.*

Si vis pacem, para bellum.
(Vegecio)

ÍNDICE
“INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL HOMICIDIO CULPOSO”

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO PRIMERO	
MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	
I.1	Concepto de Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias. 1
I.2	Clases de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. 8
	a) Negociación diplomática. 9
	b) Investigación de hechos. 10
	c) Buenos oficios. 11
	d) Mediación. 14
	e) Conciliación. 24
	f) Arbitraje. 30
I.2.1	Principio de Criterios de Oportunidad. 35
I.3	Uso de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en la Legislación Mexicana. 40
I.3.1	Reforma Jurídico Penal de 2008. 41
I.3.2	Contenido del artículo 17° Constitucional antes y después de la reforma. 44
CAPÍTULO SEGUNDO	
MEDIACIÓN EN MATERIA PENAL	
II.1	Concepto 47
II.2	Partes 54
II.3	Procedimiento 58
II.4	Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) en la Legislación Secundaria Vigente 64
II.4.1	Chihuahua 64
II.4.2	Coahuila 68
II.4.3	Colima 71
II.4.4	Durango 79
II.4.5	Yucatán 81
II.4.6	Zacatecas 87
CAPÍTULO TERCERO	
HOMICIDIO CULPOSO	
III.1	Concepto 94
III.1.1	Gramatical 95
III.1.2	Jurídico 96
III.2	Estudio Dogmático 97
III.2.1	Imputabilidad e inimputabilidad 97
III.2.1.1	Imputabilidad 97
III.2.1.2	Inimputabilidad 98

III.3	Conducta y su ausencia	99
III.3.1	Conducta de acción u omisión	99
III.3.2	Sujetos	101
III.3.2.1	Activo	101
III.3.2.2	Pasivo	101
III.3.2.3	Ofendido	101
III.3.3	Objeto	102
III.3.3.1	Material	102
III.3.3.2	Jurídico	102
III.3.4	Lugar y tiempo de comisión	102
III.4	Ausencia de conducta	102
III.4.1	Fuerza mayor	102
III.4.2	Fuerza física	103
III.4.3	Movimientos reflejos	103
III.4.4	Hipnotismo	103
III.4.5	Sonambulismo	104
III.4.6	Sueño	104
III.5	Tipicidad y atipicidad	104
III.5.1	Tipo y tipicidad	104
III.5.2	Atipicidad	106
III.6	Antijuridicidad y causas de justificación	107
III.6.1	Antijuridicidad	107
III.6.2	Causas de justificación	109
III.6.2.1	Legítima defensa	112
III.6.2.2	Cumplimiento de un deber	113
III.6.2.3	Ejercicio de un derecho	114
III.6.2.4	Impedimento legítimo	115
III.6.2.5	Obediencia Jerárquica	116
III.7	Culpabilidad e Inculpabilidad	116
III.7.1	Culpabilidad	116
III.7.1.1	Dolo	118
III.7.1.2	Culpa	119
III.7.2	Inculpabilidad	121
III.8	Punibilidad y excusa absoluta	123

CAPÍTULO CUARTO

“INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL HOMICIDIO CULPOSO”

IV.1	Desarrollo del proceso penal acusatorio a la comisión del delito.	129
IV.2	Procedimiento de mediación.	135
IV.3	Límites para que proceda la mediación en el homicidio culposo.	145
IV.4	Cuando no procede la mediación aplicación de los criterios de oportunidad.	147

CONCLUSIONES	151
BIBLIOGRAFIA	156

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, ha sido elaborado con el objetivo de mostrar al lector una nueva forma de resolver los conflictos que surgen en la sociedad ocasionados por el incumplimiento a las normas penales, que son creadas en un Estado de Derecho para sostener la vida en Sociedad, y que por medio del *ius puniendi* castiga a quiénes transgreden dichos límites para con ello mantener el orden y la paz social.

Pero es debido a las reformas constitucionales de 2008, que se dio una transformación en la forma de procurar e impartir justicia; puesto que a nuestro sistema procesal se anexaron nuevas figuras procedimentales como los criterios de oportunidad, la suspensión condicional del proceso, el juicio oral, y por supuesto el tema que nos concierne los mecanismos alternativos de solución al conflicto o controversia (masc) que nos introducirán a la mediación penal.

Dichas reformas se hicieron bajo la consideración de que el modelo mixto que teníamos no era lo suficientemente bueno para vigilar que se cumpliera la ley y menos que se hiciera justicia; por tanto se decidió pasar a al modelo Inquisitorio con tendencia a la oralidad que encontramos en el Sistema Jurídico del Common Law, en países de habla inglesa y en algunos latinoamericanos que iniciaron su transformación hace algunos años y a los cuales México se une para cambiar la visión que conocemos de la justicia, por una renovada llamada “justicia restaurativa”, en la que más que castigar al victimario penal; se pretende restablecer la relaciones sociales y ayudar a la víctima a restaurar el daño que se le ha causado.

Es así como el Derecho Procesal que se encarga de dictar las normas y reglas para llevar a cabo los procesos penales, se reestructura para incorporar a los mismos nuevas herramientas con las que se logre disminuir recursos materiales y

humanos utilizados en los juzgados penales, y que son desperdiciados en asuntos que podrían ser resueltos sin tener que llegar a juicio y menos a una sentencia.

Es así como llegamos hasta nuestra propuesta de “instaurar la mediación penal en el homicidio culposo” en el Distrito Federal, con el propósito de acabar con el proceso difícil y prolongado que el indiciado del delito, así como la víctima tenían que seguir; para llegar a una sentencia, lo que podrá terminar con el uso de la mediación en la investigación previa y hasta antes del juicio oral.

Ahora bien en cuanto a nuestro capitulado, primero analizaremos los mecanismos alternativos de solución de controversias que pertenecen al Derecho Internacional Público, y dentro de los cuales encontramos las bases de la mediación, del mismo modo revisaremos los criterios de oportunidad como una de las facultades del Ministerio Público por la que podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal.

Posteriormente estudiaremos la mediación penal, tomando en consideración sus peculiaridades en materia penal, y conoceremos la figura del mediador que debe evitar los enfrentamientos entre la víctima y victimario, y a la vez hacer que se comuniquen para poder resolver el conflicto, por medio de la reparación integral. También conoceremos algunas de las legislaciones secundarias que ya contienen el procedimiento de mediación, pero que no lo utilizan para el delito de homicidio, o que solo utilizan dicho procedimiento para la reparación del daño, lo que no es adecuado puesto que el proceso sigue adelante y no se cumple con el objetivo real de la mediación que es no llegar al proceso penal.

En el caso del tercer capítulo realizaremos el estudio dogmático del homicidio culposo dentro de la legislación penal vigente, y su explicación retomando a grandes doctrinarios penalistas, para aclarar los conceptos que algunas veces nos pueden resultar confusos, pero que es necesario conocerlos para poder entender que el homicidio culposo es un delito que afecta tanto a la víctima como al

indiciado; ya que afecta al primero directamente en su esfera jurídica y al segundo al enfrentarlo a un proceso penal en el que posiblemente resultará con una condena y que no merecía.

Por último analizaremos el proceso penal en cada una de sus etapas, y el procedimiento de mediación penal de ser instaurada en la Ley de Justicia Alternativa del Distrito Federal, y la propuesta del articulado que establecerá su realización. Continuaremos estableciendo algunos límites con los que la mediación tendría un mejor funcionamiento y en el caso de que con todo lo anterior esta no pudiese ser llevada a la práctica con un buen fin por las partes, la utilización de los criterios de oportunidad con lo que se evitaría llegar al proceso penal.

Espero que mi trabajo cumpla con los propósitos que me he propuesto, y confió en mantener mis expectativas aún en contra de las críticas que espero se presenten y enriquezcan mis conocimientos haciendo mejor este trabajo, para dar una nueva visión del proceso penal y sobre todo mostrar que la mediación en el homicidio puede ser la mejor opción para las partes y la sociedad vulnerada.

CAPÍTULO PRIMERO MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

I.1 Concepto de mecanismo alternativo de solución de controversias.

Dicho enunciado se conoció en la “Conferencia de Paz de la Haya de 1899”¹ en ésta se gestó el concepto “arreglo pacífico de disputas internacionales”, y hacía referencia al opuesto de la guerra como solución de una disputa entre Estados; pues la segunda se consideraba lesiva, primitiva y para nada conveniente. Por tal motivo en la Conferencia se buscaba luchar por la paz y encontrar medios o instituciones que evitaran que las controversias llegaran a causar conflictos mayores dañando con ello el orden internacional por la imposibilidad de llegar a un arreglo. Entre los temas de la conferencia se encontraban “los siguientes”²:

- 1. Un acuerdo para no incrementar, por un período, los presentes efectivos de las fuerzas armadas y navales, y al mismo tiempo, a no incrementar los gastos militares en adelante; y de manera preliminar, examinar los medios en que esto pueda lograrse.*
- 2. Prohibir el uso en los ejércitos y las flotas navales de nuevos tipos de armas y nuevos explosivos o cualquier otro tipo de detonantes más poderosos de los que son utilizados actualmente, lo mismo en rifles o cañones.*
- 3. Restringir el uso en la guerra terrestre de los explosivos formidables que ya existen, y prohibir el lanzamiento de proyectiles o explosivos de cualquier tipo desde globos o de cualquier tipo de dispositivos similares.*
- 4. Prohibir el uso, en la guerra naval, de buques y submarinos cargados de torpedos, u otros dispositivos similares. Dar garantías de que no se construirán buques con esta tecnología.*
- 5. Aplicar las estipulaciones sobre guerra naval de la Conferencia de Ginebra de 1864, sobre la base de los artículos adicionados en 1868.*

¹ Conferencia de Paz de la Haya, 18 de Mayo al 29 de Julio de 1899, ya que con dicho nombre se conoce también a la Conferencia de 15 de Junio al 18 de Octubre de 1907; ambas sobre limitación de armamento. Página Oficial de las Naciones Unidas <http://www.un.org/es/> (fecha de consulta 26/01/2011)

² The Avalon Project: The Hague Conference 1899, circular Mouravieff <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/hague99/haguemen.htm> (fecha de consulta 26/01/2011)

6. Neutralizar las embarcaciones utilizadas en el rescate de la toma de buques por escuadras beligerantes

7. Revisar la Declaración concerniente a las leyes y costumbres de guerra elaboradas en 1874 por la Conferencia de Bruselas, que se ha mantenido sin ratificarse hasta la fecha.

8. Aceptar el principio del uso de los buenos oficios, la mediación y el arbitraje en los casos que así lo requieran, con el objeto de prevenir los conflictos armados entre las naciones; así como llegar a un acuerdo con respecto al modo de emplear los buenos oficios, y establecer una práctica uniforme sobre su uso.

Pero dicha conferencia no tuvo el resultado que se esperaba ya que no se logró avanzar en el tema de la reglamentación de la guerra, ni la creación de un tribunal internacional de arbitraje, y menos en la limitación de los armamentos como objetivo principal de la Conferencia.

En 1904, la Unión Interparlamentaria, reunida en San Luis Missouri, sugirió al presidente Theodore Roosevelt iniciar los contactos para una segunda Conferencia que resolviera los temas pendientes de la conferencia de 1899. La Guerra Ruso-Japonesa de 1905 retrasó la celebración de la segunda Conferencia. El gobierno ruso cabildeó la realización de esta segunda conferencia, para lo cual el Zar Nicolás II envió a su consejero privado, el profesor Feodor Fedorovich Martens, a recorrer las capitales europeas durante el otoño de 1906 para convencer a las potencias de la necesidad de una nueva conferencia, pero en dicha conferencia tampoco se tuvieron los resultados esperados.

Fue entonces cuando el mundo vivió la Primera Guerra Mundial entre los años de “1914 y 1918”³, la humanidad se dio cuenta que los enfrentamientos bélicos lo único que dejaban a su paso eran pérdidas de vida, países pobres, y que no había ganadores, pues los daños eran irreversibles para ambos oponentes. También que las huellas que quedaban solo eran de sangre, pues el uso de la guerra era el peor método para solucionar un conflicto; en dicha guerra ya habían

³ <http://www.lagranguerra1914-1918.blogspot.com/> (fecha de consulta 26/01/2011)

participado 32 Estados, murieron alrededor de diez millones de personas y las pérdidas económicas fueron incalculables.

Por ello el 28 de junio de 1919 se firmo el “Tratado de Versalles”⁴ con el que se creó la Sociedad de Naciones, organismo internacional por medio del cual se reorganizarían las relaciones internacionales y se establecerían las bases para la paz mundial basándose en los principios: de la cooperación internacional, arbitraje de los conflictos y la seguridad colectiva.

La Sociedad de Naciones pretendía impedir una repetición de los hechos que dieron lugar a la guerra, como la falta de cooperación, la existencia de pactos secretos entre estados o la ignorancia de los pactos internacionales. Por eso se creó un organismo a través del cual las naciones pudiesen resolver sus disputas por medios pacíficos en lugar de militares, evitando aquellas causas que llevaron a la guerra. La propia exposición de motivos del “Pacto de la Sociedad de Naciones”⁵ proclama:

“Las Altas Partes contratantes: considerando que para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizar la paz y la seguridad, importa: aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra; mantener a la luz del día relaciones internacionales, fundadas sobre la justicia y el honor; observar rigurosamente las prescripciones del Derecho internacional, reconocidas de aquí en adelante como regla de conducta efectiva de los Gobiernos; hacer que reine la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los Tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados; Adoptan el presente Pacto”.

⁴ Firmado el 28 de junio de 1919 en el Salón de los Espejos del Palacio de Versalles, entro en vigor el 10 de enero de 1920, con este se da el termino de la Primera Guerra Mundial y se crea la Sociedad de Naciones en la Parte IX, artículos 1 al 26 y anexo. <http://www.lagranguerra1914-1918.blogspot.com/> (fecha de consulta 26/01/2011)

⁵ ORAÁ, Oraá, Jaime; Gómez Isa, Felipe, (coord.), Textos Básicos de Derecho Internacional Público, 1ra edición, Universidad de Deusto, España, 2000, pp. 11

Lamentablemente todos los esfuerzos fueron en vano y la Sociedad de Naciones no pudo cumplir su objetivo, debido a que países como Estados Unidos de América y la Unión Soviética se excluyeron del Pacto, y otros como Alemania y Turquía no pudieron entrar por su responsabilidad en la guerra; así que en su mejor momento la Sociedad de Naciones conto con menos de cincuenta miembros y nunca consiguió la autoridad suficiente para imponer sus resoluciones en forma obligatoria, por tanto carecía de autoridad efectiva para guiar una acción internacional contra las agresiones entre Estados, siendo completamente impotente para asegurar un mínimo de respeto a la paz mundial lo que se evidencio con el estallido de la Segunda Guerra Mundial en septiembre de 1939 y más adelante terminaría con su disolución.

La Sociedad de Naciones sólo mantuvo algunos servicios de ayuda a refugiados y de regulaciones laborales, durante la Segunda Guerra Mundial y fue disuelta oficialmente el 18 de abril de 1946 aunque su última Asamblea fue celebrada una vez finalizada la Guerra, entre el 8 y el 18 de abril de 1946 y su disolución legal tuvo lugar hasta el 17 de julio del año siguiente, sus archivos y bienes fueron entonces traspasados a la recién creada Organización de Naciones Unidas.

Con la firma de la Carta de las Naciones Unidas “la ONU”⁶ fue fundada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco (California), por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, es la mayor Organización Internacional existente y se define como: una asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos del Derecho internacional, la paz y seguridad internacional, es el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos. “La Carta de las Naciones Unidas”⁷ es un tratado constitutivo que además de crear la ONU, contiene el siguiente preámbulo y articulado:

⁶ Página Oficial de las Naciones Unidas <http://www.un.org/es/> (fecha de consulta 26/01/2011)

⁷ El documento fue firmado el 26 de junio de 1945 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional <http://www.un.org/es/> (fecha de consulta 26/01/2011)

El Preámbulo establece:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios.

Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en la presente Carta de las Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas.

En cuanto al articulado se divide en los siguientes capítulos:

- **Capítulo I** plantea los principios y propósitos de las Naciones Unidas, incluyendo las provisiones importantes del mantenimiento de la paz internacional y seguridad;
- **Capítulo II** define el criterio para la membresía en las Naciones Unidas;
- **Capítulo III** describe los órganos de la ONU;
- **Capítulo IV**, define la Asamblea General;
- **Capítulos V-VI-VII**, define el Consejo de Seguridad, arreglo pacífico de controversias, acciones en casos de amenaza de la paz y defensa regional;
- **Capítulo IX** sobre la cooperación internacional económica y social;
- **Capítulo X** sobre el Consejo Económico y Social;

- **Capítulo XI-XII-XIII**, declaración relativa a los territorios no autónomos, régimen internacional de administración fiduciaria y establece Consejo de Administración Fiduciaria;
- **Capítulo XIV** establecen las funciones e integración de la Corte Internacional de Justicia
- **Capítulo XV** establecen las funciones de la Secretaría General de la ONU;
- **Capítulos XVI y XVII** disposiciones varias y acuerdos transitorios de seguridad.
- **Capítulo XVIII** define los mecanismo de reforma de la Carta
- **Capítulo XIX** define la forma la firma y rectificación de la Carta.

Es así como en el capítulo VI de dicho ordenamiento encontramos:

CAPÍTULO VI: “ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS”⁸

Artículo 33

1. *Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.*
2. *El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.*

Artículo 34

El Consejo de Seguridad podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Artículo 35

1. *Todo Miembro de las Naciones Unidas podrá llevar cualquier controversia, o cualquier situación de la naturaleza expresada en el Artículo 34, a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General.*
2. *Un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas podrá llevar a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General toda controversia en que sea parte, si acepta de antemano, en lo relativo a la controversia, las obligaciones de arreglo pacífico establecidas en esta Carta.*

⁸ Página oficial Carta de las Naciones Unidas <http://www.un.org/es/documents/charter/> (fecha de consulta 02/02/2011)

3. *El procedimiento que siga la Asamblea General con respecto a asuntos que le sean presentados de acuerdo con este Artículo quedará sujeto a las disposiciones de los Artículos 11 y 12.*

Artículo 36

1. *El Consejo de Seguridad podrá, en cualquier estado en que se encuentre una controversia de la naturaleza de que trata el Artículo 33 o una situación de índole semejante, recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados.*
2. *El Consejo de Seguridad deberá tomar en consideración todo procedimiento que las partes hayan adoptado para el arreglo de la controversia.*
3. *Al hacer recomendaciones de acuerdo con este Artículo, el Consejo de Seguridad deberá tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte.*

Artículo 37

1. *Si las partes en una controversia de la naturaleza definida en el Artículo 33 no logran arreglarla por los medios indicados en dicho Artículo, la someterán al Consejo de Seguridad.*
2. *Si el Consejo de Seguridad estimare que la continuación de la controversia es realmente susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el Consejo decidirá si ha de proceder de conformidad con el Artículo 36 o si ha de recomendar los términos de arreglo que considere apropiados.*

Artículo 38

Sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 33 a 37, el Consejo de Seguridad podrá, si así lo solicitan todas las partes en una controversia, hacerles recomendaciones a efecto de que se llegue a un arreglo pacífico.

Con los artículos transcritos podemos analizar como el Derecho Internacional Público logro plasmar los medios para la resolución de conflictos entre Estados, con la finalidad de que jamás se pueda llegar a una guerra, en la que la humanidad vuelva a sufrir los estragos de las dos anteriores, de igual forma cada uno de estos métodos ó “medios pacíficos de solución de las controversias son procedimientos cuyo objeto es ajustar las diferencias entre los Estados a fin de

evitar un enfrentamiento bélico”⁹,y por tanto asegurar la paz y la seguridad internacionales.

I.2 Clases de mecanismos alternativos de solución de controversias.

Ahora bien como ya lo habíamos mencionado en la Carta de las Naciones Unidas se contemplan diversos medios o mecanismos para dar solución a los conflictos que se presentan entre los Estados, estos se encuentran contenidos en el artículo 33° de dicho ordenamiento jurídico que transcribo a continuación:

“Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios”¹⁰.

De estos párrafos entendemos que los Estados por medio de sus representantes gubernamentales pueden decidir cómo solucionar sus conflictos para mantener el orden y sobre todo la paz. La doctrina por su parte advierte que dichos métodos son: “diplomáticos o políticos y jurisdiccionales o adjudicativos”¹¹ lo anterior proviene de cómo se generó la controversia.

Los métodos “diplomáticos o políticos” se utilizan para resolver conflictos que “no se pueden someter a un juez, árbitro o tribunal por estar en la discusión

⁹ CASTELLANOS Hernández Eduardo de Jesús y coord., Temas de Derecho Internacional, 1ra edición, Secretaría de Gobernación, México, 2006, pp. 39

¹⁰ Página oficial Carta de las Naciones Unidas <http://www.un.org/es/documents/charter/preamble.shtml> (fecha de consulta 02/02/2011)

¹¹ LOPEZ-Bassols Hermilo, Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos, 2da edición, Porrúa, México, 2003, pp. 175

situaciones que al ser resueltas por una vía jurídica lesionarían el honor nacional, la soberanía, la independencia o la jurisdicción doméstica.”¹²

Los procedimientos jurídicos se utilizan cuando la controversia que se genere es jurídica como lo define el internacionalista Carlos Arellano García: “las controversias jurídicas son aquellas en las que los Estados centran sus diferencias en una diversa interpretación a normas jurídicas internacionales, en la invocación de diversas normas jurídicas internacionales, en la supuesta violación a normas jurídicas Internacionales.”¹³

Derivado de lo anterior los métodos diplomáticos o políticos son: la negociación diplomática, los buenos oficios (no se contemplan en la Carta de la ONU), la mediación, la investigación y la conciliación; en los medios jurisdiccionales encontramos el arbitraje internacional y el procedimiento judicial siempre recordando que nos ubicamos dentro del derecho Internacional.

a) Negociación diplomática

Es el método más simple, a través de él se resuelven la mayoría de los conflictos pequeños y poco importantes, pues son pláticas en las que se fundamentan las posiciones, se llevan a cabo utilizando a los agentes diplomáticos respectivos y estos deben tener pleno conocimiento del otro Estado, en ocasiones es el recurso previo a otro medio ya que es voluntario y necesario para someter el asunto a consideración del Consejo de Seguridad cuando no se encontró solución al conflicto. Los autores lo definen como:

1. “Es un medio directo y permite que ambos Estados enfrenten el problema a través de sus representantes diplomáticos. También pueden llevarla a efecto los jefes de Estado, lo que se ha propiciado mucho por la facilidad

¹² *Ibidem.*

¹³ ARELLANO García Carlos, Segundo Curso de Derecho Internacional Público, 3ra edición, Porrúa, México, 2004, pp. 230

actual de establecer correspondencia entre ellos, para resolver directamente los problemas que surgen en la dirección del Estado.”¹⁴

2. “Consiste en la discusión entre las partes encontradas con el propósito de precisar sus puntos de vista a fin de solucionar la controversia.”¹⁵
3. “La negociación es un medio pacifico de solución de controversias internacionales en el que los Estados interesados tratan directamente los diversos aspectos del conflicto y establecen formulas aceptables para ellos, a efecto de obtener una superación del antagonismo.”¹⁶
4. “Es el arreglo directo, de Estado a Estado, por las vías diplomáticas comunes, de los conflictos que surgen entre ellos, es la forma más utilizada para terminar las controversias.”¹⁷
5. “Las partes en una controversia entablan conversaciones directas entre ellos, sin la participación de terceros en busca de una solución al desacuerdo. El consentimiento para iniciar negociaciones es necesario pero éste puede darse a priori en tratados diversos que dispongan las obligaciones de negociar en caso de que surja una controversia relacionada con el tratado.”¹⁸

b) Investigación de hechos

También conocida como comisiones de investigación fueron establecidas como una institución formal para esclarecer los hechos que condujeron a la controversia, dicha comisión presenta un informe de su labor, pero no tiene carácter obligatorio y sólo sirve para crear “luz” sobre la disputa. Inicialmente las comisiones de investigación se integraban en cada caso, por acuerdo de las

¹⁴ CASTELLANOS Hernández Eduardo de Jesús y coord., Op cit., pp. 41

¹⁵ LOPEZ-Bassols Hermilo, Op cit., pp. 176

¹⁶ ARELLANO García Carlos, Op cit., pp. 231

¹⁷ SEPULVEDA Cesar, Derecho Internacional, 26ta edición, Porrúa, México, 2004, pp. 392

¹⁸ VALLARTA José Luis Marrón, Derecho Internacional Público, 1ra reimpresión, México, 2009, pp.290

partes; y su mayor éxito radica en que dichas comisiones imponían a las partes la condición de no realizar ningún enfrentamiento bélico mientras no se concluyera y publicará la investigación. En sus características encontramos:

- ❖ El desentrañamiento de los hechos que han originado el conflicto, pues con ello se conoce la verdadera situación de cada una de las partes en la controversia.
- ❖ Da lugar a una reflexión serena de los hechos, por ser escrupulosa, objetiva e imparcial; de igual forma se fija un periodo para dicha investigación.
- ❖ Las partes se comprometen a no declarar la guerra o comenzar las hostilidades hasta que la investigación haya terminado y se haya presentado el dictamen.
- ❖ “La comisión se debe concretar a lograr un examen concienzudo e imparcial de los hechos sin propuestas de solución, es decir no hay un laudo.”¹⁹
- ❖ “Se trata de cuerpos creados formalmente para establecer los hechos causa de la controversia, tienen como función presentar los resultados de la investigación en el conflicto, su naturaleza sólo es informativa y no vinculatoria ya que las partes tiene libertad en éste, para decidir el efecto que han de darle.”²⁰

c) *Buenos oficios*

La expresión “buenos oficios”²¹: proviene de las locuciones latinas “bonus”, (bueno) y “officium”, (servicio, función), y significa: la acción de un tercer Estado que, espontáneamente o a solicitud, procura aproximar, por medios diplomáticos, a los Estados entre los cuales existe una diferencia o si se ha desencadenado un

¹⁹ LOPEZ-Bassols Hermilo, Op cit., pp. 177

²⁰ CASTELLANOS Hernández Eduardo de Jesús y coord., Op cit., pp. 42

²¹ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa – UNAM, México, 2007, PP. 423

conflicto, exhortándolos a que inicien o reinicien negociaciones, y recurrir a cualquier otro método pacífico para resolver su controversia.

Los buenos oficios se caracterizan:

- *cuando un tercer estado, ajeno a la controversia, procura un arreglo entre las partes.*
- *si un país exhorta a las naciones contendientes a recurrir a la negociación entre ellos.*
- *Por ser espontáneos y su objetivo es apaciguar la exaltación de las partes y tratar de establecer una atmósfera propicia para un arreglo.*

Seara Vázquez señala que los buenos oficios no pueden ser considerados como un acto inamistoso; cualquier Estado puede ofrecer sus buenos oficios; cualquiera de los Estados en conflicto puede solicitar los buenos oficios de cualquier Estado; los terceros Estados solicitados pueden aceptar o negar su intervención en el conflicto a través de los buenos oficios.

Entre los buenos oficios y la mediación existe una diferencia en cuanto al grado de intervención del tercer Estado.

Los buenos oficios fueron incluidos en la 1^o Convención de la Haya de 1899. La Carta de las Naciones Unidas, de 1945, en su Capítulo VI, sobre el “Arreglo Pacífico de las Controversias”.

Jurídicamente los Buenos Oficios se presentan cuando un tercer país exhorta, a los Estados en conflicto, a recurrir a la negociación entre ellos, se realiza como un acto amistoso y espontáneo de un tercer Estado que sin arreglar el conflicto, únicamente convencer para que las partes lo resuelvan entre ellas mismas.

Hay sólo una inducción por parte del tercer país, para propiciar que los Estados reflexionen y corrijan o allanen el problema directamente.

El maestro Sepúlveda manifiesta sobre los buenos oficios que:

1. “ocurren cuando un país exhorta a las naciones contendientes a recurrir a la negociación entre ellos,
2. son espontáneos y, el tercer Estado ha de apaciguar un tanto la exaltación de las partes
3. y establecer una atmósfera conveniente para buscar un arreglo, pero jamás intervendrá en dicha negociación”²².

El internacionalista “López- Bassols”²³ señala en cuanto a los buenos oficios que: “este procedimiento tiene como objetivo que, con el consentimiento de las partes, el que ejerce los buenos oficios logre persuadir a las partes, a restablecer el dialogo a fin de que ellas puedan encontrar una solución a su disputa generalmente, quien funge con los buenos oficios se reúne por separado con cada una de las partes, ejercicio especialmente útil cuando los Estados han roto sus relaciones diplomáticas.”²⁴

El internacionalista Carlos Arellano da las siguientes características a los buenos oficios:

- El ofrecimiento de los buenos oficios de una tercera potencia puede contar o no con la previa voluntad de los Estados interesados;
- El tercer Estado no toma participación en las negociaciones;
- El tercer Estado trata por separado con los interesados;
- La injerencia de tercer Estado no debe ser considerado como un acto inamistoso;
- La intervención del tercer Estado es más indirecta en los buenos oficios que en la mediación;

²² SEPULVEDA Cesar, Op cit., pp. 393

²³ LOPEZ-Bassols Hermilio, diplomático de carrera en el Servicio Exterior Mexicano, actualmente embajador.

²⁴ LOPEZ-Bassols Hermilio, Op cit., pp. 176

- En los buenos oficios el tercer Estado no propone una solución al problema.

También encontramos que “en la presentación de los buenos oficios un tercero o terceros, uno o varios gobiernos u organizaciones internacionales, reúnen a las partes para alentarlas a negociar y se retiran.”²⁵

Quien presenta los buenos oficios no participa en la negociación, se limita a urgir a las partes para que pongan toda su buena voluntad y buena fe en la búsqueda de una solución.

Por último debo agregar que muchas veces se confunde a los buenos oficios con la mediación, y estas instituciones son parecidas pero no iguales, lo que trataré de aclarar en el inciso siguiente pues explicaré la mediación.

d) mediación

En cuanto a su significado “MEDIACION”²⁶. Intervención de parte no interesada para zanjar las diferencias suscitadas entre dos o más o personas, quienes se someten a la decisión del mediador. En derecho internacional público es la gestión que hace una potencia que ha sido designada o ha solicitado o aceptado mediar para procurar un entendimiento o arreglo entre otras que están en conflicto.

“MEDIACION”²⁷. Del latín, mediatio, -onis, “acción y efecto de mediar” significa “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.”

²⁵ VALLARTA José Luis Marrón, Op cit., pp. 291

²⁶ DE LEON, Fernández Gonzalo, Diccionario jurídico, 3ra Edición, editorial ABECE SRL, Buenos Aires, 1972, PP. 356-357

²⁷ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa – UNAM, México, 2007, PP. 2478-2482

Primero, la mediación ha sido conocida y existe en nuestro derecho como un medio de intermediación mercantil equiparable al corretaje; en el segundo, se le conoce como un medio de solución de controversias propio del derecho internacional público, tercer significado, que empezó a ser conocido en México a mediados de la década de los 90, y que continuación se analiza, la mediación constituye uno de los llamados medios alternativos de solución de controversias.

La enciclopedia jurídica Omeba, que sólo llegó a incluir la mediación moderna como resolución alternativa de conflictos a partir de 1996, en su Apéndice VII define la mediación desde el enfoque de “mediación en derecho internacional público”, desarrollado por Ricardo Méndez Silva y la define como “un proceso voluntario informal, confidencial, integrado, a través del cual un tercero imparcial y neutral, interviene para ayudar a las partes a trabajar cooperativamente, intentando lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio, o al menos aceptable para ellas”.

La mediación, en su aceptación más moderna, “constituye un medio alternativo de solución de controversias, representa un medio autocompositivo, consistente en un procedimiento privado, informal, voluntario y no adjudicatario, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional a un tercero independiente, imparcial y neutral, quien actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes, para lograr que estas, de común acuerdo, encuentren una solución a su desavenencia”.

Entre la mediación y la amigable composición, existen elementos distintivos, mientras en la primera son las propias partes quienes llegan voluntariamente a su propia solución precisamente de manera autocompositiva, en la segunda el mediador es un mero facilitador que resuelve la controversia con una solución heterocompositiva, en forma adjudicataria y con fuerza vinculatoria para las partes.

La mediación, como filosofía, tiene la de fungir como un medio que, al no ser adjudicatario, ofrezca a las partes una posibilidad de solución de su conflicto con un enfoque “ganador-ganador”, a diferencia de los medios adjudicatarios, como el litigio judicial y el arbitraje mismo, que por definición y por su propia naturaleza

ofrecen una solución con un enfoque “ganador-perdedor”, la mediación como presupuestos esenciales necesita la verdadera voluntad de las partes de intentar una solución negociada de su desavenencia, y su buena fe para ello. La mediación es idónea en aquellos casos en que las partes se enfrentan a una desavenencia negociable, así como en aquellos en que pudiera interesarles conservar su relación, que en caso de litigio pudiera romperse de manera definitiva.

Por lo que respecta al procedimiento de mediación y a las facultades del mediador, existen quizá tantos criterios y enfoques como autores que los tratan, podría afirmarse que el procedimiento es: voluntario, convencional entre partes, conducido por una persona física determinada y permanente, asignada al caso concreto por las propias partes o por la institución, por gozar de la confianza de las partes o tener como su primera tarea la de ganar esa confianza.

En cuanto a las facultades del mediador encontramos dos posturas: la primera sostiene que el mediador no resuelve la controversia, sino que son las propias partes quienes llegan a una solución y el mediador debe proponer a las partes proyectos de solución. En la segunda se sostiene que no debe hacerlo, para evitar que alguna propuesta pudiera ser interpretada por alguna de las partes como un signo de parcialidad por parte del mediador, quien perdería con ello la confianza de las partes y su efectividad como mediador. En caso de que estas no hayan logrado alcanzar una solución y por tanto deban recurrir al litigio.

Independientemente de que existe el procedimiento conocido “mediación/arbitraje”, que supone la existencia de una fase conciliatoria en la cual, de no llegarse a un acuerdo, el mismo mediador se convierte en árbitro y conduce a partir de entonces un procedimiento arbitral, este método es cuestionado y prevalece el criterio –tanto en doctrina como en reglas de mediación de que el mediador no deberá fungir a continuación como árbitro, salvo acuerdo entre las partes asimismo, prevalece el principio –expresamente consignado en las diversas reglas de mediación y recomendado además por la doctrina para su inclusión en los acuerdos de mediación – de que las propuestas y manifestaciones de las partes, los documentos aportados por estas al mediador

o a la contra parte, las declaraciones de testigos y demás actuaciones en la mediación no podrán ser utilizados ulteriormente como prueba en el juicio arbitral o judicial que se emprenda en caso de no tener éxito la mediación; el mediador no deberá ser citado como testigo en dicho juicio.

La mediación puede eventualmente ser obligatoria, como sucede cuando alguna disposición legal obliga a agotarla previamente al juicio, o puede ser voluntaria u optativa, cuando queda al árbitro de las partes agotarla o no como sucede en la mayoría de los países.

La mediación no debe ser entendida como una alternativa sustitutiva del procedimiento “adjudicatorio”, sea este arbitral o judicial. Asimismo, en la doctrina internacional sobre el tema. Finalmente, en caso de concluir exitosamente un procedimiento de mediación, es imperativo asegurar la ejecución del acuerdo alcanzado entre las partes. Es aconsejable elevar el acuerdo, categoría de cosa juzgada.

La mediación es un proceso en el que las partes contendientes son asistidas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia; y lo resuelto en la mediación, no es obligatorio, aunque las partes pueden convenir en celebrar un convenio de transacción y en darle curso como si se tratase de un laudo arbitral o de sentencia ejecutoriada.

La mediación es un proceso mediante el cual un tercero neutral asiste a las partes en una controversia, para que resuelvan está. El tercero, para conservar su neutralidad frente a las partes, se abstendrá de proponer soluciones. En México, el empleo de los términos conciliación y mediación ha despertado cierto cuestionamiento, ya que no polemiza, equiparándose la mediación a la conciliación; e incluso algunos postulantes consideran que es este el nombre que debiera llevar la primera, ya que en la tradición jurídica mexicana la mediación no ha sido otra cosa que un acto de comercio equiparable a la correduría o al corretaje, mientras que la conciliación ha sido un medio de solución de controversias, de hondas y viejas raíces.

Estrictamente, conciliación significa la “acción y efecto de conciliar”, lo que a su vez significa “componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre si” y “conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias.”

Barajas Montes de Oca y Méndez Silva definen la conciliación, en primer término como “el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversias sobre la aplicación o interpretación de sus derechos”, mediación, gramaticalmente, significa “acción y efecto de mediar”, lo que a su vez significa “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”, a diferencia de la mediación, que por definición requiere esencialmente de un tercero que se interponga para mediar (y así lo consignan Brown y Marriott), tratándose de la conciliación no se requiere de tercero alguno para que las partes en un proceso (conciliación endoprocesal) o fuera de él (conciliación extraprocesal), lleguen a un acuerdo respecto a su controversia, que pueden conciliar y transigir sin necesidad de la intervención de un tercero.

La realidad comparando diversos países, es que no existen practicas consistentes, en el nivel internacional, que permitan distinguir las facultades del conciliador de las del mediador, o la práctica o usos que uno u otro sigue, ya que contrariamente a la opinión –errónea pero un tanto extendida –el mediador no propone soluciones mientras que el conciliador si, o viceversa. En ambos casos aparecen quienes opinan que el tercero (conciliador o mediador) debe proponerse un proyecto de solución, e igualmente aparecen quienes opinan justamente lo opuesto; si bien es claro que en los países que practican el common law se usa el termino mediación, mientras que en los de tradición de derecho civil se emplea el termino conciliación, la discusión terminológica al respecto se considera una cuestión irrelevante en el nivel internacional, y autores como Brown, Marriott, Refern y Hunter y otros consideran ambos términos como sinónimos o intercambiables. En América del norte, en el Comité Consultivo de Solución de Controversias Internacionales del TLC, que amalgama los sistemas de common law y derecho civil, se ha acuñado el término “conciliación/mediación”

MEDIACION INTERNACIONAL. 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 estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo.

En el caso de la mediación fue consagrada en el “tratado de Paz y Amistad”²⁸ concluido en París el 30 de marzo de 1856, que puso fin a la guerra de Crimea y expresaba en su artículo 8°:

“Si surgiera entre la Sublime Puerta y una u otra de las demás potencias signatarias un desacuerdo que amenaza el mantenimiento de sus relaciones, la Sublime Puerta y cada una de esas potencias, antes de recurrir al empleo de la fuerza, pondrían a las otras partes contratantes en la posibilidad de prevenir este extremo, mediante su acción mediadora”

En la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, firmada en la Haya, el 29 de Julio de 1899 y ratificada por nuestro país el “17 de abril de 1901”²⁹; se regulaba la mediación de la siguiente manera:

Artículo 2°: En caso de disentimiento grave o de conflictos, antes de apelar a las armas las potencias signatarias, convienen en recurrir, en cuanto lo permitan las circunstancias a los buenos oficios o a la mediación de una o varias potencias amigas.

Artículo 3°: Independientemente desea medida, las Potencias signatarias consideraran de utilidad de una o varias potencias ajenas al conflicto ofrezcan, por su propia iniciativa, en cuanto las

²⁸ El tratado de París de 1856 dio por finalizada la guerra de Crimea, en la que Rusia se enfrentó contra el Imperio otomano, Francia, Reino Unido y Piamonte. El tratado, firmado el 30 de marzo, convertía al mar Negro en territorio neutral, prohibiendo el paso a los buques de guerra y la presencia de fortificaciones y armamento en sus orillas. <http://www.un.org/es/> (fecha de consulta 15/02/2011)

²⁹ Página Oficial del Senado de la República www.sre.gob.mx (fecha de consulta 17/02/2011)

circunstancias se presten para ello sus buenos oficios o su mediación a los Estados entre los cuales exista el conflicto.

Las potencias ajenas al conflicto tienen el derecho de ofrecer los buenos oficios o la mediación, aún durante el proceso de las hostilidades. El ejercicio de ese derecho no podrá nunca ser considerado por ninguna de las partes contendientes como acto poco amistoso

Artículo 4° El papel del mediador consiste en conciliar las pretensiones opuestas y en calmar los resentimientos que puedan haberse producido entre los Estados que se hallen en conflicto.

Artículo 5° Las funciones del mediador cesan desde el momento en que se compruebe, ya sea por una de las partes contendientes, ya por el mismo mediador que los medios de conciliación propuestos por él no son aceptados.

Artículo 6. Los buenos oficios y la mediación, ya sean a petición de partes entre las cuales haya surgido el conflicto, ya por iniciativa de las potencias extranjeras al mismo, tienen exclusivamente el carácter de consejo, y no tendrán fuerza obligatoria.

Artículo 7° La aceptación de la mediación no puede producir el efecto, salvo convenio en contrario, de que se interrumpan, retarden o estorben la movilización ni otras medidas preparatorias para la guerra. Si dicha aceptación se efectúa después de que se hayan roto las hostilidades, no interrumpe salvo convenio en contrario, las operaciones militares pendientes.

Artículo 8° Las potencias signatarias, de común acuerdo, recomiendan la aplicación, cuando las circunstancias lo permitan de

una mediación especial en la forma siguiente: En caso de desavenencia grave que comprometa la paz los Estados que se hallen en conflicto escogerán respectivamente una potencia a la que comisionarán para que entre en relaciones directas con la potencia escogida por la otra parte a fin de prevenir la ruptura de las relaciones pacíficas.

Mientras dure ese mandato, cuyo término, salvo estipulación en contrario no puede exceder de treinta días, los Estados contendientes suspenderán toda clase de relaciones directas concernientes al conflicto, el cual se considerará sometido exclusivamente a las potencias mediadoras. Estas deberán usar de todos su esfuerzos para arreglar la desavenencia.

En caso de ruptura efectiva de las relaciones pacíficas, dichas potencias quedarán encargadas de la misión común de aprovechar todas las ocasiones favorables para restablecer la paz.”³⁰

En el caso de América encontramos el tratado Interamericano sobre buenos oficios y mediación, firmado en Buenos Aires, el 23 de diciembre de 1936, ratificado por México el 23 de Diciembre de 1937 que regulaba la mediación de la siguiente manera:

Artículo 1º. Las Altas Partes Contratantes podrán recurrir en primer término, a los buenos oficios o a la mediación de un ciudadano eminente de cualquiera de los demás países americanos, escogido, de preferencia de una lista general, formada de acuerdo con el artículo siguiente, cuando surja entre ellas una controversia que pueda ser resuelta por los medios diplomáticos usuales.

³⁰ ARELLANO García Carlos, Op cit., pp. 240

Artículo 2° para formar la lista mencionada en el artículo anterior cada Gobierno nombrará, tan pronto como ratifique el presente tratado, dos de sus ciudadanos elegidos de entre los más eminentes por sus virtudes y versación jurídica.

“Estas designaciones serán inmediatamente comunicadas a la Unión Panamericana, que se encargará de elaborar la lista y de comunicarla a las Partes contratantes”³¹

Artículo 4° el mediador fijará un plazo que no excederá de seis meses ni será menor de tres, para que las partes lleguen a alguna solución pacífica. Expirado este plazo sin haberse alcanzado algún acuerdo entre las Partes, la controversia será sometida al procedimiento de conciliación previsto en los Convenios interamericanos vigentes.

Artículo 5° Durante el procedimiento establecido en este Tratado, cada una de las partes interesadas proveerá a sus propios gastos y contribuirá, por mitad, a los gastos u honorarios comunes.

Un punto muy importante de este tratado desde su creación y hasta la actualidad, es que se implemento la designación de personas físicas como mediadoras entre los Estados, lo cual proviene propiamente de la doctrina.

Otra legislación que contempla la mediación como un procedimiento para dirimir conflictos por parte de los Estados es el “Pacto de Bogotá”³², firmado en Bogotá el 30 de abril de 1948, ratificado por México el 23 de Noviembre de 1948, de dicho ordenamiento se desprende el siguiente articulado:

³¹ Ídem, Op cit., pp. 241

³² El Pacto de Bogotá también conocido como el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas fue un tratado internacional suscrito el 30 de abril de 1948 por los países independientes de América (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Republica Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), reunidos en la IX Conferencia Panamericana en la ciudad de Bogotá. www.sre.gob.mx (fecha de consulta 17/02/2011)

ARTICULO XI. El procedimiento de mediación consiste en someter la controversia a uno o más gobiernos americanos, o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano extraños a la controversia. En uno y otro caso el mediador o los mediadores serán escogidos de común acuerdo por las partes.

ARTICULO XII. Las funciones del mediador o mediadores consistirán en asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable. El mediador se abstendrá de hacer informe alguno y, en lo que a él atañe, los procedimientos serán absolutamente confidenciales.

ARTICULO XIII. En el caso de que las Altas Partes Contratantes hayan acordado el procedimiento de mediación y no pudieren ponerse de acuerdo en el plazo de dos meses sobre la elección del mediador o mediadores; o si iniciada la mediación transcurrieren hasta cinco meses sin llegar a la solución de la controversia, recurrirán sin demora a cualquiera de los otros procedimientos de arreglo pacífico establecidos en este Tratado.

ARTICULO XIV. Las Altas Partes Contratantes podrán ofrecer su mediación, bien sea individual o conjuntamente; pero convienen en no hacerlo mientras la controversia esté sujeta a otro de los procedimientos establecidos en el presente Tratado.”³³

En la mediación, “una o varias personas, que suelen ser dignatarios de terceros países o altos funcionarios de una organización internacional, ayudan a las partes en la controversia a llegar a un acuerdo, participando en las conversaciones, conciliando los puntos de vista opuestos y aplacando los

³³ Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html> (fecha de consulta 15/02/2011)

resentimientos que acompañan a otra controversia. La mediación debe caracterizarse por su informalidad y su carácter estrictamente confidencial.”³⁴

En cuanto a las características de dicho procedimiento nos basaremos en el libro Derecho Internacional Público del profesor Arellano García:

- a. La mediación puede ser espontánea desde el punto de vista del Estado mediador, o puede ser requerida cuando se le ha invitado a intervenir como mediador.
- b. La mediación puede ser individual o colectiva, según sea uno o varios los Estados terceros que tengan el carácter de mediador.
- c. La potencia tercera no se limita a emitir sus propios puntos de vista, sino que por acuerdo de los Estados que sufren la controversia participa en las negociaciones y hace proposiciones.
- d. La propuesta formulada por el Estado mediador no es obligatoria para los Estados en conflicto.
- e. La mediación se puede realizar en todo tipo de controversias, salvo aquellas que pudieran afectar el honor o los intereses vitales de los Estados contendientes.
- f. El Estado que ofrece o acepta la mediación, en su carácter de mediador, no está obligado a ser mediador.
- g. “Los Estados que se hallan inmersos en la contienda tienen derecho libremente a aceptar o rechazar la mediación.”³⁵

e) Conciliación

Gramaticalmente “CONCILIACIÓN”³⁶ quiere decir: Acción y efecto de avenir voluntades y pareceres distintos.

³⁴ VALLARTA José Luis Marrón, Op cit., pp. 291

³⁵ ARELLANO García Carlos, Op cit., pp. 239

La conciliación tiende a producir un arreglo, generalmente supone la concurrencia de una tercera persona llamada conciliador. Esté trata de avenir a las partes, manifestándoles las ventajas que les puede reportar o los beneficios que pueden conseguir. Es el procedimiento previo al juicio o el intentado por el juez antes de la apertura o de la recepción de la prueba.

CONCILIACION, EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO INTERNACIONAL. La conciliación es una variante de la mediación que, a partir de 1923, ha sido incluida en numerosos tratados internacionales a fin de que una comisión internacional, generalmente dos por cada Estado, estudie el litigio y someta a las partes propuestas de arreglo.

La conciliación se distingue de la mediación en que no existe la intervención de un estado tercero o de una institución política internacional; la mediación constituye un procedimiento organizado y obligatorio para los estados signatarios de un tratado, en el que lo prevén y lo instituyen.

“CONCILIACION”³⁷: Es el acuerdo al que llegan las partes en un proceso cuando existen controversias sobre la aplicación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso. Es, asimismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas.

La conciliación tiene amplia aplicación jurídica. Forma parte importante del derecho procesal del trabajo, pero también del derecho civil y del derecho internacional público.

Es tradicional en nuestra época que la conciliación la liguemos por razones ideológicas a las cuestiones laborales “aun cuando la justicia de conciliación y avenimiento pertenece a la tradición germánica y a la justicia medieval en la cual él juez actuaba con el propósito de dirimir una controversia con la solución que a

³⁶ DE LEON, Fernández Gonzalo, Op cit., pp. 36

³⁷ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa – UNAM, México, 2007, pp. 689-692

él parecía equitativa, ha sido forma constante en el derecho procesal del trabajo la penetración de esta segunda forma de justicia.

En el proceso laboral ha venido a constituir un trámite obligatorio preliminar al arbitraje, que debe ser intentado en forma permanente por los tribunales de trabajo, la defensa del trabajo a las cuales se ha facultado para intentar soluciones amistosas en los conflictos que se les plantea. El proceso conciliatorio conduce a evitar un proceso futuro, de duración y resultados no previsibles.

Las juntas de conciliación, así como las juntas de conciliación y arbitraje, al presentarse cualquier tipo de reclamación, deberán intentar la celebración de pláticas entre las partes, a las que exhorta para que procuren llegar a un arreglo que ponga término a sus diferencias.

De llegar las partes a un acuerdo ahí concluye el juicio laboral y mediante acta que se levante para tal efecto se deja constancia de la solución adoptada y de los actos tendentes a su ejecución.

En nuestro orden jurídico laboral la conciliación tiene lugar también en forma obligatoria en los procedimientos especiales, en los procedimientos de conflictos colectivos de naturaleza económica y en el procedimiento de huelga.

La conciliación en materia de derecho internacional público es un medio de solución pacífica de controversias entre estados, caracterizado por la participación de comisiones especiales, creadas convencionalmente por las partes con anterioridad al surgimiento de la diferencia o a posteriori, para atender de manera específica cualquier caso concreto de conflicto. La conciliación es un método intermedio entre los buenos oficios y la mediación.

José Ovalle Favela, nos indica al respecto que a pesar de la eficacia de la función conciliatoria, en nuestros juzgados de paz prácticamente ha quedado abolida, pues los jueces no suelen hacer uso de la facultad que les confiere la ley, sino que la pasan por alto.

En materia de divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges, según lo previene, deberán ocurrir al tribunal competente y presentar un convenio en el que sean fijados los siguientes puntos:

- *Designación de persona a quien se confíen los hijos del matrimonio mientras se tramita su separación.*
- *El modo de subvenir a las necesidades de los hijos.*
- *La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento*
- *La forma en que se proporcionarán alimentos a los hijos y a la esposa en su caso*
- *La administración de los bienes de la sociedad conyugal y términos para proceder a la liquidación de ésta. Formulado el convenio y presentando al juez la solicitud respectiva, se cita a dichos cónyuges y al MP a una junta, con el objeto de procurar la reconciliación, y buscar un acuerdo conciliatorio entre los cónyuges, para evitar su separación.*

En las cuestiones familiares la conciliación se da en procedimientos como los litigios sobre cuestiones alimenticias; la clasificación de impedimentos para contraer matrimonio; las diferencias entre los cónyuges sobre la administración de los bienes comunes y la educación de los hijos; las oposiciones de esposos, padres y tutores, y todos los problemas familiares que guarden similitud con los anteriores y que requieran la intervención judicial.

Materia civil reforma al CPC publicada en el DO del 10 de enero de 1986, se introdujo como institución genérica la audiencia previa y de conciliación.

Diversas leyes federales les prevén procedimientos conciliatorios ante instituciones públicas, para procurar las diferencias entre consumidores y proveedores.

LA LIC establece otro procedimiento para los conflictos entre los usuarios del servicio de banca y crédito y las instituciones de crédito ante la Comisión Nacional

Bancaria y de Valores, procedimiento conciliatorio para las controversias entre las casas de bolsa y sus clientes, la Comisión Nacional de Seguros y Finanzas conoce de los procedimientos para la conciliar los intereses entre las instituciones de finanzas o seguros y los usuarios de sus servicios.

Emerge cuando los hechos ya se han investigado para que sea posible allegar a las partes a un punto de avenimiento. Entre sus características encontramos que:

1. “La conciliación es un medio menos formal que el arbitraje.
2. En la parte inicial de la conciliación es menester que los hechos se esclarezcan. En este aspecto se asemeja a la investigación pero, la comisión conciliadora no se limita a dar a conocer los resultados de la investigación, sino que ofrece, a través de una proposición los puntos de avenimiento.
3. Mediante un tratado internacional se establece como obligatorio acudir a la conciliación, con señalamientos de procedimiento también obligatorio pero la proposición a la que se llega no es obligatoria. Es decir, a las propuestas no se les da el carácter de sentencias arbitrales o judiciales obligatorias.
4. A la conciliación se le han dado varias orientaciones, de allí que Charles Rousseau haga referencia a una verdadera clasificación de los tratados de conciliación.
5. La conciliación funciona a través de comisiones de conciliación que tienen como características la colegialidad y la permanencia, ya que se hayan compuestas de tres o cinco miembros y no se forman *ad hoc* para cada caso, sino que ya se hayan constituidas previamente en cada tratado.
6. Se ha llegado a considerar que las comisiones de conciliación son más aptas para resolver los conflictos de interés a diferencia de los conflictos jurídicos en los que se pueden resolver las controversias mediante la aplicación de las normas jurídicas.

7. Es común que en los tratados Internacionales en los que se establece el sistema de la conciliación se determine que ésta es obligatoria. Es decir, es obligatorio someterse al procedimiento de conciliación aunque la propuesta no es obligatoria.
8. La conciliación difiere de la investigación en que la primera va más allá de la investigación. En ésta el objetivo fundamental es la aclaración de los hechos, mientras que en la conciliación se fijan los puntos necesarios para que las partes lleguen a un acuerdo.
9. En la conciliación las partes no tienen obligación jurídica de adoptar las propuestas de arreglo pacífico que les hayan sugerido mientras que en el arbitraje y el arreglo judicial es obligatorio cumplir con el fallo.”³⁸

Otros autores agregan que “la conciliación consiste en la participación de un tercero o terceros, tanto Estados como individuos señalados en comisiones permanentes establecidas cuyo propósito es el de examinar los elementos de controversia y presentar un propuesta formal de solución. Esta propuesta no es vinculatoria para las partes, los comisionados pueden reunirse con las partes, sea conjunta o separadamente.”³⁹

La conciliación fue una figura utilizada después de la Primera Guerra Mundial, cuando numerosos tratados bilaterales establecieron el recurso obligatorio de este mecanismo de solución. Dentro del contexto latinoamericano la conciliación fue incluida como una solución de las controversias en el Pacto de Bogotá al que nos hemos referido con antelación en el tema de la mediación.

³⁸ ARELLANO García Carlos, Op cit., pp. 249-250

³⁹ LOPEZ-Bassols Hermilo, Op cit., pp. 178

f) arbitraje

En cuanto a su significado gramatical arbitraje significa: "Acción, facultad o efecto de arbitrar, o resolver un debate o cuestión entre partes, extrajudicialmente, en un concepto de árbitro o amigable componedor."⁴⁰

"ARBITRAJE"⁴¹. (Surge del latín arbitratus, de arbitror: arbitraje.) Es una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial (Carnelutti), un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes (en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional), siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley objetiva tiene un ritual menos severo y formal que el del procedimiento del proceso jurisdiccional, la resolución por la que se manifiesta

El arreglo se denomina laudo, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten.

II. El arbitraje es una vía que desde muy antiguo se empleo para dirimir contiendas de repercusiones jurídicas, en épocas recientes se ve favorecida, especialmente en el orden internacional y en el privado, considerándosele un instrumento práctico y útil debido a que permite evitarse entrar en el alud de negocios contenciosos que se ventilan en los tribunales y a la posibilidad de designación en un tercero imparcial, a la vez calificado.

La cláusula compromisoria, que para algunos es un segmento, o apartado de un contrato en virtud del que las partes estipulan que en caso de surgir una contienda jurídica entre ellas se someterán para su arreglo a un arbitraje. Es obvio que esta cláusula que tiene el acuerdo de voluntades de los interesados, es previa el nacimiento del litigio futuro y de su posterior arreglo arbitral.

Compromiso arbitral. Acuerdo pactado entre las partes, una vez que ya se suscitó una controversia jurídica entre ellos, para que su lid sea dirimida en el

⁴⁰ DE LEÓN, Fernández Gonzalo, Op cit., 1972, pp. 289

⁴¹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Op cit., pp. 238

porvenir por medio del arbitraje; el compromiso se conviene después de planteado el pleito actual.

Contrato arbitral o contrato de arbitraje. Es el acuerdo de voluntades entre contendientes y el árbitro designado, en el que se consignan las obligaciones y derechos de los árbitros en relación con las partes; así: el plazo para resolver, los honorarios a cubrir etc.

Pueden ser árbitros los particulares designados por las partes contendientes o, a falta de su acuerdo de voluntades en la preparación del juicio arbitral, lo hará el juez público de entre las personas que anualmente son listadas por el tribunal superior.

El procedimiento del arbitraje. Reviste ciertas ritualidades; así, partes y arbitro seguirán los plazos y formas establecidos para que los tribunales, a menos que otra cosa se haya convenido; los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos, si cualquiera de las partes los pidiere, o no hubiera convenido de otra manera.

Si el arbitraje se pacto en una cláusula compromisoria o en un compromiso en árbitros; si el árbitro fue designado por las propias partes; si se acepto el nombramiento en un contrato arbitral, que se cumple hasta llegar a un laudo; y si es espontánea y voluntariamente acatado por las partes, en un caso en el que el arbitraje nace, se desarrolla y se cumple por la voluntad contractualmente manifiesta de los combatientes.

Ante la desobediencia del vencido en el laudo, la parte favorecida puede pedir la "homologación", denominación dada por la doctrina mexicana, a pesar de no consagrarse la voz en la ley adjetiva- ante el juez público, para su eficaz cumplimiento.

El término "arbitraje" se emplea en materia laboral para designar a los órganos de juzgamiento especializado, las juntas de conciliación y arbitraje, lo que podría orillar a pensar que estas llevan a cabo dicha función de carácter privado.

Sin embargo, es de sobra conocido que se trata de tribunales paritarios que juzgan en primera instancia los conflictos obrero- patronales y que sus

resoluciones, llamados “laudos” pueden ser combatidos ante la SCJN. Dentro del marco del orden público y protección social muy ajena al arbitraje privado.

El arbitraje es un método o técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la intervención heterocompositiva de uno o varios árbitros quienes derivan sus facultades de un acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.

México se ha adherido a la Convención de las Naciones Unidas, suscrita en Nueva York en 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Ha ratificado también la Convención Interamericana hecha en Panamá en 1975, sobre Arbitraje Comercial Internacional. Asimismo, ha ratificado la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en Montevideo en 1979.

Para Sepúlveda, internacionalista mexicano, “el arbitraje es un método por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero o a un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de derecho internacional, y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final.”

El Acta General para el Arreglo Pacífico de disputas Internacionales, de 1928, le dedica todo un capítulo al arbitraje.

“ARBITRAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL”⁴² El arbitraje aparece como un medio pacífico de zanjar diferencias entre dos o más estados soberanos, cuando las partes no han podido resolverlas mediante negociaciones o tratos diplomáticos directos. Su fin es el de evitar que el casus belli surja entre dichos Estados.

⁴² DE LEÓN, Fernández Gonzalo, Op cit., 1972, pp.289

La Carta de las Naciones Unidas (arts. 3° y 36°) recomienda a sus miembros someter los conflictos entre ellos a arreglos pacíficos, poniendo en obra distintos medios entre los que se enumeran la mediación y el arbitraje

El arbitraje es una “institución destinada a la solución pacífica de los conflictos internacionales, y que se caracteriza por el hecho de que dos Estados en conflicto someten su diferencia a la decisión de una persona (arbitro) o varias personas (comisión arbitral), libremente designadas por los Estados y que deben resolverse apoyándose en el Derecho o en las normas que las partes acuerden señalarles”.⁴³

El maestro Sepúlveda define al arbitraje: “como el método por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero o a un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de Derecho Internacional y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final”.⁴⁴

Consiste pues el arbitraje en el ajuste de controversias internacionales por métodos y reglas legales, por árbitros escogidos por las partes contendientes. Se diferencia de la mediación en que el árbitro debe pronunciar una resolución en una cuestión de Derecho, en tanto que el mediador propone un compromiso, o recomienda lo que mejor se debe hacer, no lo más justo.

El artículo 16° de la Convención de la Haya de 1899, que después fue el artículo 38° de la Convención de 1907, expresaba:

“en las cuestiones jurídicas, y en el primer término, y en las cuestiones sobre interpretación o aplicación de los tratados Internacionales, las potencias contratantes reconocen el arbitraje como el medio más eficaz y al mismo tiempo,

⁴³ SEARA, Vázquez Modesto, Derecho Internacional Público, 21ª edición, Porrúa, México, 2004, pp.321

⁴⁴ SEPULVEDA Cesar, Op cit., pp. 396

*el más equitativo para resolver los conflictos que no hayan podido solucionarse por la vía diplomática.*⁴⁵

Consiste más bien en una larga lista de personas de reconocida competencia en materia de Derecho Internacional, que gocen de la más alta reputación moral. Cada parte signataria puede nombrar no más de cuatro miembros que duran seis años, pero con posibilidades de redesignación.

Ahora bien como un medio jurídico de dar solución a conflictos internacionales, contempla características muy diferentes a los anteriores entre las que encontramos:

1. Para utilizarlo debe haber una cláusula compromisoria en un tratado o convenio previo donde se pida el arbitraje.
2. Las partes designaran a un árbitro o a varios según lo dispongan.
3. En algunos casos el arbitraje inclusive puede ser realizado por un Jefe de Estado, una Comisión mixta o un Tribunal.
4. El tribunal de arbitraje solo tendrá la competencia que el tratado o las partes le hayan dado
5. Si fuese un tribunal arbitral compuesto por varios árbitros estos designaran a su Presidente.
6. En cuanto a las reglas que seguirá dicho tribunal la mayoría de las veces dependerá del Tratado del que surgió o en su caso se aplicaran la Ley Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral.
7. Ambas partes se someterán por la obligación contraída, al dictaminarse el laudo arbitral ya que dicha resolución deberá estar fundada y redactada conforme a Derecho.
8. El laudo arbitral será inapelable, pero tendrá otros recursos como el de interpretación, revisión y nulidad, siempre y cuando estos se hayan pactado en el procedimiento.

⁴⁵ Página Oficial del Senado de la República www.sre.gob.mx (fecha de consulta 17/02/2011)

I.2.1 Principio de Criterios de Oportunidad.

Hasta hace unos años dicho concepto sólo se mencionaba en la doctrina en el caso de nuestro país, lo anterior debido a que legislativamente no estaba contemplado en ninguno de nuestros ordenamientos jurídicos. Posteriormente con la teoría de la “Justicia restaurativa o reparadora”⁴⁶, el Derecho Penal tuvo una transformación en cuanto a los Sistemas Jurídicos de tradición romano-germano, es decir; los sistemas en los que el procedimiento judicial se caracteriza por ser escrito como el caso de la mayoría de los países Europeos y México.

Lo anterior se debe a que la teoría del delito adquirió un enfoque internacionalista en cuanto a la Justicia penal que plantea que el crimen o delito: “es un daño contra una persona concreta y de las relaciones interpersonales”⁴⁷ lo que nos lleva a deducir que dicha víctima es a quien se le debe reparar el daño o restaurar lo que se le ha quitado, por parte del responsable (al que se le denomina ofensor) o autor del delito.

También debemos resaltar que dicha teoría añade que la víctima de un crimen debe tener la oportunidad de expresarse libremente, y en un ambiente seguro y de respeto, el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir de expertos respuestas en cuanto a la experiencia vivida y participar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado.

En cuanto a la diversidad de prácticas y programas restaurativos se incluyen, entre otros, a los “Programas de Reconciliación Víctima y Ofensor o VORP (Victim-Offender Reconciliation Programs)”, desarrollados principalmente en

⁴⁶ “La Justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes o personas que sean visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”, definición de Tony Marshall uno de los principales propulsores de la Justicia Restaurativa del libro “Restorative Justice. An overview” de 1999.

⁴⁷ BLANCO Rafael y otros, Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública, Colección de Investigaciones Jurídicas, volumen 6, Universidad Alberto Hurtado, Chile 2004, pp. 35

Estados Unidos y Canadá, “la Mediación Penal” desarrollada en Europa, las “Conferencias del Grupo Familiar” de Nueva Zelandia, las “Conferencias Comunitarias” en Australia, los “Paneles Juveniles” en Inglaterra y Estados Unidos, y los “Círculos Comunitarios”⁴⁸ en Canadá.

En América Latina esta visión del proceso penal se enmarcó dentro del movimiento reformador difundido en la década de los 90, cuya principal fuerza fue dejar atrás los modelos mixtos e instaurar un sistema acusatorio que se adaptará a la nueva conformación del Estado de Derecho, entendido como aquel Estado sujeto al respeto de las normas legales, a la separación de poderes y a los derechos fundamentales del ser humano; todo lo anterior con motivo del Derecho Humanizador nacido del Derecho Internacional.

Un ejemplo de ello fue el “Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”,⁴⁹ en el que se daban las siguientes recomendaciones respecto de las medidas relativas a la justicia restauradora:

- Tratar los delitos, especialmente los de menor cuantía, conforme a la práctica consuetudinaria en lo tocante a la justicia restitutiva, cuando exista tal práctica y ésta sea apropiada, a condición de que con ello se respeten los Derechos Humanos y se cuente con el consentimiento de los interesados;
- Utilizar los medios conciliatorios previstos en la legislación interna para resolver los delitos, especialmente los de menor cuantía, entre las partes, recurriendo, por ejemplo, a la mediación, la reparación civil o los acuerdos de indemnización de la víctima por parte del delincuente;

⁴⁸ Página sobre Justicia Restaurativa que contiene información internacional sobre el tema, traducida al español. <http://www.restorativejustice.org/> (fecha de consulta 20/02/2011)

⁴⁹ Austria, del 10 al 17 de abril de 2000 <http://www.un.org/spanish/conferences/Xcongreso/index.html> (fecha de consulta 20/02/2011)

- Promover una cultura favorable a la mediación y la justicia restitutiva entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, así como entre las comunidades locales;
- Fomentar la reeducación y la rehabilitación de los delincuentes, alentando, cuando proceda, el recurso a la mediación, la solución de conflictos, la conciliación y otras medidas de justicia restitutiva en sustitución de las actuaciones judiciales y las sanciones privativas de la libertad.

Lo anterior es un pequeño preámbulo de la reforma Constitucional de Julio de 2008 que se realizó en la Carta Magna por considerarse necesaria para mejorar el Sistema de Justicia y Seguridad del País, ahora bien en segundo término debemos entrar al tema de “criterios de oportunidad”, que también es un nuevo término que se fundamenta en el artículo 21, párrafo séptimo que transcribo:

*“El Ministerio Público podrá considerar **criterios de oportunidad** para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.”⁵⁰*

Primero debemos entender a que se refiere dicho termino que se incluye en el sistema estadounidense y alemán, por ello una de las definiciones es: “El criterio de oportunidad implica no iniciar, suspender o prescindir total o parcialmente de la acción penal, ante la ausencia de interés público, frente a la presencia de delitos de cuantía o culpabilidad menor o bien, en casos en que la persecución penal motive una doble victimización.”⁵¹

Como lo dice el concepto los “criterios de oportunidad” son una medida discrecional que se otorga al Ministerio Público para no ejercer la acción penal

⁵⁰ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, articulo 21, párrafo séptimo.

⁵¹ BENAVENTE Chores, Hesbert, Criterios de Oportunidad en el Proceso Penal Acusatorio, 1ª edición, Flores Editor y distribuidor, México, 2010, pp.15

contra un “victimario”, lo que nos lleva a saber que los tribunales no conocerán de dicho caso, y por consiguiente a dar una solución.

De la misma forma se deberán establecer ciertos cánones o reglas para que el Ministerio Público pueda seleccionar “aquellos casos donde no se ha comprometido severamente el interés público y ofrecerles un marco de respuesta diferente al ejercicio de la acción penal; por ejemplo, a través de la reparación de los daños del victimario a favor de la víctima”⁵², está última parte recordando que la ley también contempla los mecanismos alternativos de solución de controversias. Antes de la reforma en nuestro ordenamiento jurídico era imposible, puesto que los principios de legalidad e igualdad no lo permitían; toda vez que se coartaría el derecho del ofendido, para que se sancione al delincuente.

Debemos decir que en cuanto a los argumentos a favor del criterio de oportunidad se plantea:

- a. Descongestionan considerablemente los tribunales, contribuyendo a una mayor eficiencia en la tarea de impartir justicia, debido a que hay casos en los que a la acción penal no se ejecuta aunque haya pasado el tiempo, ya que no se encontraron pruebas necesarias para proceder.
- b. Disminuyen en gran medida la cantidad de presos preventivos, agilizando los procesos; la mayoría de dichos presos cometieron delitos de cuantía menor, o no tienen oportunidad de acceder a una defensa adecuada y los defensores de oficio están saturados de trabajo para realizar una buena defensa.
- c. Fomentan una mayor participación de la sociedad en las actividades relacionadas a la rehabilitación del delincuente, en la mayoría de los casos los delincuentes que ingresan por primera vez a un reclusorio o Centro de Readaptación Social en lugar de escarmentar, aprenden nuevas técnicas

⁵² VIZCAINO, Zamora Álvaro, EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO, artículo publicado por INACIPE, 2010 en línea <http://www.inacipe.gob.mx/index> (fecha de consulta 25/02/2011)

delictivas y se encuentran con redes criminales a las cuales pertenecerán afectando lo anterior su readaptación social a su salida.

Es fundamental señalar que aunque la Reforma Constitucional se completará hasta el año 2016, en la República Mexicana hay algunos Estados que ya están trabajando es ente “principio” tal es el caso de Durango pues, en la exposición de motivos del Código de Procedimientos Penales se explica el criterio de oportunidad:

*“La aplicación irrestricta del principio de oficiosidad en la persecución penal genera una sobrecarga del sistema de justicia con delitos menores que en nada afectan el interés público, pero que las autoridades se ven precisadas a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos elevados en asuntos que no lo ameritan. En virtud de ello, es que se faculta al Ministerio Público aplicar los **criterios de oportunidad**, que le permitan administrar los recursos disponibles de persecución y aplicarlos a los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de superior entidad. El Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación valorando las pautas descritas en cada caso individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable.”⁵³*

⁵³ Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango. Las disposiciones del presente Código sólo se aplicarán en los procedimientos iniciados antes de las 00:00 horas del día 14 de diciembre del año 2009, conforme a lo dispuesto por la declaratoria de adopción del sistema procesal penal acusatorio, publicada en el Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del estado de Durango, número 47, de fecha 10 de diciembre del año 2009.

Aunque la explicación de los criterios de oportunidad es para algunos nueva, los antecedentes en realidad se constituyeron como ya lo habíamos mencionado en otro Sistema Jurídico como lo es el Common Law, por lo que será necesario ver como avanza y se constituye en la legislación mexicana, y de igual modo como los Juristas y por supuesto los Congresos locales y el Federal lo exponen más adelante tanto en los Códigos Estatales como el Federal, será en ese momento cuando reconozcamos la institución dentro de la figura del Ministerio Público así como su aplicación en el derecho Penal, tomando en consideración que las reglas a seguir contemplen candados o que el propio Ministerio Público no pueda dejar de lado la aplicación de la ley, y al mismo tiempo retire de tribunales casos que al no ser específicos dilatan la maquinaria judicial.

Por último debemos recordar que las nuevas herramientas que nos proporciona la Constitución, no eliminan del país la delincuencia, y mucho menos los delitos, pero esperemos al menos permita que los verdaderos delincuentes enfrenten la justicia y que los culpables “descuidados” puedan acceder a otros medios de reparación hacia la víctima sin tener que ir a la cárcel.

I.3 Uso de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en la Legislación Mexicana.

Antes de la reforma de 2008 es verdad que en algunos Estados de la República se implementaron programas en su mayoría para evitar que muchos jóvenes recurrieran a delincuencia y terminarían en Centros de Rehabilitación Social, e inclusive algunos Estados iniciaron procedimientos con directrices orales más que escritas pero siempre con apego a Estricto Derecho y dentro del Sistema Penal Mixto; con lo que se buscaba realizar los procedimientos penales con mayor rapidez y que al término de los mismos las resoluciones que se dictaminarán favorecieran a ambas partes, con el objetivo de resarcir el daño y al mismo tiempo lograr que el delincuente en verdad se reivindicará con la sociedad.

Se escuchaban noticias sobre los procesos penales de diferentes Estados y se hablo de oralidad, pero en realidad para la gran mayoría esto era sólo una “noticia”, no fue sino hasta que nuestro actual Presidente convocó a una reforma del sistema de seguridad y justicia, de la que argumentaba: “que cumpliría con las garantías individuales y derechos humanos que consagra la Constitución, ya que en México existía una desconfianza hacia los jueces e Instituciones públicas, que los procesos y juicios penales eran burocráticos y lentos; y que la delincuencia organizada tenía atrapada a la sociedad”. Del mismo modo entre los argumentos de la reforma se hablaba de adaptar las leyes penales a compromisos internacionales y es en este punto donde la reforma tendría un sentido radical en cuanto al Derecho Penal Mexicano, que ciertamente nunca había sufrido estragos directos, pues realmente se buscaba cambiar de un sistema de proceso escrito a uno de juicio oral parecido al estadounidense, pero contando con rasgos de los sistemas latinoamericanos, es decir; cambiar de un sistema mixto a uno acusatorio y con herramientas internacionalistas.

Por último dicha reforma enmarcaba un periodo de transición a ocho años en los cuales los ordenamientos legislativos podrían ser reformados o inclusive derogados con el fin de apegarse a los nuevos lineamientos Constitucionales.

I.3.1. Reforma Jurídico Penal del año 2008

Primero debemos mencionar que dicha reforma ya entró en vigor, y por tanto sabemos que son diez artículos que se reformaron así que los enlistaremos a continuación:

1. Siete artículos en materia penal: artículo 16 a 22.
2. Uno sobre facultades del Congreso de la Unión: artículo 73
3. Uno sobre desarrollo municipal: artículo 115
4. Uno sobre materia laboral: artículo 123.

Dicha renovación intenta mejorar el sistema de Justicia Penal llevando a cabo nuevos procesos penales, con métodos más precisos para investigar los hechos, dar un nuevo esquema a la defensa del acusado, brindar una nueva atención a sus víctimas, y por supuesto una nueva forma de acceder a las pruebas.

Pero la característica principal radica en la oralidad del proceso penal, pues significa que todas las etapas que integren dicho proceso tienen que ser elaboradas de forma oral y todo el expediente (carpeta) que se forme a partir del caso tendrá que ser presentado oralmente ante un Juez o un tribunal de Jueces, del mismo modo será de manera pública. Lo que implica que se deberá preparar al personal pues habrá nuevas figuras como:

- i. Jueces de garantía.
- ii. Jueces de Tribunal oral.
- iii. Policía investigadora.
- iv. Defensoría pública adecuada.
- v. Ministerio Público con nuevas facultades.

En cuanto al procedimiento acusatorio encontramos las siguientes etapas: fase preliminar, fase intermedia y juicio oral. Es decir, cuando se habla de juicios orales, únicamente se están refiriendo a la tercera etapa del proceso penal acusatorio.

- a) Fase preliminar: Esta fase se configura sobre la base de la práctica de las diligencias esenciales para formular la acusación, buscándose una celeridad procedimental, de forma que la instrucción se simplifica y se limita la función del juez de instrucción que en ocasiones puede quedar muy reducida cuando por otros órganos se derivan todos los datos suficientes para formular una acusación.
 - i. Primero se presentaría la denuncia por parte de la víctima al ministerio público, lo que conduciría a que esté decida: si inicia la investigación

- judicial, la archiva temporalmente (por falta de indicios), aplique los principios de oportunidad o se inicie la investigación.
- ii. La investigación: Que inicia con la declaración de los cargos contra el acusado y ante el Juez de Garantía, a lo que el acusado declarará al respecto, en este momento se pide al Juez que fije las medidas necesarias para sujetar al acusado al proceso y evitar que se abstenga de la acción penal.
 - iii. También se puede pedir que se utilice una salida alternativa al proceso, si no procediera el Juez debe dar un plazo para la investigación y continuar el proceso.
 - iv. Anulación del proceso: El proceso se anula cuando se comprueba la inocencia del acusado o que no se cometió el delito.
 - v. Suspensión del proceso: El Ministerio Público pide que se suspenda debido a causas sobre el acusado.
 - vi. Se cierra la primera etapa con la acusación pues es aquí donde formalmente se presenta la acusación contra el agresor y con todos los elementos encontrados durante la investigación.
- b) Fase Intermedia: es el puente para pasar de la fase de instrucción a la fase de juicio oral. Vendría definida por aquel conjunto de actuaciones destinadas a valorar los resultados de lo actuado en la fase de instrucción o preparatoria, apreciándose si es completa y suficiente, y si se da los presupuestos necesarios para proceder a la apertura del juicio oral, o para el sobreseimiento.
- i. Audiencia Intermedia: Se reúne el Ministerio Público y la Defensa ante el Juez de Garantía para mostrarle las pruebas que se presentaran en Juicio, y eliminar las que no tengan valor y se declara el inicio del Juicio oral.
 - ii. En este momento el acusado puede renunciar al juicio oral y ser juzgado con las pruebas que se hayan reunido en su contra y el Juez de Garantía puede dictar la sentencia.

- c) Juicio oral: Se viene considerando como la etapa más importante de las que integran el proceso penal porque en ella se desarrollan los actos de prueba que han de servir para fundamentar la sentencia que se dicte.
- i. Audiencia oral: Se lleva a cabo ante el Juez del Tribunal Oral
- ii. Declaración de la sentencia por parte del Tribunal.

Con el proceso mismo se busca evitar la lentitud de los tribunales y respetar los principios de confianza, seguridad y rapidez de la justicia que han sido establecidos en la Constitución.

1.3.2 Contenido del artículo 17 constitucional antes y después de la reforma.

Antes de la reforma el artículo 17 Constitucional a la letra decía:

ARTICULO 17. NINGUNA PERSONA PODRA HACERSE JUSTICIA POR SI MISMA, NI EJERCER VIOLENCIA PARA RECLAMAR SU DERECHO.

TODA PERSONA TIENE DERECHO A QUE SE LE ADMINISTRE JUSTICIA POR TRIBUNALES QUE ESTARAN EXPEDITOS PARA IMPARTIRLA EN LOS PLAZOS Y TERMINOS QUE FIJEN LAS LEYES, EMITIENDO SUS RESOLUCIONES DE MANERA PRONTA, COMPLETA E IMPARCIAL. SU SERVICIO SERA GRATUITO, QUEDANDO, EN CONSECUENCIA, PROHIBIDAS LAS COSTAS JUDICIALES.

LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES ESTABLECERAN LOS MEDIOS NECESARIOS PARA QUE SE GARANTICE LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y LA PLENA EJECUCION DE SUS RESOLUCIONES.

NADIE PUEDE SER APRISIONADO POR DEUDAS DE CARACTER PURAMENTE CIVIL.

Después de la reforma:

ARTICULO 17. NINGUNA PERSONA PODRA HACERSE JUSTICIA POR SI MISMA, NI EJERCER VIOLENCIA PARA RECLAMAR SU DERECHO.

(REFORMADO EN SU INTEGRIDAD MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 18 DE JUNIO DE 2008)

TODA PERSONA TIENE DERECHO A QUE SE LE ADMINISTRE JUSTICIA POR TRIBUNALES QUE ESTARAN EXPEDITOS PARA IMPARTIRLA EN LOS PLAZOS Y TERMINOS QUE FIJEN LAS LEYES, EMITIENDO SUS RESOLUCIONES DE MANERA PRONTA, COMPLETA E IMPARCIAL. SU SERVICIO SERA GRATUITO, QUEDANDO, EN CONSECUENCIA, PROHIBIDAS LAS COSTAS JUDICIALES.

EL CONGRESO DE LA UNION EXPEDIRA LAS LEYES QUE REGULEN LAS ACCIONES COLECTIVAS. TALES LEYES DETERMINARAN LAS MATERIAS DE APLICACION, LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y LOS MECANISMOS DE REPARACION DEL DAÑO. LOS JUECES FEDERALES CONOCERAN DE FORMA EXCLUSIVA SOBRE ESTOS PROCEDIMIENTOS Y MECANISMOS.

(ADICIONADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 29 DE JULIO DE 2008)

LAS LEYES PREVERAN MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS. EN LA MATERIA PENAL REGULARAN SU APLICACION, ASEGURARAN LA REPARACION DEL DAÑO Y ESTABLECERAN LOS CASOS EN LOS QUE SE REQUERIRA SUPERVISION JUDICIAL.

LAS SENTENCIAS QUE PONGAN FIN A LOS PROCEDIMIENTOS ORALES DEBERAN SER EXPLICADAS EN AUDIENCIA PUBLICA PREVIA CITACION DE LAS PARTES.

LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES ESTABLECERAN LOS MEDIOS NECESARIOS PARA QUE SE GARANTICE LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y LA PLENA EJECUCION DE SUS RESOLUCIONES.

LA FEDERACION, LOS ESTADOS Y EL DISTRITO FEDERAL GARANTIZARAN LA EXISTENCIA DE UN SERVICIO DE DEFENSORIA PUBLICA DE CALIDAD PARA LA POBLACION Y ASEGURARAN LAS CONDICIONES PARA UN SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA PARA LOS DEFENSORES. LAS PERCEPCIONES DE LOS DEFENSORES NO PODRAN SER INFERIORES A LAS QUE CORRESPONDAN A LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO.

NADIE PUEDE SER APRISIONADO POR DEUDAS DE CARACTER PURAMENTE CIVIL.

Entre las modificaciones del artículo encontramos la mención específica de los “mecanismos alternativos de solución de controversias”, los cuales ya hemos mencionado con anterioridad y que en sucesivo nos dará un enfoque general de la mediación en materia penal que trataremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO SEGUNDO MEDIACIÓN EN MATERIA PENAL

II.1 Concepto

En el ámbito del Derecho Penal y la Política Criminal se han aumentado las penas en los delitos con el fin de disminuir la inseguridad y la violencia en la que vivimos, pero también se han dado grandes cambios para poder prevenir el delito, de igual modo “se busca desarrollar nuevas alternativas para la solución de conflictos, con el propósito de evitar el acumulación de expedientes y los juicios prolongados que demeritan la función judicial”⁵⁴, por ello la mediación penal es una forma de prevención, tomando en consideración que no es necesario acceder a los tribunales para llegar a la justicia, sino que esta se vuelve participativa para quien ha sido la víctima y el mismo victimario.

La mediación penal se define como “un instrumento informal y rápido de solución de conflictos en que se intenta salvaguardar los derechos de los actores del drama penal, es llegar a un proceso restaurativo que conduzca a la conciliación que restablece, por extensión, las desgarraduras sociales, que sin duda produce el delito, dentro de un marco de irrestricto respecto de los Derechos Humanos.”⁵⁵

Se requiere un tercero neutral llamado “mediador”, la ONU en su declaración sobre la Justicia restaurativa lo denomina “facilitador”, pues ese es el sentido de su tarea; facilitar de modo justo e imparcial a las partes medios para llegar al acuerdo. La mediación penal consiste en la búsqueda antes o durante el proceso penal, de solución negociada entre la víctima y el autor de la acción.

El mediador debe definir los planos y estructura de esa comunicación, pues la mediación es una inusual apertura a un diálogo profundamente humano y, casi siempre creativo. Las partes han aceptado previamente su participación, y deben

⁵⁴ GORJÓN Gómez Francisco Javier y José Guadalupe Steele Garza, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Colección textos Jurídicos Universitarios, Oxford, México, 2009, pp. 155

⁵⁵ NEUMAN Elías, La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa, 1ra edición, Porrúa, México, 2005, pp. 123

llegar a que el conflicto deje de ser el centro de una dolorosa contienda que se expresa en las reuniones con su impacto y su dolor, con lo que se llegará al ambiente de calidez generado por acción del mediador que a su vez generará una especial confianza, que por ultimo creará una expectativa de resolución del conflicto.

En el caso de los países europeos el Consejo de Europa señaló que la mediación: “es una solución al conflicto pactada entre las partes (víctima y victimario), con la intervención de un tercero neutro (mediador), que puede ser directa o indirecta; la primera clásica entre víctima y delincuente o la segunda basada en nuevas fórmulas alternativas refiriéndose a todas aquellas sanciones que pueden dictar los jueces distintas del internamiento; como son la posibilidad de reparación extrajudicial o que se comprometa en un convenio a futuro”.

La mediación como alternativa al proceso penal conlleva tanto al autor del delito como a la víctima los siguientes beneficios claros:

- a) el autor puede evitar la continuación del proceso judicial, o el sometimiento a una sanción judicial.
- b) la víctima se ve resarcida de los daños sufridos, ya sean materiales o morales. La mediación constituye un modelo alternativo de reacción frente al delito, parte de una perspectiva de justicia en la que lo determinante no es la reacción frente al autor sino la resolución del conflicto.

La mediación penal “no se encuentra codificada punto a punto y paso a paso en ningún país y se ha procedido, con resguardo legal y aplicación del criterio de oportunidad, al azar del empirismo, pues, si bien los casos son diversos tienen ciertas especificaciones y denominaciones comunes.”⁵⁶

⁵⁶ Ídem, pp. 126

Nunca la mediación penal debe ser impuesta, del mismo modo la víctima como el autor pueden retirarse de la mediación cuando lo deseen, dándola por finalizada tomando en consideración la aceptación libre, y voluntaria de las partes para concordar en el deseo de participar en la mediación ya que ambas partes saben de lo que se trata, en el caso del autor su participación no implica su culpabilidad y menos aún la admisión de esta en un procedimiento posterior.

Por lo anterior se comprende que el resultado de dicha mediación dependerá de las partes por completo pues en el caso del victimario: podrá pedir disculpas, retractarse, ofrecer una indemnización o todo lo contrario con lo que el juicio seguirá su curso. En el caso de la víctima tendrá la posibilidad de aceptar la disculpa, que considere débil la retractación, o que la indemnización ofrecida es insignificante y por ello decidir terminar con la mediación. Por último el mediador deberá ser no sólo un experto en la materia sino, ser capaz de comprender todo lo que sienten las partes de forma objetiva y directa.

Los programas de mediación se proponen diferentes tipos de objetivos entre los que encontramos:

- Aplicación del principio de oportunidad dentro de los límites legales, manifestando la voluntad del autor del delito para reparar el daño causado a la víctima.
- Potenciar desde la justicia el restablecimiento de la paz social.
- Incorporar a la justicia elementos restitutivos o compensatorios en relación con la víctima.
- Responsabilización de las propias acciones del autor del delito y de sus consecuencias.
- Compensación y reparación con su esfuerzo personal (del delincuente) a la víctima, y participación activa en el proceso de resolución del conflicto.
- Ofrecer a la víctima la oportunidad de participar en la resolución del conflicto que le afecta.

- Posibilitar que la víctima sea escuchado, recupere la tranquilidad y la paz y sea compensada por los daños sufridos.
- Acercamiento de la justicia a los ciudadanos.
- La comunidad conozca otras formas de reacción de la justicia.

Elías Neuman señala como tipos de “mediación”⁵⁷ las siguientes:

1. Mediación social instalada en los barrios de las ciudades Francesas (*les boutiques de droit*), en este país también encontramos la *mediación retenida* efectuada por fiscales o jueces y que ellos mismos deciden con la anuencia expresa de las partes del litigio. Escocia y nueva Zelanda. Reúne al autor, a la víctima y a su familia buscando una solución
2. Mediación ad honorem en Estados Unidos las personas respetadas realizan dicha mediación e intervienen en pequeños delitos en especial de familia, hurtos cometidos en supermercados, o conflictos callejeros, problemas que se suscitan con el tránsito vehicular, amenazas, usurpaciones, lesiones leves.
3. Otro tipo se ordena por el Ministerio Público o por el Juez instructor, antes de iniciar el juicio o ya iniciado cuando las partes lo soliciten, estas se fundamentan en los VORRP en los Estados Unidos en los años 70 y Europa años 80, se realiza a través del Ministerio Fiscal que recibe las querellas y denuncias. En virtud del principio de oportunidad el fiscal puede ejecutar la acción pública, archivar la causa o bien condicionarla a que se lleve a término una reparación extrajudicial.
La conciliación entre víctima y delincuente no es un acto entre particulares sino que contribuye de una forma muy particular al restablecimiento de la paz jurídica y los programas de negociación de la reparación que evalúan la indemnización o reparación, no se preocupan en reconciliar a las partes, buscan solo el acuerdo de reparación material.
4. Mediaciones penitenciarias en las que hay un adelanto de la ejecución condicional de la pena u otros beneficios que se piensa conceder al autor

⁵⁷ NEUMAN Elías, Op. cit., pp.129

de un delito como permisos de salida, trabajo en extramuros, sistemas de *wek end*; se realiza en general en el ámbito penitenciario. Un Grupo de víctimas de determinados delitos asumen establecer una serie de reuniones con internos que están cumpliendo una condena con la finalidad de explicar sus propias experiencias como víctimas.

5. También encontramos la mediación que puede formar parte del juicio penal antes de su inicio o en el curso de éste, según lo decida el juez siempre contando con la respuesta afirmativa de las partes, ya que dicha resolución será homologada por el Juez y la causa se archiva.
6. La mediación en España: los programas de mediación, reparación y conciliación, históricamente se originan en el movimiento de atención de la víctima en un espacio participativo e interactivo con el objetivo de solucionar el conflicto y la orientación de este proceso a través de un mediador.

Nuevas vías con la función de prevenir el delito, potenciando nuevas formas de reacción ante el mismo, en las cuales la responsabilidad del sujeto no es fruto del castigo o la sanción, sino de la voluntad y del compromiso reparador del infractor (asumiendo su responsabilidad en relación con el hecho y mostrar explícitamente su voluntad de reparar a la víctima), también de la participación de la víctima en la solución del conflicto.

El objeto de la mediación aun teniendo varios tipos es siempre el de buscar la paz social, resarcir a la víctima, y por último que las partes después de haber recuperado los vínculos sociales cumplan con lo pactado por ellos mismos.

Para Osvaldo A. Gazaini “mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponer entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.”⁵⁸

⁵⁸ GOZAINI Osvaldo A., Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 71

También encontramos como definición de mediación penal: “proceso comunicacional educativo que se conforma de interacciones comunicativas (mensajes, relaciones que se expresan tanto verbal como corporalmente) por los implicados en los encuentros de mediación es educativa, pues implica para las partes y el propio mediador una situación de aprendizaje, que conduce al conocimiento de nuevas formas de interacción, que influyen en su comportamiento inmediato y mediato.”⁵⁹ De la misma forma el autor nos dice que en la mediación el mediador es educado, porque obtiene conocimientos de las interacciones de las partes y las propias, con lo que realiza un proceso de análisis que conlleva a encontrar nuevas interpretaciones e hipótesis de los acontecimientos, lo anterior puede perfeccionarse cuando actúa con un equipo como es el caso de un co-mediador y expertos de diferentes materias que le podrán dar una opinión más detallada sobre el comportamiento, pensamiento y respuesta de la víctima y el victimario; al proceso que se ha llevado a cabo y a la solución misma del problema.

Sergio Herrera Trejo señala a la mediación como “un proceso no adversarial, estructurado en etapas, confidencial y en el cual participa un tercero neutral e imparcial que ayuda a las partes a negociar cuestiones no siempre jurídicas, para obtener un resultado mutuamente satisfactorio.”⁶⁰

Del mismo modo encontramos como características de la mediación:

- Nunca la mediación penal puede ser impuesta, es decir; se lleva a cabo por la voluntad de las partes.
- Se realiza antes de iniciar el juicio, pues el mediador se encarga de consultar a las partes y ayudarlas de modo natural y neutral.

⁵⁹MÁRQUEZ Algara, Ma. Guadalupe, MEDIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA JUSTICIA PARTICIPATIVA, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2004, pp. 86

⁶⁰ HERRERA Trejo Sergio, La mediación en México, 1ª edición, Colección Funda, México 2001, pp. 28

- La propuesta puede ser privada o judicial, según el sistema que se adopte, pero intervendrán únicamente las partes, ya que éstas son las únicas que podrán decidir los términos a los que llegarán.
- Si la mediación reviste carácter judicial como ocurre en la mayoría de los casos conocidos, el hecho de aceptarla por el supuesto autor no implica confesión.
- Las partes son las dueñas del conflicto y de la adversidad, por ello pueden renunciar a la mediación en cualquier momento, pues las partes no están obligadas a acordar.
- En el convenio que se firmara cada parte debe ver hacia el futuro pero sobre todo debe comprender que la solución que se ha creado es para cumplirse.

Las Finalidades de la Mediación son:

1. lograr un sistema alternativo a las sanciones tradicionales logrando un Derecho penal orientado a la reparación,
2. mejorar la eficacia de la justicia, ya que los tribunales no se ocupan de casos menores y en los mismos se llevan procesos que realmente son importantes,
3. dar asistencia a la víctima del delito debido a que esta es la que ha sufrido los estragos del victimario
4. participación de la comunidad en el sistema penal, pues tanto el victimario como la víctima deben apoyarse en sus cercanos para poder seguir en la sociedad,
5. reducción de la prisión, ya que los delincuentes que en verdad lo ameriten enfrentaran el juicio y realizarán su sentencia dentro de los reclusorios,
6. responsabilizar al delincuente de sus actos, es decir; demostrarle cual es el daño real que ha hecho en la víctima y buscar que lo repare siempre y cuando esté dispuesto.

II.2 Partes

A diferencia del proceso contradictorio, la mediación supone una estructura de diálogo con mínimas funcionalidades carente de elementos confrontativos, que ofrece un alto grado de participación, “Gema Varona Martínez”⁶¹ extrae cinco diferencias centrales respecto del proceso penal clásico, que consideramos importante transcribir:

1. limitación del objeto de la mediación.
2. Voluntariedad en el acceso a la mediación.
3. Elección directa e indirecta del mediador por las partes.
4. Consentimiento de las partes como base del acuerdo.
5. Neutralidad del mediador frente a la independencia del juez que somete la ley.

Gorjón Gómez agrega: “la confidencialidad de todo el contenido del proceso, la flexibilidad a su desarrollo y particularmente, la finalidad de la mediación.”⁶²

En cuanto al proceso de mediación se comprenden dos partes conocidas como víctima, y victimario o autor del delito, ya que el mediador es un facilitador y no puede decidir cuál será la solución que se aplicará en el caso concreto.

- a) La víctima: Su consentimiento debe de ser libre, conocer con detalle los diferentes grados en el proceso de mediación pues debe participar activamente, demostrar sus sentimientos, sus necesidades y de alguna forma pactar los términos de la reparación, así como que es lo mejor jurídicamente en su caso señalando con ello que se le reconocen todas las garantías del proceso si quiere asistir a esté.

⁶¹ VARONA Martínez Gema, La mediación reparadora como estrategia de control social, una perspectiva criminológica, Comares, Granada, 1998,pp.179

⁶² GORJÓN Gómez Francisco Javier y José Guadalupe Steele Garza, Op. cit.,pp.161

En la doctrina podemos encontrar distintos tipos de “víctima”⁶³:

1. Víctima provocadora: La que con su conducta incita la producción del crimen.
2. Víctima de imprudencia: La que por su acción o falta de cuidado permite la producción del crimen.
3. Víctima voluntaria: adhiere o sugiere la acción (por ejemplo el suicidio por adhesión o la eutanasia).
4. Víctima por ignorancia: Da un impulso al crimen involuntariamente, exponiéndose al riesgo.
5. Víctima agresora o infractora: La que comete una infracción y termina siendo víctima (es el caso de la legítima defensa).
6. Víctima simuladora: imputa falsamente la comisión del delito a otro.
7. Víctima imaginaria: posee alguna psicopatía de carácter y conducta, por lo que imagina haber sido víctima de un delito.
8. Pareja penal. Víctima y victimario comparten responsabilidades. Funcionan de manera contrapuesta y la criminalidad de uno puede ser superior a la criminalidad de otro. Se deberá precisar en un estudio las interrelaciones personales, la intención de cada uno y la actividad que despliegan en la concentración del hecho. En la pareja existe una doble personalidad: se es víctima o victimario.

Hasta la década de 1940 apareció “la victimología cuando Benjamín Mendelsohn y Von Hentig llevaron a la palestra a la víctima, la gran olvidada, y acuñaron ideas sobre la víctima coadyuvante o colaboradora del infractor, la que denominaron (la pareja penal).”⁶⁴

La intervención de la víctima frente al victimario en la mediación penal sirve para desahogar los sentimientos, temores y cualquier otra circunstancia que en un

⁶³ EIRAS Nordenstahl Christian Ulf, *Mediación Penal: de la Práctica a la Teoría*, 1ra edición, Histórica, Buenos Aires, 2005, pp. 48

⁶⁴ GORJÓN Gómez Francisco Javier y José Guadalupe Steele Garza, *Op. cit.*, pp. 158

proceso judicial nunca podría haber pasado, ya que, con la frialdad del expediente, la autoridad tendría que decidir su fallo sin conocer a los protagonistas.

- b) **Victimario o delincuente:** Debe tener ante todo el respeto a las garantías del proceso, expresar su voluntad para acudir a la mediación pues es el punto esencial, del mismo modo se le deben explicar las medidas oportunas para garantizar la libertad cuando así proceda y que no quede afectado el principio de presunción de inocencia.

Existen delitos graves que no pueden ser mediados con la víctima, pues además de existir prohibiciones por ley, es inconveniente cuando el criminal no muestra ningún arrepentimiento aunque la víctima desee el encuentro. El principio fundamental de la mediación es la voluntariedad, es decir que las partes en conflicto acepten resolver sus diferencias ante la autoridad. “Algunas experiencias reflejan que en ocasiones el victimario tiene sentimientos de culpa por lo mismo, al enfrentar a la víctima para pedir perdón, ofrecer disculpas o alguna retribución económica, consigue disminuir sus sentimientos de culpa porque puede desahogar con la víctima los motivos que lo condujeron a cometer el delito.”⁶⁵

Mediador

Una definición de mediador es: “un experto en el arte de devolver a las partes su capacidad negociadora, de permitirles que recuperen su posibilidad de gestionar la vida familiar ellos mismos, acordando las soluciones que consideren más benéficas. No es un abogado porque no tiene como objetivo defender a alguna de las partes; no es un juez porque no tiene la última palabra en la resolución del conflicto; no es un psicólogo porque no determina sobre las causas intrapsíquicas de la capacidad de negociar; no es un trabajador social porque no asesora sobre recursos sociales sino sobre los que todo grupo tiene en sí mismo;

⁶⁵ WOOLPERT Stephen, La mediación y su contextos de aplicación, ediciones Paidós Ibérica, Buenos Aires, 2001, pp.325

pero el buen mediador debe contar con los conocimientos básicos de estas disciplinas y ante todo saber cómo ayudar a las partes a solucionar sus problemas, no es aventurado decir que se trata de un nueva profesión.”⁶⁶

En cuanto al mediador “como imagen afable, puede encontrar la forma de pasar, de modo gradual, la iniciativa de la víctima al victimario quien a su vez, va adquiriendo el convencimiento de que junto al mediador y su víctima han de ser creadores de la solución buscada.”⁶⁷

En la mediación puede haber un solo mediador o efectuarse una mediación conjunta a fin de facilitar el acuerdo de las partes, dicho mediador debe ser:

1. Neutral: es la habilidad de no juzgar o valorar los dichos de las partes,
2. Imparcial: no actuar a favor de una determinada parte,
3. Equidistante: implica permanecer a la misma distancia con respecto a cada parte,
4. Buen negociador: ya que debe hacer que las partes accedan entre ellos en sus necesidades y sus posibilidades, cambiando su posición y pensamiento hacia la otra parte. Pues la solución que consiga beneficiará a ambos,
5. Respetuoso: su tarea es con referencia a la cultura, costumbres, e ideas de las partes que están convocadas en la mediación,
6. Conocedor: pues debe tener conocimientos específicos y haber tenido trato con ofensores de diversos tipos para relacionarse con los victimarios,
7. Algunas de sus condiciones son: poseer un gran sentido común, flexibilidad, capacidad para entablar empatía, contar con gran habilidad creativa, tener un excelente manejo del diálogo,
8. El mediador debe tutelar que no se arribe a un acuerdo ilegal, para ninguna de las partes,

⁶⁶ MÁRQUEZ Algara, Ma. Guadalupe, Op. cit., pp. 84

⁶⁷ NEUMAN Elías, Mediación y la Conciliación, 1ra edición, Depalma, Buenos Aires, 2000, PP. 109

9. Autonomía: las ideas del mediador deben ser autónomas a fin de supervisar e inclusive hasta intervenir en los aspectos técnicos cuando las partes realicen su compromiso con el fin de que éstas reconozcan sus derechos y futuras obligaciones,
10. El mediador no es abogado de nadie: “pues para ninguno interpreta la ley ni mucho menos da una posición.”⁶⁸
11. El mediador debe “ser un excelente comunicador, un mensajero que posibilita contactos, un formulador que desbloquea el pensamiento de las partes en conflicto mediante la imaginación creativa y las habilidades sociales.”⁶⁹

II.3 Procedimiento

En cuanto al “procedimiento que debe seguir la mediación existen varios “modelos”⁷⁰, pero los más importantes son:

- ❖ Modelo de Harvard: Define la mediación como una negociación colaborativa, asistida por un tercero, proponiendo que las partes deben trabajar para resolver el conflicto de manera colaborativa; esté modelo se centra en el acuerdo y está orientado a la satisfacción de los intereses.
- ❖ Modelo transformativo: Se orienta a la comunicación y a las relaciones interpersonales de las partes. Se enfoca en lograr que las relaciones humanas fomenten el crecimiento moral, promoviéndola revalorización y reconocimiento de cada persona.
- ❖ Modelo circular narrativo de Sara Cobb: Se orienta a la utilización de la narración de las personas en la mediación, tiene como objetivo llegar a un acuerdo mediante la comunicación e interacción de las partes.

⁶⁸ DEL Val Teresa M., Mediación en Materia Penal, 2da. Edición, editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, pp.73-76

⁶⁹ STEELE Garza José Guadalupe y Rubén Cardoza Monroy, Mediación y Arbitraje Leyes Comentadas y Concordadas del Estado de Nuevo León, Porrúa, 1ra edición, México, 2009, pp. 56

⁷⁰ DIEZ Francisco y Gachi Tapia, Herramientas para trabajar en Mediación, 1ra edición, Paidós, Argentina, 1999, pp. 23-27

Se considera que el modelo más conveniente es el trasformativo, ya que alienta el desarrollo de las relaciones interpersonales de una sociedad, contribuyendo a que se transforme la vida de los mediados en el sentido de la forma para resolver sus controversias, ya que al demostrarles que es posible encontrar una solución a través de la consideración de los intereses del otro por medio del diálogo, “esté aprendizaje transformará la forma que tienen de relacionarse con otros y resolver las controversias que pudieran surgir.”⁷¹

Ahora bien los anteriores modelos se usan en diferentes países según la doctrina y reglamentación que tengan dentro de su Estado de Derecho, pero en el caso específico encontramos que el proceso de la mediación se desarrolla mediante la combinación de reuniones conjuntas y, en su caso por separado de las partes con el mediador, con el objeto de que este; llegue a un mejor entendimiento de las diferencias entre las partes para poder llegar a resolverlas.

Las sesiones se efectuarán de manera conjunta con la presencia de los interesados y el mediador. Cuando se haga en forma individual lo que se trate dentro de la sesión será confidencial y su contenido no será compartido por el mediador salvo permiso expreso.

Las partes podrán asesorarse por los profesionales que estimen oportunos, siempre y cuando no interrumpan la mediación.

Etapas del proceso de mediación

El proceso de mediación es flexible; tiene solamente los límites que la ley y las normas éticas de los mediadores impongan. Está constituido por diversas etapas con duración y contenido variables, pero que en general pueden sintetizarse en las “siguientes:”⁷²

⁷¹ MÁRQUEZ Algara, Ma. Guadalupe, Op. cit., pp. 94

⁷² *Ibidem*, pp. 112

- *Premediación:* Primer contacto del solicitante con una trabajadora social para recabar los datos del solicitante del servicio y de la otra persona involucrada, a fin de enviar la invitación al proceso de mediación propiamente dicho. La trabajadora social determina la asignación del caso a alguno de los mediadores del Centro después de valorar la adecuación de la mediación al caso que se plantea, si podrán reunirse las partes o tendrá que trabajarse con ellas en sesiones por separado y la calendarización de la reunión inicial.

- *Reunión inicial:* Establece el primer contacto del mediador con los mediados, empieza a generarse la confianza y cooperación de los involucrados, debe informárseles sobre que es la mediación, las reglas para la participación de cada uno de los involucrados.

El mediador debe demostrar su neutralidad y explicar el alcance de la confidencialidad que caracteriza a esta institución.

- *Explicación del conflicto:* El propósito de la etapa es proporcionar un espacio para identificar el problema. Aquí cada uno de los involucrados tendrá la oportunidad de exponer su versión y expresar sus sentimientos en relación al conflicto.

El mediador debe escuchar activamente lo que se expone animando a los participantes a ser explícitos y a considerar todos los temas que tengan relaciones con el conflicto.

- *Encuadre o delimitación del conflicto:* Centrar el problema, clasificando y ordenando los temas más importantes para las partes.

- *Generación de alternativas de solución:* Se debe alentar a las partes para la generación de soluciones. Aquí el mediador debe mantener su neutralidad, no debe ofrecer soluciones, debe promover la generación de ideas por poco realistas que parezcan, pidiendo a las partes mayores explicaciones sobre las propuestas no desechando ninguna antes de ser evaluada completamente, tratando de obtener propuestas integradoras que sean aceptables para ambos. Enlista todas las opciones para que los mediados procedan a evaluarlas.

- *Formalización del acuerdo:* Se determina cuáles de las opciones planteadas pueden ser aceptadas y cuales pueden funcionar, sus ventajas e inconvenientes, así como las dificultades para llevar a término las distintas opciones debe señalarse quién hará qué, cuándo, cómo y dónde.

El convenio deberá ser firmado inmediatamente por todas las partes.

- *Cláusulas especiales a incluirse en el contrato:* Como en cualquier convenio se debe especificar los detalles a cumplir, en el caso de esté; se debe aclarar que por la naturaleza del asunto, resultará importante que el acuerdo contemple algunas hipótesis de supuestos inesperados.
- *Cuando las partes no quieren firmar de inmediato:* se debe identificar la naturaleza de la negatividad, para saber si responde a una objeción formal y real, o sólo es una excusa que esconde la verdadera voluntad de no llegar a un arreglo.
- *La remediación:* el cumplimiento del acuerdo no se produce o se produce parcialmente, lo que da lugar a que después de cierto tiempo, se renueve el conflicto original.

Se trata de una nueva mediación con todas las particularidades de la que ya se ha visto, tendiente a facilitar el cumplimiento del acuerdo existente o su reformulación cuando las situaciones sobrevivientes vuelvan imposible el cumplimiento original, o fueran perturbadoras como para dificultar el cumplimiento escrito de sus términos y obligar a una reformulación.

Lo ideal en la mediación es que el convenio tenga efecto de sentencia ejecutoria y cosa juzgada y se ejecute del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna.

En cuanto a las *herramientas* (conceptuales, procedimentales y comunicacionales) que el mediador debe tener para algunos autores se “señalan:”⁷³

- a) Escucha activa: Entendido el conflicto y los puntos de vista de cada una de las partes; el mediador tiene que hacer uso de una buena secuencia comunicacional, preguntar, escuchar, comprender, mostrar reconocimiento, estimular la reflexión.
- b) Lectura corporal: El mediador debe conocer lo que le pasa a quien tiene sentado a su mesa, no solo debe saber escuchar la palabra, sino además leer el lenguaje no verbal, tal como alejarse de la mesa, captar las miradas, algunas más significativas que las palabras; interpretar las sonrisas, los movimientos indicativos de malestar u otros; suspiros, etc.
- c) Parfraseo: El mediador pone en conocimiento de ellas, con sus propias palabras, lo que le sucede a la otra, quitando del relato toda connotación negativa.
- d) Preguntas: Éstas pueden ser abiertas con el objeto de obtener una mejor información, sin que las partes se vean obligadas a proporcionar una información respecto de lo cual no están convencidas.
 - Preguntas cerradas: Son las que se responden con un “sí” o un “no”, y sirven para corroborar una información.
 - Preguntas circulares: Éstas tiene por objeto que las partes desplacen su pensamiento a las otras partes, momentos o terceros.
 - Preguntas reflexivas: Las partes generan un modo distinto de pensar del que consta, se intenta cambiar una posición rígida a una flexible.
- e) Pausas o silencios: Manejados de acuerdo a la situación pueden ayudar a que el mediador comprenda que es lo que las partes están pensando o su posición respecto del conflicto.

⁷³ DEL Val Teresa M., *Mediación en Materia Penal*, 2da. Edición, editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, pp. 78

- f) Dirección del proceso: El mediador orienta o facilita el proceso de mediación, es un regulador de la solución del conflicto, no su solucionador.
- g) Asistencia instantánea: el mediador debe asistir a las partes en todo momento, recordarles un hecho que hubiera olvidado, disminuir la tensión acopiada por alguna de ellas; tiene que saber cómo se sienten; qué es lo que les pasa; debe revisar los acuerdos.
- h) Sesiones privadas: para explorar opciones para el acuerdo, sirven para que las partes recuperen la calma. Éstas sesiones son confidenciales, y el mediador no puede en una reunión conjunta exponer lo que la parte dijo en la privada, excepto en el caso de que tenga expresa autorización.
- i) Sesiones conjuntas: en mediaciones penales al principio generalmente son individuales, por que hay que evaluar muy bien la posibilidad de encuentro entre víctima y victimario
- j) Replanteo: es una pregunta que formula el mediador, circular, abierta, reflexiva que tiene en consideración los dos intereses de las partes esta es una pregunta por la cual se legitima a las dos partes y se reconocen sus necesidades.
- k) Torbellino de ideas: aquí se busca cantidad de ideas, por lo que hay que desarrollar la imaginación creadora.
- l) El mediador confecciona la agenda según la cual serán tratados los temas.
- m) Vigilar el contenido del acuerdo, para que sea ajustado a la ley, y que las partes no firmen algo no querido que pudiera traerles consecuencias adversas.

II.4 Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) en la legislación secundaria vigente.

En cuanto a los Estados de la República que cuentan con los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, cabe mencionar que algunos ya tenían en su legislación los supuestos hipotéticos para su regulación y aplicación, lo anterior se debía a que por acuerdos Internacionales su uso era permitido, pero no se encontraban codificados a nivel federal.

Del mismo modo se comprendía que dentro de su legislación dichos mecanismos se configuraban en la figura de la conciliación y la mediación; pero no estaban del todo reglamentados y aunque se parecían a los procedimientos de países como Colombia y Argentina, sólo eran formatos adaptados a México. Es así como entre los Estados que ya cuentan con una legislación especial para la mediación encontramos a:

II.4.1 Chihuahua

En el Estado de Chihuahua se publicó la “LEY DE MEDIACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA”, en el año de 2003 y que tiene la última reforma del año 2006, en esta encontramos:

Definición de mediación: “procedimiento en virtud del cual un tercero imparcial y capacitado, denominado el mediador, facilita a los participantes en una disputa a comunicarse adecuadamente y promueve la negociación entre ellos con el fin de lograr una solución parcial o total aceptable a las partes involucradas en el conflicto.”⁷⁴

EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO:

ARTÍCULO 28. La mediación podrá iniciarse:

Antes del comienzo de un juicio, a instancia de cualquiera de los que tuvieren interés jurídico en el mismo, acudiendo ante el Centro Estatal o

⁷⁴ Artículo 5° Ley de Mediación del Estado de Chihuahua

a los Centros Regionales de Mediación, para que se cite a quien tenga un interés contrario a sus pretensiones.

II. En el caso de juicios civiles, mercantiles o familiares ya iniciados:

a) De oficio, una vez fijada la litis, proponiendo el juez la apertura del procedimiento de mediación, corriendo traslado a las partes por el término de tres días, a fin de que, de no existir algún rechazo, se proceda a dar trámite al mismo.

b) A petición expresa de una de las partes, realizada ante el juez, en cualquier etapa del juicio, siempre y cuando la contraparte este de acuerdo y la sentencia que ponga fin al proceso no haya causado ejecutoria.

III. Se deroga. [Fracción derogada mediante Decreto No. 693-06 I P.O. publicado en el Periódico Oficial del Estado No. 98 del 9 de diciembre de 2006

IV. Se deroga. [Fracción derogada mediante Decreto No. 693-06 I P.O. publicado en el Periódico Oficial del Estado No. 98 del 9 de diciembre de 2006]

ARTÍCULO 29. El mediador será designado de común acuerdo por las partes de entre los inscritos en el registro de medidores proporcionado por el Centro Estatal de Mediación. De no ser así, el Centro podrá designar al mediador que se encargue de dirigir el procedimiento.

En todo caso, deberá informárseles a los interesados si se trata de un mediador adscrito al Centro, o si es particular.

ARTÍCULO 30. El mediador deberá citar a las partes a una primera reunión, en la cual les explicará las características del procedimiento y lo que comprende la mediación. La entrevista podrá ser solo con alguna o con todas las partes y el mediador. Lo anterior quedará a criterio del mediador.

En la medida de lo posible, se deberá identificar el objeto de la mediación. En esta etapa, el mediador determinará si la mediación es el

procedimiento adecuado para resolver la disputa; de no ser así, remitirá a las partes en conflicto a la autoridad que deba conocer del asunto.

ARTÍCULO 31. De la reunión inicial de mediación se levantará un acta circunstanciada, en la que se expresará la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes, la aceptación de las reglas de este proceso y, de ser posible, el número de sesiones previstas.

El acta se firmará por triplicado, entregándose un ejemplar a cada una de las partes y otro al mediador.

ARTÍCULO 32. Las sesiones de mediación serán orales y se efectuarán las que resulten necesarias. Los mediados podrán dar por terminado el proceso en cualquier etapa del mismo. El mediador, lo hará en los términos del artículo siguiente.

ARTÍCULO 33. La mediación se tendrá por concluida en los siguientes supuestos:

- I. Por convenio que establezcan la consecución de acuerdos parciales o totales;
- II. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, sobre todo en el objeto de la mediación;
- III. Por decisión del mediador ante la falta de disposición para colaborar de alguna de las partes;
- IV. Por decisión del mediador o de los mediados, ante el incumplimiento de los principios de la mediación por cualquiera de los participantes;
- V. Por decisión del mediador, cuando alguno de los participantes incurra en un comportamiento irrespetuoso o agresivo; o,
- VI. Por inasistencia de los mediados, sin causa justificada, a más de tres sesiones.

ARTÍCULO 34. De la sesión final de la mediación se levantará un acta, en la cual se asentaran las circunstancias siguientes:

- I. La imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre todo en el objeto de la mediación; o,
- II. Los acuerdos totales o parciales conseguidos.

El acta deberá ser firmada por las partes y por el mediador o mediadores que hubiesen participado.

ARTÍCULO 35. El convenio resultante de la mediación deberá cumplir con los siguientes requisitos:

I. Constar por escrito;

II. Señalar lugar y fecha de la celebración;

III. Señalar el nombre o denominación y los generales de los mediados. Cuando en la mediación hayan intervenido representantes, deberá hacerse constar el documento con el que acreditaron dicho carácter;

IV. Describir el conflicto y demás antecedentes que resulten pertinentes;

V. Especificar los acuerdos a que hubieren llegado los mediados;

VI. Contener la firma de quienes lo suscriben. En caso de que alguno de los mediados no supiere o no pudiese firmar, pondrá sus huellas dactilares, haciéndose constar esta circunstancia.

VII. Contener la firma del mediador o mediadores que intervinieron en la mediación.

ARTÍCULO 36. Los convenios celebrados ante un mediador privado, cuando no se hayan iniciado juicio, serán ratificados ante cualquier mediador del Centro Estatal de Mediación, Notario Público o Autoridad Judicial, quienes en su caso lo sancionarán y aprobarán.

Los convenios celebrados ante un mediador oficial se ratificarán ante este o ante Notario Público cuando no exista juicio.

El acuerdo obtenido a través del procedimiento de mediación, cuando exista proceso judicial, deberá incorporarse a este y se ratificará ante el tribunal o notarialmente.

Los convenios obtenidos en la mediación tendrán los efectos de una transacción y serán sancionados y aprobados, en los términos de la Ley de la materia.

Cuando alguna de las partes en conflicto se encuentre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 13 del Código Civil,

necesariamente deberá someterse el convenio a la sanción y aprobación de la autoridad judicial.

ARTÍCULO 37. El mediador deberá comunicar por escrito a la autoridad competente el resultado de la mediación, en un plazo máximo de diez días contados a partir de la terminación de la esta.

II.4.2 Coahuila

En el caso de Coahuila el concepto y procedimiento de mediación lo encontramos en la LEY DE MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA, publicada en el año de 2005, y en la que la mediación se reglamenta de la siguiente forma:

En cuanto al concepto de mediación: “es un procedimiento extrajudicial de solución de controversias, por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario.”⁷⁵

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Artículo 32. El inicio de la mediación. Para iniciar el procedimiento de mediación, se requiere la petición de una o de ambas partes al Centro o ante un mediador particular o institucional, en su caso, para el trámite del procedimiento.

Artículo 33. La invitación a la contraparte. El mediador designado deberá comunicar de inmediato a la contraparte, a través de un formulario de invitación, que podrá ser enviado a través de mensajero, fax, correo o cualquier otro medio, para que dentro del término de diez días conteste sobre su intención.

⁷⁵ Artículo 29 de la LEY DE MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA

Artículo 34. La comunicación. El mediador, al tomar conocimiento de la aceptación de la contraparte de acudir a la mediación, comunicará a las partes, el día y hora señalados para la celebración de la sesión inicial conjunta.

Artículo 35. La apertura del procedimiento. La apertura del procedimiento se hará a través de una sesión inicial conjunta, la que se llevará a cabo dentro del plazo de diez días a partir de la fecha de haber aceptado participar en la mediación, en el lugar designado para tal efecto, que podrá ser el domicilio del Centro o de la oficina del mediador particular o institucional, en su caso.

Al iniciar la sesión, el mediador, las partes, y, en su caso, los abogados o persona de su confianza que las acompañe, deberán firmar un convenio de confidencialidad que garantice que las conversaciones no podrán ser reveladas.

Igualmente al mediador le asiste el secreto profesional, sin perjuicio de las excepciones establecidas en esta Ley.

Las partes y el mediador podrán revelar la información obtenida en el procedimiento, siempre que medie consentimiento escrito de todos los mediados.

En caso de que alguno de los participantes revele la totalidad o parte de la información ofrecida en el procedimiento de mediación sin que medie consentimiento escrito, ésta no será tomada en cuenta por la autoridad o el árbitro ante quien se presente, independientemente de que se le hagan exigibles los daños y perjuicios que se originen por el incumplimiento del deber de reserva.

Artículo 36. Las comunicaciones para las sesiones individuales y conjuntas. Las comunicaciones para las sesiones individuales o conjuntas podrán hacerse en forma oral o escrita, por conducto de los interesados, por mensajería, vía telefónica o por cualquier otro medio.

Artículo 37. La duración de la mediación. El procedimiento de mediación no podrá exceder de un plazo de sesenta días contados a

partir de la fecha de la primera sesión, pudiendo prorrogarse por acuerdo de las partes, por otros sesenta días, salvo que el procedimiento requiera de mayor tiempo.

Dentro del plazo previsto, se celebrarán las sesiones que sean necesarias, según la naturaleza y complejidad del asunto.

Artículo 38. Los terceros extraños al procedimiento. Cuando el Mediador advirtiere que es necesaria la participación de un tercero, podrá invitarlo a fin de que acuda a la instancia mediadora.

Artículo 39. Las actuaciones. El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, en forma conjunta o separada, cuidando siempre su neutralidad, el deber de confidencialidad y el equilibrio entre ellas.

Artículo 40. La asistencia legal. Las partes podrán asistirse por abogado o persona de su confianza, quienes participarán en la sesión si las mismas así lo deciden.

En todo caso, el mediador cuidará que todas las partes cuenten con igual asistencia.

Artículo 41. La conclusión del procedimiento de mediación. El procedimiento de mediación concluye cuando:

- I. Los participantes lograron un acuerdo.
- II. Los participantes no lograron acuerdo alguno.
- III. Los participantes convinieron sustituir la mediación por otro procedimiento.
- IV. Alguno de los participantes expresó su voluntad de retirarse del procedimiento.
- V. Alguno de los participantes dejó de asistir a las sesiones programadas.
- VI. Transcurrió el plazo del procedimiento de mediación, sin que los participantes hayan solicitado prórroga o, si solicitada, no les fue concedida.

VII. El procedimiento de mediación no está cumpliendo sus propósitos, a juicio del facilitador.

Terminada la mediación en alguna etapa de procedimiento, no impide se acuda nuevamente a este medio de solución de controversias, si las circunstancias son favorables.

Artículo 42. El acuerdo. Del acuerdo al que lleguen las partes, se levantará acta en la que se hará constar los términos del mismo, la firma del mediador, de los mediados y de los abogados o persona de su confianza, en su caso.

Si no se llega al acuerdo, se levantará acta dejando constancia de lo actuado.

Todos los acuerdos tomados en los procedimientos de mediación, sean parciales o final, deberán consignarse por escrito y contendrá los siguientes requisitos:

I. Lugar y fecha de celebración;

II. Identidad de los participantes;

III. La especificación de los puntos sobre los que hubo acuerdo; y

IV. La firma de las partes o si no pudieren firmar, deberán estampar su huella digital; y la firma del mediador.

A cada una de las partes se entregará un original del acuerdo, debiendo dejar copia para constancia.

II.4.3 Colima

El Tribunal Superior de Justicia del Estado de Colima participo en el curso nacional de “Formación de Mediadores”, que organizo el Tribunal Superior de Justicia de Querétaro y el Sistema Nacional de Seguridad Pública, en los meses de Julio y agosto de 1999, con la concurrencia de abogados y psicólogos de catorce Estados de la República; posteriormente, por acuerdo del Pleno del Supremo Tribunal de Colima, de fecha del 25 de Octubre de 1999, al ejercitar la facultad de iniciar leyes en materia Judicial, presento iniciativa de Ley para

proponer al H. Congreso del Estado, reformas a la Constitución Política, en temas sustantivos para el Poder Judicial de esta entidad, “entre otros:”⁷⁶

- Juez penitenciario
- Auxilio a la víctima
- Justicia conciliadora
- Justicia Alternativa

Posteriormente se creó la LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA PARA EL ESTADO DE COLIMA en el año de 2002 y en ella encontramos:

Concepto de “*mediación*”⁷⁷: “el procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en un conflicto, asistidas por un tercero imparcial, llamado mediador, conjuntamente participan en dirimir una controversia y elaboran un acuerdo que le ponga fin, gracias a la comunicación que éste propicia”;

DE LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Artículo 43.- Los procedimientos de mediación y conciliación podrán iniciarse a solicitud de parte interesada o mediante el acuerdo correspondiente celebrado por éstas ante el Juez que conozca del proceso.

La comparecencia de las partes ante el Centro Estatal o los Centro Regionales, debe ser siempre personal, tratándose de personas físicas, o por conducto de representante o apoderado legal, en el caso de las personas morales.

Los menores de edad y las personas en estado de interdicción comparecerán por medio de sus representantes legales, de acuerdo con las normas establecidas en el Código Civil para el Estado.

Artículo 44.- Las solicitudes de mediación o conciliación podrán presentarse por comparecencia o por escrito de una o ambas de las

⁷⁶ HERRERA Trejo Sergio, LA MEDIACIÓN EN MEXICO, Op. cit., pp. 70-71

⁷⁷ Artículo 3º, fracción segunda de la LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA PARA EL ESTADO DE COLIMA

partes, ante el Director del Centro Estatal o del Centro Regional de que se trate.

Artículo 45.- Cuando la petición se formule oralmente, se levantará acta, identificando al o los comparecientes, haciendo constar sus nombres y apellidos y el carácter con el cual comparecen; el domicilio que señalen para recibir notificaciones; el nombre, apellidos y domicilio de la otra parte involucrada en el conflicto; una relación de los documentos que exhiban y los datos o antecedentes que sirvan para identificar la situación que origina la controversia.

Cuando los peticionarios exhiban alguna documentación, el Centro Estatal o Regional deberá retener una copia simple de la misma y devolver los originales a los interesados.

Cuando la petición se formule por escrito, ésta debe ser recibida por el Centro Estatal o el Centro Regional respectivo y contener los datos a que se refiere este artículo. En caso contrario se citará al solicitante del servicio, para que integre correctamente su solicitud y la ratifique.

Con la solicitud o el acta respectiva y una copia de la documentación que presenten los interesados, se integrará y radicará el expediente, que será debidamente identificado.

Artículo 46.- Una vez radicado el expediente, se turnará al Director General del Centro Estatal o Director del Centro Regional respectivo, para que califique el conflicto y admita o niegue, en su caso, la intervención de los especialistas.

Si el Director decreta el rechazo del asunto, por no corresponder a la competencia de los tribunales del Estado o por no ser susceptible de resolverse a través de la mediación o conciliación; se notificará esta resolución al solicitante del servicio, exhortándolo a la solución del conflicto.

Artículo 47.- Admitido el asunto, el Director procederá a designar a uno de los especialistas del Centro Estatal o del Centro Regional correspondiente, para que se ocupe del caso, ordenando que se invite

al compareciente y a la otra parte involucrada en el conflicto a una sesión, en la que dicho especialista les explicará partes la naturaleza y fines de los procedimientos alternativos, así como las bondades de solucionar el conflicto por vía de la mediación o conciliación.

Si el invitado acepta participar en los procedimientos alternativos, ambas partes designarán el procedimiento y suscribirán el compromiso de someterse a dicho método.

Si el peticionario del servicio no comparece el día y hora que se fije o retira su petición, se levantará el acta respectiva y se archivará el expediente. Lo mismo ocurrirá si la otra parte que interviene en el conflicto se niega a someter éste a los medios alternativos.

Se entiende que hay negativa a someterse a los procedimientos de la justicia alternativa, cuando la parte contraria al peticionario del servicio, no atiende dos citatorios consecutivos para la sesión señalada en el primer párrafo de este artículo.

Artículo 48.- En los casos que proceda, el especialista se encargará de realizar las sesiones necesarias para que las partes puedan construir un acuerdo que ponga fin al conflicto, siguiendo los criterios y métodos aprobados por el Centro Estatal.

Las fechas, horarios y duración de las sesiones serán acordadas por las partes a petición del especialista, atendiendo a las ocupaciones y posibilidades de éste y los interesados.

Las partes deberán conducirse con respeto y observar buen comportamiento durante el trámite de las sesiones de mediación y conciliación.

Artículo 49.- Cuando los órganos jurisdiccionales remitan al Director General del Centro Estatal o al Director del Centro Regional correspondiente, copia certificada del acuerdo en que las partes que intervienen en un proceso, aceptan someterse a uno los procedimientos alternativos para resolver la controversia, así como de la demanda y contestación, se citará a los interesados a una primera sesión con el

especialista designado, para iniciar el procedimiento de solución del conflicto.

Artículo 50.- Las partes pueden asistir por sí solas a las sesiones de mediación o conciliación, o hacerse acompañar por abogado o persona de su confianza, quienes podrán intervenir en el procedimiento cuando lo soliciten y siempre que lo hagan con el respeto debido.

Artículo 51.- En el supuesto de que las partes hubieren elegido el procedimiento de mediación y no se hubiese logrado por este método la solución de la controversia, el especialista podrá sugerir a las partes que recurran al procedimiento de conciliación y, si éstas están de acuerdo, procurará resolver el conflicto por esta vía y, si tampoco la conciliación pone fin a la disputa, podrá sugerirles, cuando lo juzgue procedente, que acudan al arbitraje, informándoles sobre la naturaleza, características y alcances legales de ese medio de solución.

Artículo 52.- Los especialistas podrán solicitar, en cualquier momento, el auxilio de un asesor en psicología para que atienda el caso, cuando el conflicto emotivo impida llegar a un acuerdo, o para que sirva de especialista adjunto a fin de facilitar la comunicación de las partes.

Artículo 53.- Cuando el peticionario o la otra parte involucrada en el conflicto no concurren a una reunión el día y hora señalados, se citará a una segunda sesión y, en caso de que no asistan el uno, el otro o ambos, se levantará acta y se mandará archivar el asunto.

De persistir el interés del solicitante, cuando él hubiese faltado a la segunda cita, deberá presentar una nueva petición para iniciar de nuevo el procedimiento.

Artículo 54.- Cuando el especialista advierta la probable afectación de derechos de terceros, suspenderá el procedimiento y lo comunicará al Director del Centro. Si éste estima que existe esa afectación, exhortará a las partes para que autoricen que se invite al tercero a intervenir en el procedimiento alternativo.

En el supuesto de que las partes acepten, se citará al solicitante, a la otra parte involucrada en el conflicto y al tercero, a una nueva audiencia, en la cual el especialista explicará a este último la naturaleza y fines de los procedimientos alternativos, así como las bondades de solucionar el conflicto por vía de la mediación o conciliación, pidiéndole que suscriba el compromiso de someterse al procedimiento ya iniciado. En caso de que las partes no autoricen que se cite al tercero o éste no comparezca, el Director decretará la incompetencia del Centro para intervenir en la solución del conflicto.

El especialista deberá dar por concluido el procedimiento si en las sesiones tiene conocimiento de que, con motivo del conflicto que se pretende solucionar, las partes o un tercero han cometido un delito que no sea de los considerados por esta Ley como susceptible de dirimirse a través de los medios alternativos de solución de controversias.

Artículo 55.- El Centro Estatal y los Centros Regionales, en su caso, están obligados a expedir a las partes copia simple o certificada de los documentos que obren en el expediente, siempre que no se trate de información confidencial, bastando con que lo soliciten verbalmente y dejen constancia de su recepción.

Artículo 56.- El especialista deberá hacer constar por escrito los acuerdos, convenios o transacciones que pongan fin a la controversia, así como la negativa de una o ambas de las partes para continuar con el procedimiento, misma que deberá agregarse al expediente para constancia.

Si las partes llegaran a un acuerdo y el especialista advirtiere que lo acordado por las partes es total o parcialmente antijurídico, imposible de cumplir o producto de la violencia ejercida por una de las partes sobre la otra, o por un tercero, deberá hacérselo saber a las partes y les sugerirá opciones para que modifiquen su acuerdo.

Artículo 57.- Las actuaciones que se practiquen en los procedimientos alternativos de solución de conflictos previstos en esta Ley, incluyendo

los testimonios o confesiones hechas por las partes, no tendrán valor probatorio, ni incidirán en los juicios que se sigan ante los tribunales por las mismas causas.

Artículo 58.- Los convenios, acuerdo y transacciones contendrán:

- I. El lugar y la fecha de su celebración;
- II. Los nombres y generales de las partes. Tratándose de representación legal de alguna persona física o moral, se harán constar los documentos con los cuales se haya acreditado tal carácter;
- III. El nombre del especialista que intervino en el procedimiento de mediación o conciliación;
- IV. Un capítulo de declaraciones, si se considera necesario
- V. La descripción de la materia del conflicto;
- VI. Una descripción precisa, ordenada y clara de los acuerdos alcanzados por las partes, estableciendo las condiciones, términos, fecha y lugar de cumplimiento;
- VII. Las firmas o huellas dactilares de quienes los suscriban y, en su caso, el nombre de la persona o personas que hayan firmado a ruego de uno o ambos interesados, cuando éstos no sepan firmar, y
- VIII. La firma del especialista que intervino

Artículo 59.- Inmediatamente después de que se haya suscrito el acuerdo o convenio, las partes y el especialista que intervino en el caso, comparecerán ante el Director General del Centro Estatal o el Director del Centro Regional, en su caso, para que en su presencia se ratifique su contenido y se reconozcan las firmas, levantando constancia de dicha comparecencia.

Si el conflicto fue planteado directamente por los interesados, el convenio certificado por el Director General del Centro Estatal o el Director del Centro Regional, tendrá el carácter de documental pública.

Artículo 60.- El cumplimiento de los acuerdos o convenios celebrados por las partes ante el Centro o los Centros Regionales será obligatorio para éstas.

Artículo 61.- Las partes que, en los términos de esta Ley, hubieren solucionado una controversia a través de la mediación o la conciliación, podrán solicitar al Juez de Primera Instancia competente, por conducto del Director General del Centro Estatal o del Director del Centro Regional que haya atendido su petición, que, apruebe el acuerdo o convenio que celebraron, obligándolas a estar y pasar por él y lo eleve a la categoría de sentencia ejecutoria, para que surta así los efectos de cosa juzgada.

A la solicitud deberá acompañarse copia certificada del acta en que conste el acuerdo, convenio o transacción que hubieren celebrado y los documentos que acrediten su personalidad e interés jurídico.

El juez examinará si el acuerdo o convenio se apega a derecho y si está acreditado el interés jurídico de las partes. En caso de que sea procedente, lo aprobará y lo elevará a la categoría de sentencia ejecutoria.

Si alguna de las partes incumple las obligaciones que contrajo en el acuerdo o convenio aprobado judicialmente, procederá la vía de apremio y serán aplicables las reglas para la ejecución de sentencias previstas en la legislación de la materia de que se trate.

La ejecución de los acuerdos o convenios aprobados judicialmente se hará ante el juez de primera instancia designado por las partes o en su defecto, por el juez del lugar en que se llevó a cabo el procedimiento y si hubiere varios, el de número menor.

El Juez no podrá aprobar parcialmente el acuerdo o convenio, por lo que sólo será procedente su autorización total.

Si el Juez niega la aprobación del acuerdo o convenio, a solicitud de las partes podrá reenviar el asunto al Centro que originalmente intervino en la solución del conflicto, para que aquéllas se sometan de nuevo a alguno de los procedimientos alternativos previstos en esta Ley.

Cuando la controversia haya sido remitida por la autoridad judicial, se le informará del resultado del procedimiento alternativo, acompañando copia certificada de los documentos relativos.

El cumplimiento de las transacciones puede ser exigible en la vía de apremio, en virtud de la calidad de cosa juzgada que les concede el Código Civil para el Estado. El juez sólo podrá negarse a ejecutarlas cuando no se ajusten a derecho.

Los convenios celebrados en materia penal, producirán efectos de perdón del ofendido, pero en los que respecta a la reparación del daño, tendrán efectos de cosa juzgada.

Artículo 62.- Procede el recurso de apelación en contra de la resolución en la cual un órgano jurisdiccional se niegue a aprobar un convenio o acuerdo celebrado ante el Centro o el Centro Regional respectivo.

Artículo 63.- El procedimiento ante los especialistas independientes, se ajustará en lo conducente a lo dispuesto en la presente Ley. Los convenios o acuerdos derivados de procedimientos de mediación o conciliación realizados por especialistas independientes, deberán ser ratificados ante notario público o ante el órgano jurisdiccional, y deberán ser aprobados judicialmente para su ejecución, conforme a lo previsto en este capítulo.

II.4.4 Durango

En el caso del Estado de Durango, podemos encontrar la LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE DURANGO, que fue modificada el 31 de Enero de 2011, cuenta con ciento veinte artículos y tres transitorios, y en cuanto a las otras leyes ha sido modificada para el mejoramiento de los procedimientos. Respecto al concepto de mediación en el artículo 6°, numeral XIV de dicha ley:

Mediación: “El procedimiento voluntario en el cual un profesional cualificado, imparcial y sin facultad para sustituir las decisiones de las partes, asiste a las personas involucradas en un conflicto con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo”⁷⁸

DE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN

Artículo 57. Las solicitudes de los servicios de mediación o conciliación podrán presentarse en forma verbal o por escrito de una o ambas partes, dirigidas al director del Centro Estatal o el subdirector del Centro de Justicia Alternativa que se trate.

Artículo 58. Presentada la solicitud, se procederá a radicar el expediente, para lo cual será identificado y posteriormente pasar a su revisión para los efectos de su admisión por parte del director o del subdirector, según corresponda. En caso de ser admitido, se procederá a designar a uno de los especialistas para que se ocupe del caso, ordenando que se invite al solicitante y a la parte complementaria o involucrada en el conflicto a una sesión, en la que dicho especialista les explicará a las partes la naturaleza y fines de los procedimientos alternativos, así como las bondades de solucionar el conflicto por vía de la mediación o conciliación.

Si la parte complementaria acepta participar en los Procedimientos Alternativos, ambas partes elegirán el procedimiento y suscribirán el acuerdo de participación respectivo.

En caso de que la solicitud no cumpla con los requisitos que se señalan en la presente Ley, se hará saber al solicitante tal circunstancia en el domicilio que haya señalado, para que subsane las omisiones. En caso de que éstas no sean subsanadas dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha en que se le hizo de su conocimiento, no será

⁷⁸ artículo 6°, numeral XIV de la LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE DURANGO

admitido el asunto, procediendo a archivarlo, haciéndole saber tal circunstancia al solicitante.

Artículo 59. Los Procedimientos Alternativos concluirán en los siguientes casos:

- I. Por la celebración de convenio que resuelva el conflicto;
- II. Cuando alguna o ambas partes no atiendan dos citatorios o invitaciones de manera consecutiva, sin causa justificada;
- III. A petición de alguna o de ambas partes;
- IV. Por decisión del Especialista cuando alguna de las partes incurra reiteradamente en un comportamiento irrespetuoso o agresivo, o advierta que existe alguna causa que haga no susceptible de someterse a los Procedimientos Alternativos el conflicto planteado, y
- V. Por negativa de alguna o de ambas partes, para continuar con el procedimiento.

En el caso de la fracción I, una vez ratificado y aprobado el convenio, se tendrá por solucionado el conflicto y se procederá a archivar el asunto. Si se hubiera celebrado un convenio de carácter verbal, se levantará acta en la que se haga constar tal circunstancia procediendo a archivar el expediente. Para el caso de las fracciones de la II a la V se levantará el acta respectiva y se procederá a archivar el expediente.

II.4.5 Yucatán

Yucatán es uno de los Estados que después de la reforma de 2008, decidió crear una ley acorde a las exigencias de la justicia restaurativa, por ello fue en el año de 2009 cuando por Decreto gubernamental se publicó la LEY DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ESTADO DE YUCATÁN. En cuanto a su contenido:

Mediación: “el procedimiento voluntario en el cual un facilitador imparcial y sin facultad para sustituir las decisiones de las personas involucradas en una controversia, las asiste con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la

búsqueda en común de un acuerdo que contenga la voluntad de las partes, sin necesidad de recurrir al procedimiento judicial.”⁷⁹

DEL PROCEDIMIENTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS

Artículo 43.- El procedimiento de los mecanismos alternativos se desarrollará mediante sesiones orales, conjuntas o individuales, sin la participación de terceros, salvo en los casos permitidos por la Ley, y por su confidencialidad no se levantará constancia de su contenido, ni de las aseveraciones que los participantes expongan, con excepción del convenio que ponga fin al conflicto o parte de éste, que se asentará por escrito.

Las declaraciones y manifestaciones que se realicen con motivo del procedimiento de los mecanismos alternativos carecerán de valor probatorio y no podrán emplearse en un proceso judicial.

Artículo 44.- La solicitud de iniciación de los mecanismos alternativos deberá ser por escrito o mediante comparecencia ante el Centro Estatal, la Procuraduría General de Justicia del Estado o el Centro Público o Privado que las partes elijan para la solución de sus Controversias, y expresará:

- I.- Nombre y domicilio del solicitante;
- II.- Situación que se pretende resolver, y
- III.- Nombre o domicilio de la persona con quien se tenga el conflicto.

Artículo 45.- La solicitud para iniciar un mecanismo alternativo o el acta en la que conste la solicitud y la copia de la documentación que presente el interesado, será calificada, en un plazo no mayor de tres días hábiles, por el Centro ante el cual se someta, según sea el caso, para resolver si la controversia planteada es viable de ser solucionada por medio de los mecanismos alternativos.

⁷⁹ Artículo 3º, numeral XI de la LEY DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ESTADO DE YUCATÁN.

El Centro Estatal, la Procuraduría General de Justicia del Estado a través de sus unidades y el Centro Público o Privado de Solución de Controversias, deberán rechazar la solicitud de aplicación de mecanismos alternativos, cuando no se ajuste a lo establecido en el artículo 8 de esta Ley.

Artículo 46.- El Centro Estatal, la Procuraduría General de Justicia del Estado o el Centro de Solución de Controversias al que se hayan sometido las partes, en un plazo que no exceda de 5 días hábiles contados a partir de la fecha en que fue calificada procedente la solicitud, invitará a la parte contraria para que asista a una entrevista inicial, la cual deberá tener lugar dentro de los 10 días hábiles siguientes contados a partir de la invitación. En dicha entrevista se le hará saber en qué consiste el procedimiento y las reglas a observar y se le informará que el mecanismo alternativo es gratuito cuando se trate del centro estatal o público, que sólo se efectuará con el consentimiento de ambas partes, y de los principios que rigen su realización.

Artículo 47.- La invitación deberá contener:

I.- Nombre y domicilio de la parte invitada;

II.- Número de invitación;

III.- Nombre del solicitante;

IV.- Lugar, fecha y hora para la celebración de la entrevista inicial;

V.- Nombre del facilitador asignado, y

VI.- Nombre y firma del titular del Centro Estatal u oficina regional según corresponda, la del titular de la unidad administrativa competente de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Yucatán o la del Titular del Centro Privado de Solución de Controversias.

La invitación podrá ser entregada por el solicitante o bien enviada a través de un mensajero.

A petición expresa del solicitante podrán enviarse hasta dos invitaciones dentro del plazo señalado en el artículo 46; en caso de que el invitado no acuda se dará por concluido el procedimiento.

Artículo 48.- Si la parte invitada asiste a la entrevista inicial y es aceptado el mecanismo alternativo por las dos partes, se dará inicio al procedimiento y se abrirá expediente debidamente identificado.

Artículo 49.- Una vez estando de acuerdo los interesados en la sujeción al mecanismo alternativo, se abrirá la sesión inicial, que se desarrollará en los términos siguientes:

I.- Presentación del facilitador;

II.- Explicación por parte del facilitador, del objeto del mecanismo alternativo, las reglas, el papel que él desempeña y los alcances del posible convenio a que lleguen;

III.- Exposición del conflicto, en la que cada uno de los interesados deberá manifestar sus puntos de vista respecto al origen del asunto y sus pretensiones;

IV.- El facilitador, al concluir la exposición de las partes y según el mecanismo elegido, propondrá o concertará una o varias alternativas de solución;

V.- De común acuerdo con las partes, se levantará el convenio en el que se asentarán los compromisos adquiridos, y

VI.- En caso de que no exista un acuerdo entre las partes, el facilitador dará por concluido el procedimiento y, en su caso, informará a la autoridad que remitió el asunto.

Artículo 50.- Cuando el facilitador advierta la probable afectación de derechos de terceros, suspenderá el procedimiento y lo comunicará al titular del Centro. Si éste estima que existe esa afectación, el facilitador exhortará a las partes para que autoricen la invitación del tercero en el mecanismo alternativo.

En el supuesto de que los sujetos al mecanismo alternativo acepten, se citará a las partes a una nueva audiencia que se realizará en un término que no exceda de 5 días hábiles, en la que el facilitador explicará al tercero invitado la naturaleza y fines de los mecanismos alternativos, así como las bondades de solucionar el conflicto por esta vía.

En caso de que los sujetos al mecanismo alternativo no autoricen que se cite al tercero ó éste no comparezca, podrá suscribirse el acuerdo o convenio entre los comparecientes, sin que en ningún caso afecte los derechos del tercero y en caso de que esto no sea posible se archivará el asunto.

Artículo 51.- Cuando una sesión no baste para resolver el conflicto, se procurará mantener el ánimo de solucionar la controversia aplicando los mecanismos alternativos y se citará a los interesados a otra sesión dentro de un plazo máximo de 5 días hábiles.

Artículo 52.- El procedimiento de mecanismos alternativos se tendrá por concluido en los siguientes casos:

- I.- Por convenio que establezca la solución total del conflicto;
- II.- Por decisión del facilitador, cuando alguno de los mediados o conciliados incurra reiteradamente en un comportamiento irrespetuoso o agresivo o el trámite se dilate por la conducta irresponsable de los participantes;
- III.- Por decisión del facilitador cuando tenga conocimiento de que el conflicto recaiga sobre derechos indisponibles o se afecten derechos de terceros, sin perjuicio de que éstos últimos sean convocados para participar en el procedimiento;
- IV.- Por decisión de alguno de los mediados o conciliados o por ambos;
- V.- Por negativa de los mediados o conciliados a suscribir el convenio;
- VI.- Porque se hayan girado dos invitaciones a la parte contraria y no se haya logrado su asistencia, y
- VII.- Por muerte de alguno de los mediados o conciliados.

Artículo 53.- El convenio o acuerdo resultante de la mediación o conciliación deberá cumplir con los requisitos siguientes:

- I.- Deberá constar por escrito;
- II.- Señalar hora, lugar y fecha de su celebración;
- III.- Contener el nombre o denominación y los datos de identificación de los mediados o conciliados, así como la referencia y copia del

documento oficial con el que se identifiquen. Cuando en el procedimiento hayan intervenido personas morales, deberá hacerse constar el documento con el que sus representantes acreditaron dicho carácter, el cual deberá contar con poder bastante para transigir, enajenar y obligar a su representada, y anexar copia certificada del mismo;

IV.- Describir el conflicto y demás antecedentes que resulten pertinentes;

V.- Las cláusulas contendrán la descripción precisa, ordenada y clara de los acuerdos alcanzados por las partes, y las obligaciones de dar, hacer o tolerar, así como las condiciones, términos, fecha y lugar de cumplimiento, incluyendo cualquier compromiso moral a cargo de cualquiera de los interesados que no esté prohibido por la ley;

VI.- Contar con la firma de quienes lo suscriben y en caso de que no sepa o no pueda firmar alguno de los mediados o conciliados o ambos, estamparán sus huellas dactilares, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, dejando constancia de ello, así como llevar el nombre y la firma del facilitador;

VII.- Previa certificación del titular del Centro, se entregará un ejemplar del convenio a cada una de las partes y se comunicará mediante oficio a la autoridad que canalizó en su caso la atención de la controversia, así mismo deberá conservarse un ejemplar en los archivos del Centro según corresponda.

Artículo 54.- Cuando en el convenio sólo se logre la solución parcial del conflicto, quedarán a salvo los derechos de las partes sobre los cuales no se hubiere llegado a un acuerdo.

Artículo 55.- El Centro Estatal está obligado a expedir a las partes copia simple o certificada del acuerdo o convenio firmado por las partes.

II.4.6 Zacatecas

En el caso de este Estado encontramos la LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE ZACATECAS, del año 2008. En esta encontramos respecto de la mediación lo siguiente: “es el procedimiento voluntario en el cual un profesional cualificado, imparcial y sin facultad para sustituir las decisiones de las partes, asiste a las personas involucradas en un conflicto con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de un acuerdo en común.”⁸⁰

CAPÍTULO II DE LA MEDIACIÓN

Artículo 52 Desarrollo de la Primera Sesión

Estando de acuerdo las partes en la sujeción al procedimiento de mediación y en el especialista o mediador, se desarrollará en los términos siguientes:

- I. Presentación del especialista, quien deberá acreditar estar certificado por el Centro Estatal e inscrito ante éste, se encargará de formular preguntas adecuadas a fin de que las partes se entiendan, procurará que éstas comprendan la importancia de sus respectivas preocupaciones y las auxiliará en la negociación;
- II. Explicación por parte del especialista del objeto de la mediación, el papel que éste desempeña, las reglas de comunicación, los principios que rigen tal medio alternativo, la manera y etapas en que se desarrolla, lo concerniente al convenio de confidencialidad y la firma de éste cuando las partes lo soliciten, así como los alcances del posible convenio al que lleguen las partes;
- III. Exposición del conflicto, en la que cada una de las partes deberá manifestar sus puntos de vista respecto al origen del asunto, los motivos por los que no se ha resuelto, sus pretensiones; se identificarán las soluciones posibles y se valorará la viabilidad de éstas, y

⁸⁰ Artículo 3°, numeral VI, de la LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE ZACATECAS

IV. Desahogo de los demás puntos que se estimen convenientes por las partes o por el especialista para establecer puntos de acuerdo y con sustento en ellos fijar las bases del convenio.

Artículo 53 Suspensión de la Sesión y Declaración de Improcedencia

Si de lo expuesto en la sesión inicial, el especialista detecta que el asunto no es susceptible de someterse a mediación en los términos de esta Ley, deberá suspender la sesión, y en caso de tratarse de un asunto enviado por una autoridad le informará por escrito la improcedencia de la mediación y se abstendrá de participar en las sesiones subsecuentes.

El especialista que conduce la mediación está obligado a dar por terminado el procedimiento al tener conocimiento en cualquier momento, de que se ventila un asunto no susceptible de ser transigido o convenido, expidiendo para este efecto la declaración de improcedencia que corresponda.

Artículo 54 Sesiones Subsecuentes

Cuando una sesión no baste para resolver el conflicto, se procurará conservar el ánimo de transigir y se citará a los interesados a otra u otras sesiones de mediación en el plazo más corto posible, tomando en cuenta las actividades del Centro de Justicia Alternativa y las necesidades de los interesados. Serán tantas sesiones de mediación como resulte necesario.

Todas las sesiones de mediación serán orales y por ende no se levantará constancia de su resultado, ni menos aún de las aseveraciones que los mediados exponen.

El especialista designado en un determinado asunto, podrá auxiliarse de otros expertos en la materia de la controversia para lograr su solución, contando con la posibilidad de canalizarlo a instituciones que brinden asesoría jurídica y terapia, con el único objeto de proteger el principio de equidad que rige la mediación, ello independientemente de poder actuar con comediación.

Artículo 55 Reserva de Derechos

Las partes conservarán sus derechos para resolver el conflicto mediante las acciones legales respectivas.

Cuando se haya llegado a una solución parcial del conflicto quedarán a salvo los derechos que no se hubieran convenido.

Artículo 56 Terminación de la Mediación

El procedimiento de mediación se tendrá por concluido en los siguientes casos:

- I. Por convenio que establezca la solución parcial o total del conflicto;
- II. Por decisión del especialista, si a su criterio la mediación se ha dilatado por conducta irresponsable de las partes en conflicto;
- III. Por decisión del especialista cuando alguno de las partes en conflicto incurra reiteradamente en un comportamiento irrespetuoso o agresivo;
- IV. Por decisión de alguna de las partes o por ambas;
- V. Por inasistencia de las partes o de sus representantes a más de dos sesiones sin causa justificada;
- VI. Por negativa de las partes para la suscripción del convenio que contenga la solución parcial o total del conflicto;
- VII. Por que se hayan girado tres invitaciones a la parte complementaria y no se haya logrado su asistencia al Centro de Justicia Alternativa, y
- VIII. En los demás casos en que proceda dar por concluido el procedimiento de mediación de conformidad con esta Ley.

Artículo 57 Requisitos del Convenio

El convenio resultante de la mediación deberá cumplir con los requisitos establecidos en la legislación que regule la materia del conflicto y con los siguientes:

- I. Constar por escrito;
- II. Señalar lugar, fecha y hora de su celebración;
- III. Señalar el nombre o denominación social y las generales de las partes en conflicto, así como el documento oficial con el que se

identifiquen. Cuando en la mediación hayan intervenido representantes deberá hacerse constar el documento con el que acreditaron dicho carácter y anexar copia del mismo;

IV. Describir el conflicto y demás antecedentes que resulten pertinentes;

V. Especificar los acuerdos a que hubieren llegado las partes en conflicto, es decir, realizará una descripción precisa, ordenada y clara del convenio alcanzado por las partes, estableciendo las condiciones, términos, fecha y lugar de cumplimiento;

VI. Contener la firma de quienes lo suscriben; en caso de que no sepa o no pueda firmar alguna de las partes o ambas, estamparán sus huellas dactilares, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, dejándose constancia de ello, y

VII. Nombre y firma del especialista que intervino.

Artículo 58 Ratificación del Contenido del Convenio y Reconocimiento de Firmas

Inmediatamente después de que se haya suscrito el convenio ante el Centro de Justicia Alternativa, las partes y el especialista que intervino en el caso, comparecerán ante el Director General del Centro Estatal, ante el Subdirector o ante el Director del Centro Regional, para que en su presencia se ratifique su contenido y se reconozcan las firmas, levantando constancia de dicha comparecencia.

Los convenios derivados de procedimientos alternativos realizados por especialistas independientes o ante Instancias de Justicia Alternativa que establezca el Ejecutivo del Estado, podrán ser ratificados ante el Director General del Centro Estatal, ante el Subdirector o ante el Director Regional; ante el Notario Público que las partes señalen o ante el órgano jurisdiccional que conozca del asunto y deberán ser aprobados judicialmente para su ejecución.

Artículo 59 Aprobación Judicial del Convenio

Las partes que, en los términos de esta Ley, hubieren solucionado una controversia de naturaleza civil, familiar o mercantil a través del proceso

de mediación o de conciliación deberán solicitar al Juez del conocimiento o ante el Juez de Primera Instancia competente, que apruebe el acuerdo o convenio que celebraron, obligándolas a estar y pasar por él y lo eleve a la categoría de sentencia ejecutoria, para que surta los efectos de cosa juzgada respecto de las partes. El juez examinará si el acuerdo o convenio se apega a derecho y si está acreditado el interés jurídico de las partes. En caso de que sea procedente, lo aprobará y lo elevará a la categoría de sentencia ejecutoria. No podrá aprobar parcialmente el acuerdo o convenio, por lo que sólo será procedente su autorización total.

En materia penal, el acuerdo que derive del procedimiento de mediación, de conciliación o de procedimiento restaurativo deberá ser aprobado y sancionado por el Juez del conocimiento o por el Juez de Primera Instancia en turno que sea competente.

Tratándose de justicia para adolescentes, el acuerdo o convenio respectivo deberá ser aprobado y sancionado por la autoridad que señale la Ley de Justicia para Adolescentes en el Estado de Zacatecas.

Artículo 60. Cumplimiento del Convenio

En materia civil, familiar o mercantil, si alguna de las partes incumple las obligaciones que contrajo en el acuerdo o convenio aprobado judicialmente, procederá la vía de apremio y serán aplicables las reglas para la ejecución de sentencia previstas en la legislación de la materia de que se trate.

En materia penal, si el imputado contraviene sin justa causa las obligaciones pactadas dentro del término que fijen las partes o, en caso de no establecerlo, dentro de noventa días hábiles contados a partir del día siguiente de la ratificación del acuerdo o convenio, el proceso continuará como si no se hubiera convenido. El plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas suspenderá el trámite del proceso y la prescripción de la acción penal.

En materia de justicia para adolescentes, si el adolescente incumple sin justa causa las obligaciones pactadas dentro del término que fijen las partes o, en caso de no establecerlo, dentro de un año contado a partir del día siguiente de la ratificación del acuerdo, el proceso continuará como si no se hubieran convenido. El plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas suspenderá el trámite del proceso. El cumplimiento de lo acordado extingue la acción penal.

Artículo 61 Juez Competente

La ejecución de los acuerdos o convenios aprobados judicialmente, tratándose de asuntos de naturaleza civil, familiar, mercantil o penal, se realizará ante el Juez que inicialmente haya tenido conocimiento del asunto o ante el Juez de Primera Instancia en turno que sea competente.

Los procedimientos de mediación, conciliación y restaurativo ante los especialistas independientes o ante las Instancias de Justicia Alternativa que establezca el Ejecutivo del Estado, se ajustarán, en lo conducente, a lo dispuesto en la presente Ley.

Artículo 62 Ejecución Parcial del Convenio

Si con motivo de la utilización de medios alternos, las partes llegaren a acuerdos parciales respecto de la totalidad de su conflictiva, el Juez competente podrá aprobar el convenio respectivo y ordenar su ejecución, pero ésta sólo será procedente cuando el resto de la contienda jurisdiccional pueda subsistir de forma separada a las demás pretensiones que fueron motivo de convenio, por lo que el proceso seguirá su curso sobre las cuestiones no acordadas.

Cuando el acuerdo parcial celebrado por las partes esté sujeto al resultado de una sentencia, el convenio será remitido por el Centro de Justicia Alternativa al Juez de la causa, quien aprobará el convenio si resultare procedente y agregará copia del mismo a las constancias procesales a efecto de que al pronunciar la sentencia definitiva,

resuelva las prestaciones acordadas por las partes en base a lo estipulado en dicho convenio.

En cuanto a la legislación hemos podido ver que cada uno de los Estados tiene su propia ley y aunque parezcan iguales, cada uno ha tratado de hacer que las leyes sean lo más perfectas posibles, y lograr así un funcionamiento adecuado y acorde a los Tratados Internacionales y la propia Constitución en cuanto al tratamiento de la víctima y el victimario; así como al procedimiento de la mediación u otro método alternativo y la Justicia Restaurativa; en el Distrito Federal la instauración de la mediación penal para el homicidio culposo, será más adelante cuando podamos continuar refiriéndonos en el Capítulo Cuarto al tema.

Por el momento sólo agregaremos que los Estados se refieren a la mediación en delitos o infracciones leves, pero aun no entramos al razonamiento más importante de nuestro trabajo, esperemos que en el siguiente capítulo disgreguemos el delito de homicidio culposo y no dejemos ningún cabo suelto para poder seguir con la hipótesis planteada y llegar a buen fin.

CAPÍTULO TERCERO HOMICIDIO CULPOSO

III.1 Concepto

Todo hombre tiene como derecho fundamental la “vida”, que científicamente se entiende como: “la capacidad de administrar los recursos internos de un ser físico de forma adaptada a los cambios producidos en su medio, sin que exista una correspondencia directa de causa y efecto entre el ser que administra los recursos y el cambio introducido en el medio por ese ser, sino una asíntota de aproximación al ideal establecido por dicho ser, ideal que nunca llega a su consecución completa por la dinámica del medio.”⁸¹

Es por ello que en todo ordenamiento legal el delito de homicidio constituye uno de los delitos más castigados, tomando en consideración que nadie puede privar de la vida a otro ser humano; pero también debemos decir que en muchas ocasiones “la muerte: cesación de la vida, determina la desaparición de la personalidad jurídica”⁸² de un ser humano, más que por una mala intención ocurre por falta de cuidado de otra persona con lo que tendríamos un homicidio culposo.

En cuanto a la muerte podemos agregar que se consideran varios tipos como son:

1. Accidental: muerte que ocurre antes del término natural de la vida, por enfermedad o violencia exterior.
2. Aparente: Estado pasajero en el que las funciones de respiración, circulación, y del sistema nervioso sólo parecen abolidas. Se caracteriza por inmovilidad y ausencia aparente de circulación y de respiración. Se distinguen varias formas asfíctica, sincopal y tóxica, la cual incluye anestésica, apoplética, por electrocución, y la comatosa.
3. Cardiorrespiratoria: Cesación de la circulación y la respiración, con la consecuente detención del sistema nervioso, tan lábil a la falta de oxígeno.
4. Local: muerte de una parte del cuerpo.

⁸¹ MARGULIS, Lynn, Captando Genomas. Una teoría sobre el origen de las especies, 1ra edición, Editorial Kairos, España, 2003, pp. 30

⁸² GUILLIEN Raymond, Diccionario Jurídico, 2da edición, Temis, Colombia, 2001, pp.260

5. Cerebral: Cese irreversible de la función cerebral, comprobado por normas aceptadas de práctica médica y en el cual la circulación y la respiración sólo pueden mantenerse por medios artificiales o extraordinarios.
6. Molecular: caries. Último término de un proceso catabólico.
7. Natural: La que resulta del debilitamiento progresivo de todas las funciones vitales.
8. Real: Cesación definitiva de la vida, cuyo signo principal es la putrefacción.
9. Senil: muerte natural.
10. Somática: muerte real.
11. Súbita: “Del latín *subitus* o repentina, del latín *repents*, repentino, súbito, inesperado, imprevisto. La que sobreviene repentinamente en estado de salud o enfermedad de un modo imprevisto.”⁸³

En el caso del homicidio culposo tenemos una muerte accidental causada por un sujeto activo que no tuvo la previsión suficiente, con lo que ocasiono un daño irreparable para la víctima.

Más adelante explicaremos brevemente que es el homicidio culposo, y su reglamentación dentro del Derecho Penal, y analizaremos los elementos del delito para que encuadre en la hipótesis del mismo.

1.1 Gramatical

HOMICIDIO: La palabra “homicidio deriva de la expresión latina *homicidium*, a su vez se compone de dos elementos: *homo* (hombre que proviene de humus) cuyo significado corriente es el de tierra y *cidium* (sufijo de *caedere*) que significa matar.”⁸⁴

Carrara señala que el HOMICIDIO es en “sentido genérico y cual mero hecho, lo definen como la muerte de un hombre cometida por otro hombre”,⁸⁵ otros autores agregan que dicho homicidio en sentido específico es la “muerte de un hombre cometida por otro hombre”.

⁸³ NUEVO DICCIONARIO DE DERECHO PENAL, 2da edición, Malej, México, 2004, pp. 367-368

⁸⁴ BERNAL Pinzón Jesús, El homicidio, 1ra edición, Temis, Colombia, 1971, pp.12

⁸⁵ CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, tomo 3, 2da edición, Temis, Colombia, 1967, pp.39

En la Enciclopedia Jurídica Mexicana encontramos que la definición de homicidio es: "la privación de la vida a un ser humano sin distinción de condiciones de ningún género. De esta manera la vida humana se rige en bien de carácter eminentemente público, social, dado que el elemento poblacional es esencia, fuerza y dinamicidad de la actividad del Estado, en cuanto forma suprema de la organización de la sociedad"⁸⁶. En cuanto a los tipos de homicidio:

- Simples intencionales: cuya caracterización viene determinada por la ausencia de circunstancias calificativas en el hecho delictuoso.
- Atenuado: En los que la punición es disminuida en consideración a muy concretas circunstancias
- Calificado o agravado: En el que se detecta la presencia de una o varias circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.

En cuanto al homicidio culposo: "se comete cuando previéndose la muerte con la esperanza de que no se produzca o no previéndola siendo previsible; lo que se denomina culpa con o sin representación."⁸⁷

Debemos añadir que el sujeto activo incumple con un deber de cuidado, por su imprudencia, impericia, negligencia o falta de cuidado; lo que causa un daño irreparable en el sujeto pues produce su muerte.

1.2 Jurídico

En cuanto al Código Penal para el Distrito Federal, Libro Segundo, Parte Especial, Título Primero, Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal, Capítulo I, HOMICIDIO encontramos:

ARTÍCULO 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.

En cuanto a la culpa: En el Título Segundo, Delito, Capítulo I, Formas de Comisión, artículo 18, párrafo tercero; la ley señala: Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en

⁸⁶ ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2da edición, UNAM-Porrúa, México, 2004, pp. 322-323

⁸⁷ PORTE Petit Celestino, dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, Jurídico Mexicana, México, 1966, pp. 34

que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

El maestro Porte Petit, nos señala que un homicidio será culposo “cuando el agente por imprudencia, negligencia, descuido o torpeza, comete el delito.”⁸⁸

Maggiore agrega que en el “homicidio culposo se requiere la acción u omisión, no el resultado (la muerte) que se verifica por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes y normas.”⁸⁹

Con las transcripciones anteriores podemos concluir que el “homicidio culposo” ocurre cuando el sujeto activo priva de la vida al sujeto pasivo, sin prever lo que podría ocurrir con su acción u omisión al realizar la conducta.

Pavón Vasconcelos define el homicidio culposo: “como la privación de la vida que se origina en el actuar del sujeto que infringe el especial deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponían, y agrega; habrá homicidio con culpa sin representación cuando el sujeto produce el resultado de muerte sin haberlo previsto y sin quererlo, siéndole reprochable el acontecimiento en virtud de la naturaleza previsible del evento; habrá homicidio con culpa con representación (con previsión) cuando el resultado de muerte ha sido representado como posible y no querido ni aceptado, produciéndose a pesar de que el agente ha tenido la esperanza de que no se produzca.”⁹⁰

III.2 Estudio Dogmático

2.1 Imputabilidad e inimputabilidad

2.1.1 Imputabilidad: Es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente, es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir; de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

⁸⁸ LOPEZ Betancourt Eduardo, delitos en particular, 1ra edición, Porrúa, México, 2008, pp. 67

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ PAVON Vasconcelos Francisco, delitos contra la vida y la integridad corporal, 7ma edición, Porrúa, México, 2000, pp. 27

La imputabilidad es, pues: “el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.”⁹¹

El profesor Betancourt nos dice que “es menester que el agente tenga la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal, para que pueda ser sujeto a las leyes penales.”⁹²

2.1.2 Inimputabilidad: Es el aspecto negativo de la imputabilidad, y existen diversas causas de inimputabilidad, algunas son capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para delinquir. En estas causas podemos encontrar tanto las legales como las supraleales y las enumeramos a continuación:

a) Legales: El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 29, fracción VII señala como inimputabilidad:

“Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

a) Trastorno mental: Es la perturbación de las facultades psíquicas, con tal magnitud que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo a la lógica.

o trastorno mental: “es, cualquier perturbación o anomalía en el funcionamiento psíquico que altera gravemente, de manera permanente o transitoria el área del intelecto, la afectividad o la voluntad como parte de la personalidad del sujeto, impidiéndole

⁹¹ CASTELLANOS Tena Fernando, lineamientos elementales de derecho PENAL, 42ª edición, Porrúa, México, 2001, pp. 218

⁹² LOPEZ Betancourt Eduardo, Op. cit., pp. 69

gozar del pleno uso de sus facultades durante su acto delictivo, tener pleno conocimiento de la situación, basándose en la capacidad para distinguir lo lícito de lo ilícito así como entender las consecuencias de sus actos. Debe demostrarse mediante dictamen pericial para que sea causante de inimputabilidad penal.”⁹³

- b) Desarrollo intelectual retardado: mejor conocido como “retardo en el desarrollo psíquico (RDP) designa una de las variantes del trastorno en el curso normal del desarrollo psíquico en los niños, caracterizado por un ritmo lento de la formación de las esferas cognoscitiva y emotivo-volitiva, las que se quedan temporalmente en etapas etéreas más tempranas.

El retardo en el desarrollo psíquico puede ser constitucional a consecuencia de la acción de factores somáticos (enfermedades somáticas crónicas), de factores psicógenos (condiciones extremadamente desfavorables de privación en la edad temprana) y de formas leves de deficiencias cerebro orgánicas de carácter residual.”⁹⁴

III.3 Conducta y su ausencia

3.1 Conducta de acción u omisión

Conducta: El Jurista Castellanos Tena nos dice que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, lo que nos da ocasión a una conducta de acción u omisión.

- I. Conducta de acción: “Es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano, capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.”⁹⁵

Para Cuello Callón “la acción en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado

⁹³ De acuerdo a los criterios de la Organización Mundial de la Salud, <http://www.who.int/es/> (fecha de consulta 25/03/2011)

⁹⁴ LEBEDINSKI V.V., trastornos del desarrollo psíquico en los niños. Ed. Universidad de Moscú, Rusia, 1985, pp. 27-28

⁹⁵ Ídem. , pp. 142

consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.”⁹⁶

En cuanto al delito de homicidio que estamos analizando será de acción cuando el agente realice movimientos corporales o materiales para la ejecución del mismo.

- II. Conducta de omisión: radica en un abstenerse de obrar; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar y es una forma negativa de la acción. Cuello Calón dice que la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente; en los primeros se infringe una ley prohibitiva, en los segundos a una dispositiva.

Dentro de la omisión debe distinguirse la “*omisión simple* u omisión propia de la *comisión por omisión* u omisión impropia”. En cuanto a la *omisión simple* hallamos los siguientes elementos:

- a) “Voluntad o no voluntad (delitos de olvido)
- b) Inactividad
- c) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico.”⁹⁷

En la “*comisión por omisión* hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva. Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un

⁹⁶ CUELLO Calón Eugenio, Derecho Penal, tomo I, 8va edición, Bosch, Barcelona, 1947, pp. 271

⁹⁷ CASTELLANOS Tena Fernando, Op. cit., pp. 153

resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo: violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva.”⁹⁸

En los delitos de *simple omisión* el tipo se realiza con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material, y en los de *comisión por omisión* es necesario un resultado material, es decir, un cambio en el mundo fáctico, realizado por un no hacer.

Por tanto el delito de “homicidio es de omisión, cuando el agente deja de hacer lo que está obligado, dentro de esta clasificación, será de comisión por omisión si el sujeto incumple un deber de cuidado, y por esta inacción se produce un resultado, que es la muerte del individuo, o sea, la víctima.”⁹⁹

3.2 Sujetos.

En cuanto a los sujetos que intervienen en la comisión del delito, queda claro que solo el “hombre” es capaz de realizar una conducta de acción u omisión que trascienda dentro del Derecho. Los sujetos fundamentales dentro del delito de homicidio son:

3.2.1 Activo.

“El hombre es un sujeto activo cuando realiza la conducta o hecho típico antijurídico, culpable y punible cuando participa en la comisión del delito contribuyendo a su ejecución proponiendo, instigando, o auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitante con ella o después de su consumación.”¹⁰⁰

3.2.2 Pasivo.

“El sujeto pasivo del delito es titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma.”¹⁰¹

3.2.3 Ofendido. “Es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal”¹⁰², en la mayoría de los casos es la familia del *de cuius*.

⁹⁸ Íbidem.

⁹⁹ LOPEZ Betancourt Eduardo, Op. cit., pp. 72

¹⁰⁰ CRUZ y Cruz Elba, teoría de la ley penal y del delito, 1ª edición, Editorial IURE, México, 2006, pp.162

¹⁰¹ CASTELLANOS Tena Fernando, Op. cit., pp. 151

¹⁰² Ídem, pp. 152

3.3 Objeto.

“El objeto es el otro elemento del delito, y puede distinguirse entre material y objeto jurídico.”¹⁰³

3.3.1 “Material.”¹⁰⁴

Este se haya constituido por la persona o cosa donde recae materialmente la acción, por lo que también se conoce como *objeto de la conducta*.

3.3.2 “Jurídico.”¹⁰⁵

Es el bien protegido por la ley penal, es decir, el bien jurídicamente tutelado; este no recae siempre sobre el objeto material.

3.4 Lugar y tiempo de comisión.

En algunos tipos penales el legislador exige un tiempo para la comisión del delito o un lugar determinado para quien lo realiza, con lo que puede haber una agravación de la pena.

III.4 Ausencia de conducta

Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Por tanto “la ausencia de conducta es un aspecto negativo o mejor dicho impeditivo de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.”¹⁰⁶

4.1 Fuerza mayor o *vis mayor*.

“Es cuando se presenta una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir; es cuando el sujeto realiza una acción en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.”¹⁰⁷

¹⁰³ CRUZ y Cruz Elba, Op. cit., pp. 153

¹⁰⁴ Ídem., pp. 154

¹⁰⁵ Ibídem.

¹⁰⁶ CASTELLANOS Fernando, Op. cit., pp. 163

¹⁰⁷ CRUZ y Cruz Elba, Op. cit., pp. 144

4.2 Fuerza Física o *vis absoluta* superior exterior irresistible.

“De acuerdo a la doctrina y la Jurisprudencia debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a la propia a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es voluntario: lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se ve obligado a ceder ante ella.”¹⁰⁸

En la *vis mayor* como en la *vis absoluta* no hay voluntad en el sujeto, la *vis absoluta* es una fuerza irresistible proveniente del hombre, la *vis mayor* es una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

4.3 Movimientos reflejos.

Son actos involuntarios de origen interno; tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlados por la voluntad. Se entienden como movimientos corporales involuntarios

4.4 hipnotismo.

Se presenta cuando un sujeto coloca a otro en un estado de letargo, logrando sobre él un control de sus actos. “Esta circunstancia se debe comprobar, ya que pueden presentarse los siguientes casos:”¹⁰⁹

- Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una conducta o hecho tipificado por la ley penal. En este caso el sujeto no es responsable.
- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos. En esta hipótesis el sujeto es responsable, pues estamos ante el *actio liberae* en causa cuando el sujeto se colocó intencionalmente en el estado para cometer el delito.
- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento, sin intención delictuosa por parte de éste, en esta última hipótesis, el sujeto

¹⁰⁸ Ibídem

¹⁰⁹ CRUZ y Cruz Elba, Op. cit., pp. 14

es responsable de un delito culposo, con culpa con representación o sin ella según el caso.

4.5 Sonambulismo.

“El sonambulismo es el estado psiquiátrico inconsciente, mediante el cual la persona que padece un sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo.”¹¹⁰

4.6 Sueño.

“También es un aspecto muy difícil de presentarse, pero cabe la posibilidad que una persona le dé a tomar a otra, sin su consentimiento, sustancias que le provoquen sueño y que esta deje de hacer lo que está obligada, ocasionando la muerte de alguien.”¹¹¹

III.5 Tipicidad y atipicidad.

Para la existencia del delito se requiere una conducta delictuosa que se encuentre dentro de las hipótesis delictivas de las leyes penales, ya que *nullum crime sine lege*, así que la tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración.

5.1 Tipo y Tipicidad.

- a) Tipo: Es la creación o descripción hecha por el legislador que en un Estado de Derecho dicta una conducta en los preceptos penales.

El profesor Fernando Castellanos además nos da una “clasificación”¹¹² acerca de los tipos penales, la cual transcribimos a continuación.

- I. Por su composición:
 - i. Normales: Se limitan a hacer una descripción objetiva (homicidio).
 - ii. Anormales: Además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (fraude).

¹¹⁰ Ibídem.

¹¹¹ LOPEZ Betancourt Eduardo, Op. cit., pp. 75

¹¹² CASTELLANOS Tena, Fernando, Op. cit., pp.167

- II. Por su ordenación metodológica:
 - i. Fundamentales o básicos: Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (homicidio).
 - ii. Especiales: Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen (homicidio en razón de parentesco).
 - iii. Complementados: Se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado)
- III. En función de su autonomía e independencia:
 - i. Autónomos o independientes: Tienen vida por si (robo simple)
 - ii. Subordinados: Dependen de otro (homicidio en riña).
- IV. Por su formulación:
 - i. Casuísticos: Prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos); v.gr. adulterio; otras con la conjunción de todas (acumulativos) ej. Usurpación de funciones.
 - ii. Amplios: Describen una hipótesis única (robo), que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.
- V. Por el daño que causan:
 - i. De daño (o de lesión): Protegen contra la disminución o destrucción del bien (homicidio, fraude).
 - ii. De peligro: Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (omisión de auxilio).

En cuanto a la clasificación del homicidio encontramos que: “por los elementos objetivos, que lo conforman es un tipo normal; por su metodología es un tipo básico, ya que es la base para otros tipos; del mismo modo es autónomo, pues no depende de otro tipo para su realización; por los medios que lo pueden conformar es un tipo amplio o de formulación libre; en relación con el bien protegido, es un delito de lesión.”¹¹³

¹¹³ LOPEZ Betancourt Eduardo, introducción al derecho penal, 11ª edición, Porrúa, México, 2003, pp.134-135

b) Tipicidad: “Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.”¹¹⁴

Francisco Blasco y Fernández de Moreda define a la tipicidad como: “la acción típica es solo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida.”¹¹⁵

Para Laureano Landaburu la tipicidad consiste en esa “cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal.”¹¹⁶

La tipicidad es sumamente importante pues sin el encuadramiento de la conducta al tipo penal, no habría delito que castigar. Además es muy importante jamás confundir a la tipicidad con el tipo penal, ya que la primera hará referencia a la conducta y la segunda a la hipótesis del legislador.

5.2 Atipicidad

El Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 29, fracción II, indica que II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate.

En el momento que se determina que no existen todos los elementos para colmar el tipo penal, podemos observar la atipicidad, es decir; el aspecto negativo del delito. Para Fernando Castellanos “la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa”.¹¹⁷

¹¹⁴ Ídem., pp. 168

¹¹⁵ CRUZ y Cruz Elba, Op. cit., pp.149

¹¹⁶ Ibídem.

¹¹⁷ CASTELLANOS Tena Fernando, Op. cit., pp. 173

Del mismo modo Fernando Castellanos reduce las causas de atipicidad en los siguientes incisos:

- a) “Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos o pasivo”: ya que en algunos tipos penales el legislador determina una calidad específica en el sujeto que realiza la conducta o quien la recibe.
- b) “Si faltan el objeto material o el objeto específico”: se presenta porque el objeto material sobre el que recae la acción no existe.
- c) “Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo”: el tipo determina un lugar y tiempo específicos para la comisión del ilícito.
- d) “Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley”: es debido a las modalidades específicas que deben verificarse al integrarse el delito.
- e) “Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos”: éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Su ausencia hará operar una atipicidad.
- f) “Por no darse, en su caso la antijuridicidad especial”: Se presenta cuando el tipo penal contiene la frase “sin motivo justificado”, lo anterior se debe a que si se justifica la conducta con la permisión legal, no se colma el tipo.

La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo penal, pero la conducta realizada por el sujeto activo no integra los elementos que se requieren para la comisión de un ilícito penal, lo que hace que la conducta sea atípica.

III.6 Antijuridicidad y causas de justificación

6.1 Antijuridicidad

Porte Petit expresa que: “al realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación. Hasta hoy día así operan los códigos penales valiéndose de un procedimiento de excepción, es decir, en forma negativa. Lo que quiere decir que para la existencia de la antijuridicidad se requiere una doble condición: la primera

positiva y es la, violación de una norma penal; la segunda negativa, que no está amparada por una causa de exclusión del injusto. La conducta por tanto será antijurídica si no está protegida por una de las causas que enumera el Código Penal.”¹¹⁸

Elba Cruz agrega que la antijuridicidad es:” el elemento esencial del delito, es siempre un juicio de valoración sobre un determinado hecho, formulado desde el punto de vista del Derecho, y en el cual se comprueba que el hecho ha ocasionado o tenido algo que el Derecho quería evitar.”¹¹⁹

La antijuridicidad se explica como todo aquello que va en contra de la norma establecida y obligatoria para cualquier sujeto que vive en un Estado de Derecho, por tanto lo antijurídico es lo contrario al Derecho.

“La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en una frase material y la escala de valores del Estado.”¹²⁰

La antijuridicidad es un concepto unitario pues para que una conducta típica se castigue, debe ser antijurídica, y Franz Von Liszt la clasifica en:

- a) Formal: Cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) en su orden jurídico.
- b) Material: Cuando existe una contradicción o quebrantamiento con los intereses colectivos, es decir un daño o perjuicio social que se causa.

Las causas que excluyen el delito son: *ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.*

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes, pues entre ellas hay distinciones específicas para anular el delito. Por ejemplo las causas de

¹¹⁸ PAVON Vasconcelos Francisco, Op. cit., pp. 26

¹¹⁹ CRUZ y Cruz Elba, Op. cit., pp.170

¹²⁰ CASTELLANOS Tena, Op. cit., pp. 179

justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas; se refieren al hecho y no al sujeto; por tanto conciernen a la realización de la conducta externa.

Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva; se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, pues se anula la incriminación en quien fue capaz.

Las de inimputabilidad afectan el presupuesto de capacidad para obrar penalmente en diversa forma y grado, y borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla.

Jiménez de Asúa expresa que en las “causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.”¹²¹

6.2 Causas de justificación

Las causas de justificación o justificantes: son las condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad cuando se ha cometido un delito. Son un aspecto negativo del delito, pues por estas no se integra el ilícito (falta la antijuridicidad) y no se cumple con la tipicidad requerida.

Dichas causas de justificación también son llamadas por Raúl Carrancá y Trujillo “causas que excluyen la incriminación”, algunos autores afirman que esta es la denominación más correcta, pero el Código Penal para el Distrito Federal utiliza el calificativo “*causas de exclusión del delito*” y las encontramos en el capítulo V, artículo 29 el cual transcribo a continuación:

ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

- I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente;
- II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;

¹²¹ Ídem., pp. 184

III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

(REFORMADA, D.O. 4 DE JUNIO DE 2004)

V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;

VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.

IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código. Por último debemos decir que quien obra bajo las excluyentes del delito o justificantes, obra conforme a la ley y por tanto no vulnera el Derecho.

6.2.1 Legítima defensa.

La legítima defensa justifica el homicidio cuando no queda otro recurso más que repeler la agresión que se ha presentado por parte del agresor, pues se causa la muerte de este pero se salva la vida de la víctima. Desde hace mucho tiempo aun en el Derecho Canónico se reconocía la legítima defensa como "*Vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt*" que significa: "*todas las leyes, y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza*".

Para Cuello Calón es "la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor."¹²²

Para Franz Von Litz, se "legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante."¹²³

El profesor Jiménez de Asúa precisa que la "legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o tercera persona

¹²² CASTELLANOS Fernando, Op. cit., pp. 191

¹²³ *Ibidem*.

contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.”¹²⁴

Las anteriores definiciones destacan elementos en la legítima defensa, los cuales son: la existencia de una agresión real, actual o inminente; una situación de peligro para bienes jurídicos y una defensa o repulsa de dicha agresión. Pero de no existir estos tres elementos puede haber responsabilidad en el homicidio cuando:

- a) la agresión no reúna los requisitos legales.
- b) de la agresión no sea inminente y no haya peligro actualizado.
- c) el agredido haya provocado la agresión.
- d) el agredido haya previsto la agresión y la hubiese evitado por medios legales.

Existe exceso de legítima defensa cuando:

- a) no hay necesidad racional en ella.
- b) hay desproporción notoria entre la defensa y el ataque antijurídico.

Las presunciones de legítima defensa admiten prueba en contrario, por tratarse de presunciones *juris tantum*; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la *iure de iure* o presunción legal de que actuó con derecho.

La doctrina ha considerado las situaciones descritas como una “legítima defensa privilegiada”, basándose en la presunción del peligro implícito en aquellos actos descritos en la ley que excluyen la posibilidad de exigir la racionalidad o la proporcionalidad del medio empleado en la defensa.

6.2.2 Cumplimiento de un deber

La conducta de “acción u omisión se realiza en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que existe necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el único propósito de perjudicar a otro.”¹²⁵

¹²⁴ PAVÓN Vasconcelos Francisco, Op. cit., pp. 76

¹²⁵ CRUZ y Cruz Elba, Op. cit., pp. 182

Si la acción u omisión está permitida y mandada por la ley, entonces el daño ocasionado no será ilegítimo.

Este tipo de acciones son muy variadas pero las más significativas son las siguientes:

1. Deberes impuestos a un individuo en instantes de necesidad o urgencia; éstos se darán ante la comisión de un delito, las autoridades pueden requerir a los particulares, la prestación de un servicio, pudiéndolo sancionar penalmente en caso de no obedecer.
2. Deber de denuncia o revelación impuesto a ciertos profesionales médicos o abogados, ya que tienen la obligación de anunciar determinados hechos de los que toman conocimiento, presentándose un conflicto de deberes; proteger el interés público o guardar el secreto de lo que se sabe por la profesión, oficio o cargo.
3. Caso de deberes de una profesión entre los que se despunta el de guardar secreto, es decir dicho secreto es excluyente de responsabilidad si está legalmente autorizado.
4. El de los deberes del testigo; pueden llevar a testificar sobre acciones o conductas ajenas que lesionan la reputación de aquellos sobre cuyos negocios, intereses o actos deponen en juicio.

6.2.3 Ejercicio de un derecho

“Precisa el deber de estar consignado en la ley o derivar de ella, pues de otra forma no puede fundarse su operancia, sin importar mayormente la naturaleza del ordenamiento jurídico del que dimana, pudiendo tratarse de una norma jurídica del rango superior o de una disposición reglamentaria.”¹²⁶

El ejercicio de un derecho supone tanto la previsión legal del derecho en la ley, como su estricto ejercicio en la forma prescrita por ella. Así que el derecho debe ser ejercitado legítimamente y con dos limitaciones: “la primera *de contenido*:

¹²⁶ PAVÓN Vasconcelos Francisco, Op. cit., pp. 79

pues no se deberá confundir el ejercicio de un derecho con la defensa de los derechos, y la segunda *de forma*: porque debe ser ejercido del modo que la ley autoriza o dispone.”¹²⁷

El Estado otorga a los particulares derechos que sólo podrán ejercer en determinadas ocasiones, ya sea para proteger los bienes jurídicos tutelados o para ayudarlo en sus funciones policíacas, con respecto a la imposibilidad de cubrir todos los lugares en el mismo tiempo, ante la transgresión de las leyes. Podemos afirmar que nuestro orden jurídico no admite el ejercicio de la violencia para obtener un derecho por tanto está prohibida la violencia en tribunales para poder defender un derecho.

6.2.4 Impedimento legitimo

“Este supuesto se presenta, cuando un sujeto teniendo la obligación de actuar en cumplimiento de una ley no lo hace con base en una causa igualmente fundada en la ley, es una conducta de omisión y algunos autores han manifestado que es una excepción a la obligación de cumplir con una ley.”¹²⁸

Esta causa de justificación se caracterizaba por que únicamente se refería a las omisiones que contravenían la ley penal; pero la ley penal formalmente no expresaba sino las normas de punibilidad, cuyo cumplimiento correspondía a los funcionarios del Estado encargados de la justicia penal en sus distintas fases, de manera que, en principio solamente estos funcionarios podrían incurrir en las omisiones cometidas por ejemplo los testigos, peritos y defensores.

6.2.5 Obediencia jerárquica

El concepto de obediencia jerárquica fue en cierto momento: “cuando una persona obedecía a su superior legitimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituyese un delito, así esta circunstancia no era notoria ni se probaba que el acusado la cometía.”¹²⁹

¹²⁷ Ídem., pp. 80

¹²⁸ CRUZ y Cruz Elba, Op. cit., pp. 184

¹²⁹ CRUZ y Cruz Elba, Op. cit., pp. 182

No se consideraban ni el temor reverencial existente en el seno familiar, ni la existencia de una relación obrero-patronal, o una jerarquía política.

Por su parte, en cuanto a las jerarquías del ejército, el subordinado no puede discutir las órdenes que se le impongan y su desobediencia tendrá consecuencias legales que han sido creadas para garantizar esa disciplina y la eficacia de las funciones públicas, pudiéndose dar el supuesto de que el superior mande la comisión de un ilícito y el subordinado no está obligado a cumplirlo, ya que, ante la ley nadie está facultado para ordenar la comisión de un delito, el derecho pone como límite el conocimiento del ilícito.

III.7 Culpabilidad e inculpabilidad

7.1 Culpabilidad

La culpabilidad es uno más de los elementos del delito, se presenta cuando el sujeto ha cometido la conducta ilícita, el Código Penal para el Distrito Federal señala:

ARTÍCULO 5 (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse.

Jiménez de Asúa nos dice que la “culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, es decir,

la reprochabilidad del injusto al autor, el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto del sujeto.”¹³⁰

Porte Petit define a la “culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto” mientras Fernando Castellanos considera que la culpabilidad es el “nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”.

En cuanto a la definición o concepto de la culpabilidad hay dos teorías que explican su naturaleza la primera es la Teoría psicológica de la culpabilidad (la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad pues la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor) y la segunda es la Teoría normativista de la culpabilidad (para esta teoría la culpabilidad es un juicio de reproche; una conducta es culpable si el sujeto ha actuado dolosa o culposamente y el orden jurídico le exigía una conducta diferente a la realizada); ambas teorías enlazan el actuar del sujeto con el resultado que ha ocasionado.

Pero para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto; pero para ambas teorías existe un desvalor en el acto que debe dirigirse al sujeto.

Debido a la voluntad en el actuar del sujeto la culpabilidad reviste dos formas, en la primera dicha voluntad es consciente y hay una intención respecto de la conducta tipificada como delito en las leyes penales, por ello existe el “dolo”, en cuanto a la segunda el sujeto actuó con negligencia o imprudencia y sin quererlo causo el mismo daño al descuidar las precauciones exigidas por la ley, por ello actuó con “culpa”.

¹³⁰ CASTELLANOS Fernando, Op. cit., pp. 233

En ambas formas existe una responsabilidad directa respecto al daño que se causó, ya que en el dolo el agente conoce y acepta el resultado causado por su actuar, mientras que en la culpa el sujeto debió prever el resultado, antes de realizar la conducta pensando en los intereses de los demás; en ambas formas el comportamiento va contra el orden jurídico.

En cuanto a la legislación penal, observamos que el Código Penal para el Distrito Federal señala respecto de las formas de culpabilidad:

ARTÍCULO 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

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.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

7.1.1 Dolo

Luis Jiménez de Asúa define el dolo “como la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”.¹³¹

El dolo contiene dos elementos: el primero es el elemento ético constituido por la conciencia de que se quebranta el deber y el segundo es volitivo o psicológico y consiste en la voluntad de realizar el acto.

¹³¹ DIAZ-ARANDA Enrique, dolo causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México, 2ª edición, Porrúa, México, 2000, pp. 32

Al mismo tiempo existen diferentes especies de dolo en las que destacan:

- i. Dolo directo: El resultado coincide con el propósito del agente (decide privar de la vida a otro y lo mata).
- ii. Indirecto: El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos (para dar la muerte a quien va en un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato).
- iii. Indeterminado: Intención genérica delinquir, sin ponerse un resultado específico delictivo en especial (anarquista que lanza bombas).
- iv. Eventual: se desea un resultado delictivo, prohibiendo la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente (incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones).

7.1.2 Culpa

Podemos decir que la culpa se presenta cuando se realiza una conducta sin esperar un resultado típico, pero éste surge aunque no lo hayamos previsto, lo anterior como resultado de ponerse en juego, por negligencia o imprudencia es decir, no guardar el cuidado necesario

Pavón Vasconcelos tomando en cuenta la relación de sus elementos, define la culpa como: "aquel resultado típico y antijurídico, no querido, no aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres."¹³²

Jiménez de Asúa define a la culpa diciendo: "Existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la presentación del resultado que se prevendrá,

¹³² PAVÓN Vasconcelos Francisco, Op. cit., pp.

sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor.”¹³³

Aunque una conducta se realice por culpa, está no deja de lesionar el bien jurídico, pues existe el quebrantamiento de una norma vigente y prohibitiva; pero en dicho supuesto el sujeto no quería hacer el daño que ocasiono, sin embargo lo hizo al no prever la consecuencia de su conducta haciendo o no haciendo lo que la ley le ordenaba y merece una sanción.

La culpa también ha sido estudiada por diversas teorías una de ellas es la teoría de la previsibilidad y fue iniciada por los juristas Carrara, Pessina, Carmignano; de hecho es la teoría clásica y explica que el autor no tuvo la previsión necesaria ya sea por falta de inteligencia del autor, o defecto de la voluntad del mismo; con esto se integran tres elementos de la culpa que son:

1. Un actuar voluntario (positivo o negativo).
2. Que esa conducta se realice sin la cautela o precauciones delimitadas por el Estado.
3. El resultado de dicha conducta debe ser previsible y evitable,
4. Por último que existe una relación de causalidad entre el hacer o no hacer y el resultado no querido.

Dos son las especies principales de culpa:

- a) Consciente, con previsión o con representación: existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá.
- b) Culpa inconsciente, sin previsión o sin representación: El agente no prevé la posibilidad de que emerja el resultado típico, a pesar de ser previsible. No prevé lo que debió ser previsto.

¹³³ ROMO Medina Miguel, criminología y derecho, 2ª edición, IJ UNAM, México, 1989, pp. 59

7.2 Inculpabilidad

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal al autor del ilícito, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho, tiene una relación estrecha con la imputabilidad; pues el sujeto no puede ser culpable de un delito cuando es inimputable.

Por último debemos agregar que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable; es decir, el delito es conjunto de elementos que deben cumplirse en estricto derecho, no basta que uno de los elementos exista para que haya delito, pues el Derecho Penal no puede castigar a un sujeto por analogía o por mayoría de razón en cuanto a una conducta.

Romo Medina señala que la inculpabilidad existe cuando no se presenta el juicio de reproche, hay ausencia de culpabilidad cuando existe una causa exterminadora de los elementos volitivo e intelectual (conocimiento), toda causa eliminadora de uno de estos dos elementos es una causa inculpabilidad, en el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 29 ya mencionado se encuentran las causas de inculpabilidad:

VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.

IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

En cuanto al *error de tipo y al de prohibición*, “según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante.”¹³⁴

En el *error de tipo* hay quien en virtud de un error esencial e invencible cree atípica su actuación, indudablemente la considera lícita, acorde con el Derecho, siendo en realidad contraria al mismo. “En este error se aludía al error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal.”¹³⁵

El *error de lícitud o llamado error de permisón o prohibición*, se denomina así ya que por un error invencible el autor cree lícito su comportamiento acorde con el derecho, dicho error comprende:

- a) Error invencible por estimarse que el hecho típico ejecutado no está prohibido por una disposición legal.
- b) Error invencible al considerarse que el hecho, en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado a virtud de una circunstancia

¹³⁴ CASTELLANOS Fernando, Op. cit., pp. 260

¹³⁵ *Ibidem*.

que en realidad no tiene esa eficacia; es decir no libra al sujeto de cometer el tipo penal.

- c) Error invencible por creerse que el hecho, si bien prohibido, en el caso se halla amparado por una causa de justificación; con lo que no habría delito que perseguir.

En cuanto a la “*no inexigibilidad de otra conducta*”, ocurre cuando existe una situación especialísima que obliga al sujeto a realizar una conducta tipificada como delito, pero esta es excusable para el Derecho.

Se entiende que el Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o en todo caso, no puede imponer una pena en situaciones extremas a alguien que prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física.

Para Ignacio Villalobos se trata de “infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial.”¹³⁶

Debemos precisar que para que desaparezca la culpabilidad se debe anular alguno de sus elementos, las causas de inculpabilidad por tanto son aquellas capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo; en consecuencia, las inculpabilidades están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

III.8 Punibilidad y excusa absolutoria

Punibilidad: Se define como el merecimiento de una pena como resultado de una conducta realizada, que está tipificada en las Leyes penales vigentes de un país, dicha conducta es punible cuando su actor la ha realizado y por ello debe ser castigado, se dice que merece una sanción.

¹³⁶ CASTELLANOS Fernando, Op. cit., pp. 271

Una conducta se hace punible debido a su naturaleza ya que merece ser penada, por cómo fue realizada, por tanto el Estado debe reprender a los sujetos que han violado una norma con lo que se cumple el *ius puniendi* o facultad del ente jurídico para castigar. Del mismo modo podemos entender por punibilidad en el caso de la resolución dictada por un juez de la causa, la sentencia que fija al culpable de un delito como consecuencia de su actuar posterior a un procedimiento judicial.

Celestino Porte Petit consideraba que “cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de impunidad, ocurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de impunidad, lo cual viene a confirmar que esta no es un elemento sino una consecuencia del delito.”¹³⁷

Ignacio Villalobos nos dice que “la pena es la reacción de la sociedad o del medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por estos acostumbrados a los conceptos arraigados a la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forma parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejará de serlo si se cambiaran los medios de defensa en la sociedad.”¹³⁸ Dicho autor no correspondía a la doctrina del primero y apuntalaba al pensamiento del también profesor Raúl Carrancá y Trujillo.

Por último debo decir que las *excusas absolutorias*: son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena, en el caso del homicidio culposo no se acepta ninguna.

¹³⁷ PORTE Petit Celestino, Op. cit., pp. 177

¹³⁸ CASTELLANOS Tena Fernando, Op cit. Pp. 275

CAPÍTULO CUARTO “INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL HOMICIDIO CULPOSO”

Como se ha visto en los capítulos anteriores la reforma jurídico-constitucional de 2008, presento un cambio en la forma de procurar e impartir justicia en el país, dado que se introdujo el sistema acusatorio y oral; como el medio más idóneo para enfrentar las adversidades que la justicia confrontaba hasta el momento en tribunales, cambiando con ello el proceso mixto que se criticaba por ser lento y en algunos casos inclusive obsoleto al demorar años en dictar una sentencia.

Lo anterior aunado al gran número de casos que al llevarse a tribunales resultaban solo una pérdida de tiempo por no tener la importancia requerida, pero que por ley debían llegar hasta una sentencia.

En el sistema mixto la contradicción y la publicidad se encuentran limitados pues muchas fases del procedimiento son prácticamente secretas, en el caso del sistema acusatorio la contienda se realiza de forma pública, contradictoria y oral. Tomaremos algunos puntos del pensamiento de Luigi Ferrajoli para explicar la distinción entre dichos sistemas en el siguiente “cuadro:”¹³⁹

SISTEMA ACUSATORIO	SISTEMA INQUISITIVO
Sistema procesal que concibe al Juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.	Sistema procesal donde el Juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa.
Características: Favorece modelos de Juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad.	Privilegia estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de

¹³⁹ FERRAJOLI Luis, DERECHO Y RAZON. TEORIA DEL GARANTISMO PENAL, 5ta edición, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 561-570, cuadro elaborado por Alan Jair García Flores

	grados de enjuiciamiento.
Rasgos históricos: Tras la caída del Imperio Romano, el proceso se vuelve acusatorio confundándose en las primeras jurisdicciones bárbaras con los ritos de las ordalías y los duelos judiciales	Rasgos históricos: Las primeras formas se desarrollaron en la Roma Imperial con las causas de oficios de los delicta publica, comenzando con los crimina laesae maiestatis de subversión y conjura en los que se considera ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identifica con el Estado. Reapareció en el siglo XIII, con las Constituciones de Federico II en los procesos por crímenes de lesa majestad y en los procesos eclesiásticos por brujería y herejía.
Nota esencial: Estriba en la separación del juez y la acusación	Nota especial: El proceso Inquisitivo asumió pronto un carácter ordinario y generalizándose para todo.

Del cuadro anterior podemos comprender que el sistema mixto comprende aspectos tanto del sistema inquisitivo como del acusatorio, y que en realidad no cambiamos de uno a otro como se cree, sino que añadimos algunos aspectos a nuestro procedimiento como la oralidad y la continuidad entre otros.

Ahora bien la finalidad de dicho cambio es mejorar en tiempo y calidad los servicios de justicia penal que México necesita, tratando de que estos sean imparciales y por supuesto expeditos, para con ello resolver los problemas de inseguridad que se tienen; lo anterior abarca también “el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, principio de oportunidad, solución anticipada, juicio oral, jueces de garantía o control, además de los jueces de juicio y los de ejecución de sentencias.”¹⁴⁰

También se busca en todo momento proteger los derechos de los involucrados por medio de la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad y la garantía del debido proceso, lo anterior desde que inicia el procedimiento hasta que concluya.

¹⁴⁰ CONTRERAS López Rebeca Elizabeth, Principios Generales del Proceso Penal. <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/20/rcontreras20.pdf> (fecha de consulta 15/08/2011)

Respecto a la “oralidad consiste en el predominio de la palabra y se traduce en aportar alegatos y elementos probatorios en el juicio de forma directa y verbal, pero es importante destacar la existencia de los escritos dentro de los procesos, en virtud de que aquéllos tienen como función dar soporte material a las evidencias y, en algunos casos, el anuncio de lo ofrecido en el juicio oral, al tiempo de documentar el proceso.”¹⁴¹ Esto dará lugar a la necesidad invariable de que el juez esté presente en el desahogo de las pruebas, y él mismo emitirá la sentencia, independientemente de substanciarse el proceso, por regla general, en una sola audiencia.

En cuanto a los principios de dicho sistema procesal podemos definirlos como: “Publicidad, Contradicción, Concentración, Continuidad e Inmediación.”¹⁴²

PUBLICIDAD: Se refiere a la necesidad de dar a conocer a la sociedad, con tal transparencia, tanto el proceso, como el resultado del juicio penal y que constituye (o debe constituir) una garantía para los involucrados de que las decisiones son tomadas en estricto derecho. La publicidad es, o deberá ser, una forma de control que la sociedad ejercerá sobre la actuación ministerial y judicial en el proceso penal.

CONTRADICCIÓN: Hace referencia al enunciado lógico y metafísico que consiste en reconocer la imposibilidad de que una cosa sea o no sea al mismo tiempo. Este principio solo opera después de la acusación y conlleva los siguientes derechos y facultades para las partes:

- Derecho a oponerse a la admisión de un determinado órgano de prueba.
- Derecho a examinar sus testigos y contra examinar a los testigos y peritos de la contraparte.

¹⁴¹MEZA Fonseca, Emma, Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos a los delitos de delincuencia organizada, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Núm. XX, pp.199-200

¹⁴² CONTRERAS López Rebeca Elizabeth, Principios Generales del Proceso Penal. <http://www.lettrajuridicas.com/Volumenes/20/rcontreras20.pdf> (fecha de consulta 20/07/2011)

- Derecho de introducir actos informativos o declarativos y a argumentar según su teoría del caso.
- Obligación de introducir la acreditación de la calidad de sus respectivos expertos.
- Obligación de no argumentar sin haber probado.

En lo referente a la teoría del caso es necesaria para argumentar y contra-argumentar los alegatos que se estiman prudentes y por supuesto correctos pues nos referimos al planteamiento que la acusación o la defensa hacen sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan.

CONCENTRACIÓN: En el sistema acusatorio adoptado por la Constitución Mexicana, este principio obliga a que todas las pruebas sean presentadas en la misma audiencia del juicio, debiendo ofrecer medios de convicción al juzgador para emitir su resolución en conformidad con lo que fue materia de la audiencia oral. Es una forma de legitimar las decisiones judiciales ante las partes y ante la sociedad.

CONTINUIDAD: Las decisiones se pronunciaran inmediatamente, una vez concluida la presentación y controversias de las pruebas y de las pretensiones o argumentos, evitando con ello que aspectos externos influyan en la decisión del Juez.

INMEDIACIÓN: Proximidad del juzgador hacia las partes con obligación de dirigir personalmente el desarrollo del juicio.

También es importante señalar que el sistema acusatorio y la oralidad no deben confundirse, pues el sistema acusatorio oral tiene como característica la argumentación y recepción probatoria verbal directamente ante el tribunal, pero también existe un proceso penal acusatorio perfectamente diseñado y funcional

cuyo procedimiento de argumentación y recepción probatoria sea, sin embargo, escrito.

No todos los estudiosos del Derecho confían en que el cambio de sistema terminará con los problemas de aplicación de Justicia, y por si fuera poco algunos se manifestaron en contra del cambio, por ello dicha reforma no será inmediata sino que se dará un plazo de ocho años para su cumplimiento.

IV.1 Desarrollo del proceso penal acusatorio a la comisión del delito.

En cuanto a cómo se debe llevar a cabo el proceso acusatorio, será indispensable que en cada una de las etapas se tenga una autoridad jurisdiccional y se comprenda cuál es su función dentro del proceso pues con ello se lograra llegar a los objetivos deseados.

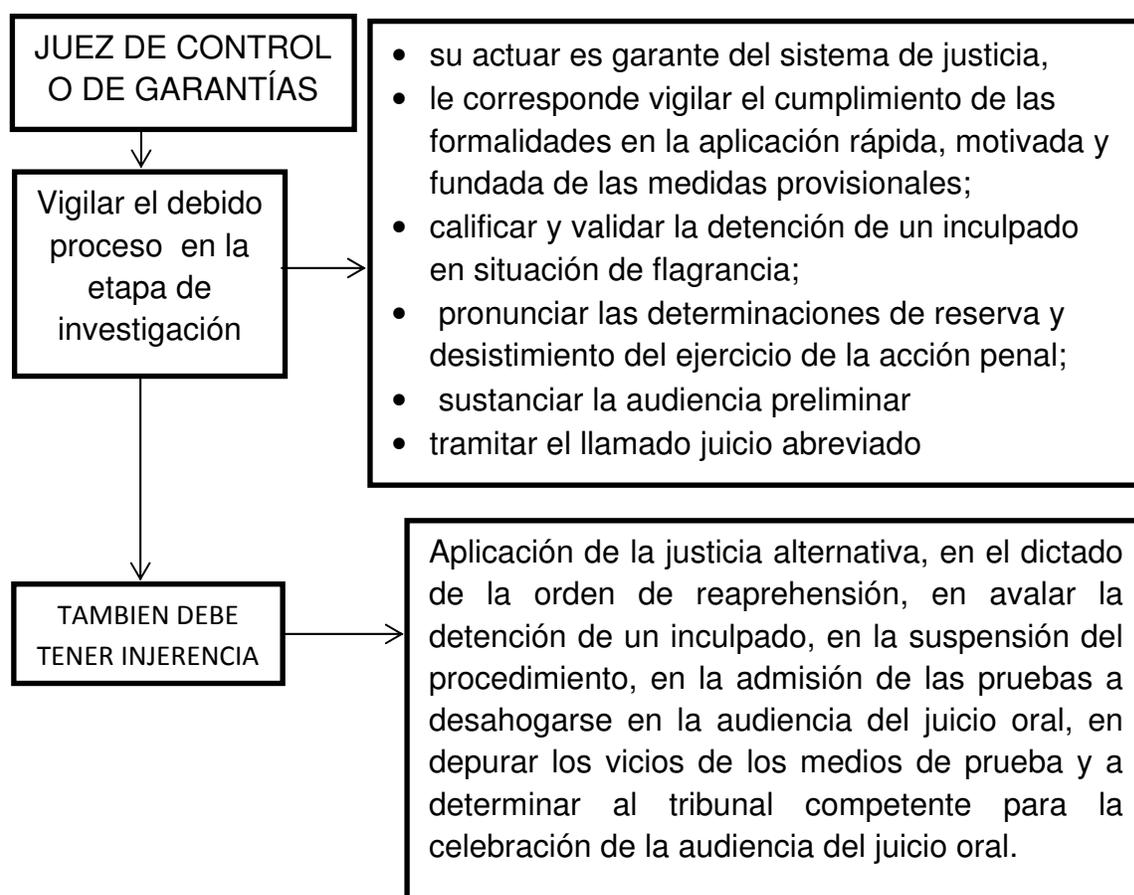
El procedimiento penal inicia con la noticia del delito ante el Ministerio Público o Fiscal, lo que da lugar a la averiguación previa (investigación previa) que por consiguiente nos lleva a:

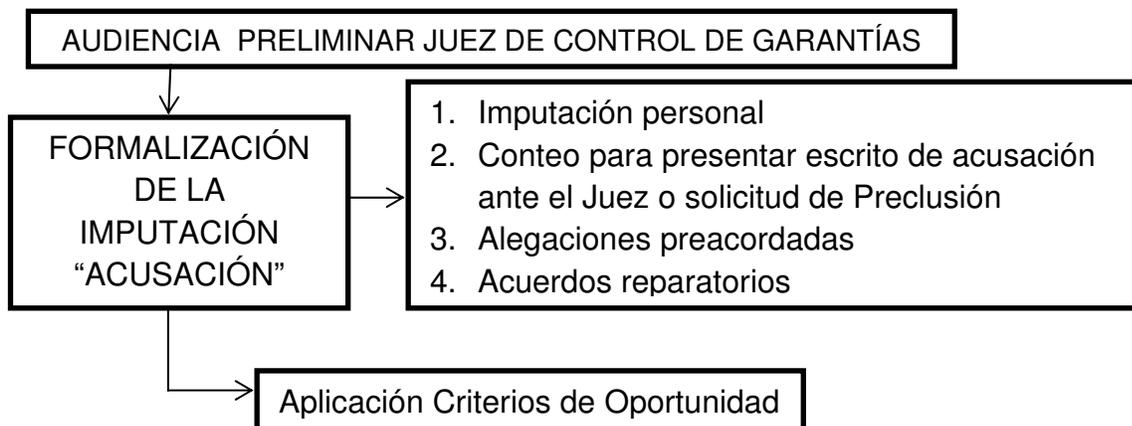


1. ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN: Tiene por objeto establecer la existencia de la conducta tipificada como delito, identificar a los presuntos autores y partícipes de la misma, las circunstancias de su realización; ubicar, identificar y preparar los medios de prueba, todo con miras a fundamentar la acusación o cualquier otra decisión conclusiva que tome el Ministerio Público.

Esta etapa no involucra la judicialización de acto alguno, excepto la intervención del *juez de control o de garantías* para aquellos derechos fundamentales del imputado, pero en cualquier caso durante esta etapa no existe prueba ni contradicción de la misma, excepto que se trate de las hipótesis excepcionales de prueba anticipada.

El Ministerio Público es el director y coordinador de dicha etapa preprocesal y controla jurídicamente la labor investigativa, al punto que puede durante la etapa de la investigación, suspender, interrumpir y renunciar a la acción penal, en desarrollo de otro de los principios capitales del modelo acusatorio, el del principio de oportunidad.





Con respecto al Juez de control es una innovación del Constituyente permanente, cuya naturaleza jurídica es la de un órgano de control de la legalidad en la investigación (averiguación previa), ocupándose de vigilar que se cumpla con las garantías procesales establecidas paralelamente a favor del inculpado y de la víctima u ofendido.

El Juez de control o de garantías, no resolverá controversias, solamente vigilar la legalidad de los actos de investigación y la aplicación de medidas cautelares, con la finalidad de superar anomalías y evitar la realización de daños irreparables en el ejercicio del poder durante la etapa de la investigación, todo dentro de la audiencia preliminar en la que puede llegar hasta al aseguramiento del inculpado.

En cuanto a la acusación o formulación de la imputación es realizada por el Ministerio Público, lo anterior en audiencia preliminar y es el acto por medio del cual se le comunica a un sujeto su calidad de imputado, se le informa sobre su derecho de defensa, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que es autor o partícipe del delito que se investiga, pudiendo este acto procesal tener una naturaleza compleja en la medida en que puede relacionarse con legalización de captura, de allanamiento, formulación de la imputación, medidas cautelares y petición de medida de aseguramiento.

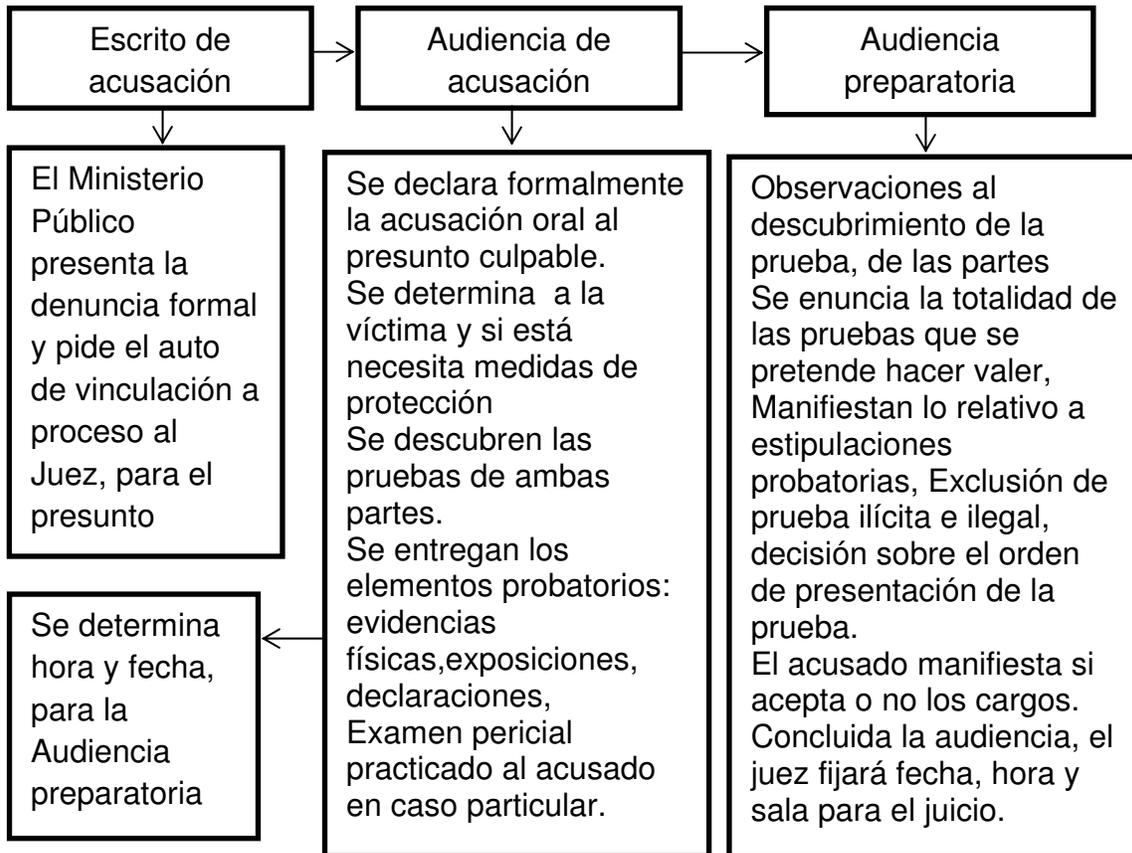
Ya que ha sido formulada la imputación, el imputado podrá dar lugar a formas anticipadas de terminación del proceso, que pueden ser: aceptación de los cargos, lo que da lugar a que se dicte sentencia anticipada, o en algunos casos llevar a cabo un acuerdo con la víctima.

En dicha audiencia el Juez de Control podrá decidir u ofrecer al imputado diferentes soluciones al conflicto que se presenta, las cuales podrían ser:

- I. Dictar el auto de vinculación a Proceso: puesto que se ha rendido declaración del hecho delictivo, se ha reconocido el lugar y tiempo del mismo y, se ha comprobado la responsabilidad penal del inculpado, y no hay extinción de la acción penal.
- II. Aplicación de los criterios de oportunidad: reparación integral del daño, bagatela, pena natural, exceso de pena, negociación criminal.
- III. Uso de mecanismos alternativos de solución de controversias como es el caso de la conciliación o la mediación para la suspensión condicional del proceso.
- IV. Sobreseimiento en casos particulares. “Non bis in ídem”.
- V. Procedimiento abreviado, se presenta: cuando se admite el hecho delictivo y el inculpado consiente la pena.

2. ETAPA INTERMEDIA O INSTRUCCIÓN: La presentación del escrito de acusación, la audiencia de formulación de la acusación y la audiencia preparatoria, constituyen entonces la etapa intermedia, previa o preparatoria a la realización del juicio oral, cuya nota fundamental es la garantía absoluta del derecho de defensa y el conocimiento pleno de toda la información y elementos de prueba que las partes harán valer en el juicio oral, a través de figuras como el descubrimiento de la prueba y el ofrecimiento de la misma.

Durante la etapa intermedia o preparatoria del juicio oral, se presentan y deciden las solicitudes de exclusión de prueba ilícita o no admisible. La etapa finaliza con la citación que hace el juez de conocimiento a los sujetos procesales para la realización del juicio oral.



Por ello, un Juez de instrucción o de preparación estará constitucionalmente facultado para determinar la procedencia del juicio oral, en apego a los principios de concentración, continuidad e inmediación; dado que, de ocurrir la confesión en la declaración preparatoria, que compete al Juez de Control, deberá ser la autoridad la que determine la procedencia del juicio abreviado, cite a la audiencia de sentencia y pronuncie la misma

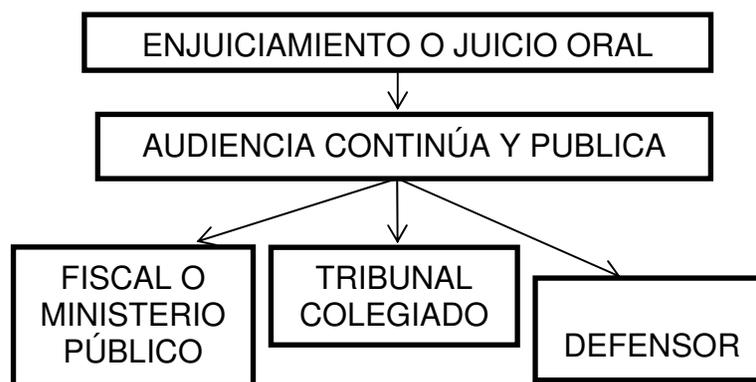
3. ETAPA DE JUZGAMIENTO O JUICIO ORAL: Es la fase más importante del proceso, en la que se desarrollan una o más audiencias continuas y públicas, en las cuales, de manera oral, el fiscal sustenta su petición para que el acusado sea

sentenciado conforme a Derecho, y la defensa hace lo propio con sus aspiraciones procesales tratando de defender al acusado e inclusive probando su inocencia. El juez decide fiel de la balanza entre acusación y defensa, con base en los elementos probatorios presentados y controvertidos en la audiencia por las partes, tomando en consideración todos los elementos que se le han presentado así como los razonamientos lógicos y jurídicos que han realizado tanto el Fiscal como el defensor.

Dicho juzgamiento inicia con conferir la palabra al acusado para que esté diga si se considera culpable o inocente, si existe ya un pacto en cuanto a la culpabilidad se debe pasar a este, de ser así se realizan las argumentaciones de apertura en las que el fiscal y el defensor trataran la “teoría del caso” para alegar su petición al Juez y a su vez le muestren lo que presentarán más adelante.

A continuación, se lleva a cabo la actividad probatoria, en la que las partes argumentan y contra-argumentan a los testigos del hecho delictivo, se llama a los peritos si es que se utilizaron en algún campo específico o se necesita una respuesta científica no acorde a la de la contraparte, se introducen evidencias físicas o materiales ya analizadas o que deban ser argumentadas en ese momento.

El juicio termina con los alegatos de conclusión, donde las partes argumentan sus pretensiones y dan sugerencias al juez sobre la valoración de las pruebas. Allí el juez anuncia el sentido de su fallo y dicta sentencia. En cuanto al proceso la última parte se constituiría así:



Pasos juicio oral

- I. El juicio oral se inicia con la concesión de la palabra al acusado para que manifieste si se declara inocente o culpable.
- II. Se examina lo relativo a las manifestaciones de culpabilidad preacordadas.
- III. se llevan a cabo los alegatos o argumentaciones de apertura.
- IV. cada parte hace una exposición breve de su teoría del caso.
- V. actividad probatoria, en la que las partes interrogan y contrainterrogan a los testigos y los peritos, introducen evidencias físicas o materiales y las analizan.
- VI. El juicio oral termina con los alegatos de conclusión.
- VII. El Juez dicta sentencia.

IV.2 Procedimiento de mediación

El procedimiento de mediación en el caso del homicidio culposo aún no se encuentra legislado en ningún ordenamiento jurídico, por lo tanto mi propuesta de “instaurar la mediación penal en el homicidio culposo”, se basa en los diferentes códigos de Procedimientos de los Estados de la República, y en su caso en las leyes de Mecanismos Alternativos de Controversias o Conflictos que algunos Estados se han hecho debido a las reformas constitucionales que transformaron nuestro sistema penal.

Es por ello que al inicio de éste capítulo tratamos de mostrar de forma breve como se llevará a cabo el proceso penal oral, sus etapas y sus principios; puesto que uno de los objetivos principales es que no todos los delitos lleguen al Juicio, y por tanto que se aplique la justicia restaurativa para beneficio de las partes del proceso.

En el caso del Distrito Federal el procedimiento de mediación se encuentra regulado en la LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PARA EL DISTRITO FEDERAL que define a la “Mediación”: como un procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador.

Con lo anterior comprendemos que el modelo transformativo es el que los mediadores están utilizando, pero que debido a que somos relativamente nuevos en el uso de este procedimiento será la práctica la que nos muestre como debemos afrontar los casos en materia penal para lograr la mejor solución.

También podemos decir que, la mediación en materia penal está permitida en base al artículo 5º, fracción IV; de la ley antes mencionada y manda que la mediación sea realizada en materia penal cuando se ha cometido un delito. Dicha ley es vigente, pero a mi parecer está incompleta respecto al procedimiento de mediación, ya que se dice que el procedimiento solo se utilizará para la reparación del daño en materia penal, pero no se entiende como un procedimiento por el cual se da solución a las partes en cuanto a terminar con el proceso penal, posteriormente describiremos el desarrollo del procedimiento cuando ya se ha cometido el delito y por último los límites para su proceder.

Debemos recordar que para iniciar la mediación doctrinalmente es necesario que el indiciado(o su defensor), la víctima o su abogado e inclusive que el Ministerio Público le pida al Juez de control que se realice ya que éste es el encargado de la aplicación de los mecanismos alternativos; y es en este momento procesal donde el inculcado puede tratar de convenir con la víctima sobre la solución al conflicto penal, pero tendrá oportunidad de acceder a la mediación hasta el cierre de la etapa intermedia.

Es muy importante entender que la mediación puede ser utilizada para resolver este delito sin contravenir ninguna norma jurídica vigente en toda la República,

ahora bien hay Estados en que dicho procedimiento ya se ha llevado a cabo tomando el procedimiento de otros países y han tenido un resultado beneficioso tanto para la víctima como para el victimario.

Debemos comprender que el procedimiento de mediación busca restablecer el daño que se ha causado a las víctimas del homicidio, y que el indiciado se responsabiliza del daño provocado y las consecuencias del mismo, por tanto está dispuesto a compensarlo y repararlo en cuanto le sea posible. En cuanto a la víctima esta deberá actuar de forma activa en la resolución del conflicto pues es a ella, a la que se le ha perjudicado en su esfera jurídica; y necesita ser escuchada para que pueda recuperar su tranquilidad.

En cuanto a la redacción de los artículos que reglamentaran dicho procedimiento será:

- 1. La mediación para el caso del homicidio culposo procederá cuando el imputado no se encuentre bajo los efectos de algún estupefaciente o abuso de las bebidas alcohólicas y demuestre que:**
 - i. Debe probar que después de cometido el delito no se retiró del lugar donde ocurrió el hechodelictivo.**
 - ii. No ha sido sentenciado en otro proceso penal por la comisión de un delito ya sea doloso o culposo**
 - iii. Debe probar su estado de salud psicológico**
 - iv. No encontrarse dentro de un proceso de desintoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas o estupefacientes.**
 - v. En caso de encontrarse en un tratamiento médico que conlleve el uso de estupefacientes o psicotrópicos debe probarlo con dos expertos en la materia.**
- 2. Cuando el inculpado requiera la mediación argumentando que cuando ocurrió el hecho delictivo se encontraba bajo los efectos de estupefacientes o del alcohol, esta se llevará a**

cabo excepcionalmente cuando se demuestre que se cumple con las fracciones del artículo anterior y las siguientes:

i. Debe probar que no es bebedor consuetudinario, por medio de análisis clínicos y de testigos que no sean familiares.

3. En cuanto a la duración del procedimiento se inicia desde que se tiene conocimiento del delito, y concluirá antes de iniciar el Juicio Oral, mientras dure se declarará la suspensión del procedimiento.

4. Si las partes después de acceder al procedimiento logran convenir y realizar por tanto el convenio para la solución del conflicto, se dará fin al procedimiento y se dará informe al Juez de Control para que se termine con la prosecución judicial y dicho convenio se convierta en Sentencia, para que se cumpla con todas las formalidades de la ley.

5. Si las partes después de acceder a la mediación no logran convenir en el tiempo acordado, el Juez de Control deberá determinar la situación jurídica del indiciado y solicitar a este un proyecto de reparación integral, y ofrecerá de nuevo el procedimiento a la víctima a fin de que esta participe en la solución del conflicto.

6. En caso de que la víctima no volviera a aceptar el Juez de Control pedirá al Ministerio Público la aplicación de los criterios de oportunidad, de tal forma que se termine con el proceso sin acceder al juicio.

7. Será hasta que se cumpla el convenio en su totalidad o a la aplicación de los criterios de oportunidad cuando se dará la extinción de la acción persecutoria.

Es necesario que los artículos propuestos se implementen en la Ley ya antes mencionada para que se pueda realizar dicho procedimiento siguiendo

las características y técnicas que analizamos en el Capítulo II de este trabajo de investigación, pero enterados de que la resolución del conflicto será el resultado de los encuentros entre la víctima y el victimario, al buscar ambas partes su contentamiento, afectando a la otra parte lo menos posible.

En el caso de la mediación en el “homicidio culposo”, una vez instaurada es de suma importancia recalcar que la víctima debe estar segura de acceder al procedimiento, pues es posible que debido a su dolor y su ira solo quiera participar para confrontarse con el victimario, lo anterior no debe ser permitido ya que ambas partes deben acceder de buena fe, y su voluntad debe ser directa y nunca forzada. En el caso del victimario debe estar convencido de su responsabilidad y de querer reparar el daño que causó así como de manifestar el porqué de su imprudencia al momento de cometer el delito.

En cuanto a cómo se llevará a cabo el procedimiento de mediación en el homicidio culposo basándonos en la Ley de Justicia Alternativa, las etapas a seguir serían:

I. Etapa Inicial:

a) Encuentro entre el mediador y sus mediados; en ésta etapa el mediador debe conocer a los mediados de forma psicológica y emocional, les explicará las características del procedimiento de mediación, de igual forma debe generar confianza con las partes y para ello puede realizar entrevistas por separado, con la finalidad de conocer las personalidades tanto de la víctima y del victimario, con lo que podrá saber si ambos están listos para encontrarse o posponer dicha reunión, debe conocer las necesidades de los mediados, así como sus intereses toda vez que de aquí, se partirá para señalar los siguientes encuentros.

En este inicio el investigador “Ulf Christian Eirás Nordenstahl”¹⁴³, nos señala que es necesario y recomendable: “realizar en primer lugar la entrevista con la persona que figura como imputada en la causa a los fines de evitar la

¹⁴³ El autor coordinó durante casi diez años el Centro de Asistencia a las Víctimas y el Centro de Mediación Penal del Ministerio Público del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires. Actualmente dirige el Programa de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en la Casa de Justicia en el Poder Judicial de la Provincia de Tierra del Fuego. Participó en la redacción de la Ley de Mediación Penal (13.433) de la Provincia de Buenos Aires.

generación de expectativas en la víctima que luego no puedan ser cumplidas, lo que puede convertirse en un episodio de revictimización.”¹⁴⁴

b) Recordatorio y firma de las reglas de la mediación y del convenio de confidencialidad; En este momento se debe explicar a los mediados que la mediación se basa en principios como la voluntariedad, confidencialidad, neutralidad e imparcialidad para ambas partes, pues con ello se dará certeza jurídica a los mediados y con su firma ambas partes se comprometen a acatar las instrucciones del mediador conservándose respetuosas ante la otra parte. En cuanto al convenio de confidencialidad, es importante recordar que en el segundo capítulo de la investigación se dijo que aunque el victimario acepte su responsabilidad por el delito cometido, está no podrá ser una prueba posteriormente ante los tribunales, y aplica para ambas partes dicho convenio.

c) Indicación de las formas y supuestos de terminación de la mediación; A ambas partes se les debe señalar que la mediación puede terminar en cualquier momento, según ellos lo decidan, pues en el caso de la víctima, si está desea desistir de la mediación puede retirarse en cualquier momento y en el caso del victimario explicarle lo que pasará si la víctima no quiere mediar, pues podrá acceder como última posibilidad a los criterios de oportunidad por el Ministerio Público. Es muy importante establecer que la solución al problema sólo será proporcionada en base a lo que ambas partes requieran y estén dispuestas a hacer, así como a la firma del convenio, de no ser así el mediador no está facultado para solucionar el conflicto.

d) Narración del conflicto. Es aquí donde las partes inician con su versión de cómo ocurrieron los hechos, en el caso del homicidio es muy posible que la víctima no haya presenciado lo ocurrido, así que el victimario será quien de su narración esperando que sea lo más cercano a la verdad. En ambos mediados es importante tratar de sacar las emociones que se tengan contenidas y que por temor o desesperación, ninguna de las partes se han atrevido a exteriorizar; tomando en consideración que el indiciado debe enfrentar la dificultad de un

¹⁴⁴Eirás Nordenstahl, Ulf Christian, MEDIACIÓN EN UN CASO DE HOMICIDIO CULPOSO, <http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Ulf%20Christian%20Eiras%20Nordenstahl.pdf>, (fecha de consulta 01/08/2011)

proceso penal que podría tener una sentencia de prisión de varios años, o en el caso de la víctima que al perder a su familiar, no solo fue herido sentimentalmente y psicológicamente, sino que también pudo perder el sustento que le proporcionaba el occiso, o inclusive que siendo su único familiar haya quedado desprotegido de por vida.

En este momento es cuando el mediador dará a las partes la palabra para que se expresen en cuanto a lo que sienten, quieren y por supuesto conocen tanto de los hechos como de las inquietudes de cada uno. Es una de las partes más sensibles de la mediación pues a pesar de que la mediación es voluntaria, en éste momento las partes puede que tengan muchas emociones encontradas lo que puede llegar a ocasionar un enfrentamiento

También se les debe hacer saber si el mediador se ha reunido con la contraparte, para que posteriormente no se puedan presentar malentendidos, que pongan en duda la imparcialidad del mediador y la propia mediación.

II. Análisis del caso y construcción de la agenda: Después de haber escuchado a las partes, el mediador debe resaltar los puntos de análisis con respecto a resolver el conflicto, evitando tocar puntos que puedan ser inútiles y en ocasiones hasta dañosos para el procedimiento. Es aquí donde el mediador debe utilizar las técnicas de comunicación para lograr que las partes lleguen a comprender la situación real y a la vez se comprendan ambos en cuanto al hecho que vivieron.

a) Identificación de los puntos en conflicto; Para ambas partes los puntos de conflicto serán diferentes, tomando en consideración que cada uno tiene necesidades diferentes, y al mismo tiempo que ambas deben quedar conformes con lo que se estipule en el convenio, aquí el mediador debe ejercer la escucha activa, preguntando, escuchando y sobre todo estimulando la reflexión de ambas partes.

b) Reconocimiento de la corresponsabilidad; el mediador debe ayudar a las partes por medio de explicaciones y apoyo, para que ambas partes reconozcan en la medida de lo posible el porqué de los hechos en el momento que ocurrieron. Debido a que es difícil aceptar los errores y explicarlos es en éste

momento cuando el mediador debe revisar la lectura corporal de los mediados para poder ayudarlos a expresarse abiertamente.

c) Identificación de los intereses controvertidos y de las necesidades reales generadoras del conflicto; en cuanto a los intereses deben ser expresados por las partes con un significado verdadero, pues serán los objetivos sobre los que se realizará el convenio, en cuanto a cubrir las necesidades de las partes debemos comprender que estas serán cubiertas en base a la proporcionalidad con la que pueda cumplirse.

d) Atención del aspecto emocional de los mediados; el mediador nunca puede dejar de cuidar el aspecto emocional de las partes, y sobre todo el de la víctima pues en cualquier momento se puede presentar un cuadro de emociones que genere el rompimiento de la comunicación, en caso de ser así el mediador debe resolver rápidamente el problema.

e) Listado de los temas materia de la mediación; debemos centrar el problema y clasificar los puntos principales para resolverlos, de igual forma ordenar los temas que son más importantes para las partes.

f) Atención de los temas de la agenda: Se debe vigilar que los puntos que se enlistaron se cumplan y se realicen los objetivos a que las partes se comprometieron, sin alterar en ningún momento el orden y mucho menos perder tiempo en asuntos innecesarios.

III. Construcción de soluciones: En esta etapa el mediador debe tener sumo cuidado para no perder su neutralidad, ya que no puede apoyar a ninguna de las partes y mucho menos darles soluciones preparadas por él.

a) Aportación de alternativas; se debe promover la generación de ideas por poco realistas que parezcan, pidiendo a las partes mayores explicaciones sobre las propuestas no desechando ninguna antes de ser evaluada completamente, tratando de obtener propuestas integradoras que sean aceptables para ambos.

b) Evaluación y selección de alternativas de solución; una vez hecho lo anterior, ahora se deben estructurar las alternativas en base a la lógica y por supuesto a

cumplir con las necesidades que cada parte expreso y que terminen con el procedimiento de la mejor forma.

- c) Construcción de acuerdos; las opciones planteadas y que sean las más lógicas, pueden ser aceptadas y explicar cómo funcionarán en la realidad, así como sus ventajas, inconvenientes e incluso las dificultades para llevarlas a término. Además debe señalarse quién hará qué, cuándo, cómo y dónde.

Es en este punto donde se debe establecer la reparación económica que el victimario está dispuesto a realizar en base a su situación económica, laboral e inclusive personal en que se encuentra, y en el caso de la víctima está debe entender que el procedimiento penal termina aquí y que básicamente se desistirá de cualquier acción judicial en un futuro.

Es importante observar que tal vez alguna de las partes o ambas en dicho momento ya hayan demostrado si necesitan terapia para superar lo ocurrido así que el mediador debe acudir a expertos en la materia que pueden estar dentro del centro de mediación para que se les apoye o envíe a donde puedan ser atendidos.

Es muy importante que las partes comprendan que la mediación no tiene como fin indemnizar a la víctima, sino que trata de restaurar las relaciones sociales que se han roto por el suceso, por ello el convenio posterior tendrá que estar basado no solo en cosas económicas, sino tal vez apoyo para un futuro o en un dejar de hacer del victimario por ejemplo beber, consumir algún estupefaciente, no conducir, entrar a una terapia, etc.

IV. Final: El cierre de la mediación es la etapa más importante pues el mediador deberá cuidar la elaboración del convenio para se encuentre dentro de los límites de la ley y al mismo tiempo abarque las necesidades de las partes sin afectarlas, pues el compromiso realizado debe de prever la situación final y contemplar todo lo que las partes asintieron para que con ello ninguna pueda dejar de firmar el convenio.

- a) Revisión y consenso de acuerdos; Primero el mediador revisará los puntos que se enlistaron y después, realizará con las partes el consenso de cuáles son los puntos que se deben asentar en el convenio y cuales no son lo

suficientemente importantes para estar en esté. Estos acuerdos verbales son el inicio del convenio que más adelante se firmará.

b) Elaboración del convenio y, en su caso, firma del que adopte la forma escrita. La elaboración del convenio será hecha por el mediador que como todo abogado utilizará los argumentos que las partes le han proporcionado y que por tanto al plasmarse en el papel deben de ser lo más real posibles para que el convenio se cumpla. Al estar completo el convenio se dará una copia a las partes para que lo lean, y lo analicen para que se convenzan de que contiene los elementos suficientes para su aceptación y la firma del documento.

Como lo dijimos el convenio que se realice no solo es para la reparación económica a la víctima, ya que también debe contener si el inculpado deberá abstenerse de un no hacer como es el caso de ingerir bebidas alcohólicas, enervantes o estupefacientes, así como rehabilitarse si fuese necesario, y en el caso de la víctima entrar a terapia psicológica si es necesario o a un programa para víctimas, todo lo anterior debe ser muy preciso en el convenio pues con ello se concluye la prosecución judicial.

Si la mediación termina con el convenio será necesario dar aviso al Juez de Control puesto que la aplicación de los mecanismos alternativos está dentro de sus funciones con lo que el proceso tendrá una terminación condicional al cumplimiento del convenio.

En caso de que aun llevando a cabo la mediación no se haya conseguido llegar a un resultado satisfactorio, el mediador deberá dar aviso al Ministerio Público y al Juez de Control para que se pueda acceder a los criterios de oportunidad, tomando en consideración que existe un delito culposo, que se accedió a la mediación pero no se convino y que se cuenta con una propuesta de reparación integral para la víctima con lo que se podrá dar fin al proceso.

IV.3 Límites para que proceda la mediación en el homicidio culposo.

En el caso de las legislaciones que analizamos en el capítulo II, la mediación es un procedimiento de prueba como en el caso del Distrito Federal,

que se encuentra en formación, puesto que se está llevando a la práctica y en muchos casos apenas se empieza a dar la resolución a los conflictos.

En el caso de la materia penal la mediación aún no está bien planteada, pues la Ley, tiene vacíos que se llenarán con la práctica y sobre todo con las vivencias que se van acumulando en los centros de mediación, ya que los mediadores son quienes conocen los hechos y a las partes que acceden al procedimiento; con lo que no solo actúan como abogados sino como negociadores que deben acceder a escuchar sin criticar, leer los pensamientos y emociones de las partes para comprender sus necesidades, en el caso de que el mediador intervenga debe evitar utilizar connotaciones negativas para con la otra parte, y en cuanto a preguntar debe analizar qué es lo más conveniente puesto que la información que rindan las partes puede ser un simple “sí” o un “no”, pueden hacer referencia a un tercero o por último tratar de cambiar una posición rígida a una flexible. Es también en este momento que el mediador debe tratar de no perder los pensamientos e ideas que las partes vayan explicando para no dejarlas desenganchas al momento de buscar la solución.

En los puntos anteriores es donde el mediador debe tener el mayor cuidado posible pues en el caso del homicidio culposo, debemos entender que el indiciado no quiere enfrentar el proceso penal y menos ser condenado por un delito que no quería cometer, y en el caso de la víctima la pérdida de un ser querido jamás será reparada, pero puede ser minimizada si se intenta empezando por una disculpa y tratando de reparar el daño.

En las diferentes legislaciones que presentamos en el capítulo II, no se encuentra ningún límite en el procedimiento de mediación pero se intenta tratarla de una forma adecuada, pues los legisladores buscan que la ley enmarque dicho procedimiento por ejemplo en el caso de Chihuahua el proceso de mediación no se especifica en materia penal, en el caso de Coahuila se da un plazo de término para el procedimiento que es de 70 días ampliados a 140, en Colima por ejemplo se advierte que en caso de que las partes pacten un convenio que sea antijurídico

este no podrá ser válido, en el caso de Durango la mediación y conciliación se tratan en el mismo nivel procedimental, pero a todo lo anterior se puede observar que ninguna de las legislaciones se ha enfrentado a un procedimiento en materia penal que conlleve el homicidio culposo. Ya que no hacen ninguna referencia a realizar el procedimiento de forma completa, ahora bien tampoco encontramos ninguna legislación que nos impida realizarlo por tanto es indispensable poner límites reales al procedimiento, para que sea usado de forma correcta y en base a la justicia restaurativa.

Por todo lo anterior como limitaciones a realizar la mediación en el homicidio culposo propongo que sean:

1. Quien ha intervenido en la mediación de un delito de homicidio culposo, no podrá volver a solicitarlo cuando es victimario; pues la mediación es un mecanismo cuya naturaleza es restaurar el daño causado y que el victimario comprenda la naturaleza del mismo.
2. El procedimiento de mediación tiene como objetivo que ambas partes queden satisfechas, pero no debe basarse solamente en el pago de una indemnización, ni en tratar de quitar libertades al victimario a cambio de no ir al procedimiento.
3. La duración del procedimiento de mediación no puede dilatar en su realización por ello se debe limitar a que se realice hasta antes del juicio oral.
4. En caso de que el delito se haya cometido entre familiares, ni por petición del victimario debe ser realizada, se deberá solicitar la aplicación de los criterios de oportunidad.

IV. 4 Cuando no procede la mediación, aplicación de los criterios de oportunidad.

Debido al cúmulo sentimental que las partes tienen al momento de la mediación, es posible que el procedimiento a pesar de iniciarse de la forma correcta no necesariamente llegue a su fin, lo anterior porque las partes pueden

decidir no terminarlo, pues a pesar de la comunicación no pueden llegar a ningún acuerdo, e inclusive porque ni siquiera sea posible que se comuniquen.

En el caso de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF, en el artículo 34 se anotan como formas de concluir la mediación las siguientes:

- I. Por convenio en el que se haya resuelto la totalidad o parte de los puntos litigiosos de la controversia;
- II. Por el comportamiento irrespetuoso o agresivo de alguna de las partes hacia la otra, el mediador o persona autorizada para intervenir en la mediación, cuya gravedad impida cualquier intento de diálogo posterior;
- III. Por decisión conjunta o separada de las partes;
- IV. Por inasistencia injustificada de ambas partes a dos sesiones consecutivas, o por inasistencia, sin causa justificada, de alguna de las partes a tres sesiones consecutivas.
- V. Por decisión del mediador, cuando de la conducta de alguna o de ambas partes, se desprenda indudablemente que no hay voluntad para llegar a un acuerdo.

En el caso de la primera hipótesis se entiende que el procedimiento de mediación se ha concluido de forma exitosa, por tanto que ambas partes han aceptado firmar porque se cumple con sus expectativas, con lo que quedaría fuera de nuestro siguiente análisis. Pero en las siguientes hipótesis el mediador o las partes la han concluido ya sea porque se demostró que la comunicación de la víctima y victimario no fue buena, así como su trato o porque no existe el respeto, ni la voluntad para seguir adelante.

Es en este momento cuando el mediador acudirá al Juez de la causa para informarle lo ocurrido y solicitar que el Ministerio Público que llevaba la carpeta del ilícito retome dicho asunto y aplique los criterios de oportunidad que como vimos en el capítulo I, el Ministerio Público aplicará en los casos que se estime conveniente tomando en consideración criterios objetivos, y como en todo procedimiento fundando y motivando la resolución que haya dictado para su

proceder. Lo anterior quedará completamente ligado a que el Ministerio Público se guie por los lineamientos generales y a las normas que estén vigentes en el momento.

Como ya lo habíamos visto en el capítulo primero, los criterios de oportunidad son un nuevo concepto dentro de la reforma penal de 2008, en la Constitución y proviene de los sistemas alemán y estadounidense, en los que se otorga al Ministerio Público o Fiscal una facultad especial para poder prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, ya sea en relación a alguno o a varios hechos, o a alguna de las personas que participaron en su realización. Lo anterior frente a delitos que no afecten el interés público, pues estos son de gran impacto mientras que hay delitos que tienen un menor interés e inclusive en los que existe una doble victimización.

Esta facultad se otorgó al Ministerio Público pensando en que se beneficiará tanto al sistema como a los indiciados que ayudan a la resolución de delitos mayores o que al cometer un delito no hubieran afectado un interés social.

En el caso del homicidio culposo sabemos que el victimario nunca tuvo la intención de cometer el delito, y que por ello a pesar de ser culpable, no quiere enfrentar un proceso penal en el que puede ser condenado y por tanto ir a un Centro de Readaptación Social, lo que sería nocivo para él.

El victimario está dispuesto a reparar el daño causado a la víctima a su entera satisfacción, para con ello aminorar su responsabilidad, y es aquí donde el Fiscal debe por razones objetivas y sin discriminación, aplicar los criterios considerando la peculiaridad del caso y sobre todo del victimario; por lo anterior mencionado, en el delito de homicidio culposo si se pueden aplicar los criterios de oportunidad cuando la mediación no ha funcionado como se esperaba, con lo que se daría el beneficio al procesado.

Ahora bien debemos entender que como cualquier acto realizado por una autoridad el uso de los criterios de oportunidad tendrán una fundamentación y motivación hecha por el Ministerio Público, con la que no quedará duda del porqué de su actuar, y que la decisión será comunicada a la autoridad que sea designada para que se cumpla con las normas y políticas generales que estén dispuestas en ese momento.

Podemos decir que el uso de los criterios de oportunidad cuando no se ha podido llevar a cabo la mediación para el homicidio culposo, tendrá el fin de ayudar al indiciado para que no enfrente el proceso penal y la vez aminorar el trabajo del Tribunal correspondiente, pues ante éste no se llevará a cabo ningún proceso con lo que se podrá dar mayor atención a delitos en los que si haya un daño al interés público.

Lo anterior también ayuda a que se cumpla con la justicia restaurativa pues el victimario no queda impune en cuanto al ilícito cometido, sino que habrá reparado el daño causado y con ello se logrará minorizar la afectación a la víctima del delito.

Ahora bien cuando el Ministerio Público aplique los criterios de oportunidad deberá solicitar como ya lo habíamos dicho una propuesta de convenio sobre la reparación integral de los daños para la víctima la que deberá contener:

- a) Si existe una indemnización para el ofendido o en su caso una pensión deberá estipularse cuál será el monto otorgado y por cuanto tiempo.
- b) En caso de que el indiciado deba abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas o estupefacientes debe quedar asentado y pedir que esto se verifique; si se pacta que debe ingresar a un centro de rehabilitación o a un grupo de ayuda deberá informar su avance.
- c) De igual forma si en la propuesta el indiciado ofreciera ayudar en un programa de asistencia social o a favor de la comunidad se deberá comprobar que cumple con dicho requisito.

- d) En caso de que la propuesta contenga un no hacer por parte del indiciado es necesario dar aviso a las autoridades correspondientes a efecto de que pueda cumplir con lo pactado por ejemplo no conducir.

Es en estos pequeños detalles donde el indiciado en realidad tendrá una pena social que lo hará comprender el daño que causo, y tratar de no volver a cometer ningún delito en lo futuro. Por último debemos recordar que el uso de los criterios de oportunidad se aplicará cuando la mediación no haya resultado pues en ambos casos no se llegará al juicio y el conflicto se resolverá prácticamente en la averiguación previa.

Solo nos queda decir que la “instauración de la mediación en el homicidio culposo” debe ser aceptada, tomando en consideración todo lo ya anotado y confiando en que el uso de los mecanismos nos dará la ventaja para acabar con un proceso obsoleto cuya resolución además de ser tardada nunca busco ayudar a al indiciado y menos reparar el daño a la víctima.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los mecanismos alternativos de solución de controversias se insertaron en nuestro sistema penal hace unos años, en varios Estados de la República; pero fue por la reforma Constitucional de 2008 que se dieron a conocer de forma general, y que actualmente se están insertando en las legislaciones con el objetivo de despresurizar al sistema penal en la administración de justicia, y al mismo tiempo lograr la justicia restaurativa entendiendo está como la solución a un conflicto generado por el hecho delictivo en el que las partes pactan, sin entrar a procesos penales.

SEGUNDA. En cuanto a nuestro sistema penal debemos decir que se crítica que se persiga, juzgue y sentencie delitos de poco impacto social en los que se desperdicia tiempo y fondos públicos, cuando la maquinaria judicial debería ser ocupada para perseguir a delincuentes de delitos graves en los que el daño a la sociedad es realmente serio, y en los que la impunidad deja mucho que desear al país y al Sistema Penal. Por lo anterior es que el cambio a un Sistema de corte acusatorio y oral es al parecer lo más adecuado para ayudar a acabar con procesos largos y tediosos que hasta el momento enfrentan los tribunales.

TERCERA. La mediación es un nuevo punto en el que la regulación debe ser más acorde a las expectativas jurídicas que se necesitan para resolver los conflictos interpersonales del derecho penal, y no sólo intentar que sea un procedimiento en el que se resuelvan conflictos civiles o familiares, lo anterior basándonos en que su regulación en otros Estados a pesar de ser más avanzada no es perfecta, puesto que hasta llevarla a la práctica se podrá acabar con los procesos en los cuales siempre hay un ganador y un perdedor.

CUARTA. La mediación penal, no es, ni será una justicia pactada, sino por el contrario una forma de impartir justicia en la que la víctima participe de forma activa en el proceso de solución del delito, y a la vez se ayude al indiciado a

terminar con procesos en los que enfrente un juicio y se dé la oportunidad de reparar el daño para con ello no ingresar a un Centro de Readaptación Social y cumplir una pena que en lugar de reintegrarlo a la sociedad, lo convierta en una víctima de las cárceles.

QUINTA. La instauración de la mediación penal en el homicidio culposo, resolverá el conflicto en la averiguación previa con ello se evitara entrar al juicio y al mismo tiempo que se desperdicien recurso tanto humanos como económicos, cuando la solución puede ser dada por las partes y tener la misma seguridad jurídica de una sentencia que podría llegar a tardar inclusive años.

SEXTA. En el caso de la mediación en el homicidio culposo es necesario que sea instaurada para evitar que las partes del conflicto se enfrenten en tribunales, con ello resolver el conflicto penal de forma inmediata y consciente de que las partes han satisfecho sus intereses y restaurado las relaciones interpersonales que se buscan en una sociedad. La viabilidad de la propuesta se basa sobre todo en la poca legislación que se tiene en el Distrito Federal y que es somera respecto a su utilización en materia penal, buscando exclusivamente la reparación del daño y no la solución al problema.

SEPTIMA. Es necesario que al implementar la mediación penal en el homicidio culposo se instruya a los mediadores para que busquen solucionar los conflictos con base en la confianza, la comunicación y en algunos casos la coadyuvancia de otros profesionales para que puedan llegar a buen fin, del mismo modo ayudar a ambas partes siempre con empatía pero sin dejar de lado la objetividad y los principios de la mediación.

OCTAVA. Con la instauración de la mediación se logrará que la víctima pueda expresar su sentir, sus necesidades y pueda entender al indiciado; pero sobre todo que actuando en el procedimiento se sienta aliviado al poder resolver la situación, sin dañar a otra persona y comprendiendo que lo ocurrido fue un error

muy grave pero que no quedará impune y que podrá tener una solución justa, equitativa y propuesta en parte por el mismo.

NOVENA. En cuanto al indiciado la mediación le dará la posibilidad de pedir perdón a la víctima en primer lugar, y después tratar de reparar el daño que ha causado con el objetivo de que se reintegre realmente a la sociedad sin ser visto como un criminal, o estigmatizado como un presidiario que estuvo en la cárcel. Pues al llevar a cabo la mediación buscará comunicarse con la víctima teniendo en cuenta que es responsable, que actúo mal, pero sobre todo que está arrepentido y desea ayudar a restaurar el daño causado por lo que más adelante intentara no caer en litigios y tener más prudencia de sus actos.

DECIMA. Entre las ventajas encontramos que: las partes tendrán la oportunidad de confrontarse en un ambiente libre de presiones, y demostrando el verdadero impacto psicológico para ambos; el indiciado reparará el daño tanto emocional, como intelectual y materialmente con base en su declaraciones y exposición de ideas para el convenio a realizar, y la víctima por último podrá intentar comunicarse, analizar la situación que padeció y tratar de resolver el conflicto. Además podrá participar en los programas de rehabilitación que el gobierno está implementando para ayudar a las víctimas de delitos, con lo que no se sentirá defraudado por la justicia.

DECIMA PRIMERA. En el caso de llegar a utilizar los criterios de oportunidad, se buscará que el Ministerio Público los realice en base a que el delito es de menor impacto y tomando en consideración que el indiciado ha elaborado una propuesta de reparación del daño con la que no se dejará a la víctima sin justicia, y sobre todo que se evitará ir a un proceso que no tiene ningún objetivo. Con lo anterior se saldrá de las sanciones tradicionales y hará más eficaz tanto el Derecho Penal como el Derecho Procesal, cumpliendo con los objetivos de la reforma Constitucional y con la Justicia Penal.

DECIMA SEGUNDA: Por último reitero que para llevar a cabo la instauración de la mediación en el homicidio culposo será necesario que se tomen en cuenta los siguientes puntos que he propuesto.

1. La mediación para el caso del homicidio culposo procederá cuando el imputado no se encuentre bajo los efectos de algún estupefaciente o abuso de las bebidas alcohólicas y demuestre que:

- vi. Debe probar que después de cometido el delito no se retiró del lugar donde ocurrió el hecho delictivo.***
- vii. No ha sido sentenciado en otro proceso penal por la comisión de un delito ya sea doloso o culposo***
- viii. Debe probar su estado de salud psicológico***
- ix. No encontrarse dentro de un proceso de desintoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas o estupefacientes.***
- x. En caso de encontrarse en un tratamiento médico que conlleve el uso de estupefacientes o psicotrópicos debe probarlo con dos expertos en la materia.***

2. Cuando el inculpado requiera la mediación argumentando que cuando ocurrió el hecho delictivo se encontraba bajo los efectos de estupefacientes o del alcohol, esta se llevará a cabo excepcionalmente cuando se demuestre que se cumple con las fracciones del artículo anterior y las siguientes:

- ii. Debe probar que no es bebedor consuetudinario, por medio de análisis clínicos y de testigos que no sean familiares.***

3. En cuanto a la duración del procedimiento se inicia desde que se tiene conocimiento del delito, y concluirá antes de iniciar el Juicio Oral, mientras dure se declarará la suspensión del procedimiento.

4. Si las partes después de acceder al procedimiento logran convenir y realizar por tanto el convenio para la solución del

conflicto, se dará fin al procedimiento y se dará informe al Juez de Control para que se termine con la prosecución judicial y dicho convenio se convierta en Sentencia, para que se cumpla con todas las formalidades de la ley.

5. Si las partes después de acceder a la mediación no logran convenir en el tiempo acordado, el Juez de Control deberá determinar la situación jurídica del indiciado y solicitar a este un proyecto de reparación integral, y ofrecerá de nuevo el procedimiento a la víctima a fin de que esta participe en la solución del conflicto.

6. En caso de que la víctima no volviera a aceptar el Juez de Control pedirá al Ministerio Público la aplicación de los criterios de oportunidad, de tal forma que se termine con el proceso sin acceder al juicio.

7. Será hasta que se cumpla el convenio en su totalidad o a la aplicación de los criterios de oportunidad cuando se dará la extinción de la acción persecutoria.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO G. Ana Margarita. Negociación, Mediación y Conciliación: Cultura de diálogo para la Transformación de los conflictos, 2a edición, IJSA., Costa Rica. 2005.

ARELLANO García, Carlos, Primer curso de derecho internacional público, 6a edición, Porrúa, México, 2006.

ARELLANO García, Carlos, Segundo curso de derecho internacional público, 3a edición, Porrúa, México, 2004.

BENAVENTE Chores, Hesbert, Criterios de Oportunidad en el Proceso Penal Acusatorio, 1ra edición, Flores Editor y distribuidor, México 2010.

BERNAL Pinzón Jesús, El homicidio, 1ra edición, Temis, Colombia, 1976.

BROWNLIE Ian, Principles of public international law, 6° edición, Oxford University Press, EUA 2003.

CAMARGO Pedro, Tratado de derecho Internacional público, 4ª edición, Leyer, Colombia, 2007.

CAMARERAS Selvas, Claudia y otros, Temas selectos de procuración de Justicia, Porrúa-DERECHO UNAM, Procuraduría General de la República y Academia Mexicana de Jurisprudencia y legislación, México 2006.

CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Tomo 3, 2da edición, Temis, Colombia, 1967.

CARRANCA y Rivas, Raúl, Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal, Porrúa, México 2010.

CASTELLANOS Hernández, Eduardo de Jesús y coord., Temas de Derecho Internacional, 1ra. Edición, Secretaria de Gobernación, México 2006.

CASTELLANOS Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, 42 edición, Porrúa, México, 2001.

CORONATO Rodríguez, José Francisco, Nuevas formas de Procuración de Justicia, Porrúa-Derecho UNAM, México 2008

CORTES Coto, Ronald, Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código procesal Penal, Costa Rica 2008.

CUELLO Calón Eugenio, Derecho Penal, tomo 1, 8va edición, Bosch, Barcelona, 1947.

CRUZ Cruz, Elba, Teoría de la Ley Penal y del Delito, 1ra edición, editorial IURE, México, 2006.

DIEZ Francisco y Gachi Tapia, Herramientas para trabajar en Mediación, Paidós, Argentina, 1999.

DEL Val, Teresa M., Mediación en Materia Penal, 2da. edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005.

DIAZ-Aranda, Enrique, Dolo, Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México, 2da edición, Porrúa, México, 2000.

DUPUY, Pierre-Marie, Droit International Public, 5ª edición, Dalloz, Paris 2000.

EIRAS Nordenstahl, Ulf Christian, Mediación Penal de la Práctica a la Teoría, 1ra edición, Histórica, Buenos Aires, 2005.

EVANS, Malcom, International law, 2ª edición, Oxford University Press, Great Britain 2006.

FERRAJOLI Luis, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, 5ta edición, editorial Trotta, España, 2001.

GARCIA Ramírez, Sergio, La Reforma Penal Constitucional, Porrúa, México 2009.

GARCIA Ramírez, Sergio, La reivindicación del ofendido. Un tema de la Justicia Penal, Revista Mexicana de Procuración de Justicia, México 1996

GOMEZ Lara, Cipriano, Derecho Procesal Civil 7ma edición, Oxford, México 2005

GOMEZ Lara, Cipriano, Teoría General del Proceso, 10ma edición, Oxford, México 2005

GONZALEZ Ibarra, Juan de Dios, "La procuración de justicia integral como política pública, UNAM, México 2009

GORJÓN Gómez Francisco Javier y José Guadalupe Steele Garza, Métodos Alternativos de Solución de Controversias, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford, México 2009.

GOZAINI, Osvaldo A., Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos, De Palma, Buenos Aires, 1995.

HERRERA, Trejo Sergio, La mediación en México, 1ra edición, Colección Fundada, México, 2001.

HIDALGO Murillo, José Daniel, Sistema Acusatorio Mexicano y garantías del proceso penal, Porrúa, México 2009.

ISLAS de Gómez, Mariscal Olga, Análisis Lógico de los delitos contra la vida, trillas, México 1991.

LEBEDINSKI, U, Trastornos del Desarrollo Psíquico en los niños, Ed. Universidad de Moscú, Rusia, 1985.

LÓPEZ Bassols, Hermilio, Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos, 2da. edición, Porrúa, México, 2003.

LÓPEZ Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho penal, Porrúa, México 2003

LÓPEZ Betancourt, Eduardo, "Delitos en particular", Porrúa, México 2008.

MARGULISN Lynn, Captando Genomas, una teoría sobre el origen de las especies, 1ra edición, Editorial Kairos, España 2003.

MALVAEZ Contreras, Jorge, "La reparación del daño al ofendido o víctima del delito", Porrúa, México 2008.

MARQUÉZ Algara, Ma. Guadalupe, Mediación y Administración de Justicia. Hacia la consolidación de una Justicia Participativa, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México 2004.

MONROY, Marco, Derecho Internacional Público, 2ª edición, Temis, Colombia 1986.

NAVARRETE Rodríguez, David, Análisis Jurídico del delito de homicidio, Sista, México 2008.

NEUMAN Elías, la mediación penal y la justicia restaurativa, 1ra. Edición, Porrúa, México, 2005.

NEUMAN Elías, Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales, Universidad, Buenos Aires 1994.

NUÑEZ Roberto, Compendio de Derecho Internacional Público, Orión, México 1970.

ORAÁ Oraá, Jaime, Gómez Isa, coord., Textos Básicos de Derecho Internacional Público, 1ra edición, Universidad de Deuston, España, 2000.

PAVON Vasconcelos, Francisco, Delitos contra la vida y la integridad personal, 7ma edición, Porrúa, México 2000.

PORTE Petit, Celestino, Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, 9na edición, Porrúa, México 1990.

RIBEIRO Toral, Gerardo, Teoría de la Argumentación Jurídica, Plaza y Valdez, México 2003.

ROMERO Tequextle, Gregorio, cuerpo del delito o elementos del tipo, 2a edición, Editores ZOGS, México 1999.

ROMO Medina, Miguel, Criminología y Derecho, 2da edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1989.

ROXIN, Claus, La reparación de las víctimas en el marco de las sanciones penales, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

SEPULVEDA César, Derecho internacional, 26a edición Porrúa, México 2009.

SEARA Vázquez, Modesto, Derecho internacional público, 21a edición, Porrúa, México, 2004.

SHAW, Malcom, International law, 5ª edición, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003.

TAMAYO y Salmorán, Rolando, Razonamiento y argumentación jurídica el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho, 2da edición, Porrúa México 2004.

U ROSA Ramírez, Gerardo, El cuerpo del delito y la responsabilidad penal, Porrúa, México 2003.

VALLARTA, José Luis, Derecho Internacional Público, Porrúa, México 2009.

VELAZQUEZ, Estrada, Alfonso, Nuevo sistema de Justicia Penal para México, Porrúa, México 2009.

VERONA, Martínez Gema, La mediación reparadora como estrategia de control social, una perspectiva criminológica, Comares, Granada, 1998.

WOOLPERT, Stephen, La mediación y sus contextos de aplicación, ediciones Paidós Ibéricas, Buenos Aires, 2001.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

AMUCHATEGUI Requena, Irma Griselda, Diccionario de Derecho Penal, Oxford University Press, México 2009.

BLANCO, Rafael y otros, Justicia Restaurativa, Marco Teórico, experiencias comparadas y propuestas de Política Pública, Colección de Investigaciones Jurídicas, Volumen 6, Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2004.

CONTRERAS, Vaca Francisco José, "Derecho Procesal Civil", VOLUMEN 1, OXFORD Y UNIVERSITI PRESS MEXICO 2001.

CALAMANDREY Piero, Derecho Procesal Civil, Primera Serie, Volumen 2, Oxford, México 2000.

CARNELUTTI Francesco, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Primera serie, volumen 5, Oxford y University Press, México 2000.

DE LEON Fernández, Gonzalo, Diccionario Jurídico, 3ra edición, editorial ABECE, Buenos Aires, 1972.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa-UNAM, México, 2007.

Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa UNAM, México 2002.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Driskill, Buenos Aires, 1986- 2004.

GUILLIEN Raymond, Diccionario Jurídico, 2da edición, Temis, Colombia, 2001.

Nuevo Diccionario de Derecho Penal, 2da edición, Malej, México, 2004.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LEY DE MEDIACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.

LEY DE MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA.

LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA PARA EL ESTADO DE COLIMA.

LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE DURANGO.

LEY DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ESTADO DE YUCATÁN.

LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE ZACATECAS.

LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PARA EL DISTRITO FEDERAL.

HEMEROGRAFIA

ALCONADA, Julio M.F. Resolución de conflictos y mediación penal, Instancia de la Plata, Argentina 2008.

DEL RIO Pacheco, Emilio, la figura jurídica de la conciliación, Revista ABZ, segunda época, núm. 137, noviembre 2001.

FULLERA, Antonio, Un espacio para la autocomposición. La experiencia francesa en mediación, Revista jurídica del poder judicial del estado de chihuahua, año IX, num.13, verano, Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua, México 2003.

GONZALEZ A. Carranca, Juan Luis, "Mediación, el procedimiento más flexible de la justicia alternativa", Revista Foro Jurídico, num.9, tercera época, junio 2004.

GOROCICA Coral, Lucia Guadalupe, "La mediación como un respiro para una sociedad cansada", Revista Jurídica del poder judicial del estado de chihuahua , año IX, num.13, verano, México 2003: Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua.

MESA Fonseca, Emma, Hacia una justicia restaurativa en México, INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, México, 2008.

OROZCO Wistano, Luis, Acceso a la justicia y resolución Alternativa, Revista Foro Jurídico, México, 2001.

PERIS Riera, Jaime, El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de menores , Revista ABZ, segunda época, núm. 137, noviembre 2001.

Proyecto de mediación en México, Ley de mediación del estado de chihuahua".
Revista jurídica del poder judicial del estado de chihuahua, año IX, num.13,
verano, México Supremo Tribunal de Justicia del Estado de chihuahua.

REFORMA CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD Y JUSTICIA, talleres gráficos de
México, julio del 2008.

RODRIGUEZ Octavio, A, "LA MEDIACIÓN EN MATERIA PENAL", Revista
jurídica del poder judicial del estado de chihuahua, año IX, núm. 13, verano,
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua, México 2003.

ROLDAN Xopa, José," Estudios sobre justicia alternativa en el Distrito Federal",
Revista Este País, número 138, México, septiembre 2002.

PAGINAS WEBBS

<http://www.un.org/es/>

<http://www.yale.edu/laweb/avalon/lawofwar/haguement.htm>

<http://www.lagranguerra1914-1918.blogspot.com>

<http://www.un.orgles/documentos/charter/>

<http://www.un.orgles/documentos/charter/preamble.shtml>

<http://www.sre.gob.mx>

<http://www.aos.org/juridico/spanish/tratados/a-42html>

<http://www.restorativejustice.org/>

<http://www.un.org/spanish/confeneces/xcongreso/index/html>

<http://inacipe.gob.mx/index>

<http://www.letrasjuridicas.com/volumenes/20/contreras20.pdf>

OTRAS OBRAS

CD ROM. LEGIS ESTATAL, INFORMATICA MEXICANA CENTRO DE
INVESTIGACION DE SOFTWARE JURIDICO. VISUAL BASIC 6.0, MEXICO 2004.