



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“UNA NUEVA ALTERNATIVA AL PROCESO PENAL:
JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL”

T E S I S

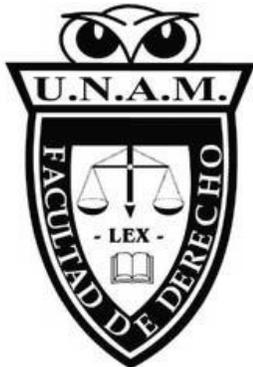
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A:

CLAUDIA VIRIDIANA HERNÁNDEZ TORRES

ASESORA: LIC. WENDY VANESA ROCHA CACHO



CIUDAD UNIVERSITARIA

2013



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.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/ SP/11/1/2013
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

La alumna **CLAUDIA VIRIDIANA HERNÁNDEZ TORRES**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección de la **LIC. WENDY VANESA ROCHA CACHO**, la tesis profesional titulada "**UNA NUEVA ALTERNATIVA AL PROCESO PENAL: JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL**" que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

La profesora, **LIC. WENDY VANESA ROCHA CACHO**, en su calidad de asesora, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**UNA NUEVA ALTERNATIVA AL PROCESO PENAL: JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL**" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **CLAUDIA VIRIDIANA HERNÁNDEZ TORRES**.

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

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

Sin otro particular, agradezco anticipadamente la atención que le dé a la presente solicitud, y aprovecho para enviarle un saludo cordial.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 21 de Enero de 2013.

MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA
DIRECTOR DEL SEMINARIO

CEBS/*cch



A mi abue, por su paciencia, infinito amor, por guiarme sabiamente en mí camino, además de los cuidados y enseñanzas, por creer en mí y ser el pilar más importante en mi vida. Te quiero con todo mi corazón.

A mi mami, ejemplo de esfuerzo, trabajo y perseverancia. Eres la persona que más admiro, gracias por apoyarme en todo momento y por motivarme a seguir adelante y vencer cualquier obstáculo.

A mis tías y tíos por sus consejos, apoyo incondicional, por recordarme que la familia es lo más importante y demostrarme que en cualquier circunstancia estarán junto a mí.

A mis primos y primas por las aventuras y travesuras que me llenan de alegría. Es difícil imaginar cómo sería mi vida sin su cariño.

A mis amigos por todas las aventuras vividas.

AGRADECIMIENTOS

A la UNAM y a la Facultad de Derecho por contribuir en mi formación académica y personal.

A mi asesora, la Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho por el apoyo que me brindo, la motivación, tolerancia y confianza en el presente trabajo.

UNA NUEVA ALTERNATIVA AL PROCESO PENAL: JUSTICIA RESTAURATIVA Y
MEDIACIÓN PENAL

ÍNDICE

Introducción	I
--------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

CONTROL SOCIAL

1.1 Conducta	1
1.2 Tipos de conducta	4
1.2.1 Social	4
1.2.2 Asocial	4
1.2.3 Parasocial	4
1.2.4 Antisocial	5
1.3 Reacción social	6
1.3.1 Concepto	6
1.3.2 Tipos	8
A. Reacción religiosa	8
B. Reacción moral	9
C. Reacción ética	10
D. Reacción jurídica	10
E. Reacción penal	11
a. Delito	12
b. Principio ultima ratio	12
c. Etapas de la reacción penal	13
1.4 Control social	18
1.4.1 Concepto	18
1.4.2 Tipos de control social	20
A. Mecanismos formales de control social	20
B. Prevención general	22
C. Prevención especial	24
D. Mecanismos informales de control social	25
1.4.3 <i>lus puniendi</i>	26

CAPÍTULO SEGUNDO

MEDIOS JURISDICCIONALES Y NO JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

2.1 Medios jurisdiccionales de control social	33
2.1.1 Pena	38
A. Clasificación de las penas	41
B. Finalidades de las penas. Teorías	44
2.1.2 Medidas de seguridad	50
2.2 Instituciones en las que se instrumentan medios no jurisdiccionales de control social	55
2.3 Paradigmas actuales de la justicia penal	61
2.4 Crisis del sistema de justicia penal	63

CAPÍTULO TERCERO

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

3.1 Justicia alternativa	69
3.2 Visión alternativa del sistema penal	70
A. Principios	73
3.3 Justicia restaurativa	77
3.3.1 Lineamientos para una justicia restaurativa	85
3.3.2 Tipos de justicia restaurativa	90
A. Conferencias de familia	90
B. Tratado de paz o círculos de sentencia	90
C. Conciliación	92
D. Mediación	95
E. El caso del arbitraje	95
3.4 Salidas alternas al proceso penal ordinario	97
A. Acuerdos reparatorios	97
B. Principio de oportunidad	98
C. Proceso abreviado	99
D. Suspensión del proceso a prueba	100
3.4.1 Eficacia de las salidas alternas	101
3.5 A modo de conclusión	103

CAPÍTULO CUARTO

MEDIACIÓN PENAL

4.1 Qué es la mediación penal	107
4.1.1 Nuestro concepto de mediación	112
A. Elementos de la definición	112

4.2	Sujetos que intervienen	114
4.2.1	Víctima	114
4.2.2	Victimario	116
4.2.3	La figura del mediador y sus características	117
	A. Neutralidad	124
	B. Empatía	124
	C. Flexibilidad	124
	D. Creatividad	125
	E. Escucha activa	125
	F. Asertividad	125
4.3	Procedimiento	126
4.4	Beneficios de la mediación	140
4.5	Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal	143
4.6	Consideraciones finales	146
	Conclusiones	149
	Propuesta	153
	Bibliografía	159

INTRODUCCIÓN

El diseño de los procedimientos de impartición de justicia se ve rebasado por la cantidad de asuntos no resueltos en el tiempo y la forma establecidos por la Constitución, esto debido a que en las instituciones de justicia los procesos son burocráticos y lentos, por lo que los expedientes se acumulan creando rezago judicial; aunado a que el sistema penitenciario se encuentra saturado y no garantiza la reinserción social del individuo procesado y sentenciado, lo que genera una sensación de frustración entre la población, y por consiguiente el incumplimiento de otorgar pronta y expedita justicia lo que ha traído como consecuencia la transformación del sistema de justicia en todo nuestro país.

Así, el sistema de justicia penal está seriamente necesitado de mejoras, de modernización y fortalecimiento, por lo que el Estado está trabajando seriamente para revertir la situación de falta de credibilidad en los órganos encargados de impartir justicia.

Dentro de la estrategia planeada se realizó la implementación de resoluciones alternativas de conflictos, mediante la reforma de junio de 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 17, párrafo tercero, del cual se desprenden los mecanismos alternativos de solución de controversias, especialmente en materia penal, con la mediación como una de sus modalidades.

Estos mecanismos tiene como objetivo evitar que las partes en conflicto recorran el largo y costoso camino de los procesos seguidos ante las autoridades jurisdiccionales y así descongestionar los juzgados, además de obtener acceso a la justicia de manera más pronta, barata, ágil y con mayor satisfacción para la víctima y el victimario.

La mediación penal es el principal instrumento de la justicia restaurativa, que supone que la víctima del delito debe intervenir en la resolución del conflicto,

tratando de satisfacer el derecho a la reparación del daño, brindándole al autor del hecho ilícito la oportunidad de comprender las consecuencias de su acto, aminorando los estigmas de la represión penal y logrando llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes, ya que la justicia restaurativa no supone vencedores y vencidos, sino que ambas partes ganen. De esta forma se le da mayor interés a la reconciliación entre las partes, y no a la imposición de una pena.

Es indispensable fomentar la práctica de la mediación para que paulatinamente forme parte de la cultura jurídica de los ciudadanos y de los que intervienen en la procuración e impartición de justicia, reconociendo su importancia como el medio de solución de conflictos sociales, pues con frecuencia llegan al conocimiento de tribunales cierto tipo de casos que, al analizarlos, revelan la falta de civilidad que algunos miembros de la sociedad tienen para dirimir sus diferencias.

La mediación como forma alternativa de resolución de conflictos privilegia el principio de *ultima ratio* al establecer que el derecho penal es la última medida a la que se debe recurrir y emplear el Estado para la protección de bienes jurídicos fundamentales. Pero ¿por qué no pensar en el arbitraje como otra forma de mecanismo alternativo en materia penal? ¿Cómo se regularía? Y principalmente ¿los mecanismos alternativos son la mejor solución para el descongestionamiento de los órganos jurisdiccionales? ¿Cómo lograr que la sociedad acepte un cambio de cultura respecto a la forma de solucionar los conflictos penales?

Bajo este panorama, se desarrolla el presente trabajo en cuatro capítulos. El primero está dedicado al estudio de la conducta, así como la clasificación tipológica, en especial sobre la conducta desviada que puede convertirse en delito. Asimismo, se estudia el control social respecto a dichas conductas, y tratándose de hechos ilícitos sancionados por las leyes penales se mencionan las etapas de la reacción social.

En el segundo capítulo se examinarán las penas y medidas de seguridad como medios de control jurisdiccional; el uso excesivo de las penas, además del aumento de éstas, sobre todo de la pena de prisión, de ahí que se haga referencia a la crisis que enfrenta el sistema penal. Esto a partir de los paradigmas que se deben romper para dar paso a un sistema no jurisdiccional de control social.

En el capítulo tercero se efectúa el estudio al artículo 17 de la Constitución que reconoce la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos, al aceptar nuevas formas de resolver los conflictos, tomando como referencia en materia penal los principios de la justicia restaurativa, siendo esta una vía para darle mayor participación a la víctima y el poder de dialogar hasta llegar a una conciliación, sobre la forma en que quiere que se le repare el daño. Así, el victimario puede tomar conciencia de las consecuencias de su delito y también le permite proponer soluciones satisfactorias para ambos. Asimismo se mencionan otras salidas al proceso penal ordinario que serán el filtro para que no todos los casos lleguen al tribunal de juicio oral y evitar la saturación del mismo.

Finalmente, el capítulo cuarto hace referencia a la mediación penal, su procedimiento, los beneficios que ésta presenta para la víctima, para el victimario y para la sociedad. Hacemos mención de las características que el tercero neutral, es decir, el mediador debe poseer para poder llevar a las partes a un acuerdo satisfactorio y que no sea necesario el empleo del órgano jurisdiccional y por lo tanto la aplicación de una sanción jurídico- penal.

A través de la implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, entre ellos, la mediación, traerán como consecuencia ventajas en la administración de justicia, facilitando la tramitación y resolución de conflictos, ocasionando con ello la disminución del rezago judicial y dando soluciones más prontas y eficaces que satisfagan a la víctima y el victimario.

Por lo que se propone que no sólo se contemple la mediación como mecanismo alternativo incorporando el arbitraje como otra forma de resolución de conflictos, pues lo que el Estado busca es impartir justicia de manera más rápida y el arbitraje puede contribuir en ese aspecto.

De ahí que se deban realizar programas de difusión para que la población conozca los mecanismos alternativos, los beneficios que estos producen para lograr crear una nueva cultura respecto de la forma de solucionar los conflictos y lograr una transformación en la calidad y acceso a la impartición de la justicia, haciéndose necesaria la capacitación del personal que estará a cargo de la mediación y arbitraje.

Por último, es necesario señalar que para el desarrollo del presente trabajo de investigación se ha empleado la metodología deductiva, documental y estadístico.

CAPÍTULO I

CONTROL SOCIAL

1.1 CONDUCTA

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua, *conducta* se define como “la manera en que los hombres se comportan en su vida y acciones”; “guía, dirección” y “conjunto de acciones con que un ser vivo responde a una situación”.¹

Así, la conducta es la forma de actuar de los individuos en la comunidad; el rol que desarrolla cada individuo dentro de la sociedad, ajustándose a parámetros impuestos por ésta, de modo que, los individuos deben seguir ciertas reglas de comportamiento, pudiendo ser éstas morales, religiosas, de convivencia y conforme a derecho. Por lo tanto, deben aceptar y respetar las reglas establecidas, llevando a cabo su conducta de acuerdo a dichas pautas, para poder vivir de manera adecuada y pacífica en sociedad. Dicho comportamiento implica un resultado exterior en la persona, que puede traducirse en hacer o no hacer,² de modo que, se adapta o rebasa lo impuesto por las pautas socialmente aceptadas.

Ahora bien, se presentan dos tipos de conducta: normal y desviada. La primera se regirá conforme a las normas de la sociedad, mientras que la conducta desviada se alejará de dichas normas, teniendo como consecuencia, la utilización de ciertos medios de control social al realizar dicha conducta.

En palabras de RODRÍGUEZ MANZANERA “existe un término medio, una forma generalizada de ser o comportarse, que puede entenderse como normal y lo que se aparte de éste puede considerarse como desviación”.³

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimosegunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>. Fecha y hora de consulta: 28 de julio del 2012, 20:30 hrs.

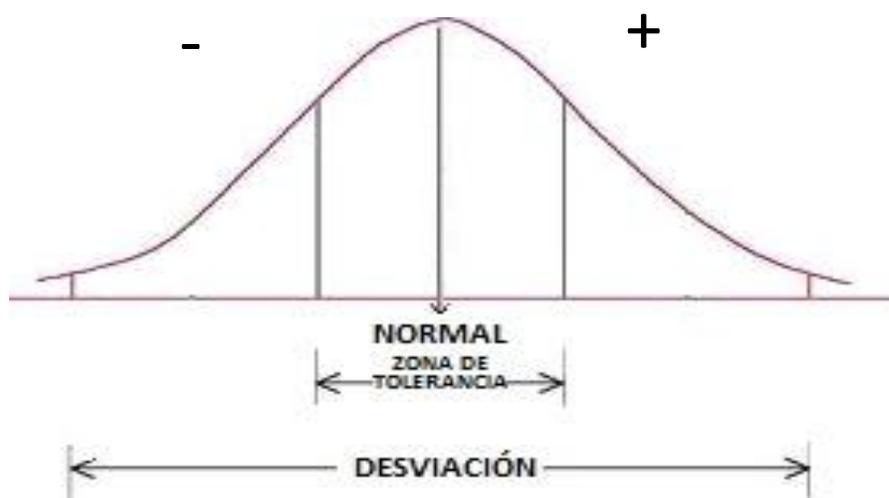
² DE LA ROSA PACHECO, Guillermo. “La conducta desviada y los conceptos sociológicos”, en *Criminalia*, Año LVIII, No. 1, Enero-Abril, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 131.

³ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Penología*. Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 37.

Analizaré el segundo tipo de conducta, la desviación. Se entiende por desviación la “acción y efecto de desviar o desviarse.” Por lo que desviar significa “apartar, alejar, separar de un lugar o camino una cosa”.⁴

De ahí que todo acto que se aparte de la normalidad, es decir, que discrepa del término medio de las conductas comunes, considerada como el promedio de una determinada sociedad,⁵ se considera un acto desviado. Así, la desviación es una tendencia a comportarse en contradicción a los sistemas de conducta impuestos previamente por la sociedad. Por lo tanto, la conducta desviada es aquella acción u omisión realizada por la persona humana en su relación social, ejercida libremente, en contravención de las reglas de comportamiento (en ocasiones jurídicas).⁶

Debe tenerse en cuenta que lo normal puede considerarse relativo, ya que no toda conducta ni sujeto que se aparte de lo considerado normal puede ser calificado de “anormal”, lo anterior debido a que existe una zona de tolerancia en donde la conducta ya no es normal pero la comunidad comprende dicha conducta; pero si rebasa de dicha zona esto sería lo verdaderamente desviado.⁷



⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimosegunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>. Fecha y hora de consulta: 28 de julio del 2012, 20:50 hrs.

⁵ PITCH, Tamar. *Teoría de la desviación social*, Silvia Tabachnik (trad.). Editorial nueva imagen, México, 1980, p. 19.

⁶ DE LA ROSA PACHECO, Guillermo. *op. cit.*, nota 2, p. 135.

⁷ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *op. cit.*, nota 3, p. 39.

Además de que, existe la dificultad de diferenciar las conductas, pues no está claramente definido lo que es normal y anormal o desviado, esto a causa de la costumbre, religión, ética y moral, por lo que no existe una uniformidad de criterios. Así que, la conducta asumida debe coincidir con las ideas, valores y actitudes que creemos correctas y que por lo tanto adoptamos.

El campo de estudio de la desviación social abarca no sólo las acciones y conductas reprimidas en forma activa por el sistema social, y que en gran cantidad de casos se configuran como “crímenes”, sino también todas aquellas conductas “distintas”, por ejemplo ciertos estilos de vida de los jóvenes –música, vestuario, lenguaje–.⁸

Ahora bien, como se observa en el esquema, existen dos signos de la desviación, pudiendo ser negativa, es decir antisocial, porque va en contra de los valores de la comunidad, por otro lado tenemos la positiva, que representa la realización de los más elevados valores sociales.⁹ Ejemplos de ello: consumir estupefacientes y realizar un acto de heroísmo en situación de peligro, respectivamente.

Cabe hacer mención que se debe distinguir entre conductas criminales, que son aquellas que violan las normas penales de cualquier sistema social, y las conductas desviadas, que pueden transgredir otras normas, entre las cuales se encuentran las normas de buenas costumbres, religiosas y morales.¹⁰

De lo anterior, se concluye que para considerar que determinado acto es desviado o no, se toma en cuenta la naturaleza del acto, esto es, si con éste se infringe o no una norma, y por otra parte, cómo se percibe dicho acto, es decir, la reacción social.¹¹ El comportamiento desviado es el resultado de la interacción entre la sociedad y una persona a la que se le considera infractora de las normas.

⁸ DE LA ROSA PACHECO, Guillermo. *op. cit.*, nota 2, p. 135.

⁹ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *op. cit.*, nota 3, p. 40.

¹⁰ PITCH, Tamar. *op. cit.*, nota 5, p. 20.

¹¹ TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock. La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada, Crosa, Adolfo (*trad.*). Segunda edición, Amorrortu editores, Argentina, 1975, p. 158.

1.2 TIPOS DE CONDUCTA

1.2.1 Social

La conducta social cumple con las adecuadas normas de convivencia, no agrede a la colectividad y cumple con el bien común.

Entendiendo por bien común aquel que siendo bien de cada uno de los miembros de la comunidad, es al mismo tiempo el bien de todos. Lo es en cuanto sirve a la generalidad de los hombres.¹² También es aquel que es apto para servir o perfeccionar la naturaleza humana, independientemente de las condiciones individuales, que provienen de cada ser humano.¹³

1.2.2 Asocial

Es aquella conducta que carece de contenido social, no tiene relación con las normas de convivencia ni con el bien común. La conducta asocial se realiza por lo general en soledad, en aislamiento. El sujeto asocial no convive con la sociedad, vive independientemente y no agrede a la comunidad, ya que vive apartado de la sociedad.

1.2.3 Parasocial

Se da en el contexto social, paralelamente, pero es diferente a las conductas seguidas por la mayoría. Es la no aceptación de los valores adoptados por la colectividad, pero sin destruirlos; no realiza el bien común, pero no lo agrede; no se aparta de la sociedad, sino que comparte sus beneficios.

¹² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. Vigésimotercera edición, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 23.

¹³ BARRITA LÓPEZ, Fernando. Manual de criminología (y otras ciencias afines). Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 72.

La conducta parasocial no puede ser aislada, necesita de los demás para poder darse. Ejemplo de esto será la moda, que puede ser captada por algunos como extravagante.

1.2.4 Antisocial

Es aquella que va contra el bien común, que atenta contra la estructura básica de la sociedad; destruye sus valores fundamentales y lesiona las normas elementales de convivencia.

La ciencia encargada del estudio de la conducta antisocial, así como de los sujetos que la cometen es la criminología, siendo ésta una “ciencia sintética, causal, explicativa, natural, cultural, con una finalidad preventiva, a la que se llega por medio del estudio del crimen y del criminal, con un método de observación y experimentación”.¹⁴

Pues bien, según ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, “la conducta antisocial es toda actividad o inactividad que en forma intencional o por descuido, y sin necesidad, lesiona o pone en peligro (o no evita la lesión o puesta en peligro de) algún bien que es necesario para la subsistencia misma de la sociedad o para hacer soportable la vida en sociedad o para hacer viable el integral y democrático desarrollo de los seres humanos y de la sociedad. Estas conductas (acciones, omisiones) antisociales son las que confieren legitimación al legislador para elaborar las normas penales”.¹⁵

No concuerdo del todo con la definición, pues no se debe confundir una conducta antisocial con un delito, ya que aquélla puede no ir en contra de normas penales tipificadas. Un ejemplo sería el alcoholismo, el cual no es un delito pues

¹⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *op. cit.*, nota 12, p. 7.

¹⁵ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. “El modelo lógico del derecho”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas de (coord.), Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados séptimas jornadas sobre justicia penal, IIJ-UNAM, México, 2007, p. 388.

no está sancionado por las leyes penales, pero sí es una conducta desviada, que se convierte en antisocial cuando el sujeto conduce en estado de ebriedad.

Así, RODRÍGUEZ MANZANERA aclara que “no todo sujeto antisocial o desviado es delincuente, así como no todo delincuente es un antisocial”, y ello debido a que pueden violarse normas distintas a las jurídicas, por lo tanto no se estaría ante un delincuente. De la misma manera “no toda desviación comporta delito”, además “no todo desviado es antisocial, aunque todo antisocial es un desviado”.¹⁶ Ya que en el caso de la desviación positiva no se está ante un sujeto que destruye las normas de convivencia; por el contrario, todo aquel que destruye el bien común va en contra de lo normal, por lo tanto es desviado.

1.3 REACCIÓN SOCIAL

1.3.1 Concepto

En términos generales, se entiende por reacción la forma en que alguien se comporta ante una determinada conducta.

El término reacción social se utiliza para designar la respuesta, pública o privada, formal o informal, frente a un acto definido como desviado, una vez que se hace manifiesto rebasando los parámetros aceptados. Dicha respuesta puede variar en intensidad y modalidad según el tipo de acto en cuestión.¹⁷

A continuación enunciaré las reglas de la reacción social y son:¹⁸

Primera regla. A toda desviación corresponde una reacción. La colectividad reacciona contra todo sujeto o conducta que percibe como desviada, es decir que

¹⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *op. cit.*, nota 12, p. 11.

¹⁷ GABALDÓN, Luis Gerardo. “El control social y las tendencias criminológicas actuales: perspectivas del abandono del enfoque etiológico de la delincuencia”, en *Criminalia*, Año LII, No. 1-12, Enero-Diciembre, Porrúa, 1986, p. 238.

¹⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *op. cit.*, nota 3, p. 41 y ss.

se aleja de la conducta normal. Esta regla presenta dos excepciones, dándose reacciones sin desviación y desviación sin reacción.¹⁹

Segunda regla. Establece que hay una correlación entre el tamaño de la desviación y la magnitud de la reacción. Mientras mayor es la desviación, mayor es la reacción. Si la conducta o sujeto sale de la zona de tolerancia la reacción será más notable, y se irá agravando, en tanto la lejanía del punto central sea mayor. La excepción será que no exista proporción entre desviación y reacción.²⁰

Tercera regla. La reacción sigue el signo de la desviación. El signo positivo o negativo de la desviación determinará el signo de la reacción. Esto implica que la reacción social puede ser de dos formas básicas: recompensa o sanción.

La desviación de tipo negativo –conductas antisociales– provocará una reacción negativa en forma de castigo; por su parte, las conductas positivas atraen una reacción positiva, pudiendo ser una recompensa o premio el resultado de estas conductas.

La excepción a esta regla es que puede no existir correspondencia en los signos, es decir, que haya reacciones positivas para conductas o sujetos desviados negativamente, o que sujetos desviados de signo positivo atraigan reacciones negativas.²¹

Se observa que la reacción dependerá de la aceptación de la conducta y del impacto que produce en la sociedad, de modo que la reacción corresponderá a los intereses o valores amenazados.

¹⁹ Ejemplo de ello serían los tatuajes, siendo estos una desviación, pero que en la actualidad ya no existe una reacción debido a la moda que estos representan.

²⁰ Pensemos en Afganistán, en donde se da una pena de lapidación, cuando se comete adulterio. El condenado a esta pena, es introducido en un agujero y tapado con tierra hasta el pecho, después se le arrojan piedras hasta causarle la muerte. Siendo esta una reacción cruel, inhumana y desproporcionada de acuerdo con la desviación que se da.

²¹ Puede darse cuando las víctimas de un secuestro desarrollan una relación con su secuestrador. Es decir, ante la desviación de la conducta, se da una reacción positiva al enamorarse de su secuestrador, o proporcionándole ayuda para evadir la acción de la justicia.

1.3.2 Tipos

En este apartado se describirán los cinco tipos de reacción que considero más importantes, siendo éstos: religiosa, moral, ética, jurídica y, por último, jurídico-penal, punto central del presente trabajo.

Primero, debemos advertir que una sola conducta puede traer como consecuencia sólo un tipo de reacción o varios tipos de reacción, surgiendo así, una reacción total.

A. Reacción religiosa

Se produce contra todo aquello que no pertenece a su credo. Va en contra del conjunto de creencias o dogmas de la divinidad.²²

La religión orienta adecuadamente a las personas acerca de las normas y la conducta a seguir con los otros seres humanos que las rodean, ayuda a comprenderse a sí mismas y a su mundo, otorgándoles seguridad en esta vida y la esperanza de otra, por lo que orientan su conducta en todos los aspectos de su existencia; la religión provee al ser humano de un sólido sentido de pertenencia.²³

El Estado mexicano garantiza la libertad religiosa, al establecer en el artículo 24 constitucional que “todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna. Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria”.

No es posible intentar separar lo que es un acto de la naturaleza religiosa de los demás actos humanos, ya que cualquier acción humana, por menos

²² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimosegunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>. Fecha y hora de consulta: 28 de julio del 2012, 21:00 hrs.

²³ VON BERTRAB, Hermann. Y la religión ¿para qué? Mensaje e impacto de las grandes religiones. Editorial Porrúa, México, 2009, p. 6.

importante que parezca, siempre tendrá una referencia a la posición religiosa de su autor.²⁴

Pensemos en el debate que surgió entre los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Gobernador de Jalisco, respecto a la píldora del día siguiente, al establecer una Norma Oficial Mexicana la obligación de los médicos de recetar la pastilla en casos de violación.²⁵ Debido a la relevancia del caso y lo polémico del tema, la Iglesia se pronunció en contra de dicha norma, argumentando que la píldora del día siguiente es abortiva, en tanto que la Suprema Corte concluyó lo contrario.²⁶

B. Reacción moral

Pertenece a la conciencia, al fuero interno o al respeto humano, no concierne al orden jurídico. Trata del bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.²⁷

Por ejemplo el adulterio, existe un rechazo a la persona que la cometió, porque genera desconfianza y falta de lealtad, se percibe la conducta como inaceptable por lo que se genera una reacción negativa a quienes la cometen.

²⁴ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. "Libertad religiosa", en CARBONELL, Miguel (coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Segunda edición, Editorial Porrúa-IJ-UNAM, 2002, p. 370.

²⁵ <http://www.eluniversal.com.mx/notas/680992.html>. Lunes 17 de mayo del 2010 Carlos Avilés. El ministro Cossío presentó su proyecto de sentencia en el que propuso declarar infundados los argumentos que presentó el Gobernador de Jalisco, y en el que concluyó que las pastillas anticonceptivas de emergencia no son abortivas; que la norma que las contempla no viola ninguna disposición constitucional; y que la misma debe ser de aplicación obligatoria para todas las entidades del país. En contra de su proyecto se pronunció de manera inmediata el ministro Sergio Aguirre Anguiano, quien en anteriores juicios se ha caracterizado por sus posturas a favor de la vida y en contra del aborto.

²⁶ <http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia>. Lunes 08 de agosto del 2005 Ulises Zamarroni. Obispos y diputados federales interpusieron una demanda de amparo ante la SCJN en contra de la "píldora del día siguiente", que fue incluida en el cuadro básico de medicamentos, informó ayer el periódico *El Semanario*, órgano de difusión y comunicación de la arquidiócesis de Guadalajara. El periódico católico señaló que varios obispos; el cardenal de Guadalajara, "firmaron y presentaron la demanda de amparo en contra de la resolución que modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA21993 de los Servicios de Planificación Familiar, que introdujo en México la distribución de la píldora en los hospitales públicos". *El Semanario* reiteró que la píldora del día siguiente es abortiva.

²⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimosegunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>. Fecha y hora de consulta: 29 de julio del 2012, 22:30 hrs.

C. Reacción ética

Es el conjunto de valores que rige la conducta humana. Estos valores pueden ser la justicia, el respeto, la honradez, la equidad, la honestidad, entre otros.

La ética, como un saber práctico, tiene como objetivo ofrecer pautas de comportamiento razonables, buscando las mejores alternativas tanto en los fines como en los medios del actuar humano, por lo que debe tener en cuenta no solamente la complejidad de ese actuar, sino también las costumbres y modos de pensar de los individuos y los diversos grupos culturales; sobre todo si se quiere que las reflexiones éticas tengan una adecuada influencia en el desarrollo de la sociedad.²⁸

Ejemplo de ello sería, que a un empleado del gobierno le ofrecen dinero para agilizar un trámite, pero este actúa conforme a los valores que lo rigen y no se deja sobornar, generándose una reacción positiva al actuar con honestidad.

D. Reacción jurídica

Surge al realizarse una conducta que se aleja de lo permitido o prohibido por una norma jurídica. Por lo que la conducta debe estar instaurada en cuerpos normativos donde se describa la prohibición u obligación de ésta; tiene a su disposición una compleja organización, en la que participan jueces, defensores, policías, peritos, etcétera.

Las desviaciones jurídicas son automáticamente captadas como las más graves. El Estado reglamenta, ordena y además se apodera de la reacción; ya que no puede hacerse justicia por propia mano al realizarse una conducta antisocial.²⁹

²⁸ GUERRERO MARTÍNEZ, Luis. ¿Quién decide lo que está bien y lo que está mal? Ética y racionalidad. Universidad Iberoamericana; P y V editores, México, 2008, p. 75.

²⁹ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *op. cit.*, nota 3, p. 53.

La sociedad muestra al Estado sus inquietudes respecto de la protección de un determinado bien jurídico, teniendo relevancia legislativa cuando rebasan la esfera de lo individual y trascienden al ámbito social, es decir, cuando se convierten en antisocial, por lo que se realizan las acciones necesarias para plasmarlas en una ley.

E. Reacción penal

La reacción penal cuenta con un impresionante aparato de coerción y represión, superior a otras reacciones jurídicas, lo que la convierte en la forma más dura, más violenta y mejor organizada de entre las reacciones sociales. Ésta debe funcionar como un inhibidor a la tendencia criminal.³⁰

Se aplicará una reacción penal al sujeto que cometa algún delito en las diferentes formas de comisión, es decir, acción –cuando se realiza una conducta prohibida–; omisión –al no realizarse una conducta ordenada por la norma penal, que el sujeto puede ejecutar–³¹ y comisión por omisión –al que omite impedir la conducta, si tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente–.³²

A través de esta reacción se protegen los bienes jurídicos más importantes. Se crea la norma penal, en la que se describe la conducta y se señala la sanción en caso efectuarse dicha conducta.

³⁰ *Ibidem*, p. 75.

³¹ Existen tres requisitos que deben concurrir para que se dé la omisión: conocimiento de la situación; posibilidad de conocer y elegir los medios para realizar la acción; posibilidad física, real de utilizar los medios elegidos y realizar el acto planeado. CERREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español. Parte general I. Introducción. Teoría jurídica del delito**. Tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 162.

³² Establece el artículo 16 del CPDF que: “En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a). Aceptó efectivamente su custodia;
- b). Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d). Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo”.

a. Delito

Las conductas desviadas más graves están tipificadas como delitos, en las normas jurídico-penales, por lo que generan la aplicación de una pena y/o medida de seguridad.

El delito es definido como la acción u omisión que castigan las leyes penales; es la conducta definida y prohibida por la ley. Están establecidos en cuerpos normativos, en donde se señala la descripción de la conducta prohibida, permitida u obligatoria, la sanción aplicable y los mínimos y máximos de dicha sanción.

La naturaleza de los delitos dependerá de cada Estado, pues no en todos se castigan las mismas conductas ni se imponen las mismas penas.

b. Principio de ultima ratio

El derecho penal debe emplearse como *ultima ratio*, es decir, el último recurso del que el Estado debe echar mano, pues debe buscar instancias menos lesivas, antes de llegar al derecho penal. De este modo, la misión fundamental de dicho derecho es la protección subsidiaria de bienes jurídicos, individuales o colectivos, que son considerados fundamentales para la vida pacífica y ordenada en comunidad,³³ por lo que se recurre como última instancia a este recurso, cuando los demás modos de prevención y represión de la sociedad han fallado.

Por lo tanto, la intervención del derecho penal sólo puede tener lugar frente a infracciones jurídicas insoportables, debiendo la sanción penal aparecer como el único medio para proteger suficientemente el orden social; como recurso ante una

³³ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Principio de ultima ratio o expansión del derecho penal", en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas de y VARGAS CASILLA, Leticia (coords.), La reforma a la justicia penal. Quintas jornadas sobre justicia penal. IJ-UNAM, México, 2006, p. 316.

mayor necesidad de protección de la sociedad que la que proporciona la norma moral,³⁴ o incluso jurídica (norma civil, por ejemplo).

De igual forma, existe el principio de intervención mínima, que sólo admite la intervención del derecho penal como protector de los bienes jurídicos del individuo, de la familia, de la colectividad y del Estado mismo, para mantener el orden jurídico, en caso de insuficiencia de otros medios de carácter no penal, así, sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves en los bienes jurídicos de mayor valor.³⁵ Las perturbaciones más leves del orden jurídico deben ser objeto de otras ramas del Derecho distintas de la penal.³⁶

c. Etapas de la reacción penal

La reacción penal ha sido dividida por la doctrina en tres etapas, atendiendo a la intervención que tiene cada órgano del Estado en la administración de la justicia penal.³⁷

1. Punibilidad. Es el resultado de la actividad legislativa; consiste en una amenaza de sanción o castigo que se presenta como privación o restricción de bienes y derechos a quien(es) realicen o dejen de realizar conductas prohibidas o permitidas, quedando plasmadas en una norma de carácter penal.³⁸ No basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley y que emane del poder legislativo.³⁹ En el artículo 72 constitucional se describe el proceso de creación normativa.

³⁴ FALCÓN Y TELLA, María José y FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?** Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005, p. 121.

³⁵ GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. **Derecho penal mexicano**. Octava edición, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 18.

³⁶ PORTE PETIT, Celestino. "Justicia penal", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Año III, No. 3, Primavera, México, 1985, p. 331.

³⁷ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. **Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito**. Editorial Trillas, México, 1993, p.72.

³⁸ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *op. cit.*, nota 3, p. 88.

³⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte general**. Tercera edición, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990, p. 85.

De este modo, el legislador necesariamente debe recoger cientos de conductas específicas, muchas veces futuras, en normas generales y abstractas que el juez debe concretar a la luz de las circunstancias fácticas alegadas. Consecuentemente, el legislador tiene el desafío de abstraer, y al hacerlo crea un lenguaje jurídico.⁴⁰

Mediante la ley penal se determinan de forma precisa las distintas conductas punibles y sus consecuencias (penas y medidas de seguridad); a través de ésta es posible sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o que deja de hacer algo ordenado por la ley.

Esta etapa de la reacción penal es una advertencia plasmada en las normas jurídico-penales y se justifica para mantener el orden social y la protección de los bienes jurídicos más importantes.

Así, el legislador debe plasmar en la norma penal las prohibiciones u obligaciones de las conductas, la sanción en caso de incumplir con lo establecido en la norma penal, la naturaleza de la sanción, es decir, la naturaleza de la pena, y el quantum punitivo –el mínimo y máximo de la punición–. Debe tomarse en cuenta el bien jurídico que se va a tutelar y dependiendo de esto se fijará la sanción.

Principios rectores de la punibilidad:

a) Principio de necesidad: la norma penal debe crearse sólo cuando sea indispensable para la protección de bienes jurídico-penales fundamentales.

b) Principio de generalidad: la amenaza de sanción debe dirigirse a la colectividad y contra todo aquel que viole la norma, sin distinción de raza, religión, sexo.

⁴⁰ SCHÖNE, Wolfgang. "Nullum crimen sine lege y dogmática penal", en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas de (coords.), Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas jornadas sobre justicia penal, IJ-UNAM, 2007, pp. 373 y 376.

c) Principio de abstracción: la norma debe referirse a la totalidad de hechos que ocurran durante su vigencia.

d) Principio del monopolio del *ius puniendi*: sólo el legislador puede crear la punibilidad, al plasmarla en la norma penal.

e) Principio de permanencia: la punibilidad subsistirá a pesar de que se cometan o no delitos.

2. Punición. Es la fijación de la concreta sanción penal que se impone con apego a la ley⁴¹ por los órganos jurisdiccionales competentes, al sujeto que cometió un delito. El juez determina que el sujeto es merecedor de una sanción específica.

Se puede observar que la punición tiene como fin específico la retribución, al aplicar la pena correspondiente por el delito cometido.

El juez, con base en lo antes dictado por el legislador, fija la pena al delinciente tomando en cuenta ciertos criterios para individualizarla, como los antecedentes del delinciente, el delito, la forma de comisión, la participación del sujeto, etcétera. (Artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal).

La imposición de la sanción, su modificación y duración son facultades exclusivas del órgano jurisdiccional (juez ordinario y juez de ejecución, en su caso). Al momento de su aplicación, el juez debe observar lo dispuesto en el artículo 20, apartado b, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contempla la garantía del inculpado para ser “juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa”.

⁴¹ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *op. cit.*, nota 3, p. 91.

Principios rectores de la punición:

a) Principio de necesidad: debe ser estrictamente necesario aplicar la pena, para la prevención, retribución o no reincidencia.

b) Principio de personalidad: únicamente deberá aplicarse al culpable de un delito y no debe trascender de su persona.

c) Principio de legalidad: tanto el delito como la pena deben estar contemplados en una norma penal previa, escrita, estricta, publica y cierta. Se atiende a los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*.

d) Principio de competencia judicial: el único facultado para la imposición de penas es el órgano jurisdiccional, basado en lo que estableció el órgano legislativo.

e) Principio de defensa: la punición sólo será válida si el sujeto al que se le impone ha tenido la posibilidad de defenderse durante el proceso que precede a la imposición de la punición. De tal forma, el artículo 20, apartado b, fracción VIII constitucional señala que el imputado: “Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.

f) Principio de particularidad: la punición únicamente se va a aplicar a un caso concreto, al momento de la individualización de la norma.

3. Pena. Es la efectiva privación o restricción de bienes jurídicos al sujeto que ha sido sentenciado por una autoridad jurisdiccional competente por haber cometido un delito.⁴² Es la ejecución de la punición que aplicó el juez previamente.

La reforma constitucional de junio de 2008 crea la figura de juez de ejecución de sanciones penales, quien, entre otras funciones, vigilará el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad.

Principios rectores de la pena:

a) Principio de necesidad: no deberá ejecutarse la pena si no es indispensable para la consecución de los fines de prevención especial y prevención general, cuando ello no es así puede acudir a los sustitutivos penales o la condena condicional.

b) Principio de personalidad: la efectiva privación o restricción debe efectuarse sobre los bienes jurídicos o derechos propiedad del culpable de la comisión de un delito.

c) Principio de individualización: al momento de la ejecución de la pena deben tomarse en cuenta las peculiaridades individuales del reo. Se tomará en cuenta, por ejemplo, la forma y grado participación en la comisión del delito; o cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena sus usos y costumbres.

d) Principio de particularidad: en la sentencia condenatoria se impondrá la pena individualmente, por lo tanto, no pueden imponerse penas de forma colectiva, ni puede una sola sentencia establecer dicha pena para varios sujetos.

e) Principio de prontitud: la pena debe ejecutarse de manera cercana al tiempo en que fue dictada.

⁴² *Ibidem*, p. 94. Esta misma idea es suscrita por CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Pena y medidas. Su ejecución)**, Editorial Bosch, España, 1974, p. 16.

f) Principio de utilidad: la pena debe ser útil tanto para el Estado y la sociedad como para el delincuente, ya que el beneficio o utilidad que se consiga con la pena debe ser superior al daño o castigo que recibió el delincuente.

1.4 CONTROL SOCIAL

1.4.1 Concepto

En el *Diccionario de Sociología* se define al control social como “la suma de procedimientos por medio de los cuales la sociedad u otro grupo dentro de ella consiguen que la conducta de sus unidades componentes, individuos o grupos, se comporten conforme a lo que de los mismos se espera”.⁴³

Para GABALDÓN el control social es el “conjunto de instancias y acciones, públicas y privadas, genéricas y específicas, orientadas a la definición, individualización, detección, manejo y/o supresión de conductas calificadas como desviadas, según se encuentren o no expresamente previstas en un cuerpo normativo formal, así como la posibilidad de una sanción”.⁴⁴ En este sentido, el autor deja claro que existen conductas desviadas que no están tipificadas por códigos, pero es claro que dicho comportamiento va en contra del orden establecido por la sociedad, por lo que debe actuar una persona o institución con el fin de mantener la organización y orden social.

Si bien es cierto que a través del control social los individuos actúan de manera ordenada, debido a que se regula la conducta de la sociedad mediante normas que ésta acepta, por diversos medios y sistemas que estimulan o restringen su comportamiento, también dentro de dicho freno o control social quedan incluidos los usos, costumbres, normas éticas y religiosas, opinión pública, y no sólo las normas jurídicas.

⁴³ FAIRCHILD, Henry Pratt. *Diccionario de sociología*. Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 68.

⁴⁴ GABALDÓN, Luis Gerardo. *op. cit.*, nota 17, p. 236.

Por su parte, PARSON explica que un mecanismo de control social es “un proceso de motivación en uno o más actores individuales que tiende a reaccionar frente a una predisposición hacia la desviación en el desempeño de las expectativas de rol. Se trata de un mecanismo de restauración del equilibrio social”.⁴⁵ De ahí que el control social controla, frena, regula o dirige la conducta humana a través de diversas reglas e instituciones, ajustando el comportamiento de los individuos para lograr una convivencia social pacífica.

Con base en las anteriores definiciones, creemos que *el control social opera como un mecanismo de freno en caso de que se haya cometido alguna conducta desviada, pero también reglamenta, modifica y orienta la conducta de la sociedad a través de diferentes órganos con el objetivo de que se realicen o repriman ciertas conductas para lograr la convivencia pacífica de toda la sociedad.*

Existen tendencias hacia la desviación, a apartarse de los criterios normativos que han llegado a establecerse como parte de la cultura común. Las tendencias a la desviación obligan al sistema social a enfrentarse con problemas de control, puesto que si se tolera la desviación más allá de ciertos límites, tenderá a cambiar o desintegrar el sistema.⁴⁶

Por lo tanto, cuando los individuos no ajustan su conducta al sistema y se desvían de éste, resulta disfuncional su conducta y opera, a su vez, el subsistema de control, en donde se ubican las sanciones como respuesta a la desviación.⁴⁷ Uno de ellos es el derecho penal, ya que a través de normas penales se castigan las conductas previstas en los códigos penales. Mediante el sistema de justicia penal, que es un conjunto de instancias formales y públicas dispuestas por el

⁴⁵ Señala que el control social se encarga de la conducta desviada, analizando aquellos procesos del sistema social que tienden a contrarrestar las tendencias desviadas, y de las condiciones en que operan tales procesos. PARSON, Talcott. **El sistema social**. Jiménez Blanco, José y Cazorla Pérez, José (trad.). Alianza editorial, Madrid, 1988, p. 280.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 197.

⁴⁷ SABIDO PENICHE, Norma. “El derecho como mecanismo de control social”, en *Iuris tantum. Revista de la Facultad de Derecho*, Año XI, No. 7, Otoño-invierno, México, 1996, p. 283

Estado, se busca reprimir conductas mediante la amenaza de una sanción penal en un cuerpo normativo formalizado.⁴⁸

1.4.2 Tipos de control social

Antes de analizar los tipos de control social se debe puntualizar que para definir el ámbito del control social y los mecanismos de que una comunidad organizada puede disponer para hacerlo efectivo es preciso previamente definir lo que se desea controlar, así como justificar los medios empleados para tal control. Una definición de lo que se desea controlar “supone juicios valorativos que demarquen lo aceptable de lo inaceptable. La justificación de los medios de control social supone una aceptación societaria de esos instrumentos, en la medida en que el espacio normativo que define lo censurable se encuentra bien demarcado y es declarado y reafirmado por los organismos oficiales a través del ejercicio consistente de la censura; el objetivo del control es mayormente unívoco”.⁴⁹

Pensemos en el uso del alcoholímetro como medio de control social. A través de éste la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal aplica pruebas para medir el nivel de alcohol ingerido por un individuo. Este control tiene como objetivo prevenir que los conductores manejen en estado de ebriedad y provoquen accidentes. Así, al sujeto que rebase los niveles de alcohol permitidos tendrá como consecuencia una sanción administrativa, consistente en arresto por un plazo máximo de 36 horas. La aceptación de este tipo de control ha ido incrementándose debido a que tiene un objetivo claro, que es el disminuir el índice de accidentes.

A. Mecanismos formales del control social

Los mecanismos formales de control social, también llamados de control coactivo, son aquellos que están elaborados en cuerpos normativos, que dejan

⁴⁸ GABALDÓN, Luis Gerardo. *op. cit.*, nota 17, p. 237.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 240.

claramente especificadas las conductas que deben seguir o que no deben realizar los individuos, en donde también se catalogan sanciones. Consecuentemente, dichos mecanismos están respaldados por la fuerza del Estado, o por la amenaza de la aplicación de dicha fuerza, para hacer cumplir los contenidos institucionales aceptados por la sociedad.⁵⁰

Pues bien, el principal mecanismo formal de control social es el derecho, ya que en diversos ordenamientos se establecen conductas prohibidas, permitidas y obligatorias, con su correspondiente sanción en caso de incumplimiento de dichas conductas, para lograr que el comportamiento de los individuos de la sociedad sea uniforme, por lo tanto, es el mecanismo más contundente por su implícita coercitividad.

Así, el derecho como medio de control social tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se estiman indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen.

La función legitimadora del derecho, como instrumento de control social, establece la fuerza obligatoria de los comportamientos de los miembros de la sociedad, marcando los alcances en que pueden desarrollar sus conductas, pero también señalando los límites y las prohibiciones a que deben apegarse las acciones individuales.⁵¹

Como una rama del derecho encontramos al derecho penal que se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves –penas y medidas de seguridad- como forma de evitar y en su caso sancionar, los comportamientos que juzga especialmente dañinos (los delitos). Se trata, pues, de una forma de control

⁵⁰ SABIDO PENICHE, Norma. *op. cit.*, nota 47, pp. 284 y 286. En el mismo sentido opina González Vidaurri: “el control social tradicionalmente ha sido diferenciado en formal, aquel que deriva del mandato de la ley promulgada”. Dejando claramente definidas las conductas permitidas o prohibidas. GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia. Control social en México, UNAM-Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, México, 1998, p. 28.

⁵¹ SABIDO PENICHE, Norma, *op. cit.*, nota 47, p. 289.

social lo suficientemente importante como para que haya sido monopolizado por el Estado.⁵²

B. Prevención general

Mediante la norma penal, por ejemplo, se busca que no se cometan hechos ilícitos. Dicha prevención se dirige a la colectividad –a toda la sociedad- y por medio de ella se intenta impedir que surjan delincuentes de la sociedad. De modo que puede manifestarse de dos maneras: por la vía de la intimidación de los posibles delincuentes⁵³ y para garantizar la confianza en la norma y evitar que se cometan futuros delitos.

SANZ MULAS menciona que la “prevención general persigue el evitar la comisión de nuevos delitos por parte de todos los ciudadanos, y con independencia de que en algún momento anterior hayan o no delinquido. Por lo tanto tiene un efecto intimidatorio sobre la generalidad”.⁵⁴

La norma penal cumple una función de estimulación que persigue que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos. Si no lo consigue, y alguien trasgrede la norma, la imposición y ejecución de la pena sobre el delincuente provocará el temor necesario a los posibles delincuentes, para que en un futuro se abstengan de realizar un hecho ilícito.⁵⁵

De allí que RODRÍGUEZ MANZANERA exprese que la prevención general implica que la predisposición al crimen es general en todas las personas. Esto significa que todo ser humano tiene una cierta predisposición a cometer conductas antisociales.⁵⁶ De este modo, el objetivo de la prevención general son aquellos

⁵² MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 39, p. 5.

⁵³ MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Editorial B de F, Uruguay, 2006, p. 42.

⁵⁴ SANZ MULAS, Nieves. **Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana**. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, p. 79.

⁵⁵ Por su parte, Rodríguez Manzanera afirma que “sólo se habla de prevención general en cuanto la amenaza del castigo hace que los miembros de la colectividad se abstengan de violar la norma”. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *op. cit.*, nota 3, p. 75.

⁵⁶ *Ibidem*, p.76.

individuos que aún no han delinquido, ya que a través de la norma –ley penal- se pretende advertir a la sociedad por medio del conocimiento de las sanciones anticipadamente concebidas por el legislador que no se ejecuten delitos.

En virtud de lo dicho anteriormente, existen dos tipos de prevención general: positiva y negativa. La primera busca afirmar por medio de la pena, la conciencia social de la norma, confirmando la vigencia de la misma. De igual forma, trata de influir sobre el arraigo de las normas; pretende alcanzar una verdadera afirmación y asentamiento social de las normas fundamentales mediante una actitud de respeto por el derecho. Además considera que el derecho penal, junto al resto de los medios de control social, debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las normas. Trabaja básicamente sobre la conciencia ético/valorativa de la colectividad; sobre su fuero interno.⁵⁷ Mientras que la negativa busca intimidar al delincuente potencial, logrando la protección de bienes jurídico-penales;⁵⁸ se dirige a los eventuales delincuentes amenazándoles con una pena que persigue ser el freno a su posible tentación de delinquir.⁵⁹

Por su parte, PÉREZ MANZANO sostiene que la “prevención general negativa, conocida como intimidatoria, parte de la relación estímulo-respuesta en la búsqueda de la intimidación de los eventuales delincuentes, mientras que la prevención general positiva o integradora alude a la incidencia de la pena en la conciencia jurídica, a la activación de los mecanismos de autocontrol valorativos, en búsqueda de la estabilidad en la confianza de la comunidad en el Derecho”.⁶⁰

Como se ha indicado, mediante la amenaza de la pena establecida en los cuerpos normativos penales se funda temor en la sociedad y se evita que se delinca y que surjan nuevos delincuentes. A través de la prevención general, el Estado ha intentado frenar la delincuencia mediante el aumento de la cuantía de la pena, sin lograr los resultados deseados, puesto que la delincuencia no ha

⁵⁷ SANZ MULAS, Nieves. *op. cit.*, nota 54, pp. 90 y 93.

⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 53, p. 55.

⁵⁹ SANZ MULAS, Nieves. *op. cit.*, nota 54, p. 82.

⁶⁰ PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena.** Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, p. 21.

disminuido; ejemplo de ello es que existe una sobrepoblación carcelaria, dejando en claro que el aumento de los mínimos y máximos de la pena establecidos en los códigos penales no es en sí mismo intimidatorio.

C. *Prevención especial*

Ahora se analiza la prevención especial, que está dirigida a quien ya ha delinquido, con el objeto de que no vuelva a hacerlo;⁶¹ es una forma de control social que busca que el sujeto respete y viva conforme a la ley, para lograr una convivencia social pacífica.

GAMBOA DE TREJO menciona que la prevención especial está orientada a quien ya cometió un delito y ha sido sancionado; en la ejecución de la sanción se ordena darle atención individualizada.⁶² Como esta clase de prevención no se dirige a la generalidad de los ciudadanos, sino a individuos ya determinados, es decir, los sujetos que ya cometieron un delito, es por ello que también se le denomina prevención individual.⁶³

Este tipo de control social sólo se logra por medio de la imposición y ejecución de la pena a un caso concreto, de tal forma que la prevención especial opera en el momento de la ejecución de la pena, mediante el tratamiento del delincuente.

Pero ¿realmente se alcanza la prevención especial? Pues aunque este plasmada en la Constitución la reinserción social a través de la educación, deporte, trabajo, la realidad nos enfrenta con numerosos casos de reincidencia, esto por la sobrepoblación penitenciaria, por lo que no se logra llevar a cabo el tratamiento de los reclusos. De ahí que se busquen distintas formas de resolver los conflictos y no a través de la imposición de penas privativas de la libertad.

⁶¹ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 39, p. 42.

⁶² GAMBOA DE TREJO, Ana. **La pena de prisión (teoría y prevención)**. Universidad Veracruzana, México, 2005, p. 99.

⁶³ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 39, p. 59.

D. Mecanismos informales del control social

Por su parte, los mecanismos informales o control persuasivo no cuentan con una elaboración sistemática de las propuestas normativas con las que sí cuenta el derecho. Estos mecanismos son las bases que interioriza el individuo, por lo que el sujeto acepta dichas bases sin que sea necesario que se le incite a ello a través de un mandato punitivo, entre los que destaca la religión, la educación, entre otros.⁶⁴

Así pues, se efectúan por medio de múltiples sistemas, estructuras e instrumentos que inducen o dirigen al individuo o a un conjunto de ellos a proceder con arreglo a las normas éticas, religiosas o culturales de la sociedad o con sujeción a los usos, costumbres, pautas, estándares, modos y opiniones del grupo al que pertenecen.⁶⁵

Por tanto, la familia, escuela, profesión, los grupos sociales son medios de control social que poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado.⁶⁶

Una vez detallados los mecanismos de control social formales e informales, veremos que éstos operan a través de distintos medios, siendo los siguientes:⁶⁷

a) La utilización de amenazas que produzcan intimidación y miedo, para realizar los fines propuestos.

b) A través del proceso y los métodos educativos, que cubren aspectos formativos, instructivos, informativos, orientadores, los cuales buscan instruir a la gente en general.

c) Por medio del proceso de la imitación, realizando una serie de procedimientos, técnicas, métodos y propagandas, para lograr que algunos estilos

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 284 y 286.

⁶⁵ GÓMEZ SANDOVAL, Fernando, "El control social", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Año III, No. 3, Primavera, México, 1985, pp. 61 y 62.

⁶⁶ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 39, p. 4.

⁶⁷ GÓMEZ SANDOVAL, Fernando, *op. cit.*, nota 65, pp. 77 y ss.

y formas de vida, objetos de variado tipo o actividades de distintas especies, sean imitados, lógica o ilógicamente, por las masas.

d) Por medio del derecho, que es la forma cultural, civilizada, de la intimidación, siempre legalizada y por ende justificable, que convalida el empleo de la fuerza física y de los más severos medios de imposición, que caracterizan a la coercibilidad de las normas jurídicas.

Cualesquiera que sean las formas o modos de los sistemas de control social y las maneras y tipos de operabilidad de ellos, a los que nos referimos en los párrafos anteriores, la finalidad de todos ellos es lograr la estabilidad social.

1.4.3 *Ius puniendi*

Desde la antigüedad, la sociedad ha luchado contra los delitos y aquellas conductas desviadas mediante varios mecanismos de control, imponiendo sanciones primero a mano de los particulares, hasta hoy en día, en donde sólo el Estado puede reprimir los delitos. En este apartado haremos un breve análisis histórico de las distintas etapas del uso del poder de sancionar y quien lo detenta, destacando las siguientes:⁶⁸

Periodo de venganza. El castigo se depositó en manos de los particulares, de modo que si alguien sufría un daño tenía derecho a tomar venganza y, por tanto, reprimir al responsable. Para evitar excesos surgió la Ley del Talión, mediante la cual la comunidad sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un daño de la misma magnitud que el sufrido.

Periodo de la venganza divina. Cometer un delito era una ofensa a la divinidad, representada en la vida terrena generalmente por los sacerdotes, quienes aplicaban la pena. El delito se concebía como un triunfo del mal sobre el

⁶⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al derecho penal. Decimoprimer edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 35 y ss.

bien, por lo que el sujeto era castigado severamente por haberse dejado poseer por las fuerzas malignas.⁶⁹

Periodo de venganza pública. Los gobernantes consideraban que no sólo se ofendía a la víctima y divinidad, sino también al Estado. En esta etapa el Estado, como representante de los ciudadanos, tiene derecho a castigar, pero comienza a administrar justicia de manera muy severa.

Periodo humanista. Surge como consecuencia de la excesiva crueldad de las penas, buscando que la pena sea proporcional al delito. Así, la amenaza de un castigo sólo se puede dar por medio de una norma penal, siendo el único medio a través del cual los gobernados pueden saber aquello que les está permitido y aquello que les está prohibido, además de las sanciones que incurrirían en caso de desobediencia.⁷⁰

De acuerdo con esta última tendencia en la Constitución mexicana en el artículo 22, establece: “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

Pues bien, el *ius puniendi* es precisamente el derecho o facultad del Estado para castigar; en este sentido, sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de una pena.⁷¹ El Estado ejerce el derecho a castigar para lograr la protección de bienes jurídico-penales;⁷² consecuentemente, tiene derecho a reprimir conductas que dañan la existencia de la sociedad mediante la aplicación de las sanciones

⁶⁹ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *op. cit.*, nota 37, p. 20.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁷¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *op. cit.*, nota 68, p. 65.

⁷² Bien jurídico es todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho. No hay que confundir el bien jurídico con el objeto material del delito, sobre el que recae la acción delictiva. Por ejemplo, en el delito de robo, el bien jurídico protegido es el patrimonio y el objeto material, es la cosa sustraída. CEREZO MIR, José. *op. cit.*, nota 31, pp. 16 y 17.

previamente establecidas en la norma penal, buscando la prevención general y especial.

Para determinar qué bienes jurídicos requieren de protección por parte del derecho penal o, en otros términos, en qué casos se justifica la intervención de éste, el Estado deberá tomar en consideración los casos de ataques más graves a las normas de convivencia social, para vivir o convivir en forma pacífica y ordenada en sociedad.⁷³ Estos bienes jurídicos estarán tutelados por la Constitución como norma fundante del orden jurídico, además el uso del *ius puniendi* debe sujetarse a lo establecido en los códigos penales y sus reglamentos, así como a los tratados internacionales.⁷⁴

Como puede verse, el Estado es el único que puede imponer y ejecutar sanciones para evitar que los particulares hagan justicia por su propia mano; así lo señala el artículo 17 constitucional al establecer que: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. Ello para no volver a la etapa primitiva y sin límites del derecho a castigar.

En este sentido, el derecho penal es la expresión del poder punitivo del Estado, en el que se establecen los delitos y las penas como su legítima consecuencia. Por lo tanto, al lesionar los bienes jurídico-penales se faculta al Estado para imponer una pena, o aplicar una medida de seguridad.⁷⁵ Así, el uso del *ius puniendi* es un mal al servicio del bien, es decir que se afecta a un individuo logrando con ello la protección de bienes jurídico-penales y por supuesto de la sociedad.

Para el uso de este derecho a castigar se debe cumplir con ciertas exigencias o requisitos: debe existir una ofensa previa –acción u omisión de una

⁷³ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *op. cit.*, nota 33, p. 317.

⁷⁴ En ese aspecto, el artículo 133 constitucional establece que: “...todos los tratados celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión”. Entre otros tratados, se han suscrito entre otros, los siguientes:

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

⁷⁵ CEREZO MIR, José. *op. cit.*, nota 31, p. 15.

conducta—; debe ser un medio indispensable, dado que otros medios no fueron efectivos; debe ser impuesto por la autoridad legítima —juez—; debe ser proporcional —la conducta con la sanción que se impone—, y por supuesto, no debemos olvidar que la conducta que se va a sancionar debe estar descrita en cuerpos normativos.

Incumbe al Estado, por una parte, la facultad genérica o abstracta de incriminar y sancionar y, por la otra, la titularidad de la pretensión punitiva. La relación penal material se plantea entre la sociedad (representada por el Estado) y el autor o participante en el delito. Existe también una relación sustantiva entre el inculpaado y el ofendido.⁷⁶ Por lo que el Estado no puede causar daño ni atentar contra los derechos de los sujetos que causaron alguna infracción sin que dicho daño se cause para la conservación del bien común, por lo tanto la aplicación del *ius puniendi* se aplicará sólo si es necesario para proteger a la sociedad, la víctima y los derechos del inculpaado.⁷⁷

Me detendré ahora en los límites que se imponen y que deben respetar el legislador, el juez y los órganos encargados de ejecutar la pena en el Estado social y democrático de derecho. Hemos tomado como sustento los límites que señala MIR PUIG:⁷⁸

El principio de *Estado de Derecho* impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad —*nullum crimen, nulla poena sine lege*—, el respeto a los Derechos Humanos.

Este principio se plasma en el artículo primero del Código Penal para el Distrito Federal que dispone: “A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando

⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho penal. Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 31.

⁷⁷ En este sentido opina Cerezo Mir que: “sólo se debe acudir a la pena cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (sanciones administrativas, civiles, etc.). Por lo que el derecho penal tiene un carácter subsidiario. CERZO MIR, José. *op. cit.*, nota 31, p. 22.

⁷⁸ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 39, pp. 78 y ss.

concurran los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta”.

Destacan algunas garantías del principio de legalidad, como: *garantía criminal* –exige que el delito esté determinado por la ley–; *garantía penal* –requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho–; *garantía jurisdiccional* – exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia–.

La idea del *Estado social* sirve para legitimar la función de pena en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Los límites del *ius puniendi* en un Estado social son el principio de utilidad de la intervención penal, el principio de subsidiariedad y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos:

- El *principio de utilidad de la intervención penal*. Plantea si realmente el derecho penal sirve para evitar delitos, pues pueden alegarse los elevados porcentajes de reincidencia pese al cumplimiento de una pena. Sin embargo, la eficacia de la pena no puede valorarse por los fracasos, sino por sus posibles éxitos, es decir, los que no han delinquido. Cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, se ha demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos para los que se señalaba; por ello se aplica una pena inferior.
- *Principio de subsidiariedad*. El derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. De este modo, el derecho penal debe ser el último recurso a utilizar a falta de otros medios, agotándose los medios menos lesivos antes de acudir a éste. Pero cuando ninguno de los medios anteriores sean

suficientes, estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad.

- *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.* El derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad; los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho se denomina bienes jurídicos. Para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales será preciso que tengan una importancia fundamental.

Por otro lado, tenemos la concepción del *Estado democrático*, obligando a poner el derecho penal al servicio del ciudadano,⁷⁹ como fuente de principios como la dignidad humana y la participación del ciudadano en la vida social. De tal forma que los límites en este Estado serán:

- *El principio de humanidad de las penas.* Transformación de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro de penas privativas de la libertad. De modo que las penas corporales desaparecieron primero, posteriormente la pena de muerte ha sido abolida en los últimos años en muchos países. Hoy en día, existe una sustitución de las penas privativas de la libertad por otras menos lesivas como la multa. Así, la dignidad del individuo es el límite material que fija los topes a la dureza de las penas y agudiza la sensibilidad por el daño que causan en quienes la sufren.
- *El principio de culpabilidad.* Forman parte de este principio, el principio de personalidad, en donde sólo se hace responsable el sujeto por el delito que cometió, sin castigar como en otros tiempos a los miembros de su familia.

⁷⁹ Por su parte, Moreno Hernández expresa que: “el Estado democrático de derecho reconoce al hombre como persona y como fin en sí mismo y reconoce su dignidad humana, así como los derechos que son inherentes a su naturaleza humana. El sistema de justicia penal, por tanto, debe responder a las exigencias características del Estado democrático de derecho, y, por ello, sustentarse en principios fundamentales que tienen la función de establecerle límites a la potestad punitiva estatal y garantizar los derechos del hombre frente al ejercicio del poder”. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *op. cit.*, nota 33, p. 315.

Por otro lado está el principio de responsabilidad por el hecho, castigando sólo las conductas, no la forma de ser ni su personalidad.

- *El principio de proporcionalidad.* Es preciso que se sancione al delincuente con una pena que resulte equitativa al hecho cometido. Así, la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho respecto del bien jurídico afectado.
- *El principio de resocialización.* Cuando la privación de la libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad. Deben ampliarse las posibilidades de participación en la vida social.

La justificación y finalidad del castigo dependerá de la teoría de la pena que se acoja, como veremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO SEGUNDO

MEDIOS JURISDICCIONALES Y NO JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

2.1 MEDIOS JURISDICCIONALES DE CONTROL SOCIAL

“Jurisdicción” proviene del latín *iurisdicĭo*, *-ōnis*, que significa “poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”; y “territorio en que un juez ejerce sus facultades”.⁸⁰

El sistema jurisdiccional mexicano contempla un conjunto de instituciones para resolver todo tipo de controversias que se dan en las distintas ramas del derecho.

Así, el Estado, como el máximo representante de la sociedad, asume la función jurisdiccional, obligándose a la creación y sostenimiento de los tribunales, a fin de administrar justicia en forma pronta, completa, imparcial y gratuita en las controversias en que los ciudadanos se ven inmersos, para la búsqueda de una estabilidad y seguridad jurídica de sus relaciones. Es por ello que, a través del Poder Judicial, se administra justicia en la sociedad, mediante la aplicación de las normas jurídicas para la resolución de conflictos.⁸¹

De acuerdo con el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “...Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Respecto al Distrito Federal, el artículo 122, inciso C, base cuarta, fracción II, constitucional dispone que “La administración, vigilancia y disciplina del Tribunal

⁸⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimosegunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>. Fecha y hora de consulta: 22 de agosto del 2012, 22:30 hrs.

⁸¹ ZUÑIGA FAYAD, Octavio. “Medios alternos de solución de conflictos: una solución alternativa y confiable para la empresa del siglo XXI”. *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, Año II, No. 2, Abril, 2009, p. 9.

Superior de Justicia, de los juzgados y demás órganos judiciales, estará a cargo del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal. El Consejo designará a los jueces del Distrito Federal, en los términos que las disposiciones prevean en materia de carrera judicial. También determinará el número y especialización por materia de las salas del tribunal y juzgados que integran el Poder Judicial del Distrito Federal, de conformidad con lo que establezca el propio Consejo”.

Así, para lograr la administración e impartición de justicia, el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal establece que el ejercicio jurisdiccional en todo tipo de asuntos civiles, mercantiles, penales, de extinción de dominio, familiares y los del orden federal en los casos que expresamente las leyes les confieran jurisdicción, corresponde a los servidores públicos y órganos judiciales que se señalan a continuación:

I. Magistrados del Tribunal Superior de Justicia; y

II. Jueces del Distrito Federal.

Por consiguiente, los conflictos serán resueltos ante los tribunales,⁸² a través de un juez,⁸³ quien debe aplicar el poder punitivo de modo racional y equilibrado. En consecuencia, no será racional la actuación de un tribunal que incumple las normas mínimas del debido proceso, sin fundar y motivar su actuación.⁸⁴

En materia penal, el órgano encargado de investigar y perseguir los delitos señalados en los cuerpos normativos penales es el Ministerio Público y las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

⁸² Tribunal.- Lugar destinado a los jueces para administrar justicia y dictar sentencias. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimosegunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>. Fecha y hora de consulta: 22 de agosto del 2012, 23:00 hrs.

⁸³ Juez.- Persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar; persona nombrada para resolver una duda. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimosegunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>. Fecha y hora de consulta: 22 de agosto del 2012, 23:30 hrs.

⁸⁴ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. Visión del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal para Oaxaca. Universidad Autónoma “Benito Juárez de Oaxaca”, México, 2007, p. 86.

El inicio de la investigación es el punto de partida del proceso penal. Comienza con la noticia criminal, es decir, con la denuncia o querrela, abriéndose una carpeta de investigación con el fin de realizar las diligencias necesarias para determinar si procede la formulación de imputación ante el órgano jurisdiccional. La finalidad de la audiencia de formulación de imputación es que el Ministerio Público comunique al indiciado, en presencia de su abogado, de los hechos que se le atribuyen y la forma de realización de los mismos, por lo que se dan a conocer los antecedentes de la carpeta de investigación.

Posteriormente se abre la audiencia de vinculación a proceso, en donde se determinará el tiempo específico para el cierre de la investigación; se fijan los hechos que serán objeto de la investigación, se anuncian los datos de prueba que se tienen y se establecerán las medidas cautelares que tendrán efectos hasta que se dicte sentencia.

La fase intermedia o etapa de preparación a juicio comienza con la formulación de acusación, al ejercitar la acción penal, solicitando al juez de control el inicio del proceso para que se vincule al acusado a una audiencia de juicio oral, pues el Ministerio Público tiene plena convicción de los hechos ilícitos y de la responsabilidad del imputado. A través del escrito de acusación el Ministerio Público, manifiesta formalmente su decisión de perseguir la responsabilidad criminal del imputado, ofrece los medios de prueba que pretende introducir en el juicio oral.

Una vez presentado su escrito de acusación ante el juez de control, se notifica a la defensa para que responda dicho escrito, hasta antes de la celebración de la audiencia intermedia; si la defensa no contesta, pierde la facultad de ofrecer pruebas, y su actuación se limitará al contrainterrogatorio de las pruebas del Ministerio Público. En la audiencia intermedia se ofrecen los medios de prueba, en donde la autoridad jurisdiccional admite o desecha aquéllos. Posteriormente se pasará a los acuerdos probatorios, en donde el Ministerio Público y defensa, dan por acreditados ciertos hechos; se señala la lista de

pruebas admitidas por el juez de control que serán desahogadas en el juicio oral, y se descartan hechos que no serán controvertidos en el juicio oral.

La etapa intermedia termina con el auto de apertura a juicio oral, que fija los hechos por los cuales se llega a éste; señala al juez competente; indica los medios de pruebas, así como el orden para desahogarlos y la individualización de quienes deberán ser citados para la audiencia de juicio oral a fin de garantizar su comparecencia.

Por último la etapa de juicio oral, que inicia con los alegatos de apertura, en donde el Ministerio Público expone de manera breve el delito(s) atribuible(s), la responsabilidad del acusado y enuncia las pruebas que posteriormente desahogará. Después la defensa indicará sintéticamente su posición respecto de los cargos formulados. Posteriormente se abre la etapa de desahogo de los medios de prueba, en donde la contraparte puede contrainterrogar.

Una vez realizado el desahogo, vienen los alegatos de clausura, en donde las partes realizan un resumen de lo acreditado o no acreditado. Terminado este acto, el tribunal de juicio oral deliberará en sesión privada, en donde valorará las pruebas y emitirá una sentencia.⁸⁵

La sentencia absolutoria se entenderá como pronunciamiento de la no culpabilidad del acusado; en que tanto que la sentencia condenatoria fijará la culpabilidad y en audiencia de individualización de sanciones, se impondrá la pena.

En la individualización judicial de la sanción el juez deberá tomar en consideración⁸⁶ la regla de aplicación estipulada en el artículo 70 del Código Penal para el Distrito Federal: “Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y

⁸⁵ Cfr. MORENO CRUZ, Everardo. **El nuevo proceso penal mexicano. Lineamientos generales**, Editorial Porrúa, México, 2010. También CONSTANTINO RIVERA, Camilo. **Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio. (Juicios Orales)**, Quinta edición, flores editor y distribuidor, México, 2011.

⁸⁶ De acuerdo a lo establecido en el artículo 6 del Código Penal para el Distrito Federal “Sólo podrán imponerse pena o medida de seguridad por resolución de autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos”.

tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente”.

Asimismo, en el artículo 72 del mismo Código, el Juez al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomará en cuenta:

- I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;
- II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
- VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;
- VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

En la audiencia de individualización de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 296 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: “El tribunal que conozca del proceso deberá tomar en cuenta las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculpado, en su caso, al grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener...”.

Es importante destacar que durante el procedimiento deberán observarse, garantizarse y respetarse los derechos del inculpado y de la víctima contenidos en el artículo 20 constitucional.

Los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de imponer penas y medidas de seguridad como consecuencia jurídica del delito, al sujeto que realizó un hecho ilícito, respecto de las cuales nos referiremos a continuación.

2.1.1 Pena

En su etapa primitiva, la pena sancionaba a quienes habían causado un daño al grupo al que pertenecían; el castigo era ejemplar para el sujeto responsable que con su conducta había causado el malestar en el grupo, y la forma más común de castigar era la eliminación del sujeto. El fundamento de este castigo era la venganza hacia el ofensor. En un inicio los ofendidos se hacían justicia por su propia mano, lo que llevó a la crueldad e injusticia, pues las personas de mayor poder abusaban de los pobres y los débiles. Al surgir los Estados como forma política para establecer un orden social, crean para sí la

facultad de castigar en nombre de la comunidad, impidiendo la justicia por su propia mano.⁸⁷

A decir de CUELLO CALÓN, la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal y que causa una aflicción al delincuente.⁸⁸ De manera que es un castigo en forma particular, concreta y temporal, que se impone a quien ha realizado una conducta ilícita, a través de la pretensión punitiva del Estado.

Por su parte, VIERA señala que la pena es una medida que priva de un bien jurídico, determinada por la ley, impuesta por el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción punible, previo el proceso penal correspondiente.⁸⁹ De modo que la pena constituye el medio coactivo más contundente con que cuenta el Estado; por lo tanto, es la consecuencia jurídica que busca reprimir el delito y evitar su repetición.

Considero que la pena es el castigo que expresa la desaprobación de la sociedad al autor y al delito, impuesto por el juez al sujeto que cometió un hecho ilícito, previamente establecido en las leyes penales, por lo que el Estado, a través del poder legislativo, determina los mínimos y máximos de ésta en la ley y el órgano jurisdiccional al individualizarla, la impone a través de una sentencia.

⁸⁷ RAMOS ARTEAGA, Elena. "Las penas y medidas de seguridad. El sistema de la doble vía". *Criminalia*, Año LXII, No. 3, Septiembre-Diciembre, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 63.

⁸⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio. *op. cit.*, nota 42, p. 16. En palabras de Ramírez Delgado la pena es la real privación o restricción de bienes del autor de un delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización. RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. **Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad**. Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2006. Esta misma idea es suscrita por, Ojeda Velázquez, al mencionar que es la real privación o restricción de bienes al autor de un delito, determinada jurídicamente en su máximo por la punición impuesta y en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que las sufre. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *op. cit.*, nota 37, p. 80.

⁸⁹ VIERA, Hugo. **Penas y medidas de seguridad**. Universidad de los Andes- Facultad de Derecho, Venezuela, 1972, p.22.

Respecto al vocablo pena podemos hacer las siguientes consideraciones:

- Es la máxima expresión de eficiencia jurídica del poder político, en tanto contempla su mayor manifestación de fuerza contra el delito amenazante del orden de derecho y de la paz social.⁹⁰
- Es una especie del género sanción jurídica;
- Encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro.
- Debe ser justa y adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social,
- La aplicación de la misma, implica una reafirmación del ordenamiento jurídico.

La idea permanente de algunos funcionarios, que denota desesperación por componer de un solo tajo el aumento de la criminalidad, de la violencia, etcétera, que desestabilice la seguridad y tranquilidad de los gobernados ha sido incrementar la duración de las penas, en especial la de prisión.⁹¹ Encontrando como justificación que la pena, es un instrumento de repersonalización del individuo, para evitar que el sujeto vuelva a delinquir, para que lleve una vida plena al cumplir con su pena.⁹² Sin embargo, se debe pensar que ésta es el último recurso con que la sociedad cuenta para evitar y reprimir las conductas socialmente desviadas.⁹³

Bajo ese tenor, el aumento de las penas busca reducir de forma significativa la incidencia de los ilícitos, pero la realidad muestra una alta tasa de reincidencia, por lo que creemos que se debe tomar en cuenta el contexto de aplicación, pues lejos de lograr dicho objetivo se incentiva la comisión de otro tipo de conductas más graves que las que se quería eliminar; así, por ejemplo de ello es el equiparar

⁹⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. "Bases constitucionales en materia penal". *Criminalia*, Año LVIII, No. 1, Enero-Abril, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 52.

⁹¹ GAMBOA DE TREJO, Ana. *op. cit.*, nota 62, p. 121.

⁹² RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *op. cit.*, nota 88, p. 23.

⁹³ POSADAS ESTRADA, Claudia Elizabeth. "La justicia alternativa como un modelo de justicia accesible y de reforma penal en México". *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*. Año II, No. 2, Abril, México, 2009, p. 116.

la punibilidad en los delitos de secuestro y homicidio, deja más desprotegida a la víctima, pues los secuestradores al no querer exponerse a ser reconocidos, matan a las víctimas.

A. Clasificación de las penas

➤ Por su finalidad:

a) Penas eliminatorias: son aquellas que tienden a la eliminación del delincuente, como forma de protección social. Ejemplo de ellas son: la pena de muerte, destierro.

b) Penas correctivas: estas penas tienden a la readaptación del delincuente; su principal finalidad es la prevención especial. Destacan la pena de prisión y el trabajo en favor de la comunidad.

c) Penas restrictivas de derechos: sanción que restringe total o parcialmente el goce de ciertos derechos. El fin de las mismas es evitar que el sujeto cometa delitos de la misma naturaleza. Por ejemplo, la pérdida de derechos familiares o en caso de servidores públicos la inhabilitación.

d) Penas intimidatorias: mediante la aplicación de las mismas se trata de evitar que delincuentes potenciales cometan algún ilícito, en virtud de la intimidación que su aplicación provoca. Recaen estas penas en la psique de los individuos.

➤ Atendiendo al bien jurídico que afectan:

a) Pena capital: afecta el bien jurídico fundamental de los seres humanos: la vida. Existen argumentos a favor de la pena de muerte, manifestando entre ellos, que es una pena económica y que no habrá reincidencia. Sin embargo, considero que es una pena inhumana y cruel y no ha logrado acabar o al menos disminuir la incidencia delictiva.

b) Penas corporales: son aquellas que se aplican directamente sobre el cuerpo del autor del delito. Las principales son la mutilación, las fracturas y las marcas. Estas penas implican ejemplificación e intimidación; sin embargo, en caso de error judicial son irreparables.

c) Penas contra la libertad: consiste en la limitación de la libertad personal del individuo. Así, por ejemplo, la pena de prisión, que consiste en la reclusión en un establecimiento, en donde el condenado permanece privado de su libertad, ha sido la medida de control más aceptada debido a que la sanción garantiza la seguridad de la colectividad, además de tener como objetivo la reinserción del delincuente.

d) Penas pecuniarias: consisten en la disminución o total entrega de los bienes patrimoniales del reo.

e) Penas suspensivas o privativas de derechos: afectan el goce o ejercicio de determinados derechos mediante la suspensión –por tiempo limitado-; privación –permanente-; o restricción –por tiempo limitado- de los mismos.

➤ Por su forma de aplicación:

a) Penas alternativas: se presentan cuando una conducta delictiva puede sancionarse con dos penas de distinta naturaleza, pero el juez impondrá solo una de ellas. En todo proceso, lo que favorezca al reo deberá de ser otorgado.

b) Penas conjuntas: se prevén dos o más sanciones de distinta naturaleza y el juez impondrá todas y cada una de ellas.

c) Penas facultativas: aquellas que de acuerdo a la prudente estimación del juez pueden o no imponerse.

d) Penas únicas: cuando en el tipo penal establece solo una punibilidad.

➤ Por su forma de ejecución:

a) Penas remisibles: por motivos humanitarios el juez decide no ejecutar la pena impuesta. Se impone la pena pero no se ejecuta.

b) Penas sustituibles: aquellas que pueden ser conmutadas por otras de menor impacto y gravedad, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que la legislación establece.

De acuerdo con la legislación vigente, el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal establece que las penas que se pueden imponer son:

I. Prisión, consiste en la privación de la libertad.

II. Tratamiento en libertad de imputables, consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole autorizadas por la ley, orientadas a la readaptación social del sentenciado y bajo la supervisión de la autoridad ejecutora.

III. Semilibertad, implica alternancia de periodos de libertad, y privación de la libertad.

IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad. En el primer caso, consiste en la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente. Mientras que en el caso del trabajo a favor de la comunidad, se llevará a cabo la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas, que la ley respectiva regule.

V. Sanciones pecuniarias. Comprenden la multa (pago de una cantidad de dinero al gobierno del Distrito Federal); la reparación del daño

(restablecimiento de la cosa obtenida por el delito; reparación del daño moral sufrido por la víctima, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que sean necesarios para la recuperación de la salud física y psíquica de aquélla; resarcimiento de los perjuicios ocasionados; o pago de salarios o percepciones, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar); y la sanción económica (en los delitos cometidos por servidores públicos, se aplicará hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados).

VI. Decomiso. Consiste en la aplicación a favor del Gobierno del Distrito Federal de los instrumentos, objetos y productos del delito. La autoridad competente determinará el destino de los bienes y serán destinados al pago de la reparación de los daños y perjuicios causados, a la multa o, en su defecto, según su utilidad, a los Fondos de Apoyo a la Procuración y Administración de Justicia.

VII. Suspensión o privación de derechos. Consiste en la limitación de derechos políticos, derechos de tutela, curatela, para ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos, árbitro, arbitrador o representante de ausentes.

VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

B. Finalidades de las penas. Teorías

○ Teorías absolutas o retributivas

Esta teoría considera que la pena es un mal. Su fundamento es el hecho culpable que tiene como consecuencia un castigo; se considera que la pena tiende al logro de la realización de la justicia.

La teoría consiste fundamentalmente en la idea de que, mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad

del autor por el hecho cometido, se castiga al ciudadano porque ha cometido un delito y en la medida en que lo merece.⁹⁴ De ahí que MIR PUIG afirme que esta teoría responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo, y que el culpable debe encontrar en él su merecido.⁹⁵

De esta forma, la pena es un fin en sí misma, siendo la justa reacción contra el hecho delictivo cometido en perjuicio de la sociedad.⁹⁶ El castigo es un pago por el daño que el individuo causó a la sociedad; no se castiga buscando un fin ulterior, sino que se castiga porque corresponde hacerlo, como pago por el daño causado por la parte ofensora.⁹⁷ Producido el delito, el cual es una violencia en contra del orden jurídico, se origina la pena en forma de compensación retributiva para reordenar la transgresión del derecho producido por el delito.⁹⁸

LANDROVE DÍAZ sostiene que “la idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena, para el restablecimiento del orden jurídico violado y que se realice una abstracta idea de justicia. De ahí que para las teorías absolutas la pena sea un fin en sí misma –un puro acto de justicia– y no un medio para alcanzar otro fin”.⁹⁹

Autores representativos de la teoría:

KANT sostiene que la pena debe imponerse si lo exige la justicia. El fin de la pena no puede ser encontrado en las teorías de la prevención, ya que considera que el Estado está imposibilitado de aconsejar a sus ciudadanos sobre su manera de actuar en sociedad, por lo tanto, la pena debe imponerse al delincuente sólo porque ha delinquido.¹⁰⁰

⁹⁴ PÉREZ DAZA, Alfonso. **Derecho penal. Introducción**, México, 2002, p. 45.

⁹⁵ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 53, p. 38.

⁹⁶ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *op. cit.*, nota 37, p. 70.

⁹⁷ PÉREZ CORREA, Catalina. “El castigo penal y su justificación desde una perspectiva interdisciplinaria”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXI, No. 255, Enero-Junio, UNAM, México, 2011. p. 53.

⁹⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 90, p. 52.

⁹⁹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Editorial Tecnos, 4ª Edición, España, 1996, p. 18. En sentido similar opina Cuello Calón mencionando: “la retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado, y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida, es decir, para la realización de la justicia”. CUELLO CALÓN, Eugenio. *op. cit.*, nota 42, p. 17.

¹⁰⁰ Citado por PÉREZ DAZA, Alfonso. *op. cit.*, nota 94, p. 49.

HEGEL menciona que el carácter retributivo de la pena se justifica en la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente. La pena será entonces la restauración del orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular del delincuente.¹⁰¹

Ambos autores coinciden en que la pena no es un simple deseo de venganza, sino que, mediante su imposición, ésta lleva consigo:

- La restauración del bien jurídico roto;
- Sancionar el hecho injusto;
- Satisfacer a la opinión pública;
- Reafirmar la fuerza y la autoridad de la norma jurídica y del orden jurídico, y
- Descalificar pública y solemnemente el hecho delictivo; logrando la función de justicia.¹⁰²

La crítica que se le hace a la teoría de la retribución es que ésta sólo castiga al sujeto que cometió el ilícito, pero no hay ningún fin benéfico para la sociedad, se aplica la pena para la obtención de justicia, se provoca un mal al delincuente por el mal que éste realizó a la sociedad, por lo que no tiene fines ulteriores sólo debe ejecutarse, de tal suerte que si el individuo cumple su pena y no recibe un tratamiento tendente a la readaptación, él podría volver a delinquir.

Sin embargo, puede rescatarse de ésta, que establece un límite al poder punitivo del Estado, pues la base, será la culpabilidad del delincuente.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 50.

¹⁰² MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 39, p. 52.

- Teoría relativas o preventivas

En la teoría relativa se asigna un fin ulterior a la pena, y no solo el castigo al delincuente, pues busca que la pena sea útil, a través de la prevención general y especial.

La teoría fundamenta la sanción penal en la necesidad de evitar la comisión de delitos futuros y para la protección de la sociedad, así como la reforma del penado y su readaptación a la vida social. Ello con bases más humanitarias y racionales, dándole importancia a la readaptación del delincuente.

La pena se halla legitimada sólo como medio de prevención de delitos. Se castiga para evitar la realización de conductas que se estiman indeseables.¹⁰³ Persigue inhibir, mediante la conminación punitiva, la comisión de delitos.¹⁰⁴

La imposición de la pena conlleva costos (para la sociedad y el ofensor), pero es aceptada debido al beneficio posterior que será la prevención; demostrándose que es la mejor forma para alcanzar dicho beneficio.

A través de la punición se tiene la ambición de lograr la prevención general del delito, es decir, a través del temor que se crea en la comunidad, y de prevención especial respecto del transgresor, con la imposición de la pena, corregirlo para que no reincida.

- ❖ Teoría de la prevención general. Su principal exponente es Feuerbach, quien sostiene que el fin último de la aplicación de la pena es la intimidación de los ciudadanos para evitar que delinca, desde la amenaza de la sanción en la ley, durante la individualización y en la ejecución de la misma.¹⁰⁵

¹⁰³ PÉREZ DAZA, Alfonso. *op. cit.*, nota 97, p. 54.

¹⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 53, p. 41.

¹⁰⁵ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 39, p. 56.

Como ya se menciona en el capítulo anterior, la prevención general diferencia un aspecto negativo, en donde la pena será intimidatoria para los posibles delincuentes; y uno positivo que busca la afirmación del derecho frente a la sociedad.

Este tipo de prevención muestra la ventaja de que, sin necesidad de restricción o privación de bienes jurídicos, se evita la delincuencia. Sin embargo, presenta la desventaja de que en la pretensión de evitar que surjan nuevos delincuentes o no se cometa el delito, se aumenten las penas y por lo tanto se rompa con la proporcionalidad entre el delito y la pena.

- ❖ Teoría de la prevención especial. El principal representante de esta teoría es Franz von Liszt, quien menciona que ésta puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor para que no cometa futuros delitos; y corrigiéndolo como medio para preservarlo de la reincidencia.

Propone distinto tratamiento de los delincuentes:

-Inocuidación del delincuente habitual, de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore.

-Intimidación al delincuente ocasional.

-Corrección al autor corregible.¹⁰⁶

La crítica que se hace a la prevención especial es que pueden imponerse penas desproporcionadas, debido a que la pena puede exceder la culpabilidad del delincuente con el objetivo de que el tratamiento tendente a su corrección sea más efectivo; no obstante, reconocen que tienen una finalidad más humana al querer corregirlo y reincorporarlo a la vida social.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 59.

- Teoría mixta o de la unión

Esta teoría trata de combinar la retribución y la prevención a través de la imposición de una pena por el mal que causó, pero tendiente a la rehabilitación del autor, de tal forma que todos los fines de la pena alcancen una relación equilibrada. De ahí que la pena tenga capacidad de reprimir y prevenir al mismo tiempo.

Luego entonces, la prevención tendrá como límite la retribución y a su vez la culpabilidad del sujeto, buscando evitar imponer penas desproporcionadas.

El principal portavoz de esta teoría es MIR PUIG, quien sostiene que la pena cumple una función de prevención general al establecer la amenaza de sanción en la ley, lo mismo en el momento judicial y en la ejecución penal. En cuanto a la prevención especial, mediante la ejecución de la sanción y el tratamiento del delincuente se pretende que el sujeto no reincida.¹⁰⁷

Acoge nuestra Constitución, la fórmula de la teoría de la unión, al combinar la retribución y la prevención, por lo que, con la imposición de la pena se causa un mal al acusado y ésta tiene como finalidad evitar la comisión de delitos en el futuro a través de la reinserción del penado.¹⁰⁸

Esto se ve reflejado en el artículo 20, apartado A, fracción VIII constitucional, al establecer que “el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado”. Respecto a la prevención en el artículo 18, párrafo segundo, del mismo ordenamiento legal, dispone que “el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como

¹⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, nota 53, p. 812.

¹⁰⁸ Solo las teorías mixtas que combinen el aspecto de compensación de la culpabilidad (función limitadora del Estado) y la función preventiva de la pena (función de utilidad del Estado Social), convienen al marco político del Estado Social y Democrático de Derecho, pues tratar de fundamentar exclusivamente la pena en la retribución o en la prevención supondría eliminar para el Derecho Penal valores propios de una de las concepciones del Estado que combina la Constitución. Una pena entendida como pura retribución carente de fin desconocería, la finalidad de la pena preventiva. Pero la prevención es por sí sola insuficiente para garantizar la limitación de la pena y limitar el poder de intervención estatal en la esfera del individuo, debiéndose completar desde fuera con criterios limitadores, de los cuales, la culpabilidad es la que mejor responde a la idea de que la pena no debe superar la gravedad del hecho cometido por el autor. SANDOVAL DELGADO, Emiliano y GÓMEZ PÉREZ, María Ángela. **Individualización judicial de la pena**. Ángel editor, México, 2002, p. 83.

medios **para lograr la reinserción del sentenciado** a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir...”.

En el sistema mexicano la finalidad de la pena es distinta en cada etapa de la reacción penal, es decir, en la punibilidad la finalidad será de prevención general (positiva, negativa), lográndose la protección de la sociedad y del orden jurídico, así como para disuadir a posibles delincuentes. En la punición será la prevención general (negativa); y prevención especial, con la imposición de la pena al sujeto penalmente responsable. Por último, en la pena será de prevención especial mediante tratamiento.

2.1.2 Medidas de seguridad

El surgimiento de las medidas de seguridad a finales del siglo XIX tuvo su origen en la necesidad de que el derecho penal, hasta entonces como una función puramente represiva, extendiera su función a la prevención de comportamientos delictivos por parte de reincidentes y de inimputables peligrosos, en los que la culpabilidad está ausente.¹⁰⁹ Fue el fin del reinado de la pena como consecuencia única ligada al hecho punible, resultado de la incapacidad de ésta para dar una solución adecuada a una serie de supuestos –fundamentalmente casos de sujetos sin capacidad de culpabilidad pero peligrosos– para los que las ideas clásicas de culpabilidad y retribución impedían una protección adecuada de la sociedad.¹¹⁰

Nacen las medidas de seguridad con el carácter de complemento de la pena; se considera que ésta realiza una función eficaz para ciertas clases de delincuentes.¹¹¹

Las medidas de seguridad complementan el sistema penal, sancionando al sujeto por su peligrosidad –característica personal del delincuente, debido al grado

¹⁰⁹JAÉN VALLEJO, Manuel. **Sistema de consecuencias jurídica del delito: nuevas perspectivas**. UNAM- IIJ, México, 2002, p. 63.

¹¹⁰ SANDOVAL DELGADO, Emiliano y GÓMEZ PÉREZ, María Ángela. *op. cit.*, nota 108, p. 17.

¹¹¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. *op. cit.*, nota 42, p. 85.

de maldad—, debido a que el delincuente puede cumplir su pena pero puede seguir representando un riesgo para la colectividad, por lo que permiten eliminar el riesgo de que el sujeto vuelva a cometer delitos.

A decir de CUELLO CALÓN, las medidas de seguridad son especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por los órganos estatales competentes a determinados delincuentes para la obtención de alguno de los siguientes fines: a) su readaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y curación); b) sus separación de la misma (medidas de aseguramiento de delincuentes inadaptables); c) o, aún sin aspirar específicamente a los fines anteriores (readaptación o eliminación) a prevenir también la comisión de nuevos delitos.¹¹²

Las medidas de seguridad están destinadas a solucionar exigencias político-criminales no resueltas por las penas,¹¹³ pues no persiguen la intimidación y no son retributivas; su finalidad es la prevención especial, pueden ser indeterminadas o determinadas, dependiendo del orden jurídico y pueden ser aplicadas tanto a imputables como a inimputables.¹¹⁴ Son una consecuencia jurídica de la peligrosidad, y consisten, por lo general, en tratamientos correctivos (psiquiátrico, desintoxicador y educativo).

Por lo tanto, la pena se encarga de la culpabilidad, mientras que, las medidas de seguridad de la peligrosidad.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado la distinción de los conceptos de culpabilidad y de peligrosidad, considerando a este último como una circunstancia personal del delincuente que lo hace socialmente temible por su malignidad, esto es, la perversidad constante y activa que se debe esperar de parte del mismo autor del delito, entendida también como la saña y maldad

¹¹² Las primeras destinadas a jóvenes delincuentes, enfermos mentales; el segundo grupo a delincuentes habituales peligrosos; por último, expulsión de delincuentes extranjeros, la prohibición de residir en cierta localidad. *Ibidem*, p.88.

¹¹³ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *op. cit.*, nota 88, p. 7.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión**. Editorial Porrúa, México, 1998, p. 89.

manifestada por el sujeto activo del ilícito penal en la realización de los actos criminales, tal y como lo expresa el siguiente criterio:

CULPABILIDAD Y PELIGROSIDAD. SU DIFERENCIA. Por culpabilidad se entiende el conjunto de presupuestos o caracteres que debe tener una conducta para que le sea reprochada jurídicamente a su autor, ésta se entiende como el elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley; en tanto que la peligrosidad es una circunstancia personal del delincuente que lo hace socialmente temible por su malignidad, esto es, la perversidad constante y activa que se debe esperar de parte del mismo autor del delito, entendida también como la saña y maldad manifestada por el sujeto activo del ilícito penal en la realización de los actos criminales. Es por ello que se reformó el artículo 52 del Código Penal y que a partir del primero de febrero de 1994 establece: "El Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente...", con lo cual se logra la finalidad de la individualización de la pena a imponer.¹¹⁵

En virtud de lo dicho anteriormente, ahora se señalarán los principios que deben regir a las medidas de seguridad, siendo las siguientes: establecidas previamente en un ordenamiento legal, ya que deben estar contenidas y asignadas al tipo penal, además con descripción de éstas; públicas, solamente el Estado puede describirlas en la ley y después ejecutarlas a través del órgano competente; jurisdiccionales, la autoridad judicial debe imponerlas; finalmente, personalísimas, no pueden ir más allá en su aplicación de la persona que las merezca.

¹¹⁵ Véase la tesis aislada del Sexto Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito, de rubro "CULPABILIDAD Y PELIGROSIDAD. SU DIFERENCIA", *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, Mayo de 2002, p. 1205. Tesis I.6º.P.36 P. Novena Época. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Materia: Penal. Registro IUS no. 921582.

Las medidas de seguridad que pueden imponerse están establecidas en el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 31, y son:

I. Supervisión de la autoridad. Consiste en la observación y orientación de la conducta del sentenciado, ejercidas por personal especializado dependiente de la autoridad competente, con la finalidad exclusiva de coadyuvar a la readaptación social del sentenciado y a la protección de la comunidad.

II. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él. En atención a las circunstancias del delito, del delincuente y del ofendido, el juez impondrá esta sanción, conciliando la exigencia de tranquilidad pública y la seguridad del ofendido.

III. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos. El juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad. En el caso de tratamiento de inimputables, el sujeto será internado en la institución correspondiente para su tratamiento durante el tiempo necesario para su curación.

Si se trata de personas con desarrollo intelectual retardado o trastorno mental, la medida de seguridad tendrá carácter terapéutico en lugar adecuado para su aplicación.

Tratamiento para imputables disminuidos. Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, a juicio del juzgador se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia.

La duración de tratamiento para el inimputable, en ningún caso excederá del máximo de la pena privativa de libertad que se aplicaría por ese mismo delito a sujetos imputables.

Concluido el tiempo de tratamiento, la autoridad competente entregará al imputado a sus familiares para que se hagan cargo de él, si no tiene familiares, lo pondrá a disposición de las autoridades de salud o institución asistencial, para que éstas procedan conforme a las leyes aplicables.

El juez, o en su caso, la autoridad competente podrá entregar al inimputable a sus familiares o a las personas que conforme a la ley tengan la obligación de hacerse cargo de él, siempre y cuando reparen el daño, se obliguen a tomar las medidas adecuadas para el tratamiento y vigilancia del inimputable y garanticen a satisfacción del juez, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

IV. Tratamiento de deshabitación o desintoxicación. Esta medida se impondrá cuando el sujeto haya sido sentenciado por un delito cuya comisión obedezca a la inclinación o abuso de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, independientemente de la pena que corresponda, se le aplicara tratamiento de deshabitación o desintoxicación, el cual no podrá exceder el término de la pena impuesta por el delito cometido. Cuando se trate de penas no privativas o restrictivas de libertad, el tratamiento no excederá de seis meses.

En resumen, la finalidad de la medida de seguridad no es la retribución del hecho cometido, sino que mira al futuro en el campo de la prevención especial con el fin de prevenir la repetición del hecho al disminuir el estado peligroso del sujeto, sin embargo, el juez penal no puede intervenir sino en el caso de la previa realización de un hecho punible.¹¹⁶

¹¹⁶ SANDOVAL DELGADO, Emiliano y GÓMEZ PÉREZ, María Ángela. *op. cit.*, nota 108, p. 17.

2.2 INSTITUCIONES EN LAS QUE SE INSTRUMENTAN MEDIOS NO JURISDICCIONALES DE CONTROL SOCIAL

En los últimos años, se ha incrementado la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, debido al aumento de la criminalidad y que numerosos asuntos se ventilan en ellos, de ahí el surgimiento de órganos distintos al jurisdiccional.

Surgiendo así, los órganos no jurisdiccionales son las áreas administrativas y de apoyo judicial; a través de ellos se busca disminuir la carga de trabajo en los órganos jurisdiccionales, pues presentan varias ventajas frente a los instrumentos tradicionales de procuración de justicia, en virtud de que sus procedimientos son informales, breves, sencillos y menos onerosos, además de ser instancias fácilmente accesibles, dando pronta respuesta a los ciudadanos involucrados en un conflicto.

Así, las controversias que se presentan en los medios no jurisdiccionales serán resueltas por las partes, sin la intervención de un juez, pero con la participación de terceros neutrales, como los conciliadores, negociadores, mediadores y árbitros, evitando el transcurso de las etapas procesales; logrando así la instauración de un entorno social pacífico para resolver las disputas.

Ejemplos de órganos no jurisdiccionales son la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

La CONAMED es una institución pública que ofrece medios alternos para la solución de controversias entre usuarios y prestadores de servicios médicos;

promueve la prestación de servicios de calidad y contribuye con la seguridad de los pacientes.¹¹⁷

Cuando el usuario considere que la atención médica recibida fue deficiente o irregular, y por eso tuvo algún daño o consecuencias, la CONAMED invita al prestador que brindó el servicio para que trate de aclarar la situación. Si el prestador de servicio considera que hubo deficiencia en la atención médica que otorgó, por falta de cuidado (negligencia) o de conocimiento (impericia), concilia con el usuario y propone un arreglo económico o la prestación del servicio, a fin de solucionar el problema. Por el contrario, si el prestador de servicio y el usuario no llegan a un acuerdo en la etapa de conciliación, se iniciará un procedimiento arbitral para que la CONAMED decida quién tiene la razón y la forma de resolver el asunto. Para la atención de todo el proceso arbitral se cuenta con la participación de abogados y médicos expertos que actúan en estricto apego a las políticas de confidencialidad, imparcialidad y profesionalismo, para poder así resolver la diferencia entre el usuario y el médico u otro prestador de servicio.

Las ventajas del servicio de CONAMED son: gratuidad, confidencialidad, imparcialidad, agilidad; ayuda cuando hay buena fe y voluntad de las partes; evita el pleito judicial, promoviendo el diálogo; brinda atención con abogados y médicos calificados, y sus resoluciones son de cumplimiento obligatorio. Por lo que al ofrecer métodos alternativos en la resolución de conflictos derivados de la atención médica, permite aliviar las cargas de trabajo de las autoridades jurisdiccionales de impartición y procuración de justicia, ayudando con ello a disminuir la presión social que pudieran generar este tipo de diferencias.

Este modelo alternativo de resolución de controversias de tipo médico no sólo permite atender de manera expedita las inconformidades planteadas por los pacientes y sus familiares, sino que fortalece la calidad de atención, al inducir en los prestadores de servicios la responsabilidad de una actuación profesional, apegada a los cánones de la medicina y la ética.

¹¹⁷ <http://www.conamed.gob.mx>. Fecha y hora de consulta: 08 de septiembre del 2012, 17:00 hrs.

Por otro lado, el CONAPRED se encarga de recibir y resolver las reclamaciones y quejas por presuntos actos discriminatorios cometidos por particulares o por autoridades federales en el ejercicio de sus funciones. La reclamación es el procedimiento que se sigue ante el Consejo por conductas presuntamente discriminatorias cometidas por los servidores públicos federales en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.¹¹⁸

El Consejo solicita un informe a los servidores públicos presuntamente responsables, el cual deberá rendirse en un plazo no mayor a 10 días hábiles. En éste, la autoridad o servidor público señalado como presunto responsable debe hacer constar los antecedentes del asunto, los fundamentos y motivaciones de los actos u omisiones que se le imputan.

La reclamación se resolverá a través de la conciliación, que es la etapa del procedimiento por medio de la cual el Consejo buscará avenir a las partes involucradas a resolverla, a través de alguna de las soluciones que les presente el conciliador. El conciliador expondrá a las partes un resumen de la reclamación y de los elementos de juicio que se hayan integrado y los exhortará a resolver sus diferencias, para cuyo efecto propondrá opciones de solución.

Cuando las partes lleguen a un acuerdo, se celebrará un convenio, que será revisado por el área competente del Consejo; si está apegado a derecho, lo aprobará y dictará el acuerdo correspondiente, sin que sea admisible recurso alguno.

Por su parte, la CONDUSEF se encarga de atender y resolver las quejas y reclamaciones de los usuarios de servicios y productos financieros mediante la protección y defensa de los derechos e intereses de los usuarios frente a las instituciones financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y promover la equidad en las relaciones entre éstos.¹¹⁹

¹¹⁸ <http://www.conapred.org.mx>. Fecha y hora de consulta: 08 de septiembre del 2012, 18:00 hrs.

¹¹⁹ <http://www.condusef.gob.mx>. Fecha y hora de consulta: 08 de septiembre del 2012, 18:30 hrs.

La Comisión correrá traslado a la institución financiera acerca de la reclamación presentada en su contra, anexando todos los elementos que el usuario hubiera aportado, y señalando fecha para la celebración de la audiencia de conciliación.

La institución financiera deberá, por conducto de un representante, rendir un informe por escrito que se presentará con anterioridad o hasta el momento de la celebración de la audiencia de conciliación.

En la audiencia se exhortará a las partes a conciliar sus intereses. Para tal efecto, el conciliador formulará propuestas de solución y procurará que la audiencia se desarrolle en forma ordenada y congruente. El acuerdo para la resolución de la reclamación se hará constar en el acta circunstanciada que al efecto se levante, se firmará por ambas partes y por la Comisión, fijándose un término para acreditar su cumplimiento. El convenio firmado por las partes tiene fuerza de cosa juzgada y trae aparejada ejecución.

Si las partes no llegan a un acuerdo conciliatorio, la Comisión las invitará a que, de común acuerdo, designen como árbitro para resolver sus controversias a la propia Comisión o a alguno de los árbitros que ésta les proponga, quedando a elección de las mismas que el juicio arbitral sea en amigable composición o de estricto derecho. En el convenio que fundamente el juicio arbitral en amigable composición, las partes facultarán, a su elección, a la Comisión o al árbitro para resolver en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada, la controversia planteada, y fijarán de común acuerdo y de manera específica las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje, estableciendo las etapas, formalidades y términos y plazos a que deberá sujetarse el arbitraje.

En el convenio que fundamente el juicio arbitral de estricto derecho, las partes facultarán, a su elección, a la Comisión o a alguno de los árbitros propuestos por ésta, a resolver la controversia planteada con estricto apego a las disposiciones legales aplicables, y determinarán las etapas, formalidades,

términos y plazos a que se sujetará el arbitraje, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Quien funja como árbitro, después de analizar y valorar las pruebas y alegatos aportados por las partes, emitirá un laudo que resolverá la controversia planteada por el usuario.

Por lo que hace a la PROFECO, es la institución encargada de defender los derechos de los consumidores, prevenir abusos y garantizar relaciones de consumo justas, y procurará la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores.¹²⁰

El consumidor presentará la queja en donde describirá el bien o servicio que reclama; la Procuraduría enviará la queja al proveedor para que éste conteste la solicitud en el plazo de 15 días siguientes a la fecha de su presentación. Posteriormente, la Procuraduría señalará el día y la hora para la celebración de una audiencia de conciliación en la que se procurará avenir los intereses de las partes. Previo reconocimiento de la relación contractual ente las partes, el conciliador expondrá a las partes un resumen de la reclamación y del informe presentado, señalando los elementos comunes y los puntos de controversia, y las exhortará para llegar a un arreglo. Sin prejuzgar sobre el conflicto planteado, les presentará una o varias opciones de solución, salvaguardando los derechos del consumidor.

En caso de no haber conciliación, el conciliador exhortará a las partes para que designen como árbitro a la Procuraduría o a algún árbitro independiente para solucionar el conflicto.

La Procuraduría podrá actuar como árbitro entre consumidores y proveedores cuando los interesados así lo convengan y sin necesidad de reclamación o procedimiento conciliatorio previo.

¹²⁰ <http://www.profeco.gob.mx>. Fecha y hora de consulta: 22 de septiembre del 2012, 18:00 hrs.

Mediante acta se señalarán claramente los puntos esenciales de la controversia y si el arbitraje es en estricto derecho o en amigable composición. En la amigable composición se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje y el árbitro tendrá libertad para resolver en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento. Mientras que en el juicio arbitral de estricto derecho las partes formularán compromisos en el que fijarán las reglas del procedimiento, acordes con los principios de legalidad, equidad e igualdad entre las partes. El laudo arbitral emitido por la Procuraduría o por el árbitro designado por las partes deberá cumplimentarse.

Otro órgano no jurisdiccional es la CNDH. Tendrá competencia en todo el territorio nacional para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal.¹²¹

Una vez realizado el escrito de queja y acreditadas las violaciones, el asunto podrá someterse al procedimiento de conciliación con las autoridades señaladas como presuntas responsables.

El visitador general correspondiente, de manera breve y sencilla, presentará por escrito a la autoridad o servidor público la propuesta de conciliación, siempre dentro del respeto a los derechos humanos que se consideren afectados, a fin de lograr una solución inmediata a la violación; la autoridad o servidor público dispondrá de un plazo de quince días para responder a la propuesta. Si no acepta la conciliación se iniciará la elaboración del proyecto de recomendación correspondiente.

En el proyecto de recomendación se señalarán las medidas que procedan para la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales y, si

¹²¹ <http://www.cndh.org.mx>. Fecha y hora de consulta: 22 de septiembre del 2012, 20:00 hrs.

procede en su caso, para la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado.

La recomendación es pública y no vinculatoria; y se entiende que la autoridad o servidor público que haya aceptado una recomendación asume el compromiso de dar a ella un total cumplimiento.

Una de las vías previstas en el sistema jurídico mexicano para lograr la reparación del daño consiste en plantear la reclamación ante el sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos, de conformidad con lo establecido en los artículos 1, párrafo tercero, y 113, segundo párrafo, de la Constitución; 44, párrafo segundo, de la Ley de la CNDH, que prevén la posibilidad de que al acreditarse una violación a los derechos humanos atribuible a un servidor público del Estado, la recomendación que se formule a la dependencia deberá incluir las medidas que procedan para lograr la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales y las relativas a la reparación de los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado, para lo cual el Estado deberá investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

Por último, tenemos el Centro de Justicia Alternativa, tema que abordaremos en el capítulo cuarto.

2.3 PARADIGMAS ACTUALES DE LA JUSTICIA PENAL

Actualmente, la justicia penal considera que ante una conducta que altera el orden social establecido, el ofendido es el Estado y la sociedad en su conjunto. Se atiende y se responde a las necesidades del conglomerado social a través de la imposición de una pena como respuesta o reacción necesaria ante la comisión de un delito; la pena existe porque el Estado tiene que imponerla y castigar al

infractor; existe la represión como respuesta ante la infracción cometida, se aplica en proporción directa al hecho.¹²²

La forma de hacer justicia en el proceso tradicional es a través de la figura del juez que pone fin al conflicto mediante una sentencia; se concibe al delito como una conducta prescrita que representa una transgresión contra la ley y el Estado, por lo tanto, la justicia significa determinar la responsabilidad del autor imponiéndole una sanción.

Durante el procedimiento, se tiene como objetivos probar delitos, establecer responsabilidades y aplicar la sanción, siendo los protagonistas el Estado y el infractor, sin preocuparse por la víctima. Por lo que la víctima “no pasa de ser sujeto pasivo de un tratamiento institucional y burocrático, a ser sujeto activo en la definición de los conflictos de que forman parte y en la construcción de los instrumentos para resolverlos según sus propias necesidades reales”.¹²³

El sistema mexicano se encuentra estructurado de tal forma que una vez que se hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un delito, la atención se centra en la investigación y persecución del delincuente, dejando a la víctima en total desamparo, como un objeto y no como un sujeto del procedimiento penal; lo que en opinión de muchos tratadistas produce la doble victimización, por lo que ésta no es atendida en sus derechos, lo que incluye apoyo psicológico, médico, social y legal en lo que se refiere a la reparación del daño.¹²⁴

De modo que los presupuestos penales se han diseñado para el sujeto activo del delito, dejando de lado la necesidad indispensable de la reparación del daño a la víctima. La falta de confianza en nuestro sistema judicial se debe a que en la actualidad se cree que la única posibilidad de solucionar los conflictos es

¹²² ESPINOSA HERNÁNDEZ, Raúl. “La mediación penal dentro del marco de la justicia restaurativa”, *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, No. 2, Abril, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2009, p. 96.

¹²³ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”, *Revista de Justicia Alternativa*, No. 2, Marzo, Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, España, 2012, p. 18.

¹²⁴ CÁMARAS, Claudia. “La justicia alternativa en materia penal”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, No. 5, Segunda Época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002, p. 123.

invocando al derecho penal ante los tribunales, olvidándonos por completo de la víctima.

Derivado de lo anterior, los abolicionistas proponen extinguir no sólo la cárcel sino el sistema penal en su conjunto, y sustituirlo por un sistema privado de arreglo de conflictos, comunitario en su conformación y en su funcionamiento, orientado hacia la víctima. No coincido con esta idea debido a que existen delitos que no son susceptibles de resolverse a través del sistema alternativo, además de que uno de los principios para la aplicación de medios no jurisdiccionales es la voluntariedad de las partes por lo que el Estado debe seguir impartiendo justicia.

Así, el Estado tiene interés en el conflicto penal, toda vez que es quien ostenta el *ius puniendi* y a la vez busca resolver de la mejor manera a través de respuestas no jurisdiccionales los delitos menores.

Así, se abre la puerta a la implementación de la justicia alternativa tratándose de delitos menores, y con ella poder combatir la falta de credibilidad y saturación del sistema penal.

2.4 CRISIS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Desafortunadamente, la obligación del Estado de impartir justicia pronta, completa, imparcial y gratuita derivada del texto constitucional, a través de los años, se ha ido mermando por la gran carga de trabajo bajo la cual laboran los tribunales. La demora en la resolución de los asuntos a cargo de éstos y sus altos costos limitan enormemente la posibilidad de los gobernados de ejercitar y hacer valer plenamente sus derechos.¹²⁵ El aparato judicial, en ocasiones es incompatible con las necesidades de solución de los conflictos penales de manera pronta y expedita, por lo que, la sociedad se encuentra insatisfecha con el desempeño de los órganos jurisdiccionales y, por ende, no existe confianza en las leyes ni en las personas facultadas para administrar e impartir justicia.

¹²⁵ ZUÑIGA FAYAD, Octavio. *op. cit.*, nota 81, p. 9.

La justicia penal está en crisis debido a la monopolización del conflicto penal por parte del Estado, pudiéndose observar el incremento en la carga de trabajo, así como la congestión de los tribunales y como producto de ello la impunidad en muchos casos, la ineficacia para resolver gran parte de los problemas que aquejan a los ciudadanos, la respuesta jurisdiccional tardía y costosa, además de que la gente no tiene confianza en las leyes y en los hombres que las representan.¹²⁶

El artículo 17 constitucional consagra como garantía de los gobernados el derecho a una justicia expedita. La realidad nos dice que no se cumple con el imperativo constitucional, por lo que el sistema penal mexicano está en completa bancarrota.

Ninguno de sus principales actores puede estar satisfecho con su funcionamiento actual, pues:

- a) no sirve para atrapar a los delincuentes más peligrosos;
- b) permite la existencia de un altísimo nivel de impunidad y corrupción;
- c) no asegura los derechos fundamentales ni de víctima ni de acusados; y
- d) es sumamente costoso si se toma en cuenta sus pobres resultados.¹²⁷

En este sentido, un importante sector de la doctrina considera que el concepto de justicia penal está muy castigado debido a la falta de efectividad y eficiencia de las instituciones encargadas de impartir justicia, así como en los hombres que las representan. Existe una evidente manipulación del sistema penal, cuando frente a nuestros ojos existe corrupción, deshonestidad, falta de compromiso y falta de ética profesional por parte de aquéllos; cuando, aun

¹²⁶ GARCÍA LEAL, Laura. "Crisis de la administración de justicia y la justicia alternativa". *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Vol. 7, No. 3, Diciembre, Ediciones Astro Data, Venezuela, 2000, p. 105.

¹²⁷ CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique. ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?, Sexta edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2010, p. 2.

creando leyes más severas, no se puede modificar en nada la realidad social que impera en nuestro país.¹²⁸

Los procesos se han formalizado de manera excesiva y la duración de éstos se ha prolongado en demasía; el sistema sólo puede atender un pequeño porcentaje de los asuntos que le plantea la sociedad. De hecho, se hace un círculo vicioso en el que la falta de atención desincentiva la denuncia, lo que aumenta la impunidad y la deslegitimación del sistema penal.¹²⁹ De tal manera, las víctimas no acuden a denunciar debido a la falta de confianza en las autoridades y por lo extenso de los procesos; además de que muchas veces son doblemente victimizadas por un sistema que no es capaz de ofrecerles la oportuna reparación del daño y la muy esencial asistencia jurídica, psicológica y de protección social que merecen y que les reconocen los tratados internacionales y el propio texto constitucional mexicano.¹³⁰

Los conflictos son sustraídos a sus protagonistas, son desvanecidos, invisibilizados, monopolizados por los funcionarios del sistema penal, lo que produce una despersonalización de la vida social. A la víctima de un conflicto se le despoja de su derecho a participar en el arreglo de la situación.¹³¹ De ahí que la víctima exija instrumentos jurídicos para hacer valer sus pretensiones, debido a que los daños sufridos no son reparados.

¹²⁸ Entre ellos POSADAS ESTRADA, Claudia Elizabeth. *op.cit.*, nota 93, p. 119. Por su parte, GUERRA MORALES menciona que es innegable la desconfianza que la sociedad muestra para con los operadores del sistema judicial. Se censura la gran mora judicial; la corrupción de los jueces; la minimización de las garantías y declaraciones, tanto las de corte constitucional como legal, en pro de los acusados; el acentuado matiz inquisitivo de los procesos penales; el juez sin rostro; la expedición de sentencias y autos sin sustento o motivación lógica, racional y jurídica; la suplantación de notificaciones personales por las edictales. La designación de jueces no profesionalizados o especializados en las materias jurídicas que aplican. GUERRA MORALES, Silvio. "Medios alternativos de solución de conflictos en materia penal y civil: una reflexión científico-filosófica", en MORENO, Moisés (coord), **Orientación de la política criminal legislativa**, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, p. 255.

¹²⁹ ZEPEDA LECUONA, Guillermo. **La justicia penal alternativa en el modelo de justicia penal de Chihuahua**. UNAM-Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua, México, 2010, p. 7.

¹³⁰ Sobre este tema se recomienda: CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique. **¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?**, Sexta edición, México, Porrúa-UNAM, 2010. En términos similares Manzanares Samaniego refiere que, la aplicación del derecho penal puede producir la llamada victimización secundaria, durante los trámites procesales, empezando por la denuncia y terminando con los desagradables careos frente a los acusados en las dependencias policiales o en los juzgados. Un fundado temor al que se debe con frecuencia la decisión de no denunciar, así como la posible venganza de un delincuente al que en la mayoría de los casos la víctima volverá a encontrar en la calle. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. **Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal**. COMARES-Estudios de derecho penal y criminología, España, 2007, p. 10.

¹³¹ DE BARRERA SOLÓRZANO, LUIS. "Abolir la prisión: un canto de sirenas". *Criminalia*, No. 1, Año LVIII, Enero-Abril, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 15.

Aunado a lo anterior, cuando el juez penal resuelve el conflicto, las decisiones impuestas dan soluciones a un proceso de manera formal, entendiendo que alguien ha ganado y otro ha perdido en el juicio, pero nunca soluciona los conflictos de fondo entre las partes. La víctima nunca gana, se aferra a la justicia, dice creer en ella, pero difícilmente obtiene la tan buscada justicia y la paz anhelada.¹³²

Así, por ejemplo, una vez dictada la sentencia en el proceso jurisdiccional, nos enfrentamos a otro problema, debido a que el sistema penitenciario, en la mayoría de los casos, lejos de cumplir la función de reinserción social, opera de manera contraria; mucho se ha hablado que los centros de readaptación social son verdaderas escuelas del crimen. Por ejemplo, en el caso de los primodelincuentes o de quienes cometen delitos culposos, su estancia en dichos centros suele ser la puerta de acceso a otras formas de delinquir. Lo que hace indispensable una revisión, actualización y reordenamiento en lo referente a los delitos no graves.¹³³

Mauricio Martínez sostiene que el sistema penal:

- No protege la vida, propiedades ni las relaciones sociales. Las amenazas penales no evitan la comisión de delitos que, por el contrario, se han multiplicado y sofisticado. No se cumple la función de prevención general.
- Tiene como principal mecanismo la cárcel, con la cual prevalecen y se multiplican las relaciones de agresividad, se pierde la personalidad y la sociabilidad.

¹³² Decisiones que son tomadas sin haber estado presente en la audiencia, por lo que en varias ocasiones los detenidos jamás conocen al juez que los condenó y al excesivo rezago de expedientes muchos presos aun no han recibido sentencia condenatoria.

¹³³ Una vez que los sujetos que cumplen su condena, son objeto de discriminación social y lo más grave sucede cuando se sienten vinculados con su pasado delictivo, al grado de creer que no sabe hacer otra cosa más que delinquir. NEUMAN sostiene que los postulados de prevención especial (la resocialización del delincuente) han resultado fallidos y su insistencia en ellos es intempestiva y, además, caduca. la pena no ejerce, ni ejerce prevención alguna, no se resocializa al infractor y, por añadidura, se olvida a la víctima. NEUMAN, Elías. La mediación penal y la justicia restaurativa. Editorial Porrúa, México, 2005, p. 15.

- Estigmatiza haber estado en prisión, o aun estar sujeto a proceso deja una huella que se lleva toda la vida. El condenado y procesado queda señalado ante la sociedad y frente a sí mismo, de tal forma que se auto percibe como un desviado y es impulsado a vivir y a comportarse conforme a dicha imagen.
- No le interesa la víctima; ésta sólo quiere recuperar lo perdido o hacer que cese la situación negativa que experimenta y no un juicio penal extenso.¹³⁴

Contamos con un sistema de procuración de justicia burocratizado, asfixiado por un modelo de investigación anacrónico, sin un perfil adecuado para el desarrollo de la función ministerial, que no cuenta con incentivos para su capacitación y profesionalización, con altos grados de responsabilidad y estrés y con una remuneración baja, que trabaja bajo presiones de todo tipo que pretenden influir en sus determinaciones.¹³⁵

Se considera que el sistema penal ofrece un proceso excesivamente lineal, ya que ve al delito como un choque entre delincuente y Estado, marginando a la víctima. Por lo que una sentencia nunca podrá resolver los hechos que produjeron el delito y la forma en que afectaron en el ánimo de las partes, en especial a la víctima. Por lo que las condiciones actuales, debido a la crisis del derecho penal y de la pena a través de los años, además, considerando la sobrepoblación y la crisis de las prisiones en el país, el uso excesivo de la pena privativa de libertad, el aumento de las penas, la ineficacia de estas, la nulidad de sus fines tanto de prevención general como especial, pues la realidad muestra altas tasas de reincidencia, los problemas para que el delincuente, una vez cumplida su condena, se reintegre a la sociedad, ya que no se cumple con el fin de la readaptación social, se presenta el desafío de crear ideas y paradigmas innovadores que logren resolver el conflicto social y vencer el rezago en materia de procuración y administración de justicia de otras formas, ejemplo de ello es la

¹³⁴ MARTÍNEZ, Mauricio. La abolición del sistema penal, Editorial Temis, Bogotá, 1990, p. 57.

¹³⁵ GARCÍA SILVA, Gerardo. "La reforma al sistema de justicia penal en México". *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, No. 6, Cuarta Época, Noviembre-Diciembre, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, p. 73.

creación de métodos alternativos de solución de controversias, destacando la mediación penal, como una forma de justicia restaurativa.

El conflicto penal frustra, inhibe y causa sensaciones poco agradables en los sujetos conflictuados, y es por eso que a través de medios no jurisdiccionales se pretenden dar soluciones en donde las partes restablezcan su relación y soluciones de fondo a los problemas, de manera ágil, flexible, equitativa, económica y justa.¹³⁶

¹³⁶ZUÑIGA FAYAD, Octavio. *op. cit.*, nota 81, p. 5.

CAPÍTULO TERCERO

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

3.1 JUSTICIA ALTERNATIVA

A partir de la década de los ochenta en los países de América Latina se generó una toma de conciencia en la opinión pública sobre la necesidad de modernizar el sistema de administración de justicia para darle mayor credibilidad, transparencia, celeridad e imparcialidad. Entre las medidas diseñadas para realizar esta reforma se crearon los métodos alternativos de solución de controversias (MASC).¹³⁷

Los MASC son procedimientos flexibles donde las partes conducen a su conveniencia la resolución del conflicto, en el que no hay ganadores ni perdedores, además de ser más económicos, confiables, justos y, sobre todo, permiten a las partes encontrar sus propias soluciones.¹³⁸

Así, la implementación simple, breve y de bajo costo de los MASC constituye un paso de gran importancia para el acceso a la justicia, encontrando soluciones más rápidas y adecuadas; al mismo tiempo permiten a las partes enfrentarse a una realidad inmediata y directa en su conflicto, lo cual ayuda a reducir una gran cantidad de expedientes ante los órganos jurisdiccionales.

Se habla de mecanismos alternativos cuando se trata de aquellos mediante los cuales se busca que las partes puedan de una manera amistosa, expedita y sencilla, solucionar las controversias frente a las cuales se ven avocados, en instancias distintas a las jurisdiccionales. Con ellos se pretende facilitar a la sociedad el acceso a la justicia; estos mecanismos son un importante elemento dentro de la política de descongestión de los despachos judiciales,¹³⁹ haciendo frente a la problemática de impartición de justicia actual en la solución de controversias sin que el Estado necesariamente tenga una intervención directa.

¹³⁷ GARCÍA LEAL, Laura. *op. cit.*, nota 126, p. 100.

¹³⁸ ZÚNIGA FAYAD, OCTAVIO. *op. cit.*, nota 81, p. 22.

¹³⁹ CÁMARAS, Claudia. *op. cit.*, nota 124, p.103.

De ahí que el artículo 2, fracción VIII, de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal establezca qué se entenderá por justicia alternativa: “procedimientos distintos a los jurisdiccionales para la solución de controversias entre particulares”.

De este modo, la justicia alternativa se basa en el reconocimiento y respeto de la autonomía individual, así como en el desarrollo de la cultura de empoderamiento y responsabilidad de los individuos frente al manejo de conflictos, más que en la delegación de esas responsabilidades en una autoridad.¹⁴⁰ Esta justicia propone, en contraste con los sistemas convencionales de resolver conflictos, el uso de enfoques no adversariales y no violentos; buscan encontrar soluciones que se enfoquen en los modos de entender el conflicto tomando en cuenta las necesidades de ambas partes.¹⁴¹

La solución autocompositiva o en instancias ajenas al sistema legal o ante personas que no sean servidores públicos, en un contexto de informalidad, han demostrado ser soluciones de mayor calidad y mucho más estables.

3.2 VISIÓN ALTERNATIVA DEL SISTEMA PENAL

Debido a que el sistema jurisdiccional ha resultado ineficaz, ingresando más causas penales de las que se resuelven, con la excesiva duración de los procesos y su alto costo económico, se implementó una justicia basada en la búsqueda de acuerdos, permitiendo que los conflictos se resuelvan por una vía distinta a la jurisdiccional, mediante el diálogo entre las partes.

Por lo que la creación de la justicia alternativa fue un atinado acierto, pues se ha demostrado la ineficacia de las instituciones tradicionales tratándose de delitos menores, además de los efectos devastadores del sistema penal en la vida

¹⁴⁰ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. *op. cit.*, nota 84, p. 49.

¹⁴¹ FÉLIX ALCONADA, Julio Marceliano. “Resolución de conflictos y mediación penal”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia*, Año XLV, No. 66, Diciembre, Argentina, 2005, p. 69.

del delincuente, facilitando el desarrollo de mecanismos tendentes a exaltar sus derechos y consecuentemente los de las víctimas.

De esta forma, instrumentos distintos al proceso penal pueden dar una respuesta de mayor calidad a los conflictos penales, al respetar y avalar acuerdos autocompositivos, con ellos se tienen mayores probabilidades de restaurar y mantener la armonía social; en tanto que el proceso penal tradicional suele polarizar las posturas y sus mecanismos se han formalizado crecientemente.¹⁴²

Esta justicia se fundamenta esencialmente en otorgar a las partes la oportunidad de discutir los temas que les atañen y decidan qué solución darles; contribuye a la solución del conflicto mediante mecanismos diferentes del proceso penal para lograr una mayor efectividad en cuanto a la reparación del daño y la reinserción social del ofensor.

De ahí que la reforma constitucional de 2008 introdujera como parte de la estrategia de reforma al sistema de justicia y redefinición de los fines del proceso penal, la incorporación a nivel constitucional de los mecanismos alternativos al proceso para resolver los conflictos producidos por la comisión de delitos.

En la exposición de motivos para adicionar dichos mecanismos se señaló lo siguiente:

“Consideramos que debemos comenzar a fomentar la educación para la no violencia en los diferentes sectores de la sociedad y la resolución sana de conflictos. Por ello, dentro de las reformas que se plantean al sistema de administración de justicia, se proponen las medidas alternativas de resolución de conflictos con doble intención, la primera agilizar el desempeño de los tribunales y la segunda, establecer que la instancia penal será la última a la que se recurra.

Los objetivos y beneficios de estas medidas alternativas a las sentencias judiciales son conocidos y valorados en todos los ámbitos, ya que aportan

¹⁴² ZEPEDA LECUONA, Guillermo. *op. cit.*, nota 129, p. 9.

mayor rapidez a la solución de conflictos sociales al mismo tiempo que disminuyen los costos, tanto para el sistema de justicia como para las partes involucradas; además de que representan una posibilidad muy cercana de descongestionar a los tribunales y al sistema penitenciario.

Todas las herramientas y medidas que ayuden a ser más eficiente y oportuna la justicia, así como hacerla menos costosa, son necesarias y deben ser promovidas con mayor ahínco en todas las materias, pero resulta imprescindible que también se instauren en el sistema penal.

No podemos seguir considerando que el aumento a las penas de prisión o la construcción de nuevas cárceles ayudarán a resolver la problemática social o a mejorar la administración de justicia, existen muchos casos en que la víctima lo que desea es que, de forma rápida y eficiente sea reparado el daño que sufrió, por lo que una mediación, una conciliación o una suspensión del juicio a prueba del inculpado, bajo la supervisión judicial, representarán mejores soluciones a numerosos conflictos y no se verá afectada la administración de justicia”.

Tomando en cuenta los argumentos antes mencionados, dicha incorporación constitucional quedó así en el artículo 17, párrafo 4: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

El objetivo de los medios no jurisdiccionales es que la aplicación del derecho penal sea la *ultima ratio*, así como enfocar las fuerzas del Estado a la prevención del delito, por una parte; y a destinar los recursos en mejorar la investigación y persecución de los delitos graves que perjudican de manera importante a la sociedad, por la otra.

Del estudio actual de la justicia penal y de la proyección que se hace al incorporar al sistema mexicano la justicia alternativa, se prevé que a través de

esta última se brinde una completa satisfacción en la reparación del daño causado a las víctimas; asimismo, disminuir las conductas delictivas al enfrentar al ofensor con las consecuencias reales de su conducta.

Así, en el sistema penal acusatorio, el establecimiento de los medios alternativos responde a una concepción del proceso penal que privilegia la resolución de conflictos entre la víctima y el imputado, haciendo mínima o subsidiaria la intervención del Estado. Lo importante es que las partes (los implicados y afectados por el delito) se pongan de acuerdo sobre la manera de resolver la controversia surgida entre ellos y la forma en que se repararán los daños ocasionados a la víctima.

Esta respuesta a los delitos presupone la redefinición del sujeto afectado por las conductas ilícitas, la reapropiación del conflicto por sus protagonistas, y el fin de la denominada acción estatal ante todas las disputas sociales, ya que ésta sólo se producirá en delitos graves.¹⁴³

Con el propósito de lograr un mejor y más rápido acceso a la justicia y para superar las barreras que crean la acumulación de expedientes y los juicios prolongados, las partes tienen una solución que favorece sus intereses, logrando que a la víctima se le repare el daño.

A. Principios

La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 8, dispone que los principios rectores son: voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y economía.¹⁴⁴

¹⁴³ VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén. "Los mecanismos alternativos de solución de controversias en el nuevo proceso penal mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXI, No. 255, Enero-Junio, UNAM, México, 2011, p. 97.

¹⁴⁴ A nivel internacional la ONU ha manifestado en los últimos años la preocupación acerca de la aplicación de la justicia restaurativa como forma de justicia alternativa en los sistemas nacionales. De esta forma, el 27 de julio de 2000 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas emitió su Resolución 2000/14 en la que implanta los "Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal", documento que establece los conceptos y directrices generales acerca de la justicia restaurativa, recomienda a los Estados miembro la formulación de estrategias y

I. Voluntariedad: la participación de los particulares deberá ser por propia decisión, libre y auténtica;

No se debe coaccionar a la víctima ni al ofensor para que participen en procesos alternativos, deben dar su consentimiento libre e informado, manifestando que aceptan incluirse voluntariamente, sin que nadie los obligue a intervenir en dichos procesos.

El requisito de voluntariedad debe permanecer durante todo el procedimiento. A nadie se le puede obligar a iniciar pero tampoco a permanecer en un proceso alternativo.

El ofendido y el ofensor determinan de manera activa y libre sus intereses; resuelven entre ellos el conflicto, es decir, fijan sus obligaciones y los términos de éstas, a través del acuerdo que decidan.¹⁴⁵

II. Confidencialidad: La información generada por las partes durante la justicia alternativa no podrá ser divulgada.

Las conversaciones mantenidas tendrán carácter confidencial y no deberán revelarse ulteriormente. De modo que toda la información que se produzca es estrictamente confidencial y reservada, por lo que es necesario que las partes firmen un acuerdo de confidencialidad. Si el proceso fracasa, la información vertida durante este proceso no podrá ser divulgada de manera posterior en ningún otro proceso.¹⁴⁶

En otras palabras, el imputado y la víctima tienen derecho a que nada de lo expuesto durante el procedimiento sea utilizado como prueba en el juicio en caso de que aquél fracase, y los participantes tienen un “deber de reserva” sobre la

políticas nacionales encaminadas al desarrollo de esa justicia, así como el desarrollo de una cultura propicia para su utilización entre la sociedad y las personas que imparten y administran justicia.

¹⁴⁵ NORIEGA SAÉNZ, María Olga, ALBARRÁN DUARTE, Mariel. “La justicia alternativa en la reforma al sistema de justicia penal”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, No. 6, Cuarta Época, Noviembre-Diciembre, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, p. 114.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 115.

información que se produzca. Así, el facilitador que ha intervenido en el procedimiento queda inhabilitado, de manera automática, para fungir como testigo en un proceso legal, del mismo modo, las pruebas presentadas deberán ser consideradas como inadmisibles en el proceso jurisdiccional.

Este principio tiene varios objetivos, entre otros, incentivar que participen en los procedimientos y que los mismos se desarrollen en un entorno de franqueza y confianza, para que se produzca un diálogo fluido.¹⁴⁷

III. Flexibilidad: La justicia alternativa carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los interesados.

El procedimiento que se utilice para llegar a un acuerdo no debe estar sujeto a formas estrictas ni a solemnidades ni a reglas o trámites engorrosos. Los mecanismos alternos deben ser ágiles, flexibles, no costosos ni complejos. Lo importante es llegar al acuerdo y que se produzcan formas de comunicación entre los participantes que permitan personalizar el conflicto.

El método debe responder de la mejor manera posible a las necesidades de las partes en el proceso, sin ser de manera rígida. El proceso será flexible en cuanto a formalidades de horarios y plazos en las entrevistas que sean realizadas. La flexibilidad ayudará a que el procedimiento se desarrolle mejor y haya una adecuada comunicación con el objetivo de que las partes lleguen a acuerdos satisfactorios entre sí.

IV. Neutralidad: Los facilitadores que conduzcan los procesos deberán mantenerse exentos de juicios, opiniones y prejuicios respecto de las partes y evitar influir en la toma de decisiones.

¹⁴⁷ VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén. *op. cit.*, nota 143, p. 109.

El facilitador debe permanecer al margen del conflicto, sólo buscando satisfacer los objetivos o fines del procedimiento; no debe tener preferencias a favor de una de las partes, no debe formar alianza con ninguno de los participantes en conflicto ni pretender representarlo o asesorarlo.

V. Imparcialidad: Los facilitadores deberán mantener los procesos libres de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los participantes. El facilitador debe ser alguien ecuánime al conflicto; su función debe ser en todo momento objetiva.

VI. Equidad: Los facilitadores propiciarán condiciones de equilibrio entre la víctima y el ofensor, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios. Deben tomarse en cuenta las posiciones de ambas partes, y mantenerlas equilibradas para así lograr un acuerdo justo y proporcional a los daños causados.

VII. Legalidad: Tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres. Esta justicia sólo procederá en aquellas conductas que la propia ley faculte.

VIII. Economía: El procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal.

El servicio de la justicia alternativa es totalmente gratuito y accesible a cualquier persona, por lo que no se deberá cobrar retribución alguna por la prestación de los servicios en el Centro de Justicia Alternativa. De manera que queda prohibida toda clase de dádiva o gratificación a los empleados de dicho Centro.

3.3 JUSTICIA RESTAURATIVA

Las múltiples disfunciones que plantea en la actualidad el sistema penal, tradicionalmente justificado en fines esencialmente retributivos y punitivos, han dado lugar a un significativo auge de nuevos enfoques orientados a enfrentar las inequidades que entraña tal situación. Estos enfoques se fundamentan en la introducción de una perspectiva restauradora como paradigma alternativo a través del cual se puedan enfrentar tales disfunciones y sus consecuencias.¹⁴⁸

De ahí que la política criminal debe presentar opciones diversas para el tratamiento de los distintos delitos, y en ello es precisamente donde se configura la justicia restaurativa, pues con ella se busca que ciertos delitos menores sean tratados de forma distinta, en especial por los afectados e interesados. Por lo que no es justificable que el Estado siga gastando enormes cantidades de dinero en perseguir delitos cuyos actores principales son dos personas que no logran ponerse de acuerdo en situaciones que únicamente les afectan a ellos y cuyo interés concreto es obtener la reparación, ante la conducta lesiva ejecutada por el acusado.

Así, el surgimiento de la justicia restaurativa se da en el marco de renacimiento o redescubrimiento de la víctima. El Grupo de Expertos de la ONU que elaboró los Principios Básicos para la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal señalan que: “La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los

¹⁴⁸ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. La justicia restaurativa y el incidente de reparación. En el proceso penal acusatorio. Editorial Leyer, Colombia, 2009, p. 12.

delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto”.¹⁴⁹

En opinión de Beaudoin, Juez de la Corte de Québec, la idea central de la justicia restaurativa, como se entiende hoy, ha sido tomada de la experiencia de los pueblos nómadas, más particularmente autóctonos, en el supuesto en que el infractor era un miembro del clan o alguien conocido por su comunidad; excluirlo era perjudicial para los intereses y la supervivencia del grupo, y el modo de sanar la situación era, pues, obligar al infractor a reparar el mal causado y rehabilitarlo; de este modo, los lazos entre el autor del delito, la víctima y la comunidad quedaban restablecidos.¹⁵⁰ De ahí que la justicia restaurativa sea una nueva manera de considerar a la justicia penal, buscando reparar el daño causado a las personas y las relaciones, más que castigar al delincuente.

La justicia restaurativa nace en la década de los años setenta como una forma de mediación; más tarde, en la década de los años noventa amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los victimarios en procedimientos de colaboración denominados “reuniones de restauración” y “círculos de sentencias”. Este nuevo enfoque en el proceso da atención a las personas afectadas por un delito parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades, cada vez más indiferentes con las víctimas.¹⁵¹

Por lo anterior, la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario.

El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que otorga una especial consideración a la víctima, el

¹⁴⁹ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*. E/CN.15/2002/5/Add.1, p. 7.

¹⁵⁰ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *op. cit.*, nota 148, p. 11.

¹⁵¹ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Grupo editorial Ibáñez, Colombia, 2010, p. 67.

daño que le fue inferido y la forma en la que ha de ser reparado dicho daño. Por ello debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de la víctima (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad) y a la reincorporación del infractor a la sociedad a fin de recuperar los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para la reconstrucción de la convivencia social pacífica. Se basa en la idea de que “el éxito de la lucha contra el crimen no debe excluir a la víctima ni a la comunidad donde se consume, y además en que se debe dar al delincuente la oportunidad de responsabilizarse, ante el sujeto pasivo, tanto moral como económicamente”.¹⁵²

Se ha dicho que frente a una justicia retributiva que supedita el conflicto penal al interés público derivado de la comisión de un delito, se plantean supuestos en los que proceda una justicia restaurativa en virtud de no existir un interés social o público en la persecución del delito, o bien, que de existir tal interés, éste puede ceder ante la posibilidad de resolver el conflicto social, restaurar el orden y la armonía en el grupo social en el que se dieron los hechos.¹⁵³

Ahora bien, no hay que perder de vista que la justicia restaurativa es un movimiento dentro del campo de la victimología y la criminología, encaminado a involucrar a todos los afectados por un ilícito penal en la identificación y atención de los daños, necesidades y obligaciones generados por dicho ilícito, propiciando una participación activa de los interesados en la respuesta a las consecuencias del delito. De allí que sus principios sean los siguientes: a) el delito es un acto que atenta contra las personas y las relaciones interpersonales; b) el delito como una ofensa que conlleva obligaciones y c) la obligación principal es reparar el daño.¹⁵⁴

¹⁵² MEZA FONSECA, Emma. “Hacia una justicia restaurativa en México”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 18, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2004, p. 187.

¹⁵³ No está demás decir que no coincide con este último concepto pues, la idea de que no existe un interés social o público no es viable, pues si se concibiera al delito exclusivamente como un conflicto víctima-autor, sin reconocerse el interés público que puede existir en la persecución de los delitos, se llegaría al abolicionismo penal, de modo que las ideas de justicia restaurativa tuvieran totalmente aplicación, no existiendo de ninguna manera una alternativa a la justicia penal, la que debería ser eliminada por completo, por no tener razón de ser.

¹⁵⁴ ESPINOSA HERNÁNDEZ, Raúl. *op. cit.*, nota 122, p. 91.

Como bien puntualiza GALAIN PALERMO, se parte de la premisa de que “el delito perjudica a las personas y las relaciones; su enfoque es cooperativo en la medida que genera un espacio para que los sujetos involucrados en el conflicto se reúnan, compartan sus sentimientos y elaboren un plan de reparación del daño causado, que satisfaga intereses y necesidades recíprocos”.¹⁵⁵

Bajo esta perspectiva, esta justicia no es un proceso especial ni un procedimiento abreviado; es una forma alternativa de solución del conflicto penal originado por un delito, basada en la comprensión entre las partes afectadas, la aceptación de la culpa del infractor y el reconocimiento de la víctima, para lograr la reparación del daño, sin entender esto último como una búsqueda económica en toda solución del conflicto, pues en ocasiones la víctima sólo quiere recibir una disculpa, y además permite que en caso de que el delincuente no pueda reparar el daño económico, éste podrá realizar trabajo en beneficio de la víctima.

De las anteriores consideraciones se observa que la justicia restaurativa es el producto de un derecho penal en donde el ejercicio del poder punitivo del Estado es mínimo, pues aspira a que éste se consagre a la protección de los valores de mayor trascendencia, derivando las conductas menos dañosas a instancias en donde la víctima y el infractor, con ayuda de la comunidad, sean quienes solucionen el conflicto penal.¹⁵⁶ Es un nuevo modelo o forma de administración de justicia que constituye a la víctima como el sujeto protagónico del proceso penal, otorgándole todas las facultades y garantías de un sujeto procesal.¹⁵⁷

Las conductas bajo las que subyace el conflicto están tipificadas como delitos. Si bien la prohibición permanece, lo que se suaviza es el procedimiento de

¹⁵⁵ GALAIN PALERMO, Pablo. La reparación del daño a la víctima del delito. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 137.

¹⁵⁶ MEZA FONSECA, Emma. *op. cit.*, nota 152, p. 187.

¹⁵⁷ De tal manera, la justicia restaurativa, transformadora o reparadora, surge como una respuesta que atiende las necesidades de la víctima, le presta atención a ésta y se preocupa por darles solución y dándole a esta la oportunidad de recuperar su confianza, de ser vista y reconocida como parte integral y activa en el hecho con el cual fue afectada; al tiempo que el ofensor resulte con una nueva actitud de no volver a delinquir (prevención) a partir del reconocimiento de su responsabilidad y de considerarse parte activa en la solución y reparación del daño que produjo. ESPINOSA HERNÁNDEZ, Raúl. *op. cit.*, nota 122, p. 97.

la resolución del conflicto, que queda fuera del proceso penal ante autoridad jurisdiccional. El proceso penal no es el mecanismo idóneo para la resolución de conflictos sociales incipientes, menores o no violentos; se establece un procedimiento flexible e informal en que se puedan dar acuerdos espontáneos.¹⁵⁸

De hecho, se busca retornar la responsabilidad por el delito y sus consecuencias al victimario, a la víctima y a las comunidades; es así como la justicia restaurativa representa una innovación en la justicia penal, ofreciendo actitudes y métodos que se centran en la reparación del daño causado y en la participación colaboradora entre las partes. Se trata de concebir al delito como un daño contra otro individuo y la comunidad, en lugar de ser un atentado en contra del Estado, entendiendo que la responsabilidad de la reparación es tarea del ofensor, pero la comunidad puede apoyar en el proceso.¹⁵⁹ La justicia restaurativa pretende repersonalizar el delito; dicho de otra manera, busca replantear la relación entre la víctima, el sistema de administración de justicia y la política criminal, reclamando una prioridad para la reparación o la compensación, considerándolo como un deber fundamental; reclama el aspecto relativo a la reparación del daño a la víctima, que en la mayoría de los sistemas se encuentra marginada.

Sin duda alguna, se desarrolló como un modelo que evita la estigmatización y la exclusión del delincuente para determinado tipo de criminalidad (delitos leves). El objetivo final es la restauración del balance de las relaciones sociales dañado por el delito, buscando la solución del conflicto sin necesidad de una sentencia judicial, esto es, a través de un acuerdo entre el autor y la víctima con la asistencia de un facilitador y en el que la sociedad también actúe, ayudando a decidir cuál es la mejor solución al conflicto, pues lo más importante es el resultado final: la reparación del daño causado.

¹⁵⁸ ZEPEDA LECUONA, Guillermo. *op. cit.*, nota 129, p. 24.

¹⁵⁹ MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto, MOLINA LÓPEZ, Carlos Andrés. **Justicia restaurativa. Hacia una nueva visión de la justicia penal.** Universidad de Medellín, Medellín, 2005, p. 32.

Los Principios Básicos para la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal señalan que: “la justicia restitutiva es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y la comunidad. Además de que este enfoque permite a los afectados por un delito compartir abiertamente sus sentimientos y experiencias, tienen por objeto atender sus necesidades, dando a las víctimas la oportunidad de obtener la reparación, sentirse más seguras e intentará cerrar una etapa; por otro lado, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y ofrece a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia”.¹⁶⁰

En dicho documento se señala que un programa de justicia restitutiva es “todo programa que utilice procesos restitutivos e intente lograr resultados restitutivos”.

En tanto que proceso restitutivo es “todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restitutivos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas”.

MEZA FONSECA señala que la justicia restaurativa es un “proceso donde las partes involucradas resuelven de manera colegiada cómo tratar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro, estimulando la capacidad del colectivo para resolver sus conflictos a través del diálogo pacífico y generando en la comunidad un ambiente de civilidad, en donde cada persona asuma la plena responsabilidad de sus actos; lo cual incrementa la satisfacción de

¹⁶⁰ Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, Suplemento No. 2 (E/2002/99), 2002.

la víctima y reduce el índice de criminalidad. Al apartarse del sistema punitivo tradicional, va más allá de la simple reparación económica; pues trata de establecer una corriente interdisciplinaria que encare el conflicto, centralizando sus esfuerzos en la reacción post-delictual de la víctima con el objeto de explorar soluciones alternas; al enfrentar al imputado directamente con su conducta y las repercusiones inmediatas de ésta en la víctima, se genera un proceso de diálogo que puede desembocar en la conciliación de las partes”.¹⁶¹

Otra definición propone que la justicia restaurativa es un término genérico para todos aquellos enfoques sobre conductas ilegales que buscan, más allá de la condena y castigo, ocuparse tanto de las causas y de las consecuencias - personales y sociales- de la comisión de delitos, de manera que promueven la responsabilidad, la recuperación y la justicia. Esta teoría enfatiza en la reparación del daño causado o revelado por la conducta criminal, por lo que es mejor lograda a través de procesos inclusivos y cooperativos.¹⁶²

Con base en las definiciones antes examinadas, se propone el siguiente concepto: *“la justicia restaurativa es un proceso de colaboración flexible, rápido y económico que involucra a las personas afectadas de forma directa por un delito, que se lleva a cabo entre la víctima y el victimario, con el apoyo de la comunidad y el Estado, a fin de lograr una mejor manera de reparación del daño causado por el delito, la justicia y la paz”*.

Así, el proceso permite que se dé una solución pronta, efectiva e inmediata al crimen, dándole oportunidad a las partes de abordar el conflicto sin necesidad de acudir ante una figura de autoridad que tenga que resolverlo, al tomar las decisiones escuchando y dialogando con la otra parte. El perdón y la reconciliación pueden conseguirse por medio de la justicia restaurativa, pero no implica que será su eje principal; lo importante es concentrarse en atender las necesidades de la víctima y motivar al activo para que se responsabilice del evento delictivo.

¹⁶¹ MEZA FONSECA, Emma. *op. cit.*, nota 152, p 189.

¹⁶² Cfr. VAN NESS, Daniel W. “An overview of restorative justice around the world”, <http://www.icclr.law.ubc.ca/publication>

Se pueden señalar como **finés** de la justicia restaurativa:

- Evitar procesos prolongados y disminuir el número de expedientes que se desarrollan en los órganos jurisdiccionales.
- Crear una cultura en donde se entienda que el proceso penal tradicional no es el mejor instrumento para resolver delitos menores y que puede utilizarse esta vía.
- Permite crear espacios para facilitar encuentros entre la víctima y victimario para lograr una forma pacífica de solucionar los conflictos; estimula la capacidad de la sociedad para resolver sus conflictos a través del diálogo y genera en la misma un ambiente de civilidad; abre una importante puerta a la solución colaboradora de los conflictos, involucrando a las partes vinculadas en éste.
- La víctima, al tener una intervención activa y directa, logra expresar los daños que le causó el delito y convenir con el victimario la reparación del daño. Promueve su intervención positiva en la resolución de los conflictos de carácter penal mediante una participación activa o rol protagónico, con la finalidad de atender a sus necesidades generadas con la conducta del agresor.
- El victimario toma conciencia y contacto con el mal que causó y acepta su responsabilidad. Esta justicia “le brinda la oportunidad de enmendar su error y de explicar las razones o motivos que lo llevaron a cometer determinado ilícito, no como justificación, sino para que la víctima pueda entender la situación en que se vio inmerso y pueda encontrar la forma de reconstruir su vida y reconstruirse a sí mismo”.¹⁶³
- Restablecer la paz social, a través de soluciones que involucran a las partes en conflicto sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, incrementando la satisfacción de la víctima y reduciendo el índice de criminalidad.

La intención fundamental de esta justicia es reparar el daño causado y restablecer al delincuente y a la víctima, en cuanto fuese posible, a su estado

¹⁶³ POSADAS ESTRADA, Claudia Elizabeth. *op. cit.*, nota 93, p. 140.

anterior a la comisión del delito, devolviendo así la paz social; sin embargo, tuvo como consecuencia una alternativa a las modalidades establecidas de enjuiciamiento y castigo, permitiendo incorporar a la sociedad el proceso restaurativo, cobrando relevancia la participación de la víctima, el inculpado y la comunidad en la solución del conflicto penal.¹⁶⁴

Naturalmente, la justicia restaurativa puede reforzar a la justicia sin afectar algunas funciones retributivas de las que el sistema no puede prescindir, pues ella cumple una doble función: una complementaria, agregada al sistema retributivo, y otra alternativa, en la medida que sirve para reemplazar la aplicación del sistema retributivo en aquellos casos en que se estime adecuado hacerlo; situando a las partes en un equilibrio de poderes y obligaciones respecto al delito, formando una red colaboradora; previniendo consecuencias violentas, evitando la reincidencia y manteniendo una sociedad sana.

3.3.1 Lineamientos para una justicia restaurativa

Los mecanismos de la justicia restaurativa pretenden ser una herramienta de mejor calidad en la atención de los conflictos sociales que dentro del sistema penal tradicional suelen ser marginados o sometidos a un sistema formalizado, que aplica mayor control social y violencia que la que trata de prevenir y sancionar.¹⁶⁵

Pensar en justicia restaurativa significa reconocer a las víctimas como protagonistas del delito; considerando a éste como una conducta que pone en peligro o vulnera un bien tutelado por el Estado, pero dando un nuevo enfoque,

¹⁶⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *op. cit.*, nota 148, p. 32.

¹⁶⁵ ZEPEDA LECUONA, Guillermo. *op. cit.*, nota 129, p. 33.

ubicándolo como un conflicto humano que requiere ser superado, no mediante el castigo, sino por medio de la sanción constructiva, desde la cosa dañada.¹⁶⁶

Sin duda, crear una formulación alternativa al proceso penal y la pena, sobre la base del reconocimiento de la víctima y dando a conocer los MASC a todos los sectores de la sociedad, y sobre todo, crear una cultura para su aplicación para así romper con el modelo rígido de nuestro sistema judicial, es esencial para el éxito de la aplicación de dicha justicia. Además, "...urge reconocer que su aplicación nos acerca más a la justicia, con base en el diálogo de las partes que establecen criterios más equitativos para la resolución de conflictos".¹⁶⁷

Los elementos que pueden identificarse como esenciales en los sistemas de justicia restaurativa son: 1) el encuentro y participación de las partes, 2) terceros neutrales capacitados, 3) soluciones al conflicto, centradas en las necesidades de las partes, 4) reparación del daño y 5) reintegración social de las partes.

1) El sistema restaurativo busca un clima propicio para llevar a cabo los encuentros con el propósito de lograr el diálogo y el acercamiento de posturas de las partes, mediante la asistencia de un tercero imparcial capacitado; en donde el ejercicio del poder es compartido por ellas, a través de un proceso dinámico e integral.¹⁶⁸

El sólo hecho de participar la víctima y victimario en la resolución del conflicto tiene efectos positivos para ambos. El diálogo entre las partes permite a la víctima tomar conocimiento de cuáles fueron las causas que llevaron al victimario a delinquir. Y a éste oír, ver y al fin sentir las consecuencias y el

¹⁶⁶ Se trata de cambiar la visión que se tiene del delito como contravención a la ley y ataque al Estado; por una de quebrantamiento de la paz y en la que se debe buscar recuperar a aquellos afectados por éste, ya que es una agresión contra las personas y relaciones interpersonales, es un quebrantamiento de la paz de la comunidad.

¹⁶⁷ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y SÁENZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia. **Métodos alternos de solución de controversias**. Universidad Autónoma de Nuevo León-Compañía Editorial Continental, México, 2006, p. 80.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. *Op. cit.*, nota 123, p. 17. Al respecto, MÁRQUEZ CÁRDENAS ha manifestado que las víctimas, delincuentes y comunidades deben tener la oportunidad de involucrarse activamente, de lo que se trata, es de dar el papel estelar dentro de la resolución de conflicto a aquellos afectados por el delito, rol principal que en este momento es ocupado por jueces, abogados, policías y demás miembros profesionales que intervienen a lo largo del proceso penal y durante la ejecución de la sentencia. MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. *op. cit.*, nota 151, p. 131.

resultado del daño que ha causado su conducta. Por ese camino se puede llegar a la conciliación.¹⁶⁹ De este modo, el proceso favorece el reconocimiento del daño causado por el delito, intentando obtener el arrepentimiento del ofensor, el perdón voluntario de la víctima, y al final la reconciliación entre las partes.

2) Es imprescindible contar con una buena planificación y con personal calificado para llevar a cabo la justicia planteada y para lograr un equilibrio que se acerque a lo justo, sin coerciones, respecto a todos los participantes; se trata de intentar retornar al diálogo y llegar, en lo posible, a la armonía y la paz social a través del acuerdo.

Estos enfoques pacifistas crean la escena de modo tal que el victimario tenga la opción de ofrecer respuestas no violentas; se quiebran, de esta manera, los círculos viciosos de violencia en la situación. Por ello, las intervenciones del mediador permiten equilibrar el poder entre las partes para así dialogar de igual a igual.¹⁷⁰ En el siguiente capítulo se realizará el análisis detallado de las características que debe tener el facilitador.

3) La víctima debe indicar sus necesidades y expectativas, de igual forma que el ofensor. Cada cual tiene el control de sus proposiciones y cómo ha de resolverse la situación para el caso que ello ocurra.

Con la aplicación de esta justicia, todos ganarán con la experiencia –la víctima, el victimario y la sociedad–, restaurando los límites en el diálogo.¹⁷¹ En consecuencia, se debe respetar la voluntariedad de los participantes, promoviendo el respeto mutuo, fortaleciendo la responsabilidad y atendiendo las necesidades de las partes.

Dado que está enfocada en el daño y promueve la participación de un mayor número de involucrados y afectados, la justicia restaurativa ve al delito como un daño hecho a las personas y a las comunidades; lo que implica una

¹⁶⁹ NEUMAN, Elías. *op. cit.*, nota 133, p. 47.

¹⁷⁰ FÉLIX ALCONADA, Julio Marceliano. *op. cit.*, nota 141, p. 70.

¹⁷¹ NEUMAN, Elías. *op. cit.*, nota 133, p. 49.

preocupación central por los roles y necesidades de las víctimas. Comienza con una preocupación por las víctimas y cómo cubrir, hasta donde sea posible, sus necesidades concretas y simbólicas para reparar el daño. En cuanto al delincuente, la forma en que puede reparar realmente el daño.

4) Al hablar de esta justicia, se hace referencia a un método reparador, centrado en la persona, en las necesidades y derechos de las víctimas, por ende, se estimula a los sujetos activos de un delito a entender el daño que han causado y a responsabilizarse por ello; insta a que la justicia repare efectivamente esos daños y que a las partes en conflicto se les permita participar activamente en el proceso de solución.¹⁷²

Todos y cada uno de los procesos de justicia restaurativa finalizan con un acuerdo sobre cómo el infractor enmendará el daño causado por el delito. Las partes que acepten un proceso deben estar convencidas de efectuar un arreglo que puede ser meramente resarcitorio o aun ir más allá, formulando explicaciones y logrando la reconciliación.

La reparación consiste en curar heridas gracias a un resarcimiento justo que se hace del daño provocado; a su vez, el reconocimiento de la responsabilidad del ofensor permite participar en dicha reparación, lo que da pie a la reconciliación víctima-ofensor, y pueden reintegrarse sanamente a las redes sociales.¹⁷³

5) Una vez llegado al acuerdo, se debe dar la reintegración. En lo que concierne al delincuente, es claro que si éste es estigmatizado como tal, muy seguramente reincidirá en conductas delictivas, pues la estigmatización le impedirá vincularse de nuevo como miembro activo y productivo de la sociedad.

¹⁷² Toda vez que, la justicia restaurativa contempla el énfasis interpersonal en el entendimiento y en la reconciliación de la víctima y el ofensor, en la reparación del daño material y moral de la víctima y en la reforma del delincuente. Como hemos mencionado, el hecho delictivo se concibe como un quebrantamiento a la paz, teniendo como finalidad restablecerla, trabajando por sanar a las víctimas, los ofensores y las comunidades que han sido lesionadas por un delito, dándoseles la oportunidad de involucrarse activamente en ello. En el caso de las víctimas, los procesos restaurativos ofrecen compensación para ellas; se les da información al narrar y escuchar lo que pasó en torno a la ofensa en particular. Esto puede propiciar la recuperación de su equilibrio emocional.

¹⁷³ ESPINOSA HERNÁNDEZ, Raúl. *op. cit.*, nota 122, p. 103.

Por el otro lado se encuentra la víctima, que al igual que ocurre con el delincuente, también está estigmatizada en la medida que las personas le atribuyen responsabilidad, así, no comparte su experiencia, sentimientos y nunca se le da un tratamiento para sanar su vivencia.

El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente rectifique y se quite la etiqueta de delincuente, pero nadie puede iniciar el camino de su recuperación si desconoce el efecto de sus actos, los daños causados a otro ser humano y, en lo posible, si pide perdón, podrá darse un ajuste interno en el victimario.

Dicho enfoque fomenta una participación activa y reflexiva e invita a todas aquellas personas afectadas por el delito a participar directamente en el proceso de subsanación y de aceptación de responsabilidad. El compromiso cooperativo es un elemento fundamental de la justicia restaurativa.¹⁷⁴

Como puede verse, la justicia restaurativa busca establecer mejores condiciones de interrelación para el futuro. Tiene como misión fundamental lograr, a través de procedimientos informales, horizontales y flexibles, acuerdos desarrollados por las propias partes que contengan lo que los protagonistas han considerado “justo” para ese caso en particular y las expectativas y compromisos que plantean para el futuro de su interacción.¹⁷⁵

En síntesis, a través de esta justicia se brinda la oportunidad de interacción entre el autor y la víctima y de que el conflicto lo resuelvan las partes directamente involucradas, como protagonistas de él, destacando su esencia autocompositiva, evitando el proceso judicial y restableciendo la paz social.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *op. cit.*, nota 148, p. 20.

¹⁷⁵ ZEPEDA LECUONA, Guillermo. *op. cit.*, nota 129, p. 35.

3.3.2 Tipos de justicia restaurativa

A. Conferencias de familia

La conferencia de familia reúne a la víctima, al infractor y a sus familias con el facilitador para establecer un intercambio de ideas y así decidir cómo dirigir la consecuencia del crimen, así como cuál va a ser la forma de reparación del daño.

Este programa se desarrolla en dos etapas. En la primera se discuten a detalle los daños infringidos por el delito, se escucha a la víctima y se espera que el ofensor, al aceptar su responsabilidad, entienda los daños que causó; en la segunda, con la ayuda del facilitador, los involucrados llegan a acuerdos específicos en cuanto a la reparación.¹⁷⁶

Podemos identificar como objetivos de la conferencia los siguientes:

- Dar a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en responder al delito;
- Aumentar la conciencia del infractor sobre el impacto de su conducta, y oportunidad de tomar responsabilidad por ello; y
- Permitir al infractor y a la víctima conectarse con el apoyo clave de la comunidad.

B. Tratado de paz o círculos de sentencia

Este es un proceso que ofrece un espacio de encuentro entre la víctima y el delincuente, pero va más allá de eso; los tratados de paz o círculos de sentencia están diseñados para desarrollar consenso entre miembros de la comunidad, víctimas, defensores de víctimas, infractores, jueces, policía y trabajadores de la corte, sobre un plan de sentencia adecuada que dirija apropiadamente las

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 120.

inquietudes de todas las partes interesadas. El hecho de facultar a la comunidad, que se involucra en la decisión de qué debe hacerse en ese caso en particular, abordando también los problemas subyacentes que puedan haber conducido al delito, refuerza la sanación como meta.¹⁷⁷

La participación en el tratado de paz o círculo de sentencia se realiza mediante un consentimiento libre y voluntario de la víctima y del infractor de someter el conflicto a este programa. Cuando se proyecta la realización del círculo de sentencia para tratar un caso, al delincuente y víctima por separado se les informa acerca de lo que ocurrirá en el círculo, escuchando las experiencias que tanto la víctima como el delincuente han tenido y comunicándoles quiénes participarán en el círculo.

El delincuente asume su responsabilidad en el caso y accede a ser enviado al círculo. Cada círculo cuenta con un guía o facilitador, que dirige el movimiento del objeto que se usa para determinar quién tendrá la palabra. Sólo la persona que tiene el objeto está autorizada a hablar, asegurando así que cada persona tenga la oportunidad de ser escuchada.

A medida que el objeto pasa por el círculo, el grupo debate diferentes temas. En cuanto al ofensor, debe hablar acerca del delito, expresar por qué lo cometió. Por su parte, el círculo ofrece a la víctima y a los miembros de la comunidad que participan, la posibilidad de explicar el impacto que el delito tuvo económica, física y emocionalmente. A través de este proceso, los participantes son capaces de desarrollar una estrategia para abordar el delito con la finalidad de atacar las causas del delito y de esa manera lograr la prevención del mismo.

Las metas de los círculos incluyen: promover la curación de todas las partes afectadas, dando oportunidad al infractor de enmendarse; así como dar a las víctimas, infractores, miembros de familia y comunidades una voz y una

¹⁷⁷ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. *op. cit.*, nota 151, p. 98.

responsabilidad compartida para hallar resoluciones constructivas y construyendo un sentido de comunidad alrededor de los valores compartidos de comunidad.¹⁷⁸

A través de los planes de reparación, que son personalizados y buscan un equilibrio entre las necesidades de la víctima y la posibilidad de que el ofensor regrese a la comunidad como un miembro productivo, se resuelve el conflicto.

C. Conciliación

La conciliación como forma no adversarial de solución de conflictos es el avenimiento entre dos o más personas que sostienen posiciones distintas.¹⁷⁹ Se basa en la voluntad de las partes para encontrar un canal de diálogo que les permita solucionar sus desavenencias, al convenir libremente posibles soluciones con la asistencia de un tercero neutral llamado conciliador que, ayuda a las partes a entender los hechos y eventualmente propone fórmulas de solución no obligatorias, que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo. De modo que el conciliador es el facilitador de la comunicación entre las partes, ya que éstas solucionan directamente el problema.

Así, por ejemplo, el Acuerdo A/004/03 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial de fecha 13 de marzo del 2003, por el cual establece los lineamientos para los Agentes del Ministerio Público para que en delitos perseguibles a petición del ofendido se promuevan la conciliación entre el inculpado y el ofensor, expresa:

Que el ministerio público debe privilegiar la conciliación de las partes para promover la concordia social, por lo que para impulsar este propósito, he tenido a bien expedir el siguiente:

¹⁷⁸ CÁMARAS, Claudia. *op. cit.*, nota 124, p. 115.

¹⁷⁹ ZÚNIGA FAYAD, Octavio. *op. cit.*, nota 81, p. 15.

Acuerdo

Primero.- Todos los Agentes del Ministerio Público que inicien o integren averiguaciones previas por delitos perseguibles a petición de parte, promoverán la conciliación entre el inculpado y el ofendido.

Segundo.- Los Agentes del Ministerio Público de las Unidades de Investigación con detenido, harán saber al ofendido y al inculpado cuando se encuentren presentes, la facultad que la Ley le Concede al Ofendido para Otorgar el Perdón.

Tercero.- Los Agentes del Ministerio Público de las Unidades de Investigación Sin Detenido, en su primera diligencia, procederán a citar al inculpado y al ofendido y deberán de explicarles los alcances de la querrela y de la posibilidad de otorgar el perdón, aclarando cualquier duda que éstos formulen y que esté orientada a favorecer la conciliación. Asimismo deberán asentar breve constancia de esta diligencia y de su resultado.

Cuarto.- Los Agentes del Ministerio Público tienen la obligación de recibir y atender al ofendido en cualquier momento en que éste manifieste su voluntad de otorgar el perdón, sin que sea obstáculo para ello el que se haya elaborado el pliego de consignación o se haya concedido la libertad caucional del inculpado.

Quinto.- La Dirección General de Política y Estadística criminal realizará un registro específico de los casos en que se acuerde el no ejercicio de la acción penal por perdón del ofendido, diferenciándolos de las diversas hipótesis previstas en las fracciones del artículo 60 del Acuerdo A/003/99.

Sexto.- Los Agentes del Ministerio Público responsables de agencia y los fiscales, proveerán en la esfera de su competencia el cumplimiento del presente Acuerdo.

Séptimo.- El incumplimiento de este Acuerdo por parte de cualquier Servidor Público de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, deberá hacerse del conocimiento, por su jefe inmediato superior, de la Visitaduría General o Contraloría Interna y de la Fiscalía para servidores públicos para determinar, en su caso, la responsabilidad administrativa o penal que resulte.

Mediante la conciliación la víctima puede otorgar el perdón, previamente informada respecto al significado y trascendencia jurídica de dicho acto, pues con

él se extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, el ofendido podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Ésta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad.

Se puede observar que en el Distrito Federal, la conciliación la llevará a cabo el Ministerio Público, es decir, no existe intervención del tercero neutral. Ejemplo de la existencia de un tercero neutral es el Estado de México, en donde se entiende por conciliación el proceso en el que uno o más conciliadores asisten a las partes en conflicto para facilitar las vías de diálogo, proponiendo alternativas y soluciones al conflicto. De esta forma, el conciliador es la persona, con nombramiento oficial, capacitada para facilitar la comunicación y en su caso proponer una solución a las partes que intervienen en una controversia dentro del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

Así, se admitirá la conciliación en los delitos perseguibles por querrela; evitando una tramitación procesal costosa en tiempo, dinero y esfuerzo; pues la víctima lo que persigue es que sea reparado el daño que le fue ocasionado a través de un arreglo oportuno y, a veces, sólo quiere saber los motivos por los cuales su agresor actuó de esa manera y manifestarle cómo le afectó su conducta; lográndose con ello una pronta y expedita impartición de justicia, pero sobre todo una justicia de calidad.¹⁸⁰

Algunas ventajas de la conciliación son: que la reparación y el perdón resultan ser un fin más constructivo que la tradicional respuesta punitiva; asimismo, se convierte en la vía idónea para que la víctima participe activamente en los ámbitos de procuración, administración de justicia.

¹⁸⁰ MEZA FONSECA, Emma. *op. cit.*, nota 152, p. 191.

D. Mediación

En el siguiente capítulo estudiaremos a profundidad este tipo de justicia restaurativa. Se trata de un proceso que facilita una oportunidad a la víctima interesada en reunirse con el infractor, en un escenario seguro y estructurado, para lograr la solución del conflicto a través del diálogo y con la asistencia de un tercero neutral entrenado, llamado mediador.

Los objetivos de la mediación incluyen: permitir a la víctima reunirse con el infractor sobre la base de propia voluntad, animando al infractor a comprender el impacto del crimen y tomar responsabilidad del daño resultante, proporcionando a la víctima y al infractor la oportunidad de desarrollar un plan para tratar el daño.¹⁸¹

E. El caso del arbitraje

El arbitraje es una alternativa frente a los mecanismos jurisdiccionales de solución de conflictos y lleva a una solución obligatoria de una controversia entre las partes; es un procedimiento heterocompositivo, en el cual las partes someten a un árbitro, sus diferencias. Este procedimiento tiene su origen en el compromiso de dos partes que se plasma a través del acuerdo de voluntades de las mismas en un compromiso arbitral, en donde ceden la potestad para que un tercero ajeno denominado árbitro, quien sólo tendrá conocimiento de los temas que le sean planteados, sea quien decida sobre la controversia.

El compromiso arbitral es aquel por virtud del cual dos personas que tienen una controversia jurídica, acuerdan resolverla sometiéndose a la decisión que sobre la misma adopte el árbitro.

¿En materia penal puede darse el arbitraje? Podría optarse por el arbitraje en aquellos delitos respecto de los cuales proceden la mediación penal y los acuerdos reparatorios, es decir, delitos de querrela, los que tutelan bienes jurídicos

¹⁸¹ CÁMARAS, Claudia. *op. cit.*, nota 124, p. 114.

disponibles y aquellos cuya media aritmética no exceda de los cinco años de pena privativa de la libertad.

Como ocurre con el resto de los MASC, sería necesario para la procedencia del arbitraje que las partes brinden su consentimiento de someterse al mismo y se comprometan al cumplimiento del laudo arbitral que ponga fin a la controversia. Por lo que se propone que se regule en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Primero debemos entender que existe una controversia en el cual las partes no se ponen de acuerdo respecto de la forma en que se reparara el daño o aún poniéndose de acuerdo, consideran que lo mejor es someter la decisión sobre los alcances de dicha reparación a un tercero.

De manera que víctima y victimario, al igual que en la mediación, dialogarán respecto al ilícito y la forma de reparación del daño, luego realizarán varias propuestas y el árbitro decidirá qué forma es la más conveniente, justa y razonable.

El árbitro, a través de un laudo que será vinculante, les hará saber sobre la reparación, y al realizarse el arbitraje en los Centros de Justicia Alternativa, los directores de los mismos darán fe pública, por lo que será válido y exigible en sus términos.

Como se ha dicho, la utilización de los MASC impide la jurisdiccionalización del conflicto penal, y dado que el cumplimiento del acuerdo reparatorio o el precedente de la mediación extingue la acción penal, podría ocurrir que con el afán de lograr dichos acuerdos la víctima exceda, y el victimario acceda, los límites justos y razonables de la reparación del daño, por lo que el arbitraje podría contribuir a que el acuerdo que pone fin al conflicto, en este caso el laudo arbitral, guarde la justa proporción de las pretensiones de ambas partes del conflicto.

3.4 SALIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL ORDINARIO

Estas salidas permiten que no todos los asuntos lleguen a juicio oral, por lo que representan un filtro que permite descongestionar los tribunales de juicio oral.

A. Acuerdos reparatorios

Los acuerdos reparatorios son un pacto entre la víctima y el imputado, que llevan a la solución del conflicto a través de cualquier mecanismo idóneo que tenga el efecto de concluir el proceso, evitando el juicio de responsabilidad propio de la sentencia condenatoria. Por lo que el Ministerio Público o Juez de Control invitarán a las partes para que dialoguen y lleguen a un acuerdo.

Procederán los acuerdos reparatorios en los delitos culposos; aquellos en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido; los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; en los que se admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condenatoria; así como en aquellos cuya pena máxima de prisión no exceda de seis años (artículo 227 del Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León).

No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza o si existe un interés público prevaleciente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado ha incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el caso particular.

Podrán celebrarse hasta antes de decretarse el auto de apertura a Juicio oral. Se fija un plazo para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en los acuerdos y se suspende el trámite del proceso, la prescripción de la acción penal y de la pretensión punitiva. En caso de que el imputado no cumpla lo acordado dentro del término fijado, el proceso continuará como si no se hubiera arribado a acuerdo alguno. Por otro lado, el cumplimiento del acuerdo impedirá el ejercicio de la acción penal, o en su caso, extinguirá la ya iniciada.

B. Principio de oportunidad

El Ministerio Público tiene la facultad exclusiva de la aplicación de los criterios de oportunidad cuando se haga innecesaria e irracional la sustanciación del proceso penal, al prescindir total o parcialmente de una investigación o de una acusación hacia un sujeto que a pesar de merecer una pena, ya no la necesita por los siguientes supuestos: en los casos en los que proceda el perdón del ofendido y éste se niegue sin causa justificada a participar en un método alternativo a la solución de conflictos; o cuando se trate de delitos calificados como graves y el imputado colabore eficazmente con la misma brindando información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado, u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, y siempre que en todo los casos su participación sea menos grave que la de estos últimos; el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena o cuando en ocasiones de un delito culposo haya sufrido un daño moral de difícil superación (artículo 21, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Los criterios de oportunidad podrán ejercerse hasta antes de dictado el auto de apertura a Juicio Oral.

La víctima u ofendido podrán inconformarse con la aplicación de los criterios de oportunidad, ante el Juez de Control, siempre que no esté cubierta la reparación del daño, dentro de los 3 días posteriores a la notificación. Presentada la impugnación, el Juez convocará a las partes a una audiencia para resolver lo que corresponda.

El efecto de la aplicación de los criterios de oportunidad será la extinción de la acción penal.

C. Proceso abreviado

El proceso abreviado es solicitado por el Ministerio Público al Juez de Control, en caso de que el inculpado lo acepte y reconozca su participación en el delito. No será necesario que se ofrezcan los medios de prueba (artículo 20, apartado A, fracción VII constitucional).

Antes de resolver sobre la solicitud del Ministerio Público, el Juez verificará que el imputado (artículo 406 del Código de Procesal Penales para el Estado de Nuevo León):

- I. Ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre, voluntaria e informada y con asistencia de su defensor;
- II. Conociere su derecho a exigir un juicio oral, y que renunciare voluntariamente a ese derecho, aceptare los antecedentes de la investigación, y ser juzgado conforme a los mismos;
- III. Entendiere los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiera implicarle; y
- IV. Reconocer ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación y responsabilidad en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la acusación.

Acordado el procedimiento abreviado, el Juez otorgará la palabra a las partes para que realicen las manifestaciones que consideren convenientes (la exposición final corresponderá siempre al imputado y a su defensor).

Concluidas las exposiciones de la partes, el Juez emitirá su fallo sobre condena o absolución en la misma audiencia, y deberá dar lectura pública a la sentencia, dentro de un plazo de 48 horas. En caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público.

El beneficio para el inculpado será la imposición de una pena inferior en la prevista en el tipo penal aplicable al caso. La pena que se podrá solicitar es de las dos terceras partes del mínimo a dos terceras partes del máximo a la prevista en el tipo penal aplicable al caso.

Este proceso permite dictar una sentencia de forma más rápida y, en caso de resultar condenatoria, la aplicación de una sanción menor que en el procedimiento ordinario. De modo que evita el congestionamiento de los tribunales de juicio oral.

D. Suspensión del proceso a prueba

Es una medida decretada por el Juez de Control a petición del Ministerio Público o del imputado con la aprobación de aquél, con el propósito de suspender los efectos de la acción penal y evitar la determinación del juicio de responsabilidad penal en una sentencia.

Se debe cumplir con los siguientes requisitos para que se otorgue la suspensión: no debe existir oposición de la víctima u ofendido o del Ministerio Público; el delito de que se trate no debe contemplar una pena que exceda de cinco años; que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por un delito doloso, o se encuentre vinculado a un proceso penal; que no tenga o haya tenido otro proceso de suspensión a prueba; debe cumplir con el pago de reparación del daño y el imputado deberá cumplir de las obligaciones el Juez le fije.

La suspensión del proceso a prueba podrá solicitarse, ante el Juez de Control, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio.

El imputado deberá elaborar un plan de reparación del daño que deberá contener el monto y la forma en que habrá de pagarse. El plan podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que pueda llegar a imponerse o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

El Juez de Control fijará el plazo de la suspensión del proceso a prueba;¹⁸² transcurrido el plazo que se fijó, el imputado acredita que cumplió con cada una de las obligaciones que le fueron impuestas al concederse la suspensión, se extinguirá la acción penal.¹⁸³

Si el imputado incumple con las obligaciones, el juez, a solicitud del Ministerio Público o de la víctima, dará vista a aquél, citará a todas las parte para manifestar lo que a sus intereses convenga, después resolverá si se revoca o no la suspensión. Si decide no revocarla, se le fijara una ampliación de plazo de la suspensión del proceso a prueba, siempre que existan datos fundados que así lo aconsejen. En caso de que se revoque la suspensión, se reanudará el proceso.

El Ministerio Público o la víctima pueden oponerse a la declaración que el Juez de Control realice de la extinción de la acción penal. De manera que podrá solicitarse que se incremente el tiempo de duración de suspensión al considerar que tal situación resulta más conveniente.

3.4.1 Eficacia de las salidas alternas al proceso penal ordinario

De 2007 a 2011 se celebraron en los Estado de Chihuahua, Oaxaca, Morelos y Zacatecas más de 40 mil acuerdos reparatorios (ver tabla 1). En cuanto al cumplimiento de estos acuerdos, en Oaxaca se reporta el 89% en el periodo de septiembre de 2007 a mayo de 2011; Zacatecas un 86% entre enero de 2009 y mayo de 2011; Chihuahua obtuvo una tasa de cumplimiento que oscila entre 69% y 79% de 2008 a 2010 y en el Estado de Morelos no se precisa el porcentaje de cumplimiento de dichos acuerdos.¹⁸⁴

¹⁸² Por ejemplo, en el Estado de Nuevo León es un plazo no menor a 6 meses ni mayor a 3 años (artículo 235 del Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León), en el caso de Sonora el plazo establecido no podrá ser inferior a un año ni superior a tres (artículo 170 del Código Procesal Penal para el Estado de Sonora)

¹⁸³ Obligaciones como residir en un lugar determinado e informar los cambios de domicilio que tenga; someterse a tratamiento médico y psicológico en instituciones preferentemente públicas; comparecer ante el tribunal los días, horas y con la periodicidad que éste le señale para supervisar el cumplimiento de las obligaciones que se le impusieron, entre otras (artículo 235 del Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León).

¹⁸⁴ Síntesis Ejecutiva del Informe General. Seguimiento del Proceso de Implementación de la Reforma Penal en los Estado de Chihuahua, Morelos, Oaxaca y Zacatecas. 2007-2011. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional,

De los procesos penales iniciados en el sistema acusatorio penal, 27.8% concluye con una sentencia (ya sea en juicio oral o en procedimiento abreviado); 22.9% finaliza con suspensión del proceso a prueba, por solicitud expresa del Ministerio Público o por acuerdos reparatorios (ver tabla 2).

TABLA 1

ESTADO	ASUNTOS RESUELTOS POR ACUERDOS REPARATORIOS
Chihuahua	28,476
Morelos	4,810
Oaxaca	3,175
Zacatecas	3,965
Total	40,426

TABLA 2

CASOS INICIADOS	Chihuahua	Morelos	Oaxaca	Zacatecas	Total
Procedimiento abreviado	1,223	173	96	104	1596
Suspensión del proceso a prueba	578	167	39	110	894

Chihuahua periodo 2010, Morelos periodo 30 octubre 2008 a marzo 2011, Oaxaca periodo septiembre 2007 a mayo 2011, Zacatecas periodo 2009 a mayo 2011.

3.5 A MODO DE CONCLUSIÓN

La justicia alternativa ha sido usada para resolver conflictos entre las partes y restaurar la paz en la sociedad. Es una opción viable que involucra a la víctima, en interacción con el victimario y en el propio contexto social, en la solución y reparación del daño, al profundizar en las causas que llevaron a esa persona a delinquir, así como, tener en cuenta lo que la víctima piensa acerca de la conducta cometida en su contra.

Como mecanismos alternativos encontramos, entre otros, la conciliación y mediación, términos que no se debe equipararse, pues si ambos son procedimiento por virtud de los cuales un tercero conoce de la controversia, su diferencia específica reside en las facultades del tercero. Mientras que el mediador interviene para ayudar a las partes a que ellas mismas resuelvan su controversia, por su parte, el conciliador sugiere soluciones no vinculatorias.

A través de justicia alternativa, se busca descongestionar los tribunales con el objetivo de encontrar soluciones no jurisdiccionales de manera más pronto, por lo que considero que el arbitraje en materia penal podría contribuir con dicho objetivo. Podría optarse por este mecanismo alternativo en los delitos de querrela, los que tutelan bienes jurídicos disponibles y aquellos cuya media aritmética no exceda de los cinco años de pena privativa de la libertad. Sería necesario para la procedencia del arbitraje que las partes brinden su consentimiento para someterse al mismo y se comprometan al cumplimiento del laudo arbitral. Las partes dialogaran y propondrán soluciones a fin de que el tercero neutral llamado árbitro decida sobre la forma de reparación del daño de acuerdo con lo propuesto por aquellas.

El arbitraje penal podría regularse en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el artículo 2 para quedar como sigue:

Artículo 2.-...

I. a XVI.-...

XVII.- Arbitraje: procedimiento voluntario por el cual dos personas involucradas en una controversia, buscan una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero llamado árbitro.

XVII.- Árbitro: especialista capacitado y registrado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para conducir el procedimiento de arbitraje, intervenir como facilitador de la comunicación entre las partes y decidir respecto a la controversia planteada con las soluciones antes propuestas por las partes.

Por otro lado, si se estudia a la justicia sólo a través de un lente retributivo, se entenderá al delito como una vulneración al Estado, efectuada por un infractor que merece una pena por su responsabilidad: por tal hecho corresponden tantos meses de prisión. La justicia retributiva se basa solo en el ofensor, en cuanto a la determinación de las pruebas que acrediten el acto delictivo y su participación en el mismo, imponiéndole la sanción correspondiente. La pena es puramente retributiva, no existe la interrelación entre las personas, ni el motivo que llevó a cometer el hecho, no es escuchada la víctima, no se sabe que resarcimiento quiere. El Estado decide la conclusión del conflicto. Con este sistema la idea de justicia penal está vinculada inexorablemente a la noción de castigo.

En cambio, si se observa a la justicia bajo un lente restaurativo, reconoce que los delitos dañan a las personas y a las relaciones. Este tipo de justicia incluye a la víctima, al delincuente y a la comunidad en la búsqueda de soluciones para promover la reparación, la reconciliación y la tranquilidad. La justicia restaurativa constituye una manera diferente de encarar el conflicto, ya que se ocupará de las partes antes mencionadas y de la reparación. De forma que es una nueva visión de la justicia penal, la cual se concentra en el daño causado, en un proceso cooperativo que incluye a la víctima y ofensor y en algunos casos a la comunidad (dependiendo del programa restaurativo). Finalmente, “mide en forma diferente el

éxito: en vez de estimar cuánto castigo fue infringido, evalúa cuántos daños son reparados”.¹⁸⁵

Contar con procedimientos que brinden soluciones más efectivas, eficaces, útiles, ágiles, justas, económicas y colaborar en la evolución de la administración de justicia, con esa intención surge la justicia restaurativa, que no va a sustituir el rol protagónico del ofensor por el de la víctima, sino que abre nuevas vías cuando se advierte que el conflicto se resolverá de mejor manera mediante la participación de todos los involucrados. Constituye una mirada hacia el devenir; es la construcción de una nueva relación con pautas futuras convenidas entre víctima y victimario.

La filosofía del modelo de justicia restaurativa se resume en tres “R”: responsabilidad, restauración, y reintegración. Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser resarcida, y de este modo salir de su posición de víctima; y por último, reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.¹⁸⁶

A través de esta justicia se trata de obtener un cambio cultural profundo, esto es, implica creer en los beneficios de sustituir el sistema tradicional, que enfrenta al delincuente con el Estado, por uno que traslada sus intereses a quienes son afectados de manera concreta por el delito.

Sin duda, el modelo de justicia restaurativa significa un cambio de paradigma en la concepción actual de administrar justicia, en el sentido de superar los modelos formales de juzgamiento, para adoptar esquemas realmente democráticos, que legitimen el derecho frente a realidades específicas. Mediante la participación de la víctima y el imputado, en donde resuelven colectivamente las consecuencias del delito, entendiendo que éste perjudica a las personas, aquélla

¹⁸⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *op. cit.*, nota 148, p. 23.

¹⁸⁶ KEMELMAJER, Aida. “En búsqueda de la tercera vía. La llamada “justicia restaurativa”, “reparativa”, “reintegrativa” o “restitutiva”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), **Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**, IIJ-UNAM, México, 2005, p. 273.

promueve la reconciliación entre las partes y la reparación del daño, a través de un proceso cooperativo.

CAPÍTULO CUARTO

MEDIACIÓN PENAL

4.1 QUÉ ES LA MEDIACIÓN PENAL

La justicia penal es la medida más fuerte de intervención estatal en los conflictos sociales, y por ende, debe ser el último recurso; sin embargo, suele ser el primer nivel al que se recurre ante un conflicto. Ante la crisis de dicha justicia y frente a la imposibilidad de ésta de solucionar el conflicto, así como debido al crecimiento de la población, la desigualdad económica, entre otros factores que han aumentado y creado nuevos conflictos, con la intención además de hacer menos lesiva la reacción estatal se han desarrollado mecanismos alternativos para los conflictos de menor intensidad.¹⁸⁷

Ahora bien, se entiende que el conflicto es un desacuerdo entre dos o más personas, cuya distinta percepción de una misma situación implica posturas distintas de solución, pero éste es parte de la existencia misma. Para empezar a entender un conflicto en el que dos son partes, hay tres enfoques distintos. Uno es cómo se ve el conflicto desde la perspectiva de una de las partes; otro enfoque está dado por cómo ve la otra parte el conflicto, y un tercer enfoque aprecia cómo evaluaría el conflicto una tercera parte neutral. La tarea en el conflicto en la mediación penal consistirá en buscar nuevos enfoques que arriben a la solución ganar-ganar para ambas partes, dentro de un marco legal.¹⁸⁸

Por ello, al formularse nuevas formas de resolución de conflictos se está proponiendo una revolucionaria fórmula de simplificación de los problemas sociales y sus secuelas; al plantear que las mismas partes resuelvan sus

¹⁸⁷ DÍAZ explica que tradicionalmente cuando existe un conflicto legal la respuesta automática es pensar como única opción el acudir con un abogado para que atienda el asunto en los tribunales, por lo que hay que desprender este prejuicio y aprender a utilizar los mecanismos alternativos de solución de controversias. DÍAZ, Luis Miguel. "Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico", en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo (coord.), **Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias**. Editorial Porrúa, México, 2010, p. 38.

¹⁸⁸ En el entendido de que, la mediación es una oportunidad para que las partes puedan, en forma madura y pacífica, comunicarse a fin de encontrar en forma colaborativa un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas partes dentro de un marco legal. DEL VAL, Teresa M. **Mediación en materia penal. ¿La mediación previene el delito?** Segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 44.

conflictos se está expresando que éstos pueden concluirse con la participación abierta de quienes están involucrados en ellos. No se busca sustituir las formas tradicionales de administrar justicia, sino por el contrario, proponer modelos nuevos que la complementen, métodos novedosos que le den al ciudadano otra perspectiva de la administración de justicia, métodos novedosos que la mejoren.¹⁸⁹

El artículo 17 de la Constitución, al establecer la base para los mecanismos alternativos de solución de controversias, se inserta en una tendencia mundial de disminuir la participación del Estado en la vida de los particulares y de reconocer los recursos de los individuos para solucionar por sí mismos sus conflictos; el uso de dichos mecanismos es una opción para fortalecer el sistema de impartición de justicia en nuestro país. No se trata de acortar la responsabilidad del Poder Judicial sino de racionalizar el uso de sus recursos y al mismo tiempo de brindar al individuo y a la sociedad opciones para el manejo de sus conflictos. Esta tarea es retadora, pues significa entrelazar dos sistemas interdependientes que tienen el mismo propósito.¹⁹⁰

Así, el empleo de medios alternativos se plantea como una tarea urgente para hacer efectivo el derecho a una justicia rápida y al alcance de todos; éstos permitirán arreglos rápidos y directos entre las partes en conflicto sin los costos en tiempo, dinero y esfuerzo que llevaría un proceso judicial; tendrán como objetivo el impulsar un acercamiento entre las personas involucradas en un conflicto, ayudarlas a clarificar e identificar los intereses para que desemboquen en un acuerdo satisfactorio, evitando el proceso judicial.

¹⁸⁹ ORDÓÑEZ ESCOBAR, Jorge Roberto y RIVA PALACIO MÁRQUEZ, Miguel Ángel. "Dialogar como premisa. Nuevas formas constitucionales de solucionar conflictos en democracia, en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo (coord.), **Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias**. Editorial Porrúa, México, 2010, p. 50.

¹⁹⁰ La inclusión en la Constitución de los MASC constituyen un paso para fortalecer a la democracia, al privilegiar la participación de voluntades privadas en el manejo de sus conflictos; y así convertir dicha opción en un derecho de las personas para decidir por sí mismas sus conflictos, sin la tutela de órganos del Estado. DÍAZ, Luis Miguel. *op. cit.*, nota 187, p. 64.

En este sentido, la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, el abuso de los recursos que la ley otorga para los procesos judiciales, la dilación de los juicios, el alto costo que implica el litigio, así como la insatisfacción social frente a la resolución jurisdiccional, la carencia de una actitud institucional que permita la participación de la víctima en la resolución de sus conflictos, entre otros, son factores que condujeron a incorporar los mecanismos alternativos, como vías de acceso a la justicia. Es importante decir, que la idea de otorgar cabida en la justicia al consenso de las partes se puede instrumentar de diversas formas; según la metodología alternativa que se pretenda, se puede suspender el juicio o hacer que el resarcimiento a la víctima opere en sustitución de la pena. No se trata de privatizar a la justicia penal privatizando el conflicto, sino de brindar primacía a la voluntad de las partes y al consenso, como forma de resolver conflictos.

A grandes rasgos, se puede decir que dentro de los mecanismos alternativos, la mediación es la vía pacífica de solución de conflictos que, en términos humanos, de tiempo, recursos y costos, ha mostrado ser más eficiente que cualquier otro, porque privilegia la libre decisión de las partes, la cooperación y el compromiso mutuo; así, ésta se proyecta como un medio capaz de generar una cultura pacificadora que recupera la posibilidad de una armónica convivencia entre los individuos.

En general, los autores marcan el comienzo de esta etapa en el caso solucionado en 1973, en Kitchener, Ontario, Canadá. Se cuenta que Mark Yantzi, un miembro de una secta menonita, estaba cansado de la falta de respuesta judicial efectiva a los numerosos ataques a la propiedad realizados por menores de edad. En uno de estos procesos, dos jóvenes fueron condenados por veintidós actos vandálicos, pues habían causado daños a unas 22 propiedades; Yantzi pidió al juez que permitiese un encuentro entre los delincuentes y las víctimas. El juez aceptó y ordenó a los dos condenados que fuesen con las víctimas y con ello poder llegar a un arreglo con las mismas para el pago de los daños causados. Dichos jóvenes pudieron restituir el daño en forma progresiva. La solución fue exitosa y los jóvenes infractores se incorporaron a la sociedad. Debido al éxito logrado, se inició en Kitchener un programa de reconciliación entre víctimas y ofensores.

El proceso de mediación encaja jurídicamente en el concepto de justicia restaurativa, ya que es una oportunidad para que ofensor y ofendido repongan sus relaciones interpersonales al menos para lograr un acuerdo, que incluye la reparación. Generalmente las partes, considerando la rapidez, lo económico del procedimiento y el beneficio de sus resultados, aceptan el procedimiento sin objeciones.¹⁹¹ Este proceso es generalmente breve, involucra pocas sesiones, es utilizado en casos de baja conflictividad y mucha disposición al diálogo, o bien

¹⁹¹ DEL VAL, Teresa M. *op. cit.*, nota 188, p. 66.

para aquellos casos donde únicamente existe o subyace un conflicto emergente y la víctima pretende sólo un resarcimiento económico.¹⁹²

Primeramente, la mediación penal se inserta en un nuevo paradigma del derecho penal en el que la víctima, hasta ahora olvidada, es revalorizada y se le da la oportunidad para que si así lo decide, participe activamente en la solución del conflicto penal.¹⁹³ Frente a esta noción, se visualiza a ésta, como una forma alternativa del proceso penal; se trata de que las partes retomen el conflicto sin agresión y al aceptar tal posibilidad, deben estar imbuidos de la esperanza de efectuar un arreglo, ya sea meramente resarcitorio o ir más allá, rumbo a una justicia restaurativa en todo su esplendor y llegar a armonizar.¹⁹⁴

GONZÁLEZ NAVARRO define la mediación como un proceso para solucionar los conflictos con la ayuda de una tercera parte neutral, llamada mediador, que facilita la comunicación entre las partes, lo cual permite que las personas en conflicto expongan su problema en la mesa de negociaciones de la mediación y de esa manera puedan acordar sus diferencias de forma coordinada y cooperando. La meta no es determinar la culpabilidad o inocencia sino arreglar sus discrepancias constructivamente.¹⁹⁵ Efectivamente no existe esa meta debido a que para iniciar un proceso de mediación el ofensor previamente acepta la realización del ilícito, por lo que el mediador no se pronuncia sobre su inocencia o culpabilidad.

Por su parte, ESPINOSA HERNÁNDEZ dice que la mediación penal, más que una manera informal, flexible y rápida de resolver los conflictos de los protagonistas del drama penal, la mediación tiene delante de ella la invaluable y privilegiada posibilidad de consolidarse como una forma de reconciliación total, es decir, de darle a las partes en conflicto la oportunidad de restablecerse en una dimensión moral y humana respecto de la ofensa. Se produce con el perdón, que

¹⁹² CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. *op. cit.*, nota 84, p. 53.

¹⁹³ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *op. cit.*, nota 148, p. 66.

¹⁹⁴ NEUMAN, Elías. *op. cit.*, nota 133, p. 55.

¹⁹⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *op. cit.*, nota 148, p. 63.

restituye no sólo en el aspecto económico, sino también en el simbólico, cuando los involucrados en el conflicto tienen la posibilidad de escucharse desde sus sentimientos, accediendo así a una verdadera reconciliación, por medio de un restablecimiento interior e individual que propicia la reintegración social.¹⁹⁶

Sin duda, al ser una práctica de justicia restaurativa, como ya se mencionó, se preocupa por la participación de la víctima, por reconstruir la comunicación entre el ofensor y la víctima, así como, a través del perdón, la reparación integral del daño a esta última (no sólo económicamente).

A decir de MÁRQUEZ ALGARA, es un procedimiento no adversarial, pacífico y cooperativo de resolución de conflictos. Su propósito es lograr un acuerdo rápido y sin costos en tiempo, dinero y esfuerzo que llevaría un proceso judicial. Es una instancia voluntaria que tiene el objetivo impulsar un acercamiento entre las personas envueltas en un conflicto, ayudarlas a clarificar e identificar los intereses, y a que desemboquen en un acuerdo satisfactorio sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia.¹⁹⁷

El artículo 2, fracción X, de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 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. En artículos posteriores de la misma Ley estipula que “la mediación procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para solucionar una controversia común. Los jueces del Distrito Federal podrán, de conformidad con lo dispuesto en la legislación aplicable, ordenar a los particulares que acudan al Centro para intentar solucionar sus controversias a través de la mediación”.

¹⁹⁶ ESPINOSA HERNÁNDEZ, Raúl. *op. cit.*, nota 122, p. 92.

¹⁹⁷ MÁRQUEZ 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, p. 85.

A continuación, la Ley establece que “la mediación es independiente a la jurisdicción ordinaria y tiene como propósito auxiliarla. Los jueces, en materia civil, familiar, penal y de justicia para adolescentes deberán hacer saber a las partes la existencia de la mediación como forma alternativa de solución, en los términos de esta ley. El ministerio público estará facultado para informar sobre las peculiaridades de la mediación y orientar a los particulares en cuanto a las ventajas de acudir a la misma para alcanzar una solución económica, rápida y satisfactoria a sus controversias”.

4.1.1 Nuestro concepto de mediación

Propongo la siguiente definición, la mediación es un proceso no jurisdiccional, en que la víctima y el ofensor se reúnen cara a cara con un tercero neutral, llamado mediador, que actúa como un facilitador de la comunicación entre los participantes y conduce un proceso de negociación asistida, a fin de que los participantes arriben a un acuerdo. Este proceso atiende a las necesidades de las partes, dándoles la oportunidad de hablar respecto al conflicto y proyectar soluciones dinámicas hacia el futuro, por lo que buscan una solución en las mejores condiciones, y en donde ninguna se sienta vencida, así, no produce ganadores ni perdedores, ya que todas las partes se verán favorecidas con el acuerdo que se logre. De manera que es una vía diferente de resolver conflictos penales que resulta sumamente útil entre víctima y victimario para resolver sus conflictos; para el restablecimiento de las relaciones mediante una comunicación madura e inteligente y logrando una efectiva y real reparación del daño.

A. Elementos de la definición

Se pueden desprender los siguientes elementos:

1. Proceso no jurisdiccional. Tiene como finalidades ser un sistema alternativo a las sanciones tradicionales y mejorar la eficacia de la justicia. De manera que es un método alternativo, no jurisdiccional, de resolución de conflictos

mediante el cual las personas involucradas en un delito buscan solucionar sus diferencias de manera autónoma y bajo la supervisión de un mediador neutral, por la vía del diálogo y el acuerdo, de modo que satisfagan las pretensiones de cada uno de ellos mediante la reparación del daño y el consecuente fin del conflicto.

2. Reunión de la víctima y victimario. A través de la mediación se crea un ambiente seguro para que las partes dialoguen y escuchen a la otra parte al contarse sus historias. Compartir opiniones, entender por qué el victimario cometió el delito y cómo afectó a la víctima el hecho realizado es fundamental en el proceso de mediación; se centra en la realidad de las partes y no en reglas dictaminadas de manera estandarizada, al ser un mecanismo cuyo eje es la participación de las partes, devolviéndole a éstas su poder de determinar la solución.

La confrontación entre víctima e infractor y la generación de un tipo de respuesta diferente entre ambos podría favorecer la mejora del clima social, propiciar una mejor disposición de la víctima hacia el agresor y, de esa forma, contribuir a una mayor responsabilidad del agresor frente a la víctima, a quien llega a conocer en forma personal, además de cobrar plena conciencia del daño provocado.¹⁹⁸

3. Intervención del mediador. La presencia e intervención de un tercero imparcial producen nuevas interacciones entre las partes, lo que facilita a los mediados tener otra visión del conflicto. Las intervenciones de los mediadores están dirigidas a lograr que las partes dialoguen de manera pacífica, así como delimitar los intereses de éstas, para posibilitarlas a generar alternativas de solución que les permitan arribar a los acuerdos necesarios.

4. Las partes proponen la solución al conflicto. Al lograr el acercamiento entre las personas y entendiendo el conflicto, la víctima expresa la forma en la que

¹⁹⁸ A diferencia del sistema de justicia penal, en el cual la persona que ha delinuido es el protagonista de la respuesta estatal frente al delito, la mediación que se proyecta para ser utilizada ante ciertos casos penales desplaza el castigo y revaloriza la figura del sujeto pasivo del delito, girando sobre el eje de la composición como única respuesta frente a algunos tipos de conductas delictivas. GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y SAENZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia. *op. cit.*, nota 167, p. 162.

quiere que se le repare el daño y el victimario expresa la forma en la que lo puede reparar, llegando a un acuerdo.

4.2 SUJETOS QUE INTERVIENEN

Las partes involucradas se responsabilizarán de sus palabras y actos, pero también de la solución de los conflictos en los cuales podrían estar inmersos. Dejan el papel de espectadores pasivos para convertirse en protagonistas que trabajan auxiliados por el mediador para planear soluciones creativas, oportunas y más satisfactorias.¹⁹⁹ Por lo que, el rol de víctima y victimario no debe subsistir, por el contrario, sólo debe ser temporal porque concluirá con el arreglo entre las partes.

4.2.1 Víctima

Es sabido que la víctima ha sido durante largos años el personaje olvidado en los sistemas jurídico-penales. Hasta mediados del siglo XX se logra entender la necesidad de reconocer el rol destacado que debe tener en el proceso penal la persona afectada con un proceder criminoso, para efectos de pedir la restitución del daño causado.²⁰⁰

En la resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, denominada “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder”, se define a las víctimas como “aquellas personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

¹⁹⁹ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe. *op. cit.*, nota 197, p. 153.

²⁰⁰ MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto y MOLINA LÓPEZ, Carlos Andrés. *op. cit.*, nota 159, p. 20.

Por ende, la víctima es titular del bien jurídico que resulta afectado por la infracción a la norma penal; es la persona que sufre directamente las consecuencias de una violación a una normatividad penal.²⁰¹

A través del proceso jurisdiccional la víctima tiene poco para ganar y mucho para perder, de modo que es revictimizada, es decir que, sufre su rol de víctima por segunda vez. La primera fue al habersele dañado mediante el delito, y la segunda durante el proceso, haciéndola revivir lo sufrido, no escuchándola, haciéndola correr riesgos, perder días de trabajo, etcétera.

La mediación no propone excluir al Estado como protector de la víctima, sino que pretende hacerla parte del proceso, resguardando el equilibrio de poderes en el encuentro víctima-ofensor y promoviendo políticas públicas que permitan al infractor dar una reparación adecuada a la víctima.²⁰² En el proceso tradicional, la víctima suele tener un papel pasivo dentro de éste, que generalmente la deja insatisfecha, pero al enfrentarse en un ambiente seguro y controlado puede hacer preguntas, recibir información y expresar sus sentimientos frente al delito, lo cual permite hacer un cierre del incidente, propiciando el saneamiento de los daños causados por el delito, ya que puede liberar su ira y otras emociones.²⁰³

El consentimiento de la víctima debe ser libre y debe conocer con detalles el proceso de la mediación; a través de dicho proceso tiene la posibilidad de participar activamente, demostrar sus sentimientos y sus necesidades y de alguna forma pactar los términos de la reparación; tiene a su vez la oportunidad de conocer al delincuente, de expresar sus sentimientos al agresor y de esta forma el propio delito se vuelve algo reparable, también puede llegar a ser capaz de

²⁰¹ Hilda Marchiori define a la víctima como la persona que padece la violencia por causas del comportamiento del individuo que trasgrede las leyes de su sociedad y cultura. De este modo, la víctima está íntimamente vinculada con el concepto de consecuencia del delito, que se refiere a los hechos o acontecimientos que resultan de la conducta antisocial, sobre todo el daño, la extensión de éste y el peligro causado individual y socialmente. El sufrimiento del ofendido es provocado por la conducta violenta a que fue sometido por otra persona. MARCHIORI, Hilda. La víctima del delito. Lerner, Córdoba, 1990.

²⁰² GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. *op. cit.*, nota 123, p. 33.

²⁰³ MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto y MOLINA LÓPEZ, Carlos Andrés. *op. cit.*, nota 159, p. 118.

comprender los motivos del acto delictivo.²⁰⁴ De modo que, la víctima debe perder su “status victimológico” para que así tome las riendas del conflicto.²⁰⁵

Por lo tanto, en la mediación, oír a la víctima va más allá de conocer su versión de los hechos, se trata de entender el daño que le ha sido ocasionado, de entender cómo ha sido afectada, y gracias a lo anterior, en buscar la mejor y más rápida manera de dejar a la víctima indemne.²⁰⁶

4.2.2 Victimario

El victimario u ofensor es el que realiza un hecho ilícito, descrito y sancionado por las leyes penales.

Se estima que el proceso penal no debe ser sólo un mecanismo de persecución y sanción penal, sino que es, en esencia, un mecanismo de solución de conflictos, para lo cual se hace necesario abrir paso, en reemplazo del procedimiento jurisdiccional, a soluciones restaurativas, en ciertas circunstancias.²⁰⁷

El ofensor al participar en la mediación, al admitir que realizó el ilícito, evita la confrontación respecto a los hechos, expresando su arrepentimiento, y si está dispuesto y las circunstancias lo producen, pedir ser perdonado por la víctima.

El autor del hecho delictivo debe reflexionar sobre el delito cometido, despertar sus sentimientos de culpa, de arrepentimiento, deseos de reparación, y debe interiorizar la norma como valor rector de su vida;²⁰⁸ indudablemente, tiene la posibilidad de aceptar su responsabilidad al enfrentar las consecuencias de su comportamiento, y al estar consciente de su falla y del daño que causó, buscar la

²⁰⁴ RÖSSNER, Dieter y GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther. La mediación penal. Centro d'Estudis Jurídics i formació especialitzada, Cataluña, 1999, p. 21.

²⁰⁵ SÁNCHEZ CONCHEIRO, María Teresa. Para acabar con la prisión. La mediación en el derecho penal. Justicia de proximidad. Icaria editorial, Barcelona, 2006, p. 120.

²⁰⁶ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. *op. cit.*, nota 151, p. 133.

²⁰⁷ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. *op. cit.*, nota 123, p. 33.

²⁰⁸ SÁNCHEZ CONCHEIRO, María Teresa. *op. cit.*, nota 205, p. 120.

manera de repararlo; de ahí que el objetivo final es que el ofensor restaure el daño y se reincorpore a la comunidad sin ser estigmatizado.²⁰⁹

4.2.3 La figura del mediador y sus características

Como ya se menciona, la mediación es un proceso de resolución de disputas que conduce una persona entrenada para asistir a otros individuos en el conflicto, para comprender y explicarse mutuamente las necesidades de cada uno. Su misión es propiciar, estimular, escuchar y guiar a las partes para que ellas mismas encuentren una solución satisfactoria a sus problemas.²¹⁰

El mediador constituye la pieza central del proceso, aunque no se trata del único factor responsable de la marcha del mismo; sirve de cauce para que víctima y ofensor puedan llegar a acuerdos para reparar el daño, pero no tiene facultades de decisión. Las intervenciones de éste permiten equilibrar el poder entre las partes para así dialogar de igual a igual o de la manera más equitativa posible.

El mediador no es un abogado de ninguna de las partes, porque no tiene como objetivo defender a alguna de ellas; no es un juez porque no tiene la última palabra en la resolución del conflicto, no decide la resolución de la disputa, no tiene la autoridad para imponer la solución. Tampoco es un terapeuta ni un trabajador social, ni un consejero, no interpreta ni intenta cambiar o curar a nadie.²¹¹ El tercero neutral no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto, induce a las partes a identificar los puntos de controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a exponer fórmulas de arreglo que trasciendan al nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para los intervinientes.²¹²

²⁰⁹ MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto y MOLINA LÓPEZ, Carlos Andrés. *op. cit.*, nota 159, p. 120.

²¹⁰ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe. *op. cit.*, nota 197, p. 84.

²¹¹ DEL VAL, Teresa M. *op. cit.*, nota 188, p. 73.

²¹² HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ, Gladys. **Mediación para resolver conflictos**. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 195.

Pues bien, el artículo 2 fracción XII, de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal define al mediador como un “especialista capacitado y registrado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para conducir el procedimiento de mediación e intervenir como facilitador de la comunicación y la negociación entre particulares involucrados en una controversia”.

Identificando, pues, al mediador como un experto en el arte de devolver a las partes su capacidad negociadora, acordando las soluciones que consideren más benéficas; es el facilitador, la persona calificada que restablecerá la comunicación entre las partes, por lo que su principal objetivo es el fomento a la cultura de la paz.²¹³ Los mediadores son capacitadores que facilitan la resolución de conflictos, al ser sujetos neutrales que se encargan de establecer la dirección del procedimiento de mediación.²¹⁴

El tercero ajeno al problema interviene entre las personas que se encuentran inmersas en la controversia para escucharlas, delimitar sus intereses y facilitar un camino en el cual se encuentren soluciones equitativas para los participantes del conflicto.²¹⁵ Para el mediador es crucial poder entender el conflicto, y los roles que cada protagonista juega dentro de la situación, es decir, poder leer el conflicto.²¹⁶

Ahora bien, el mediador debe ser muy respetuoso en su tarea, esencialmente con referencia a la cultura, costumbres e ideas de las partes que están convocadas en la mediación con objeto de arribar a un acuerdo. Él no puede imponer sus criterios ni modos de pensar. El éxito de la mediación dependerá, en buena medida, de la habilidad creativa y negociadora de quien tenga a su cargo llevarla adelante.

²¹³ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe. *op. cit.*, nota 197, p. 83.

²¹⁴ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y SÁENZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia. *op. cit.*, nota 167, p. 83.

²¹⁵ CÁMARAS, Claudia. *op. cit.*, nota 124, p. 106.

²¹⁶ FÉLIX ALCONADA, Julio Marceliano. *op. cit.*, nota 141, p. 71.

De ahí que no busque respuestas preestablecidas que resuelvan el conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libres y voluntarias que aligeren sus diferencias. La idea es eliminar la noción de que el otro es necesariamente un adversario por derrotar, y considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias, pues se debe continuar la convivencia social.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, queda claro que los mediadores asisten a las partes, por lo que éstas siempre controlan el proceso y su resultado; así, al ser personas neutrales e imparciales ayudan a las partes a encontrar una solución adecuada al problema;²¹⁷ facilitan la comunicación y evitan mayor conflictividad entre ellas, se encargan de establecer la comunicación y acercamiento necesarios a fin de que las partes lleguen a un arreglo que se ajuste a las necesidades de las mismas.

Consecuentemente, la función del mediador no es resolver el conflicto, sino conducir el proceso, es un elemento activo; no solamente informa y observa, sino que prepara a las partes para el encuentro, introduce elementos de reflexión que posibilitan un cambio de actitud en cada uno de ellos para que flexibilicen sus posiciones y puedan ver al otro de una forma más humana.²¹⁸

En síntesis, el mediador trabaja para generar la confianza que permita ir despejando la inseguridad, temor y ansiedad de las partes; acerca a la víctima y al delincuente a fin de asegurarse de que la mediación sea apropiada para ambos. Ambas partes presentan su versión de los eventos que condujeron al delito y las circunstancias que lo rodearon, la víctima tiene la posibilidad de hablar acerca de las dimensiones personales de la victimización y pérdida, en tanto que el delincuente tiene la posibilidad de expresar su remordimiento y explicar las circunstancias que rodearon a su comportamiento. En particular, el mediador intenta asegurarse de que ambos sean psicológicamente capaces de hacer de la mediación una experiencia constructiva, de que la víctima no se vea aún más

²¹⁷ CÁMARAS, Claudia. *op. cit.*, nota 124, p. 106.

²¹⁸ RÖSSNER, Dieter y GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther. *op. cit.*, nota 204, p. 51.

perjudicada por el hecho de reunirse con el delincuente, y de que ambos comprendan que su participación es voluntaria.²¹⁹

El artículo 18 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal establece los requisitos para ser mediador, siendo los siguientes:

A) Para ser mediador público adscrito al Centro:

- I. Tener por lo menos treinta años de edad cumplidos al día de la convocatoria;
- II. Contar con título y cédula profesionales de Licenciatura en Derecho, así como tres años de experiencia profesional mínima demostrable, en cualquiera de las materias competencia del Centro, a partir de la fecha de expedición del título;
- III. Concursar y aprobar el proceso de selección correspondiente, sometiéndose a los exámenes y cursos de capacitación y entrenamiento.

El cargo de mediador es de confianza y será ratificado cada dos años por el Consejo, previa aprobación de un examen de competencias laborales. Su condición de mediador público se perderá al dejar de formar parte del Centro.

B) Para ser mediador privado:

Los requisitos I y II de mediador público, y

- III. Aprobar los cursos de capacitación para la certificación y registro, así como presentar y aprobar el examen de competencias laborales.

²¹⁹ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. *op. cit.*, nota 151, p. 94.

Serán obligaciones del mediador público, de acuerdo al artículo 21 de la Ley antes mencionada:

- I. Efectuar en forma clara, ordenada y transparente las actuaciones que les impone la mediación;
- II. Tratar con respeto y diligencia a los mediados, conduciéndose ante ellos sin posturas ni actitudes discriminatorias;
- III. Abstenerse de divulgar y utilizar la información que obtengan en el ejercicio de su función y cumplir con el deber del secreto profesional;
- IV. Conducir la mediación con flexibilidad, respondiendo a las necesidades de los mediados, de manera que, al propiciar una buena comunicación y comprensión entre ellos, se facilite la negociación;
- V. Cuidar que los mediados participen de manera libre y voluntaria, exentos de coacciones o de influencia alguna;
- VI. Conducir la mediación estimulando la creatividad de los mediados durante la negociación;
- VII. Asegurarse de que los acuerdos a los que lleguen los mediados, estén apegados a la legalidad y sobre la base de la buena fe;
- VIII. Evitar influir en los mediados para acudir, permanecer o retirarse de la mediación,
- IX. Suscribir el escrito de autonomía;
- X. Celebrar el convenio de confidencialidad con los mediados;
- XI. Solicitar el consentimiento de los mediados para la participación de co-mediadores, peritos u otros especialistas externos a la mediación, cuando resulte evidente que por las características del conflicto, se requiere su intervención;

XII. Dar por concluida la mediación en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando exista falta de respeto a las reglas para conducirse en la mediación, por parte de uno o ambos mediados;
- b) Cuando exista falta de colaboración en uno o ambos mediados;
- c) Cuando uno o ambos mediados falten a dos sesiones consecutivas sin justificación o, uno de ellos a tres sesiones sucesivas sin causa justificada;
- d) Cuando la mediación se vuelva inútil o infructuosa para la finalidad perseguida;
- e) Cuando alguno de los mediados o ambos lo soliciten.

XIII. Dar aviso al Director General cuando, en el desempeño de sus funciones, tenga indicios de amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de alguno de los mediados o cuando conozca de la concreción de hechos delictivos perseguibles de oficio, tanto para orientarlos y canalizarlos a las instituciones especializadas pertinentes o para, en su caso, hacerlo del conocimiento de las autoridades correspondientes;

XIV. Rendir al Director General informe, cuando así se lo solicite; y

XV. Someterse a los programas de capacitación continua y de actualización

Por su parte, serán obligaciones del mediador privado (artículo 22 de la misma Ley), además de los señalados en las fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X y XI del artículo anterior, las siguientes:

- Orientar a las personas interesadas sobre el valor, ventajas, principios y características de la mediación y para valorar si la controversia que se

plantea es susceptible de ser solucionada mediante este procedimiento o, en caso contrario, sugerir las instancias pertinentes;

- Abstenerse de ofrecer el servicio de mediación cuando haya participado como apoderado, litigante o asesor de alguna de las partes que soliciten sus servicios y excusarse en cualquier otro supuesto previsto en la legislación aplicable;
- Celebrar el convenio de pago de honorarios con los mediados;
- Abstenerse de delegar a persona alguna la función de mediador certificado en un procedimiento ya iniciado, salvo en los casos de vencimiento, suspensión o revocación de la certificación;
- Acompañar a los mediados al acto de celebración del convenio resultado de la mediación, al Centro;
- Facilitar las acciones de supervisión y monitoreo del Centro.

Ahora bien, los mediadores deberán excusarse para conocer de un asunto cuando se actualice alguno de los siguientes supuestos: tener interés en el resultado del conflicto; ser pariente de alguno de los mediados; haber mantenido relación laboral con alguno de los mediados; prestarle o haberle prestado servicios profesionales independientes; ser socio, arrendador o inquilino de alguno de los mediados; haber sido o ser abogado, persona de confianza, apoderado o persona autorizada de cualquiera de los mediados en algún juicio anterior o presente.

Por último, es importante destacar que el mediador no podrá actuar como testigo en procedimiento legal alguno relacionado con los asuntos en los que participe, en términos del principio de confidencialidad que rige a la mediación y al deber del secreto profesional que les asiste.

Por lo tanto, el mediador asiste a la víctima y al ofensor en el proceso de búsqueda de acuerdos; así, su desempeño es fundamental, por lo que debe reunir ciertas características para lograr que las partes puedan comunicarse y lleguen a la solución deseada. A continuación describiremos las aptitudes con las que debe contar el tercero neutral:

A. Neutralidad

Habilidad del mediador de no juzgar o valorar los dichos de las partes y no actuar a favor de una parte determinada. Esto le posibilita una mayor movilidad dado que está en óptimas condiciones para facilitar que los actores exploren posibles y viables acuerdos.

B. Empatía

El mediador debe comprender el comportamiento, las ansiedades y las creencias de la víctima y del victimario.

Así, debe entender el conflicto y los roles que cada protagonista juega dentro de la situación; es decir, poder leer el conflicto desde un enfoque sistemático. Es crucial en los momentos en que se bloquea la comunicación y alguna de las partes o ambas se encuentran atrincheradas en su posición.²²⁰

C. Flexibilidad

Debe ser flexible para entender las circunstancias de cada parte, para que el mediador con su contexto personal esté preparado para su labor, sin tratar de imponer sus criterios personales.

²²⁰ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe. *op. cit.*, nota 197, p. 94.

De esta forma, debe tener la facilidad para cambiar de criterios y orientación de la propia forma de pensar, cambiar las condiciones del entorno y mover su postura frente a circunstancias particulares.

D. Creatividad

Consiste en encontrar elementos para desarrollar funciones de manera distinta a la tradicional, con la intención de satisfacer un determinado propósito, al generar ideas e impulsar propuestas novedosas.

Por lo que el mediador debe tener la habilidad para hallar caminos originales y la voluntad de transformar el entorno.

E. Escucha activa

Su desempeño se basa primordialmente en escuchar atentamente a las partes; debe estar seguro de que ha entendido el conflicto y los puntos de vista de cada una de ellas; tiene que hacer uso de una buena secuencia comunicacional, preguntar, escuchar, comprender, mostrar reconocimiento, estimular la reflexión.²²¹

F. Asertividad

Como estrategia y estilo de comunicación, la asertividad se diferencia y se sitúa en un punto intermedio entre otras dos conductas polares (pasividad y agresividad).

A través de la asertividad, el mediador logrará establecer un vínculo comunicativo sin agresiones; así incentiva a las partes hacia un diálogo franco.

²²¹ DEL VAL, Teresa M. *op. cit.*, nota 188, p. 78.

Sin duda, al contar las partes con un espacio y un tercero que les facilita comunicar sus sentimientos, temores y necesidades dentro de un contexto de contención del coraje o ira, asumen un comportamiento diferente ante el conflicto.

De esta suerte, en la mediación, el victimario y la víctima intervienen de manera más activa, el objetivo es llegar a un acuerdo entre ellas que dé solución, de la mejor y más satisfactoria forma posible al conflicto y a las consecuencias generadas por el delito.

4.3 PROCEDIMIENTO

El procedimiento de mediación penal se realizará en el marco de la justicia restaurativa y tendrá por objeto la solución de las controversias entre particulares, ya sean personas físicas o morales, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, siempre que se persiga por querrela de parte ofendida y que no sea considerado como grave; así como en delitos perseguibles de oficio, considerados como no graves. En este último caso únicamente en cuanto a la reparación del daño.²²² (Artículo 5, fracción IV, de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal).

Pero por qué no pensar en que se debe atender al bien jurídico afectado y no la cuantía de la sanción, pensemos que algunos casos que cuando se actualizan ciertas circunstancias que especifica el Código Penal se agrava la pena, estos pueden ser susceptibles de mediación. Si las partes están de acuerdo en la aplicación de la mediación para así lograr la reparación del daño de manera más rápida, por qué no atender al bien jurídico y las pretensiones de las partes y

²²² En los delitos que se persiguen por reclamación de la parte ofendida, la mediación representa un mecanismo que favorece la administración de justicia, propiciando la justicia restaurativa y que el delincuente, admita su responsabilidad y manifiesta su arrepentimiento ante la víctima y le solicita el perdón, por otra parte, este encuentro posibilita a la parte ofendida la sanación de las heridas causadas. Se reconoce la mediación penal como una estrategia de control social que coadyuva con la procuración y administración de justicia impidiendo la venganza privada. MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe. *op. cit.*, nota 197, p. 163.

no a la cuantía de la sanción. Ejemplo de ello sería: robo, abuso de confianza; fraude y extorsión pues se debe atender el bien jurídico es decir patrimonio.

El procedimiento comenzará con las solicitudes de información de servicios de pre-mediación y de mediación; se formularán personalmente o por representante legal, ya sea de manera oral o escrita. Se deben proporcionar los datos generales y de localización del solicitante, y del invitado, es decir la persona o personas con las que aquél desea resolver el conflicto de que se trate (artículo 21 del Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal).

Una vez presentada la solicitud, conjunta o separadamente, por los involucrados en el conflicto, a través del Servicio de Información y Orientación Especializada en Mediación Penal, que tiene por objetivo proporcionar a las personas involucradas en un conflicto originado por la comisión de un ilícito penal dentro del marco de la justicia restaurativa, la orientación e información especializada que sobre el servicio de mediación penal soliciten, recabar datos generales y de localización de los propios involucrados, así como una breve exposición del asunto controvertido, para determinar si éste es susceptible de mediación.

De esta forma se dará la premediación, que es una sesión informativa previa en la que las personas interesadas son orientadas sobre las ventajas, principios y características de la mediación y para valorar si la controversia que se plantea es susceptible de ser solucionada mediante este procedimiento o, en caso contrario, sugerir las instancias pertinentes.

Cuando la solicitud la haga uno solo de los involucrados en el conflicto, éste deberá proporcionar el domicilio completo de los demás interesados para que el Centro los invite a presentarse en el área de información especializada en mediación, con un documento oficial de identificación y, en su caso, con el que acrediten su representación legal, para que se les proporcione la orientación y documentación explicativa de los servicios que ofrece el Centro.

En caso de que el invitado manifieste oportunamente su voluntad de participar en la mediación, se hará del conocimiento del solicitante, así como la fecha y hora que se señale para que asistan a la sesión inicial de mediación. Si así lo solicitan, atendiendo a las necesidades de los interesados, el Centro podrá modificar la fecha y hora de la sesión inicial hasta en dos ocasiones, pero si no asisten ambos en la última que se señale, se cerrará el expediente. Lo mismo sucederá en el supuesto de que, durante el procedimiento, no se presenten a dos sesiones consecutivas.²²³

La mediación penal necesariamente iniciará con sesiones individuales, en donde primeramente se atenderá al ofensor y después al ofendido, a fin de preparar adecuadamente el encuentro entre ambos.

Por lo tanto, la intervención del mediador en encuentros individuales con las partes busca asegurar los siguientes objetivos:

- a) Cerciorarse de que los participantes conozcan las características de la mediación.
- b) Escuchar el relato de las partes.
- c) Conversar sobre sus expectativas.
- d) Generar el clima de confianza imprescindible para desplegar el procedimiento.
- e) Preparar el encuentro conjunto.

Estas reuniones preparatorias resultan imprescindibles para percibir el grado de conflictividad de las partes, sus expectativas y la repercusión que les produciría un eventual diálogo directo entre sí.

²²³ Si el invitado hace caso omiso a la invitación que envíe el Centro, el solicitante puede pedir que se formule una segunda invitación. En el supuesto de falta de respuesta a la segunda invitación o manifestación expresa de no participar, se cerrará el expediente y se tendrá por fallida la alternativa para solucionar el conflicto a través de la mediación, lo que se hará del conocimiento del solicitante.

Al momento en que se comuniquen a los mediados la cita de la sesión inicial, se les hará saber el nombre del mediador que conducirá el procedimiento, quien será, preferentemente, el mismo facilitador que realizó la premediación o, en su defecto, el mediador que corresponda en turno (artículo 29 del Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal).

El mediador asignado recibirá el expediente y tendrá obligación de emitir, dentro de los cinco días hábiles siguientes, su aceptación a través de la suscripción del escrito de autonomía, o de excusarse de conducir el procedimiento, por tener impedimento; en cuyo caso deberá reasignarse el asunto y efectuarse los registros conducentes; el cambio de mediador se hará del conocimiento de los mediados.

Ahora bien, la duración de la mediación será la que resulte necesaria, en atención al número y complejidad de los temas que integren la agenda de trabajo, pero no excederá de cinco sesiones, salvo que el mediador y los mediados consideren la necesidad de ampliar el número de sesiones, las que no podrán exceder de otras cinco.

En consecuencia, para cada sesión se programará hora y media, que podrán extenderse o reducirse de común acuerdo, en razón de la dinámica del caso y de la carga de trabajo del mediador.

Así, cuando la naturaleza o complejidad del conflicto lo requiera, el mediador responsable podrá proponer la participación de co-mediadores, peritos u otras personas que estén relacionadas con el conflicto; sin embargo, esta participación sólo tendrá lugar con el consentimiento de los mediados cuando se trate de servicios de asesoría, consultoría o peritaje, por los que se generen

honorarios y gastos, que serán cubiertos de común acuerdo por los propios mediados.²²⁴

De esta forma, el artículo 30 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal señala que serán etapas del procedimiento de mediación, las siguientes:

I. Inicial:

a) Encuentro entre el mediador y sus mediados:

El mediador realiza reuniones separadas con la víctima y el ofensor para explicar el proceso, analizar las posibilidades de cada una de las partes, aclarar presunciones y expectativas, toda vez que éste es un proceso voluntario y por esto las partes deben estar dispuestas a participar activamente.²²⁵

Posteriormente se da el encuentro cara a cara entre las partes; acto seguido, el mediador dará el discurso inicial en el que se presentará ante los mediados y explicará las ventajas del procedimiento. En este acto debe generarse la confianza y cooperación de los involucrados, alentándolos para su participación.

b) Recordatorio y firma de las reglas de la mediación y del convenio de confidencialidad:

Durante la primera sesión, el mediador deberá recordar a los mediados el objeto y alcance de la mediación, y celebrará con ellos el convenio de confidencialidad correspondiente.

²²⁴ Artículo 37 del Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Para los casos en mediación que requieran la participación de especialista en cualquier profesión u oficio, los mediados presentarán al que de común acuerdo elijan libremente; sin perjuicio de que el Centro les facilite la lista de peritos del Tribunal, a efecto de que seleccionen el que a sus intereses convenga. Ninguna otra persona ajena al procedimiento podrá intervenir en las sesiones de mediación, excepto el personal del Centro responsable de evaluar la actuación de los mediadores, cuando así se requiera, quien sin tener participación alguna, podrá observar las sesiones, pero siempre con el consentimiento de los mediados. Es importante señalar que, los mediados sólo podrán recibir asesoría de sus abogados, fuera del Centro.

²²⁵ MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto y MOLINA LÓPEZ, Carlos Andrés. *op. cit.*, nota 159, p. 118.

Los mediados se obligan a acatar el contenido y alcance de las siguientes reglas para conducirse en la mediación (artículo 32 del Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal):

- I. Mantener la confidencialidad del diálogo que se establezca durante el procedimiento;
- II. Manifestar una conducta de respeto y tolerancia entre sí y para con el mediador;
- III. Hablar con honestidad y franqueza, para mantener una comunicación constructiva;
- IV. Escuchar con atención y no interrumpir cuando otro mediado o el mediador esté hablando;
- V. Procurar que los acontecimientos del pasado no sean un obstáculo para la construcción de una solución y de un futuro diferente;
- VI. Recordar que están por voluntad propia en la sesión y que, por lo tanto, su participación para la solución del conflicto debe ser activa;
- VII. Permitir que el mediador guíe el procedimiento;
- VIII. Tener disposición para efectuar sesiones privadas cuando el mediador las solicite o alguno de los mediados las sugiera;
- IX. Permanecer en la sesión hasta que el mediador la dé por terminada;
- X. Respetar la fecha y hora señaladas para todas las sesiones, confirmar y asistir puntualmente a las mismas;
- XI. En caso de fuerza mayor que impida asistir a los mediados o a alguno de ellos, solicitar al Centro que se posponga la sesión, avisando oportunamente

del cambio concertado al otro mediado y confirmar al Centro su asistencia en la nueva fecha y hora acordadas;

XII. Apagar o dejar fuera de las sesiones teléfonos celulares, aparatos de radio, radiolocalizadores o similares;

XIII. No fumar durante su estancia en el Centro, y

XIV. Evitar traer niños, excepto cuando la asistencia y participación de éstos esté prevista en las sesiones.

c) Indicación de las formas y supuestos de terminación de la mediación:

El mediador les informará de la posibilidad de dar por terminada la mediación si así conviene a los mediados o si el mediador detecta que se da alguna de las circunstancias siguientes:

- Cuando aprecie incumplimiento a las reglas para conducirse en la mediación, por parte de alguno de los mediados;
- Cuando aprecie falta de colaboración en uno o ambos mediados;
- Cuando advierta que uno o ambos mediados faltan a más de dos sesiones consecutivas, sin justificación;
- Cuando la mediación se vuelva inútil o impracticable para la finalidad perseguida;
- Cuando alguno de los mediados o ambos lo soliciten.

Tras la exposición de los motivos que los llevaron a aceptar la mediación y de las particularidades de su conflicto, los mediados y el mediador determinarán la agenda para establecer la temática a trabajar, la periodicidad de las sesiones y la fecha y hora para la siguiente sesión.

d) Firma del convenio de confidencialidad:

Las partes aceptan que todo lo que se manifieste durante la mediación será confidencial y asumen el compromiso de guardar estricta confidencialidad respecto de los hechos e información del proceso.

Por su parte, el mediador se compromete a no revelar a la otra parte lo que se le relate en las sesiones privadas; asimismo, no podrá ser llamado como testigo en ningún proceso posterior.

e) Narración del conflicto:

Respecto a la información del conflicto, el mediador debe conocer los antecedentes del caso para no incurrir en errores frente a los mediados, por lo que pedirá a los participantes que, en forma ordenada, expresen los antecedentes del conflicto, cómo surgió y cómo les afecta, cuáles son sus posiciones respecto a la otra parte y qué buscan o demandan.

II. Análisis del caso y construcción de la agenda:

a) Identificación de los puntos en conflicto:

El mediador elabora un replanteamiento sutil del conflicto; las posturas iniciales de reclamos asumen otras formas, tomando como base las expresiones de los mediados en la anterior etapa de la mediación.

Asimismo, orienta a las partes a involucrarse en una comunicación positiva y a que restablezcan actitudes.

b) Reconocimiento de la corresponsabilidad:

Para identificar el problema, el mediador induce a las partes a identificar los puntos de controversia, a exponer fórmulas de arreglo que trasciendan al nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambos.

c) Identificación de los intereses controvertidos y de las necesidades reales generadoras del conflicto:

Se trata de centrar el problema, clasificándolo y ordenando los temas más importantes para las partes; se identifica el conflicto a partir de la información disponible, para llegar a una definición compartida del problema, es decir, una definición del conflicto aceptada por las dos partes.

d) Atención del aspecto emocional de los mediados:

Cuando las partes expresen su posición mencionarán al mediador y a la otra parte, todo sentimiento, molestia, y rencor que sienten; por lo mismo, es importante que al momento de sus intervenciones el mediador parafrasee para neutralizar las cargas emotivas.

e) Listado de los temas materia de la mediación:

Es importante distinguir y clarificar los temas mediables y no mediables, para así centrarse en la solución.

f) Atención de los temas de la agenda:

Crear consenso, planificar y elaborar lista de temas mediables, a través de la definición común del conflicto.

III. Construcción de soluciones:

a) Aportación de alternativas:

Una vez que se tiene la definición compartida del conflicto, se debe alentar a las partes para la generación de soluciones.

El mediador debe promover la creación 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 que sean aceptables para ambos.

b) Evaluación y selección de alternativas de solución:

En este punto, el mediador debe mantener su neutralidad; no debe ofrecer soluciones, ya que son las partes las que deberán encontrar respuestas por ellas mismas.

Así, una vez realizada la lista de soluciones, éstas deben aterrizar y buscar la mejor opción para ambos; por lo que, el mediador enlista todas las opciones mencionadas para que los mediados procedan a evaluarlas.

c) Construcción de acuerdos:

En esta etapa se determina cuáles de las opciones pueden ser aceptadas y cuales pueden funcionar, sus ventajas y desventajas, así como las dificultades para llevar a término las distintas opciones.

IV. Final:

a) Revisión y consenso de acuerdos:

Las partes expondrán la decisión a la que llegaron y el mediador deberá elaborar el convenio correspondiente.

Los acuerdos en la mediación expresarán las prestaciones actuales y futuras a las que las partes se comprometen por sí.²²⁶

b) Elaboración del convenio y, en su caso, firma del que adopte la forma escrita:

Los acuerdos a los que lleguen los mediados podrán adoptar la forma de convenio por escrito, en cuyo caso deberá contener las formalidades y requisitos siguientes (artículo 39 del Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal):

- ✓ Lugar y fecha de celebración;
- ✓ Nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u ocupación y domicilio de cada uno de los mediados;
- ✓ Los antecedentes del conflicto entre los mediados que los llevaron a utilizar la mediación;

²²⁶ Aun de no alcanzar el acuerdo, confiamos en que quienes acudieron se irán mejor de lo que han venido, con la sensación de haber transitado un proceso intenso y personal dentro de un marco de respeto por su libertad, su capacidad de actuar, dialogar y decidir.

- ✓ Un capítulo de declaraciones, si los mediados lo estiman conveniente;
- ✓ Una descripción precisa de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que hubieren acordado los mediados; así como el lugar, la forma y el tiempo en que éstas deberán cumplirse;
- ✓ Las firmas o huellas dactilares, en su caso, de los mediados; y
- ✓ Nombre y firma del Director General o del Director de Mediación correspondiente, para hacer constar que da fe de la celebración del convenio, así como el sello del Centro.

La mediación termina con el convenio celebrado entre los mediados ante la fe pública del director general o del director de mediación actuante, será válido y exigible en sus términos. Traerá aparejada ejecución para su exigibilidad en vía de apremio ante los juzgados. La negativa del órgano jurisdiccional para su ejecución será causa de responsabilidad administrativa.

El convenio se redactará al menos por triplicado en tratándose de mediaciones realizadas en el Centro, y al menos en cuadruplicado cuando provengan de mediadores privados. Se entregará un ejemplar a cada una de las partes y se conservará uno en el archivo del Centro. Al mediador privado se le entregará un ejemplar, en su caso.

En el supuesto de incumplimiento del convenio en materia penal, quedarán a salvo los derechos del afectado para que los haga valer en la vía y forma correspondientes.

Se estipulará en dichos acuerdos, la reparación del daño a la víctima como una forma de constituir la resolución del conflicto penal. La reparación del daño ha estado siempre ligada a la recomposición al estado anterior al delito y a dar satisfacción a los intereses del ofendido.

De esta suerte, en sentido penal la reparación es más que una indemnización o compensación a la víctima del delito. Ella es una reacción al

delito, una forma de punir, una consecuencia jurídico-penal consentida por el infractor de la norma, que accede a reparar el daño social. La reparación como consecuencia jurídico-penal permite la resocialización de la víctima (su derecho a ser considerada sujeto de derecho), al mismo tiempo favorece la resocialización del delincuente, porque ella persigue una finalidad inclusiva de las partes enfrentadas por el delito.

En la teoría de la mediación penal, reparar no significa únicamente compensar económicamente el daño causado, tiene un valor mucho más profundo, por eso sobrepasa la idea de reparación material; comprende la restauración de los lazos sociales entre la víctima y el ofensor, entre la víctima y la comunidad, y entre el ofensor y la comunidad. En otros términos, la reparación del ofensor a la víctima es el punto de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego.

Pues bien, se trata de un concepto amplio de reparación que atiende no sólo al resultado sino a todo el proceso. Comprende la reparación material, pero también curar la aflicción producida a la víctima: muchas veces, para ella la conciencia de la responsabilidad seguida de una demostración de arrepentimiento sincero de parte del autor es de capital importancia; la simple participación en una reunión restaurativa le da la ocasión de comunicarse directamente con el autor; muchas veces, respuestas a ciertas preguntas pueden traer tranquilidad.²²⁷

Así, la reparación puede consistir en el pago de una cantidad de dinero a la víctima, trabajo efectuado por el infractor en su favor, trabajo para una institución de caridad, inscripción del infractor en un programa de tratamiento. Debe atenderse para ello la situación de la víctima y la evaluación del victimario, su situación social y personal. En definitiva, el acuerdo se instrumenta teniendo en cuenta los intereses y requerimientos de la víctima y las posibilidades reparatorias del infractor, pues se trata de arribar a soluciones realistas y cumplibles.²²⁸

²²⁷ KEMELMAJER, Aida. *op. cit.*, nota 186, p. 304.

²²⁸ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *op. cit.*, nota 148, p. 64.

Sin duda, el delito se estructura como un conflicto de intereses y, en la mayoría de las oportunidades, la víctima y el ofensor no están en igualdad de condiciones; de ahí que propiciar un acuerdo que sea equitativo para ambos constituye uno de los problemas sociales de la justicia restaurativa.²²⁹ De esta forma, la reparación hace participar a la víctima y al ofensor en forma proactiva, ya que una de las partes reconoce el daño ocasionado y la otra acepta la restitución lo más aproximadamente posible al estado anterior en que se encontraba; la restitución tiene que ser pauta de forma tal que sea rehabilitadora y posible para el ofensor.

Por último, el sistema penal no puede justificar las ideas de justicia restaurativa en la mera satisfacción de los intereses de la víctima; si se tratara simplemente de un conflicto privado entre autor y víctima, entonces no tendría razón de establecerse la conducta como delictiva ni de pensarse como tal en caso de ausencia de acuerdo con la víctima.

Así, se ha sostenido que la reparación cumple en definitiva funciones de prevención general positiva y de prevención especial positiva, ello ya que en delitos no graves se logra que se restablezca la paz jurídica perturbada por el hecho delictivo, esto a través del reconocimiento de su falta por parte del autor, unido a que tiene también efectos de prevención especial positiva, en cuanto lleva al enfrentamiento del autor con las consecuencias dañosas sufridas por la víctima y a la asunción de su responsabilidad con ella, lo que es positivo desde el punto de vista rehabilitador.

De modo que si a través de la reparación se logran efectos de prevención general positiva y prevención especial positiva, la imposición de una pena se torna innecesaria, actuándose en definitiva de acuerdo con el principio de *ultima ratio* o mínima intervención, ya que se evita imponer una pena, que reúne un carácter más gravoso que las obligaciones asumidas por el imputado a través de la reparación.

²²⁹ MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto y MOLINA LÓPEZ, Carlos Andrés. *op. cit.*, nota 159, p. 140.

4.4 BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN

El aspecto positivo más importante de la mediación es el de reafirmar entre los participantes su capacidad de solucionar otros conflictos futuros con base en el empleo del diálogo como instrumento de paz. Al solucionar un conflicto se adquiere la capacidad de solucionar otros conflictos que en un futuro pudieran presentarse de la misma forma.

Otra ventaja es que es menos costoso que el procedimiento judicial, ya que generalmente las partes arriban a un acuerdo en mucho menor tiempo que el que llevaría la resolución litigiosa de su conflicto, representando un considerable ahorro de recursos para aquellos poderes judiciales que han impulsado su empleo.

El acuerdo es producto de la voluntad de las partes, por lo que implica siempre una verdadera solución al problema planteado; en consecuencia, los acuerdos obtenidos tienen mayor posibilidad de ser cumplidos, y permite a las partes involucradas en un conflicto que, una vez superado el mismo, puedan mantener y aún mejorar las relaciones entre ambas.²³⁰

Asimismo, la mediación restablece la comunicación entre las partes en conflicto, pues ellas participan activamente en el conflicto, por lo que los acuerdos logrados son más satisfactorios para ambas partes. Así, promueve el protagonismo de las partes involucradas, ya que son ellas mismas las que intervienen en la resolución de sus propios conflictos, negociando según sus intereses, sin delegar el control y solución del mismo en un tercero.

Por lo tanto, los beneficios concretos de esta justicia son:

²³⁰ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe. *op. cit.*, nota 197, p. 92

Para la víctima:

- Es la ocasión para confrontar al autor con el verdadero impacto humano de la ofensa y a la vez para que exprese sus pensamientos y sentimientos al victimario.
- Tiene la oportunidad de ser escuchada, obtener respuestas y la opción de pedir y recibir una disculpa.
- El motivo para ser vista como persona, en lugar de como blanco para el ataque.
- Visualiza a la mediación como un remedio para sentir que se ha hecho justicia y como el medio para alcanzar un modo de conclusión que le traerá paz.
- Representa una oportunidad de obtener reparación, sentirse segura y buscar el cierre de sus heridas.
- Permite un acercamiento para lograr que todos compartan vivencias, manifestando sus necesidades y consecuencias del daño, con el propósito de obtener la reparación del mismo.
- Puede negociar soluciones satisfactorias, al recuperar la sensación de control y tener la capacidad de participar en la decisión del modo de resolver el conflicto.
- Efectiva y pronta reparación del daño.

Para el victimario:

- ✓ Evitar un proceso penal y por ende la imposición de una pena (en particular de una privativa de la libertad).

- ✓ Representa la oportunidad para enmendarse y rectificar significativamente el mal infringido, en vez de resultar meramente castigado.
- ✓ El proceso de mediación le facilita que tome conciencia del daño causado por su comportamiento, asuma seriamente su responsabilidad y esté dispuesto a participar en dicho proceso para alcanzar un resultado restaurativo.
- ✓ Asimismo, le permite indagar en las causas y efectos de su comportamiento y asumir la responsabilidad de manera significativa.
- ✓ Por otra parte, puede participar en la decisión sobre que indemnización o modo de restauración se brindará a la víctima y de negociar un acuerdo de restitución y factible de cumplir.

En cuanto al sistema penal:

- ❖ Se incorpora una herramienta útil para la individualización de repuestas más rápidas, accesibles, flexibles y efectivas, por lo tanto, se logra la descongestión del sistema.
- ❖ Reducir los costos de la impartición de justicia.
- ❖ La manera humanitaria y justa para resolver los conflictos en algunos supuestos es la mediación, con este proceso se avanzara muchísimo respecto a la cantidad de personas que deberían recibir condena y además se logra disminuir la reincidencia.
- ❖ Sólo los delitos de mayor impacto entrarán en el sistema acusatorio penal, de esta manera ya no existirán tantos expedientes, descongestionando el sistema penal.²³¹

²³¹ Podríamos hablar de beneficios para la sociedad, aunque esta no participe directamente en el proceso de mediación, al disminuir el impacto de la delincuencia y reducir la reincidencia, ya que el victimario comprende la magnitud de sus hechos,

4.5 CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

Es una dependencia del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, que cuenta con autonomía técnica y de gestión, y se instituye para administrar y desarrollar los métodos alternos de solución de conflictos en el tribunal, en particular a través de la mediación.

Su creación responde a la constante demanda de la sociedad por la consolidación de un sistema de justicia moderno en el que se promuevan nuevas formas de resolución de conflictos y no solamente los esquemas de justicia tradicional, por lo que su encomienda es la de humanizar la justicia y ampliar sus vías de acceso.

Con la instauración de esta dependencia, se ofrece a los ciudadanos una opción alternativa a la jurisdicción, para la resolución de conflictos de manera pacífica, en donde la comunicación y negociación cooperativa son factores fundamentales para el logro de dicho objetivo; coadyuvando, asimismo, al aligeramiento de las cargas de trabajo en los juzgados.

En este contexto, el 1 de septiembre de 2003, el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal abre sus puertas, a través de la mediación en el ámbito familiar.²³² Posteriormente, en 2006, la dependencia continuó sus esfuerzos al conocer de asuntos de orden civil y comercial, en 2007 con los asuntos de naturaleza penal, para concluir a finales de 2008 con el servicio en materia de justicia para adolescentes. Así, la inserción de la mediación ha demostrado, en múltiples experiencias, representar una oportunidad para los ciudadanos de responsabilizarse de la solución personal de

conociendo las causas del delito y así promover y prever futuras acciones criminales. Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *op. cit.*, nota 148, p. 65.

²³² Es importante destacar que se decidió que el Centro iniciara por atender asuntos familiares, en virtud de que es, en la célula social (la familia) en donde se generan las problemáticas de más complejas y de mayor trascendencia.

sus conflictos con la utilización de métodos no adversariales, capaces de alternar y coexistir, con las formas jurisdiccionales.²³³

Así, tenemos que el 24 de enero de 2007 fue publicado en el Boletín Judicial número 20, el acuerdo A/6-04/2007, por medio del cual se ordenó la implementación de la mediación en materia penal, contemplando la posibilidad de recurrir a ella en relación con los delitos de lesiones, daño a la propiedad, robo, amenazas, fraude, allanamiento de morada.

De esta forma, la mediación en materia penal fue implementada con las Nuevas Reglas de Operación vigentes a partir del 2 de mayo del 2007; sin embargo, en la actualidad la mediación penal se encuentra inmersa en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y en el Reglamento a la misma ley, la primera publicada el 8 de enero del 2008, estableciéndose en el primer transitorio, la entrada en vigor a los sesenta días naturales posteriores a su publicación; en tanto, el Reglamento fue publicado el 3 de diciembre del 2008, entrando en vigor el día de su publicación, para resolver las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, siempre que se persiga por querrela de parte ofendida y en cualquier caso no considerado grave perseguibles de oficio, en cuanto a la reparación del daño. Como consecuencia de la publicación de dichos instrumentos jurídicos, quedaron abrogadas las Nuevas Reglas de Operación.

En cuanto a la creación del Centro, se anticipó a la reforma del artículo 17 de la Constitución, publicada el 18 de junio de 2008, que ordena que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, estableciendo la posibilidad de que las personas puedan resolver sus conflictos sin la intervención de una autoridad, a través de soluciones pacíficas, que ambas partes pactan. Sin embargo, existe falta de difusión respecto de los mecanismos alternativos y por

²³³ <http://tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa>

ende del Centro encargado de su aplicación, por lo cual no se han reflejado los beneficios de los mismos en el Distrito Federal.

Ahora bien, el artículo 9 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal estipula que el Centro de Justicia Alternativa tiene por objeto:

- I. El desarrollo y la administración eficaz y eficiente de la mediación como método alternativo de solución de controversias;
- II. La prestación de los servicios de información al público, sobre los métodos alternativos de solución de controversias y en particular sobre la mediación; así como de orientación jurídica, psicológica y social a los mediados durante la substanciación de aquélla;
- III. La capacitación, certificación, selección, registro y monitoreo de los mediadores para el servicio público y privado; a efecto de garantizar altos índices de competencia profesional;
- IV. La difusión y divulgación permanente de los servicios que presta;
- V. El fortalecimiento de sus funciones y la ampliación de sus metas, a partir de su experiencia y del intercambio permanente con instituciones públicas, privadas, nacionales y extranjeras;
- VI. La supervisión constante de su servicio y su retroalimentación oportuna, para mantenerlo dentro de niveles superiores de calidad;
- VII. El apoyo al trabajo jurisdiccional del Tribunal;
- VIII. El diseño y actualización de su normatividad interna, que será aprobada por el Pleno del Consejo;
- IX. La optimización de sus servicios a través de la aplicación de programas de investigación, planeación y modernización científica y tecnológica; y

IX bis. Operar como órgano especializado de la justicia para adolescentes, y

X. Cumplir con las disposiciones legales aplicables, así como con las que le atribuya expresamente esta Ley, sus disposiciones reglamentarias y los acuerdos que emita el Consejo.

Se puede concluir que el Centro representa la oportunidad que tienen los ciudadanos de solucionar sus conflictos a través de métodos no contenciosos, en un ambiente informal y con personal capacitado.

Insisto en la falta de conocimiento de los MASC debido a la falta de difusión se debe realizar de manera urgente pues en los Estados de Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas, se resuelven los asuntos ingresados a través de la justicia alternativa entre el 17% y 20%, pues su difusión y aplicación resuelve un porcentaje importante respecto de los asuntos ingresados.

PORCENTAJE DE ASUNTOS RESUELTOS POR JUSTICIA ALTERNATIVA

ASUNTOS INGRESADOS	Chihuahua	Oaxaca	Zacatecas
Justicia alternativa	25.5	20.2	20.4

4.6 CONSIDERACIONES FINALES

La reforma al artículo 17 de la Constitución de 2008, al ordenar que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, establece la posibilidad de que las personas puedan resolver sus conflictos sin autoridad como un mecanismo complementario al servicio de la justicia ordinaria. Esta nueva opción constitucional significa que debemos desprender la creencia de que frente a un conflicto, la única y mejor opción es que un tribunal judicial intervenga.

Múltiples conflictos que han llegado a los juzgados pudieron haberse resultado en mediación, pero por la tradición litigiosa de acudir al tribunal, se ha colmado a éstos de una sobrecarga de asuntos que evidentemente tienen que ser solucionados por el juez, a veces más tarde que temprano. Por ello, los MASC vienen a ser coadyuvantes en la imperiosa tarea de la impartición de justicia.²³⁴

Un factor que puede ser decisivo para lograr el acuerdo para terminar un conflicto es la confianza de las partes en los MASC. Cuando las partes de un conflicto no pueden acordar su solución directamente, una tercera persona independiente (mediador) puede tender puentes de comunicación entre las partes, escuchar sus versiones, contextualizarlas, propiciar procesos, allegar información.

Sin duda, la educación en la cultura de la mediación trae enormes beneficios sociales, al presentar a los ciudadanos otra opción diferente a la confrontación a través del litigio. Sin embargo, la falta de difusión de este mecanismo, no ha permitido que la sociedad resuelva sus conflictos sin la intervención de un juez por lo que no se ha logrado uno de sus objetivos, descongestionar los tribunales. Por lo que un aspecto fundamental es difundir el conocimiento de la mediación entre la población y promover su empleo a través de programas de difusión a nivel nacional, mediante folletos y spots en radio y televisión; así como en instituciones educativas, los gastos que genere la difusión serán cubiertos por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Será necesario realizar la capacitación de los Ministerios Públicos para que brinden la orientación adecuada a la víctima y victimario, y éstos puedan hacer uso de los mecanismos alternativos, además los Centros de Justicia Alternativa deberán contar con terceros neutrales preparados, que faciliten la comunicación entre las partes, por lo que se hace fundamental su constante capacitación y actualización,

²³⁴ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo. "Finalmente, un estatuto constitucional para los mecanismos alternativos de solución de controversias...", en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo (coord.). **Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias.** Editorial Porrúa, México, 2010, p. 71.

Por último, considero que vale la pena implementar el arbitraje en materia penal en aquellos delitos respecto de los cuales procede la mediación penal, es decir, delitos de querrela, los que tutelan bienes jurídicos disponibles y aquellos cuya media aritmética no exceda de los cinco años de pena privativa de la libertad y así, alcanzar soluciones más rápidas y ayudar a descongestionar los tribunales y lograr que mejore el funcionamiento de la justicia ordinaria.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La pena como castigo se fundamenta en la culpabilidad del autor, tiene una esencia retributiva y orientada en la medida de lo posible hacia fines preventivos (general y especial). Esta, se justifica por la necesidad de garantizar la obediencia de la colectividad, a determinadas disposiciones a través de la imposición de sanciones para mantener del orden jurídico del Estado. Mientras que, la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad del autor, de esencia preventiva y orientada exclusivamente hacia fines de prevención especial.

SEGUNDA.- En la actualidad, la justicia penal no satisface a la sociedad y mucho menos a la víctima; la pena estatal no soluciona ningún conflicto. Por lo que, se habla de una crisis en la administración de justicia, pues se ve habitualmente saturada de expedientes en curso, los juzgados carecen de presupuesto para ampliar la cantidad de juzgados, la falta de personal idóneo, el escaso acceso a la justicia de las víctimas, la desidia y negligencia de los jueces, los focos de corrupción que todavía existen en las propias instituciones que procuran y administran justicia, la falta de capacitación y adiestramiento al personal y las demoras también subrayan una merecida crisis de credibilidad. De ahí, es evidente la problemática que existe al tratar los delitos menores como si fueran graves, llevándose a cabo el mismo proceso penal, resultando nocivo e inútil dicho proceso.

TERCERA.- La sociedad exigía el empleo de nuevas formas de resolución de conflictos, que fueran empleadas específicamente en aquellos problemas cuya complejidad y naturaleza permitiera su solución en forma directa entre las partes.

A través de mecanismos alternativos, se descongestiona la carga de trabajo de las dependencias judiciales, equilibrando su capacidad operativa con la demanda de la población, y sobre todo eleva la calidad del servicio que brinda.

Es así como los MASC resultan atractivos en la gran mayoría de los casos y son una opción eficiente para resolver conflictos, por su bajo costo, tiempo, privacidad, atención a los intereses de las partes, discreción y sobre todo ayudando a que los conflictos no ocasionen rupturas de relaciones a futuro.

CUARTA.- La Consagración constitucional de los MASC y la participación ciudadana en la conducción de justicia representan un avance en la democratización de la administración de justicia. Su reconocimiento implica dos cambios de paradigmas fundamentales: en primer lugar, abrir paso a mecanismos concretos, expeditos y sencillos para la participación de las partes en la resolución de conflictos. En segundo lugar, la aplicación de estos mecanismos permite ampliar la oferta de formas de resolver diversos tipos de conflictos sociales de manera más adecuada a la naturaleza de los problemas y de las partes en conflicto.

QUINTA.- La visión alternativa al sistema penal no menoscaba el derecho del Estado frente a la persecución del delito, sino que, busca entender en forma detallada el acto criminal, reconociendo que los infractores dañan de manera significativa a las víctimas, por lo que, involucra a las partes en el conflicto dándole lugar al Estado, a las víctimas, al infractor y a la comunidad.

SEXTA.- El surgimiento de la justicia restaurativa se desarrollado como respuesta a la exclusión de las víctimas, haciendo necesario un equilibrio entre el Estado, los delincuentes y las víctimas.

Por lo anterior, la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, con una visión que rescata la importancia de la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. Así, está orientada a la satisfacción de los intereses de la víctima, al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del victimario a la comunidad, en que se da al delincuente la oportunidad de responsabilizarse, ante el sujeto pasivo y reparar el daño.

SÉPTIMA.- La justicia restaurativa se orienta hacia tres aspectos principales: la responsabilidad del infractor, la reparación del daño causado a la víctima y la participación la comunidad.

Esta justicia, no pretende privatizar el conflicto social del orden penal; lo que pretende es repersonalizarlo, devolviéndole a las partes la posibilidad de estar en comunicación de modo directo para intercambiar información sobre lo ocurrido. Constituye una mirada hacia el devenir, es la construcción de una nueva relación con pautas futuras convenidas entre víctima y victimario, lo que suele ser preventivo ya que generalmente no se reincide en los mismos hechos.

SÉPTIMA.- Dentro de la justicia restaurativa, existen diversos programas restitutivos existiendo los siguientes: la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condena.

De este modo, son programas que surgen ante las contradicciones e inoperancia de la justicia aplicada actualmente y propone devolver el papel central a la víctima del delito y resocializar al infractor implicando que se reconcilie consigo mismo y la víctima.

Por lo tanto, la finalidad de dichos programas es conocer las necesidades de la víctima, cubrirlas y que el inculpado acepte su responsabilidad y trabaje activamente para reparar el daño causado.

OCTAVA.- La mediación constituye un ejemplo de lo que persigue la justicia restaurativa, al fomentar la armonía entre las partes en conflicto.

Así, la mediación es proceso confidencial, voluntario, informal, en el cual el mediador, actúa como facilitador de la decisión de las partes, desde su rol neutral e imparcial. A través de la mediación, se trata de encontrar un equilibrio entre las necesidades de paz y la justicia con el objeto de poder superar la crisis institucional; trata de establecer una relación entre la víctima y el victimario en búsqueda de la reconstrucción del tejido social: a través del compromiso de

reparación se podrá dejar de lado la pena convencional, es decir, la prisión; consolidando los principios constitucionales como el de intervención penal mínima.

NOVENA.- Al ser un instrumento que contribuye con los cimientos de la paz y cambio de cultura de cara a la criminalidad; las partes, con ayuda del mediador que conduce el procedimiento y asegura que exista un intercambio de información entre las partes, llegan al acuerdo que satisfagan los intereses en juego, responsabilizándose de lo estipulado, pues son acuerdos reales y que pueden cumplirse satisfactoriamente.

DÉCIMA.- La fuerza del Estado debe enfocarse a la prevención y persecución de delitos graves que laceran de manera importante a la sociedad. Se debe perfeccionar la capacitación para la investigación y combate de los delitos graves, asignando de manera inteligente los recursos humanos y materiales con los que cuenta el Estado, y abrir paso a la justicia restaurativa en caso de delitos leves.

Se hace indispensable que la solución del conflicto leves, recaiga sobre los principales partícipes que son la víctima y el victimario, así, mediante la instrumentación de la mediación, se hace posible la reducción de la carga de trabajo que enfrenta el Ministerio Público. Además, será de gran utilidad al constituirse como un sistema alternativo respecto de las sanciones tradicionales, que propiciaría mejor eficacia de la justicia, otorgando mejor asistencia a la víctima, favoreciendo la reparación del daño, generando una reducción poblacional en los centros de reclusión y responsabilizando al delincuente de sus actos.

Para que el sistema penal logre descongestionarse y se utilicen adecuadamente los MASC es necesario realizar la difusión de dichos mecanismos y así se tenga acceso a la justicia de manera más pronta, por lo que los operadores del sistema penal deberán estar adecuadamente capacitados para orientarlos respecto de los mecanismos.

PROPUESTA

Urge asegurar una efectiva intervención de la víctima y darle la necesaria protección a sus intereses a través de métodos alternativos de solución de conflictos, en donde las partes decidirán la forma de resolución del conflicto sin ser necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales.

Así, la justicia alternativa como medio innovador de justicia logra sanar las fallas del sistema actual, sin embargo, es necesaria la implementación de programas tales como: concientización y educación sobre la justicia alternativa; promoción de la misma en la sociedad; aplicación de programas de justicia alternativa en todas las agencias del Ministerio Público, así como capacitar al personal que estará a cargo de la mediación, y considerar la introducción del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias en materia penal.

Propongo difundir e implementar los mecanismos alternativos a través de la celebración de convenios con distintos organismos educativos. La mediación como un instrumento de paz debe impulsarse sobre todo en instituciones educativas, capacitando a nuevas generaciones de profesionales en mediación. Como materia puede incorporarse en planes y programas de estudio, fomentando la cultura del diálogo.

Un aspecto fundamental es difundir el conocimiento de la mediación entre la población y promover su empleo a través de programas de difusión a nivel nacional, mediante folletos y spots en radio y televisión; los gastos que genere la difusión serán cubiertos por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Así se logrará desterrar de la sociedad la cultura del litigio y desarrollar una cultura de paz a través de la mediación, que pondrá de manifiesto nuestra capacidad de resolver las diferencias mediante procedimientos autocompositivos.

Para que funcionen adecuadamente los MASC será necesario realizar la capacitación de los Ministerios Públicos para que brinden la orientación adecuada a la víctima y victimario, y éstos puedan hacer uso de medios menos costosos económicamente y en cuanto al tiempo de resolución de los conflictos y así poder remitirlos a los Centros de Justicia Alternativa.

Asimismo, los Centros deberán contar con terceros neutrales preparados, que faciliten la comunicación entre las partes, por lo que se hace fundamental su constante capacitación y actualización, pues requiere que las habilidades con las que cuenta el mediador, centradas fundamentalmente en el conocimiento de las técnicas que propicien buena comunicación entre las partes enfrentadas, entre otras, sean aprendidas y desarrolladas con la práctica.

En los Centros de Justicia Alternativa, se deberán realizar diagnósticos periódicos respecto del programa de mediación, pues debe ser cuidadosamente administrado, monitoreado y evaluado. La supervisión es una tarea que implica la evaluación del funcionamiento y la comprobación acerca de si las políticas y procedimientos que se han implementado se comportan de la forma esperada, para así verificar si se están cumpliendo los objetivos que la mediación se ha propuesto.

El objetivo de tal evaluación es garantizar que, en todo momento, se satisfagan los objetivos propuestos. Debe tenerse en cuenta que los resultados no se miden exclusivamente por la cantidad de acuerdos obtenidos sino, entre otras variables, por el modo de desarrollo del proceso y por la eficacia y persistencia en el tiempo de los acuerdos. De ahí que se proponga designar personal para verificar el cumplimiento de los acuerdos.

La evaluación debe ser interna y externa, cuantitativa y cualitativa, de manera tal que permita obtener los datos necesarios para hacer los ajustes que la calidad y excelencia del servicio requieran.

Considero que vale la pena, y se justifica por la finalidad que persigue, la implementación de todos los MASC que aconseja la doctrina, entre ellos el arbitraje, si bien este último presenta inconvenientes muy particulares cuyo estudio excede los límites del presente trabajo de investigación.

Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, considero que nada impide que se contemple el arbitraje como un MASC en materia penal, ya que, al igual que la mediación, ayudará al sistema penal a descongestionar los tribunales y arribar a soluciones que las partes propongan de manera más pronta.

Esta figura podría regularse en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el artículo segundo fracciones XVII y XVIII de la siguiente manera:

Artículo 2.- Para efectos de esta Ley, se entenderá por

XVII.- Arbitraje: procedimiento voluntario por el cual dos personas involucradas en una controversia, buscan una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero llamado árbitro.

XVIII.- Árbitro: especialista capacitado y registrado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para conducir el procedimiento de arbitraje, intervenir como facilitador de la comunicación entre las partes y decidir respecto a la controversia planteada con las soluciones antes propuestas por las partes.

Procederá el arbitraje en delitos de querrela, los que tutelan bienes jurídicos disponibles y aquellos cuya media aritmética no exceda de los cinco años de pena privativa de la libertad y así, alcanzar soluciones más rápidas y ayudar a descongestionar los tribunales y lograr que mejore el funcionamiento de la justicia ordinaria. Como ocurre con el resto de los MASC, es necesario que las partes brinden su consentimiento de someterse al mismo y se comprometan al cumplimiento del laudo arbitral que ponga fin a la controversia.

Así, el procedimiento se llevará a cabo, al igual que en la mediación, entre la víctima y victimario, dialogarán respecto al ilícito y la forma de reparación del daño, luego realizarán varias propuestas a fin de que el árbitro decidirá qué forma es la más conveniente, justa y razonable de resolución.

El árbitro, a través de un laudo que será vinculante, les hará saber sobre la forma de reparación del daño. Como se observa, el arbitraje puede contribuir a descongestionar los tribunales, encontrando soluciones no jurisdiccionales de manera más pronta y efectiva para la víctima y el victimario.

En cuanto a los árbitros, estos percibirán su salario a cargo del Centro de Justicia Alternativa y en caso de que las partes decidan nombrar un árbitro privado, las partes celebrarán un contrato respecto de los honorarios de éste.

Como he mencionado, a través de la justicia alternativa se logra el acceso a la justicia de manera más pronta, expedita y gratuita, involucrando a las partes para que voluntariamente pongan fin a su controversia, proyectándose los mecanismos alternativos como medios capaces de generar una cultura pacificadora que recuperan la posibilidad de una convivencia social armónica.

La eficacia de los MASC al momento en que la víctima y victimario desarrollan el plan de reparación del daño; se desjudicializan los conflictos logrando soluciones más prontas y satisfactoria para ambas partes. Evitando que se rechace al delincuente y se deje en el olvido a la víctima. Además, irá incrementándose la utilización de la justicia restaurativa, contribuyendo paulatinamente a descongestionar los tribunales y por ende el mejor funcionamiento de la justicia ordinaria, si se logra difundir los beneficios que produce.

Si bien la mediación por sí sola no podrá poner remedio a la crisis del sistema penal, existen experiencias realizadas en otros Estados de nuestro país que permiten inferir que la implementación de formas alternativas de resolución de conflictos produce a corto plazo efectos favorables sobre la carga de trabajo de los

jueces; a largo plazo (si efectivamente se logra un cambio de mentalidad en la sociedad, especialmente en los operadores del derecho) habrá un mayor acceso a la justicia con una baja en el índice de litigios, de manera que sólo llegarán a la jurisdicción aquellos conflictos que no pueden solucionarse por esta vía; lo que dará mayor disponibilidad a los jueces para dedicarse a los casos más graves y con ello mejorar la calidad y el acceso a la impartición expedita de justicia, que a menudo resiente la carga excesiva de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. BARRITA LÓPEZ, Fernando. Manual de criminología (y otras ciencias afines). Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1995.
2. CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique. ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?, Sexta edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2010.
3. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. Visión del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal para Oaxaca. Universidad Autónoma "Benito Juárez de Oaxaca", México, 2007.
4. CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte general I. Introducción. Teoría jurídica del delito. Tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
5. CONSTANTINO RIVERA, Camilo. Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio. (Juicios Orales). Quinta edición, Flores editor y distribuidor, México, 2011.
6. CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Pena y medidas. Su ejecución). Editorial Bosch, España, 1974.
7. DEL VAL, Teresa M. Mediación en materia penal. ¿La mediación previene el delito? Segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009.
8. DÍAZ, Luis Miguel. "Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico", en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo (*coord.*), Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias. Editorial Porrúa, México, 2010.
9. FALCÓN Y TELLA, María José y FALCÓN Y TELLA, Fernando. Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar? Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005.
10. GALAIN PALERMO, Pablo. La reparación del daño a la víctima del delito. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
11. GAMBOA DE TREJO, Ana. La pena de prisión (teoría y prevención). Universidad Veracruzana, México, 2005.
12. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho penal. Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2007.

13. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. La justicia restaurativa y el incidente de reparación. En el proceso penal acusatorio. Editorial Leyer, Colombia, 2009.
14. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho penal mexicano. Octava edición, Editorial Porrúa, México, 2009.
15. GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia. Control social en México. UNAM-Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, México, 1998.
16. GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y SÁENZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia. Métodos alternos de solución de controversias. Universidad Autónoma de Nuevo León-Compañía Editorial Continental, México, 2006.
17. GUERRA MORALES, Silvio. “Medios alternativos de solución de conflictos en materia penal y civil: una reflexión científico-filosófica”, en MORENO, Moisés (coord.). Orientación de la política criminal legislativa. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
18. GUERRERO MARTÍNEZ, Luis. ¿Quién decide lo que está bien y lo que está mal? Ética y racionalidad. Universidad Iberoamericana, P y V editores, México, 2008.
19. HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ, Gladys. Mediación para resolver conflictos. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
20. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. “El modelo lógico del derecho”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.). Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas jornadas sobre justicia penal. IJ-UNAM, México, 2007.
21. JAÉN VALLEJO, Manuel. Sistema de consecuencias jurídica del delito: nuevas perspectivas. UNAM-IJ, México, 2002.
22. KEMELMAJER, Aida. “En búsqueda de la tercera vía. La llamada “justicia restaurativa”, “reparativa”, “reintegrativa” o “restitutiva”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.). Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. IJ-UNAM, México, 2005.
23. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Las consecuencias jurídicas del delito. Editorial Tecnos, 4º Edición, España, 1996.
24. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al derecho penal. Decimoprimer edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
25. MARCHIORI, Hilda. La víctima del delito. Lerner, Córdoba, 1990.
26. MÁRQUEZ 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.

27. MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Grupo editorial Ibáñez, Colombia, 2010.

28. MARTÍNEZ, Mauricio. La abolición del sistema penal. Editorial Temis, Bogotá, 1990.

29. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal. ARES-Estudios de derecho penal y criminología, España, 2007.

30. MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. Tercera edición, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

31. ----- . Estado, pena y delito. Editorial B de F, Uruguay, 2006.

32. MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto y MOLINA LÓPEZ, Carlos Andrés. Justicia restaurativa. Hacia una nueva visión de la justicia penal. Universidad de Medellín, Medellín, 2005.

33. MORENO CRUZ, Everardo. El nuevo proceso penal mexicano. Lineamientos generales, Editorial Porrúa, México, 2010.

34. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Principio de ultima ratio o expansión del derecho penal", en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y VARGAS CASILLA, Leticia (coords.). La reforma a la justicia penal. Quintas jornadas sobre justicia penal. IJ-UNAM, México, 2006.

35. NEUMAN, Elías. La mediación penal y la justicia restaurativa. Editorial Porrúa, México, 2005.

36. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito. Editorial Trillas, México, 1993.

37. ORDÓÑEZ ESCOBAR, Jorge Roberto y RIVA PALACIO MÁRQUEZ, Miguel Ángel. "Dialogar como premisa. Nuevas formas constitucionales de solucionar conflictos en democracia", en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo (coord.), Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias. Editorial Porrúa, México, 2010.

38. PARSON, Talcott. El sistema social. Jiménez Blanco, José y Cazorla Pérez, José (trads.). Alianza editorial, Madrid, 1988.

39. PÉREZ DAZA, Alfonso. Derecho penal. Introducción. México, 2002.

40. PÉREZ MANZANO, Mercedes. Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.
41. PITCH, Tamar. Teoría de la desviación social. Tabachnik, Silvia (*trad.*). Editorial nueva imagen, México, 1980.
42. RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad. Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2006.
43. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión. Editorial Porrúa, México, 1998.
44. ----- . Penología. Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2009.
45. ----- . Criminología. Vigésimotercera edición, Editorial Porrúa, México, 2009.
46. RÖSSNER, Dieter y GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther. La mediación penal. Centro d'Estudis Jurídics i formació especialitzada, Cataluña, 1999.
47. SÁNCHEZ CONCHEIRO, María Teresa. Para acabar con la prisión. La mediación en el derecho penal. Justicia de proximidad. Icaria editorial, Barcelona, 2006.
48. SANDOVAL DELGADO, Emiliano y GÓMEZ PÉREZ, María Ángela. Individualización judicial de la pena. Ángel editor, México, 2002.
49. SANZ MULAS, Nieves. Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.
50. SCHÖNE, Wolfgang. "Nullum crimen sine lege y dogmática penal", en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (*coords.*). Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados séptimas jornadas sobre justicia penal. IJ-UNAM, 2007.
51. TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock. La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Crosa, Adolfo (*trad.*). Segunda edición, Amorrortu editores, Argentina, 1975.
52. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo "Finalmente, un estatuto constitucional para los mecanismos alternativos de solución de controversias...", en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo (*coord.*), Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias. Editorial Porrúa, México, 2010.

53. VIERA, Hugo. Penas y medidas de seguridad. Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Venezuela, 1972.

54. VON BERTRAB, Hermann. Y la religión ¿para qué? Mensaje e impacto de las grandes religiones. Editorial Porrúa, México, 2009.

55. ZEPEDA LECUONA, Guillermo. La justicia penal alternativa en el modelo de justicia penal de Chihuahua. UNAM-Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua, México, 2010.

Revistas

1. CÁMARAS, Claudia. “La justicia alternativa en materia penal”, en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, No. 5, Segunda Época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.

2. DE BARRERA SOLÓRZANO, LUIS. “Abolir la prisión: un canto de sirenas”, en *Criminalia*, No. 1, Año LVIII, Enero-Abril, Editorial Porrúa, México, 1992.

3. DE LA ROSA PACHECO, Guillermo. “La conducta desviada y los conceptos sociológicos”, en *Criminalia*, Año LVIII, No. 1, Enero-Abril, Editorial Porrúa, México, 1992.

4. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. “Bases constitucionales en materia penal”, en *Criminalia*, Año LVIII, No. 1, Enero-Abril, Editorial Porrúa, México, 1992.

5. ESPINOSA HERNÁNDEZ, Raúl. “La mediación penal dentro del marco de la justicia restaurativa”, en *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, No. 2, Abril, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2009.

6. FÉLIX ALCONADA, Julio Marceliano. “Resolución de conflictos y mediación penal”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia*, Año XLV, No. 66, Diciembre, Argentina, 2005.

7. GABALDÓN, Luis Gerardo. “El control social y las tendencias criminológicas actuales: perspectivas del abandono del enfoque etiológico de la delincuencia”, en *Criminalia*, Año LII, No. 1-12, Enero-Diciembre, Porrúa, 1986.

8. GARCÍA LEAL, Laura. “Crisis de la administración de justicia y la justicia alternativa”, en *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Vol. 7, No. 3, Diciembre, Ediciones Astro Data, Venezuela, 2000.

9. GARCÍA SILVA, Gerardo. “La reforma al sistema de justicia penal en México”, en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, No. 6, Cuarta Época, Noviembre-Diciembre, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.

10. GÓMEZ SANDOVAL, Fernando, “El control social”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Año III, No. 3, Primavera, México, 1985.

11. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”, en *Revista de Justicia Alternativa*, No. 2, Marzo, Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, España, 2012.
12. MEZA FONSECA, Emma. “Hacia una justicia restaurativa en México”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 18, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2004.
13. NORIEGA SAÉNZ, María Olga, ALBARRÁN DUARTE, Mariel. “La justicia alternativa en la reforma al sistema de justicia penal”, en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, No. 6, Cuarta Época, Noviembre-Diciembre, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.
14. PÉREZ CORREA, Catalina. “El castigo penal y su justificación desde una perspectiva interdisciplinaria”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXI, No. 255, Enero-Junio, UNAM, México, 2011.
15. PORTE PETIT, Celestino. “Justicia penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Año III, No. 3, Primavera, México, 1985.
16. POSADAS ESTRADA, Claudia Elizabeth. “La justicia alternativa como un modelo de justicia accesible y de reforma penal en México”, en *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*. Año II, No. 2, Abril, México, 2009.
17. RAMOS ARTEAGA, Elena. “Las penas y medidas de seguridad. El sistema de la doble vía”, en *Criminalia*, Año LXII, No. 3, Septiembre-Diciembre, Editorial Porrúa, México, 1997.
18. SABIDO PENICHE, Norma. “El derecho como mecanismo de control social”, en *Iuris tantum. Revista de la Facultad de Derecho*, Año XI, No. 7, Otoño-invierno, México, 1996.
19. VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén. “Los mecanismos alternativos de solución de controversias en el nuevo proceso penal mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXI, No. 255, Enero-Junio, UNAM, México, 2011.
20. ZUÑIGA FAYAD, Octavio. “Medios alternos de solución de conflictos: una solución alternativa y confiable para la empresa del siglo XXI”, en *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, No. 2, Abril, México, 2009.

Legislación

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013.
2. Código Penal para el Distrito Federal, 2013.
3. Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León, 2013.

4. Código Procesal Penal para el Estado de Sonora, 2013.
5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 2013.
6. Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2013.
7. Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2013.
8. Acuerdo A/004/03 Gaceta Oficial 13 de marzo del 2003.

Jurisprudencia

1. Tesis aislada del Sexto Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito, de rubro "CULPABILIDAD Y PELIGROSIDAD. SU DIFERENCIA", *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, Mayo de 2002, página 1205. Tesis I.6º.P.36 P. Novena Época. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Materia: Penal. Registro IUS no. 921582.

Otras fuentes

Páginas web

1. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, disponible en <http://www.conamed.gob.mx>.
2. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, disponible en <http://www.conapred.org.mx>.
3. Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, disponible en <http://www.condusef.gob.mx>.
4. Procuraduría Federal del Consumidor, disponible en <http://www.profeco.gob.mx>.
5. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, disponible en <http://www.cndh.org.mx>.
6. Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, disponible en <http://tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa>

Notas periódicas

1. AVILÉS, Carlos. *El universal*, lunes 17 de mayo del 2010, consultada en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/680992.html>.

2. ZAMARRONI, Ulises. *El universal*, lunes 08 de agosto del 2005, consultada en <http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia>.

Diccionarios

1. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. “Libertad religiosa”, en CARBONELL, Miguel (*coord.*). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Segunda edición, Editorial Porrúa-IIJ-UNAM, 2002.
2. FAIRCHILD, Henry Pratt. *Diccionario de sociología*. Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
3. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimosegunda edición, consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.