

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE SINALOA
FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL
MEXICANO**

TESIS
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN CIENCIAS DEL DERECHO

PRESENTA
LUIS ALESSANDRI PEREZ ARELLANO.

DR. FERNANDO CASTILLO LORA
DIRECTOR

CULIACÁN, SINALOA

ABRIL DE 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I. APRECIACIONES CONCEPTUALES DE LA JUSTICIA	1
I. Generalidades conceptuales de justicia	1
A. Concepto general de justicia	1
B. Apreciaciones filosóficas de justicia	2
a. La justicia como virtud o bien individual	2
b. La justicia como legalidad	3
c. La justicia como valor jurídico	4
II. La justicia en el contexto jurídico	5
A. La justicia como finalidad de la norma jurídica	5
a. Justicia e igualdad	6
b. Justicia y libertad	7
c. Justicia y seguridad jurídica	8
d. Derecho penal y justicia	10
III. La norma jurídica penal y justicia	10
A. Evolución y desarrollo de la norma penal y la justicia	10
a. Las ideas penales como forma de expresión de justicia	11
a.a. Venganza privada	11
a.b. Venganza divina	12
a.c. Venganza pública	12
b. Evolución de las ideas penales	13
b.a. El racionalismo penal	13
b.b. El pensamiento iluminista	14
b.c. El criticismo penal	14
b.d. El romanticismo penal	15
B. La norma jurídica penal y la justicia	16
a. La norma jurídica penal y su estructura	16
b. La norma jurídica penal y sus funciones	17
b.a. Función controladora	17
b.b. Función protectora	19
b.c. Función preventiva	19
C. Coerción penal y justicia	20
a. Las penas y sus fines	20
b. Teoría de la pena	21
b.a. Absolutas	21
b.b. Relativas	22
b.c. Mixtas	22
c. Los fines de la pena como manifestación de la justicia	23
a. Justicia correctiva o igualadora	23

b. Justicia retributiva o retribucionismo	24
c. Justicia restaurativa o reparadora	25
d. Justicia legal	27
IV. La justicia restaurativa y el derecho penal	27
A. Derecho penal y sistema penal	27
a. Derecho penal subjetivo	27
b. Derecho penal adjetivo	28
B. El Derecho Penal Adjetivo como parte del sistema penal	29
CAPITULO II. EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL ACUSATORIO ADVERSARIAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA	30
I. Los sistemas procesales penales	31
A. Evolución histórica en los tipos de enjuiciamiento penal	33
a. Sistema inquisitivo	37
b. Sistema inquisitivo mixto	38
c. Sistema acusatorio adversarial	40
B. Características de los sistemas de enjuiciamiento penal	43
a. Sistema acusatorio tradicional	43
b. Sistema procesal penal inquisitivo	44
c. Sistema procesal penal mixto	46
d. Sistema acusatorio adversarial	49
II. Antecedentes en el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial	52
A. Ámbito internacional	54
B. Ámbito nacional	56
III. El sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial	57
IV. Principios constitucionales del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial	63
V. Beneficios y ventajas del sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial	67
CAPITULO III. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	72
I. Generalidades de la justicia alternativa	72
II. Concepto de justicia alternativa	74
III. Los métodos alternativos de solución de conflicto (MASC) en México	75
A. Antecedentes de los MASC en México	75
B. Definición y características de los MASC	75
C. Los MASC y sus figuras	77
IV. Los tipos de medios alternativos de solución de conflictos (MASC)	79
A. Mediación	79
a. Generalidades de la mediación	80

b. Concepto de mediación	83
c. Características de la mediación	85
B. Conciliación	94
a. Generalidades de la conciliación	94
b. Concepto de conciliación	96
c. Características de la conciliación	97
C. Negociación	102
a. Generalidades de la negociación	102
b. Concepto de negociación	103
c. Características de la negociación	103
D. Arbitraje	104
a. Generalidades del arbitraje	104
b. Concepto de arbitraje	105
c. Características del arbitraje	105
CAPITULO VI. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN MÉXICO.	107
I. La filosofía de la justicia restaurativa	107
II. Generalidades de la justicia restaurativa	110
III. Antecedentes: tipos de justicia	111
IV. Conceptos de justicia restaurativa	112
V. Orígenes, antecedentes y evolución de la justicia restaurativa	115
VI. Características y peculiaridades de la justicia restaurativa	119
A. Características de la justicia restaurativa	119
B. Modelos en los cuales la justicia restaurativa se apoya para solucionar conflictos	121
C. Juntas de avenencia en el procedimiento restaurativo México	127
D. Reglas que rigen los procesos restaurativos	132
E. Metas de la justicia restaurativa	133
F. Objetivos de la justicia restaurativa	133
VII. Principios fundamentales de la justicia restaurativa	135
A. Principios de la justicia restaurativa	135
B. Principios fundamentales de la ONU para la justicia restaurativa	136
VIII. Principales reformas sobre justicia restaurativa en México	137
IX. Directrices de la justicia restaurativa	138
A. Justicia restaurativa y prevención general	140
B. Política Criminal	142
C. Las facultades de derecho y las nuevas formas de ejercer la abogacía	144
X. La justicia restaurativa desde el punto de vista de la justicia alternativa	146

Conclusiones	150
Propuesta	151
Fuentes Consultadas	153

INTRODUCCIÓN

En los últimos años en México han surgido varios cambios en el ámbito legal, los mismos son debido a las necesidades sociales que han surgido día a día debido a los cambios en las sociedades que no se habían tomado en consideración durante mucho tiempo y que ante notoria descomposición social y pérdida de valores se vuelve notorio toda la problemática, así mismo dentro del derecho surgen nuevos paradigmas que vienen a formar una revolución de talla internacional, donde no es la excepción nuestro país, iniciando con las recientes reformas constitucionales que vienen a subsanar los aspectos más débiles dentro del derecho penal y la aplicación de justicia ante las necesidades que dentro de los sistemas de enjuiciamiento penal hacían falta.

En el año 2008 se lleva a cabo la reforma constitucional modificando con eso el sistema de enjuiciamiento penal pasando de ser inquisitivo mixto a acusatorio adversarial, trayendo con esto un notorio cambio, modificación y reestructuración a la aplicación de justicia respaldando y sustentándose con esto el gran peso que obtuvo el respeto de los derechos humanos en toda la esfera terrestre, así mismo ante esta reforma constitucional no solo cambio el sistema de enjuiciamiento penal de pasar de ser escrito paso a ser oral con sus modificaciones.

Agregando a estos cambios que paso de tener en nuestro país una aplicación de justicia retributiva donde se buscaba que el culpable fuera castigado a ser una aplicación de justicia restaurativa donde se busca todo tipo de medios para que el daño se restaure y las partes queden bien ante la búsqueda del mejor resultado, así mismo se vino a agregar en los códigos de cada estado así como de la constitución nacional la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos, estos con el fin de que las partes resuelvan sus conflictos de una forma alternativa, logrando con estos temas que se aplique mejor la justicia y que no haya impunidad, que el culpable se responsabilice del daño cometido, la víctima no quede en el olvido y se le restaure su daño y la sociedad tenga avances de forma colectiva.

La presente tesis lleva por nombre la justicia restaurativa en el sistema acusatorio adversarial mexicano, este trabajo se encuentra dividido en cuatro

capítulos, el primer capítulo se denomina la justicia y sus generalidades el cual nos hace enfoque de la aplicación de justicia y sus divisiones dentro del derecho, posteriormente nos menciona del derecho y la norma penal, los tipos de venganza y como va evolucionando el derecho penal a lo largo de los años, también se agregan en la presente varias corrientes filosóficas, la función de la norma jurídica y su estructura, se habla también de la teoría de la pena y los fines de la pena, este capítulo se agrega como base de la aplicación de justicia para sustentar los cambios que han surgido en el país en cuanto al ámbito penal.

El segundo capítulo lleva por nombre el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial y la justicia restaurativa el cual nos habla de lleno de los sistemas procesales penales y los tipos que han existido y su evolución, incluyendo el ámbito nacional e internacional, así como también los principios constitucionales del sistema acusatorio adversarial así como sus beneficios y ventajas.

En el tercer capítulo encontramos lo relativo a la justicia alternativa, en este apartado se desarrollan de manera inicial las generalidades de esta, posteriormente se analizan diferentes conceptos con la finalidad de llegar a un acercamiento sobre cómo debe entenderse este tipo de justicia, posteriormente se identifican los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) en México, al igual que sus antecedentes y características para finalmente aterrizar en los tipos de MASC que se utilizan como medios de solución de controversias, los cuales son la mediación, conciliación, negociación y arbitraje, de los cuales se desarrollan sus generalidades, conceptos y características.

Así mismo en el cuarto capítulo se incluye el tema denominado la justicia restaurativa en México el cual nos habla de la filosofía de este tipo de justicia, así como de las generalidades de la misma, de los antecedentes para saber un poco acerca de su historia, así como también se agregan conceptos para que el lector vaya construyendo su propia definición sobre justicia restaurativa, agregando también los orígenes, antecedentes y evolución de la justicia restaurativa donde se plasma como ha ido cambiando gradualmente la misma, dentro del mismo capítulo se incluyen las características y peculiaridades de este tipo de justicia.

Abarcando también los modelos en los cuales se apoya la justicia restaurativa para solucionar conflictos, los cuales son las juntas de avenencia en el proceso restaurativo en México, las reglas que rigen los procesos restaurativos y los objetivos de este tipo de justicia, no sin antes dejar pasar por desapercibido también se mencionan los principios fundamentales, incluyendo también las principales reformas sobre justicia restaurativa en México, directrices de la misma, incluyendo la política criminal que juega un rol muy importante dentro de la impartición de justicia, adentrándose también en las nuevas formas de ejercer la abogacía, y para finalizar el capítulo primero se incluye una visión de la justicia restaurativa desde la justicia alternativa.

Finalmente en un último punto de la presente investigación se detallan las conclusiones y propuestas que se alcanzaron posteriores al análisis de cada uno de los capítulos que componen la misma.

CAPITULO I. LA JUSTICIA Y SUS GENERALIDADES

I. Generalidades conceptuales de justicia

A. Concepto general de justicia

Al hablar de justicia y querer definir a la misma de una forma uniforme es algo que no se ha podido realizar durante el paso del tiempo, la definición de la misma al igual que al de derecho no ha podido ser unívoca, ya que existen muchos discursos y pensamiento al respecto de la misma por lo que resulta difícil poder alcanzar una definición general, única y aceptada por todos.

Existen una serie de definiciones acerca de la justicia que fueron realizadas por diferentes pensadores del derecho, basados en que la misma implica una actitud positiva por los órganos encargados de velar por la existencia y la igualdad entre los hombres.

Dentro de las definiciones de justicia podemos encontrar la de Ulpiano, la cual la considera como: “La voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo.”¹, entendiéndose que lo suyo de cada persona debe encontrarse previamente establecido dentro de la ley.

Por otro lado encontramos la definición de Hobbes, quien señala que: “la justicia consiste simplemente en el mantenimiento de los pactos y, que por lo tanto, donde no hay un Estado o sea un poder coercitivo que asegure la observancia de pactos validos no hay justicia ni injusticia.”²

Con la definición anterior encontramos que la posición del autor al respecto de la justicia es que solamente puede existir dentro del derecho positivo y en caso de que no existe el Estado para poder aplicarla de forma coercitiva no puede llegar a existir la justicia.

Otro pensador que nos da una definición acerca de justicia es Kelsen, quien contempla que: “... la proposición que enuncia que el comportamiento del individuo es justo o injusto en el sentido de ser jurídico o antijurídico, significa que

1 Rojas A. Víctor, *Filosofía del Derecho*, México, editorial Harla, 1991, p. 280.

2 Brenes Quesada, Carlos, *Justicia Restaurativa*, Costa Rica, Universidad Fidelitas, 2009, p. 19.

su comportamiento corresponde a la norma jurídica que el sujeto juzgador presupone válida porque tal norma pertenece a un orden jurídico positivo.”³

En el concepto de Kelsen se encuentra que la justicia está ligada a la concepción que el legislador da sobre justicia, ya que es esta la persona encargada de imponer aquellas normas de comportamiento social bajo las cuales se deben regir los ciudadanos dentro de cierto territorio, motivo por el cual el individuo debe seguirlas.

B. Apreciaciones filosóficas de justicia

a. La justicia como virtud o bien individual

Una de las primeras formas de identificar a la justicia es como el bien supremo, siendo esta una de las más altas virtudes y tomando en cuenta que dentro de esta se encontraba la realización de ética perfecta.

Dentro del pensamiento griego Theognis señala que: “Todas las virtudes se encuentran en el seno de la justicia.”⁴ Posteriormente Platón dentro de su libro *La República*, en que señala a la justicia como el bien, la define como: “Cada cual de nosotros será justo y vivirá arreglado, cuando cada una de las potencias del alma obre, allá en su interior, del modo que más conviene a su naturaleza.”⁵

Otra de las acepciones de justicia como virtud nos la señala Aristóteles, representándola como Justicia en sentido general, la cual la define como: “La justicia de esta manera es la virtud completa, a la justicia no puede considerársele como una simple parte de la virtud; es la virtud entera; y la injusticia que es su contraria, no es una parte del vicio, es el vicio todo.”⁶

Como se puede apreciar las concepciones de justicia en este sentido no son las correspondientes al campo del derecho sino al de la moral. La explicación del porque se considera a la justicia como una cuestión de moralidad y no como un ideal jurídico es debido a que dentro de este periodo predominaban las corrientes iusnaturalistas dentro de los pensadores. La justicia como una virtud

3 Rojas A. Víctor, *op. cit.*, nota 1, p. 281.

4 Citado por Aristóteles en *Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo I, p. 30.

5 Platón, *La República*, 2, libro I, p. 350.

6 Aristóteles, *Ética*, libro V, capítulo I, p. 25.

suprema es la representación de un valor a realizar por el hombre de manera individual, regulado por lo que debes cumplir dentro del ámbito de la conciencia, es decir no tiene en sentido que ver con lo jurídico.

Lo anterior no demerita el concepto de justicia de esta época, sino todo lo contrario, ya que los pensadores jurídicos que mantienen una posición fuerte frente al iusnaturalismo la toman como base dentro de sus pensamientos, un ejemplo de esto es el tratadista Jean Dabin, quien ve a la justicia como una virtud moral y la define de la siguiente manera: “La justicia es, en primer lugar, virtud moral que pone en juego el perfeccionamiento moral del sujeto...” adicionalmente señala que: “... en el más amplio sentido, la justicia se confunde con la misma moralidad; a ella corresponde el cumplimiento de todos los deberes prescritos por la honradez, sin distinción de esfera o virtud, en la vida privada, individual o familiar, y en la vida social, pública o política.”⁷

b. La justicia como legalidad

Con base al Derecho Positivo se designa al nombre de justicia a la legalidad expresada en las normas del ordenamiento vigente, por lo que se acostumbra denominarse a los tribunales jurisdiccionales como “tribunales de justicia”, sin embargo con ello no se busca afirmar que estos realizan el ideal de justicia, sino que son los encargados de cumplir con la legalidad, por lo que su papel es cumplir y aplicar el derecho vigente.

Esta definición de justicia como legalidad se puede encontrar dentro de los pensamientos del filósofo Aristóteles, quien dentro de su libro “La Gran Moral” nos expresa que: “si estudiamos la naturaleza misma de lo justo, reconocemos que es de dos clases. La primera es lo justo según la ley, y en este sentido se llaman justas las cosas que la ley ordena.”⁸

En este sentido los autores positivistas, quienes no están de acuerdo con la idea de un valor trascendental del derecho, conciben a la justicia como un sinónimo de legalidad. En este sentido para estos pensadores no hay una justicia

⁷ Dabin, Jean, *Teoría General del Derecho*, Traducido por Francisco Javier Ossel, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1996, p. 335.

⁸ Aristóteles, *La gran moral*, libro I, capítulo XXXI, p. 31.

universal, sino que existe una relación directa entre justicia y legalidad o justicia y norma.

Uno de los problemas con este tipo de pensamiento acerca de la justicia es que si la justicia existe solamente dentro de la ley, cualquiera que esta sea, es indiscutible que esta no podría servir como base para las situaciones actuales, ya que pensar en la idea de que “Es justo lo que la ley ordena” limita la reflexión jurídica y el actuar de tanto los juzgadores como el abogado.

c. La justicia como valor jurídico

Otra acepción de la justicia es como valor jurídica, dentro de esta es necesario separarla de la acepción como virtud o bien individual y esta debe ser considerada como un valor social, por lo que para que esta existe es necesario un vinculo entre dos o más personas.

Las bases para entender la justicia como valor jurídico fueron asentadas por los pitagóricos, los cuales la entendieron como: “una igualdad, un contracambio, una compensación, que se explicaba matemáticamente por medio del numero cuadrado, que tiene como atributo el descomponerse en dos términos iguales.”⁹

Uno de los principales filósofos que estudio a la justicia basándose en las ideas pitagóricas fue Aristóteles dentro de su libro “Ética a Nicomaco”, dentro de la cual estudiaba diferentes acepciones de justicia en particular, reconociendo como una de estas a la justicia distributiva, la cual se entiende como: “la justicia distributiva viene a ser una igualdad o proporcionalidad entre los hombres que se relacionan entre sí o entre las cosas que sirven de objeto en las relaciones humanas”¹⁰

El segundo tipo de justicia que reconoce Aristóteles es la que se conoce como igualadora, correctiva o sinalagmática, la cual se entiende como: “Se dan en las relaciones de intercambio y busca que las partes que intervienen en ellas, se

9 Faz Arredondo, Laurencio, “La justicia como virtud, igualdad y valor jurídico”, *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, México, año IV, núm. 8, julio-diciembre 2012, pp. 133-148.

10 *Idem*

coloquen en situación de paridad, de manera que si han entregado un objeto, reciban otro proporcional.”¹¹

En este sentido la justicia igualadora se puede dividir en dos ramas, las cuales señala Faz Arredondo las siguientes: “la conmutativa, que se da en las relaciones estrictamente de cambio, y la judicial, que se presenta en las controversias sometidas al juez. En ambos casos, el propósito perseguido por medio de la justicia es alcanzar la proporcionalidad entre las partes.”¹²

En este sentido Aristóteles nos define a la justicia como: “Justicia es la constante perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo.”¹³ Bajo esta idea se pueden encontrar tres elementos básicos dentro de la definición de justicia de Aristóteles, los cuales explica Faz Arredondo de la siguiente forma:

1. *Proporcionalidad. La doctrina de los pitagóricos de acuerdo con la crítica que de ellos hace Aristóteles veía la justicia como una absoluta igualdad “que consiste en dar exactamente a otro lo que se ha recibido”*
2. *Alteridad. La justicia solo puede darse en las relaciones sociales, en el intercambio y contraposición de intereses que existe en las sociedades humanas.*
3. *Reciprocidad. Puede ser entendida como lo encontramos expresado en el Antiguo Testamento: “Lo que no quieres que te hagan a ti, no lo hagas a los otros” y en el Digesto “Lo que alguien estableció como Derecho sobre otro es Derecho sobre el.”¹⁴*

II. La justicia en el contexto jurídico

A. La justicia como finalidad de la norma jurídica

Uno de los aspectos primordiales de la justicia es que se da dentro del marco del Estado, es decir, este tiene como finalidad velar por la justicia dentro de su territorio y sus gobernados, en este sentido la justicia debe verse reflejada dentro de la norma jurídica para que pueda ser alcanzada.

11 Del Vecchio, *La justicia*, Trad. Francisco La Plaza, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1952, p. 56.

12 Faz Arredondo, Laurencio, *op. cit.*, nota 9, pp. 133-148.

13 Aristóteles, *op. cit.*, nota 3, p. 35.

14 Faz Arredondo, Laurencio, *op. cit.*, nota 9, pp. 133-148.

Para poder comprender mejor la forma en que la justicia se ve reflejada dentro de la norma jurídica es indispensable que conozcamos ciertos aspectos básicos de la misma y como se relacionan con conceptos como el de igualdad, libertad, seguridad jurídica y finalmente con el Derecho Penal, este último con la finalidad de que los infractores de la paz social conozcan que para poder llegar a un estado de justicia es necesario que existan normas que regulen hasta cierto punto el comportamiento del individuo dentro de la sociedad.

a. Justicia e igualdad

La idea de justicia y la igualdad se encuentran usualmente relacionados debido a que la justicia, como se menciona con anterioridad, busca dar a cada quien lo que merece, en este sentido es innegable la relación existente entre la igualdad, lo equitativo y lo imparcial dentro de la justicia.

Al hablar de la igualdad dentro de la ley existen legislaciones como la colombiana que dentro de su Constitución, específicamente dentro del artículo 13, se establece que hay que tratar igual lo igual y tratar desigual a los que lo necesitan cuando existan razones suficientes y fundadas para ello.

Por otro lado dentro de la Constitución de Estados Unidos, la justicia es un principio de igualdad, ya que dentro de la Enmienda XIV primer párrafo nos dice: “Ningún estado denegara a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección”.

Con las ideas anteriores encontramos que dentro de la misma legislación siempre se encuentran relacionados la justicia y el principio de igualdad, en cuestión de este principio Robert Alexy contempla que por lo menos debe presentarse bajo los siguientes supuestos:

a. Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces esta ordenado un tratamiento igual

b. Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces esta ordenado un tratamiento desigual¹⁵

15 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 409.

Con la idea de Alexy encontramos que dentro de la ley siempre hay posibilidad de tratar a una persona de forma desigual, siempre que esta persona realice un acto y se encuentre una razón suficiente para poder ordenar dicho tratamiento diferente al de todas las demás personas dentro de la comunidad.

El trato igualitario que se pretende alcanzar en este sentido no excluye claramente el trato diferente a aquellos cuando lo requieran, en este sentido será el Estado quien deba encontrar la forma de poder nivelar a grupos o individuos que se encuentren socialmente en desventajas, como es el caso de aquellas ramas del derecho que se encuentran dentro del Derecho Social, como son el Derecho Agrario, Derecho Familiar y Derecho Laboral.

b. Justicia y libertad

Un elemento clave para poder concebir la idea de justicia es el de libertad, dicho elemento es de vital importancia ya que al hablar de este podemos concebirlo como la capacidad de autorrealización, autonomía personal, capacidad de elección, entre otros sinónimos, es decir la persona está en posibilidad de realizar o no diferentes acciones, las cuales pudieran o no llegar a tipificar como algún tipo de delito.

La idea de libertad tiene como idea la eliminación de interferencias externas y es lo que permite a los individuos actuar de diferentes modos, ampliando esta idea Antón Morón señala: “La libertad hace referencia a unos vínculos libres de denominación y de subordinación, a los derechos civiles, políticos y sociales que garanticen a los individuos superación de la dependencia en relación con la necesidad o la imposición del poder y otras estructuras sociales”¹⁶

En base a lo anterior se encuentra que es la capacidad del individuo de actuar sin encontrarse bajo la imposición del poder o del Estado en este caso, sin embargo no hay que olvidar que esta libertad debe encontrarse limitada y para esto podemos recordar la frase célebre del ex presidente de México y benemérito de las Américas Benito Juárez cuando señaló: “El respeto al derecho ajeno es la

16 Antón Morón, Antonio, “Igualdad y libertad: fundamentos de la justicia social”, *Revista internacional de educación para la justicia social*, España, volumen 2, núm. 1, pp. 173-192.

paz”, en donde se entiende que nuestro derecho siempre tendrá como limite el no dañar o perjudicar el derecho de los demás.

Continuando con esta idea el autor Isaiah Berlin señala que: “Soy libre en la medida en que ningún ser humano interfiere en mi actividad”¹⁷, es decir que siempre que no exista ninguna persona que sea afectada por la realización de mis actividades seremos libres, en caso contrario nuestra libertad se verá coartada debido a que estamos agrediendo a otra persona.

Con lo anterior podemos encontrar la relación existente entre justicia y libertad, ya que por un lado la libertad nos da la facultad de realizar ciertas acciones, siempre limitadas a no afectar a otros individuos, por lo que la justicia se ve implícita dentro de estas libertades.

c. Justicia y seguridad jurídica

Dentro de la doctrina la justicia y la seguridad jurídica pueden apreciarse desde dos puntos de vista, por un lado existen quienes los ven como elementos excluyentes, mientras que algunos autores señalan que ambos aspectos son complementarios y se relacionan para llegar a un fin en común.

En cuestión de los autores que señalan que la justicia y la seguridad jurídica son opuestas se encuentra como uno de los máximos exponentes a Carnelutti, ya que este autor considera que la justicia exigiría que la consecuencia prevista por la ley para un caso fuera la adecuada y de no serlo el Juez debería tener cierto margen de actuación para adecuarla de acuerdo a ciertos principios éticos, por lo que el mismo autor nos señala que: “Ni concederlo todo a la justicia, cayendo en la incógnita del Derecho libre, ni concederlo todo a la certeza, clavando la ética sobre la cruz de la ley”¹⁸. En este sentido el autor considera que la idea de considerar lo justo lo que es cierto, lo verdadero a lo que es real y aprobar la concepción de que la infalibilidad del legislador es absurda.

17 Isaiah Berlin, *Dos conceptos de la libertad*, México, FCE, 1974, p. 216.

18 Carnelutti, F., “La certeza del Derecho”, *Estudios de Derecho Procesal*, trad. S. Sentis Melendo, vol. I, Buenos Aires, 1951, pp. 336-337.

En este sentido nos encontramos con la contradicción de que la seguridad jurídica es aquella que emana del derecho positivo y la certeza de la legislación, sin embargo esta debe existir en independencia de la justicia y sus fines, por lo que se pudiera encontrar con la disyuntiva dentro de los legisladores de aplicar una ley aun cuando dentro de las cuestiones éticas pudiera considerarse injusto.

Por otro lado existen autores que consideran que la seguridad jurídica es un presupuesto o una condición de la justicia, ya que consideran que sin que exista la seguridad no puede llegar a realizarse la justicia, por lo que sitúan a ambos conceptos como valores jurídicos, al respecto Mezquita del Cacho señala: “La seguridad no supone una renuncia a la justicia, sino que es un instrumento a su servicio, un sendero que nos conduce hacia ella.”¹⁹

Como podemos encontrar con el autor anterior se identifica que la justicia es un requisito previo para poder llegar a una seguridad jurídica y que estas no son excluyentes como se señaló con anterioridad sino que deben existir bajo un mismo plano para poder alcanzar un estado de derecho.

Existen autores que dan un acercamiento más formal entre el acercamiento entre justicia y seguridad jurídica, dentro de los cuales encontramos a Peces-Barba Martínez, quien advierte que: “La clave del problema para por advertir que la idea que preside el iusnaturalismo es la justicia y la que preside el positivismo es la seguridad”²⁰

Con la idea del autor anterior encontramos que la relación entre justicia y seguridad jurídica es innegable y que existen bajo un mismo plano, ya que si bien es cierto, la seguridad aislada puede ser un elemento que contradiga a la justicia, dentro de la teoría democrática esta se convierte en un elemento necesario para alcanzarla.

19 Mezquita del Cacho, J., *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Barcelona, Editorial Bosch, 1989, p. 547.

20 Peces-Barba Martínez, “La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990, p. 215.

d. Derecho penal y justicia

La relación que guarda el derecho penal y la justicia se encuentra cimentada en un tipo de justicia en específico, la cual es la de justicia punitiva, ya que esta última tiene como finalidad la defensa de la colectividad ante el delito, es decir, la persona que cometa un acto ilícito deberá ser llevado a la justicia para que sea castigado por el Estado de forma coercitiva por el acto ilegal que esta ha cometido.

De forma general la justicia punitiva forma parte de la justicia compulsiva, dentro de la cual se encuentra la punitiva y la compensatoria, las cuales buscan hacer frente a las conductas jurídicamente ilícitas o que violen o nieguen valores jurídicos y de este modo llegar a sancionarlas.

Uno de los principales problemas que se presenta dentro de este tipo de justicia señala Rojina Villegas: “El problema fundamental de la justicia compulsiva es el de la definición del hecho ilícito, pues de la misma depende determinar en qué casos debe haber compensación adecuada y en los cuales debe aplicarse un castigo que afecte la vida, la libertad o el patrimonio del infractor.”²¹

En este sentido el derecho debe buscar dar la seguridad a los ciudadanos que cuando una de sus acciones vaya a ser considerada como un hecho infractor o ilícito debe conocerla, en este sentido dentro del Derecho penal para que un delito pueda ser sancionado debe encontrarse dentro de la ley, de tal forma que no habrá delito sin pena, ni pena sin ley.

III. La norma jurídica penal y la justicia

A. Evolución y desarrollo de la norma penal y la justicia

La concepción actual de norma penal y justicia dentro de la sociedad no siempre existieron como tal, ya que han ido evolucionando en conjunto con la misma, sin embargo se encuentran puntos de inicio de la misma con la aparición de distintos medios de control dentro de la sociedad, los cuales tenían como finalidad limitar la acción del individuo en pro de mantener un ambiente social sano y que permitiera la convivencia de todos dentro del grupo social.

²¹ Rojina Villegas, Rafael, “La justicia, valor supremo del derecho”, *Revista de la escuela nacional de jurisprudencia*, tomo X, julio-diciembre 1948, núm. 29 y 40, pp. 239-254.

a. Las ideas penales como forma de expresión de justicia

La idea de la sanción penal dentro de la sociedad siempre se ha encontrada relacionada con el concepto de justicia, es decir darle a cada quien lo que se merece y de este modo cuando se presente un ilícito sancionar a aquella persona conforme al mal que ha realizado, en este sentido dentro de la evolución de la norma penal y la justicia encontramos tres etapas de vital importancia que son la venganza privada, venganza divina y venganza publica, las cuales nos sirven de parte aguas para conocer mejor la evolución de estos dos elementos claves.

a.a. Venganza privada

La venganza privada tiene sus orígenes desde tiempos remotos y era conocida de igual forma como la venganza de grupo, en donde la expulsión del infractor de la sociedad era en un principio la practica con la finalidad de evitar la guerra entre las tribus, posteriormente Rosales Zavala nos señala: “Se extendió para sancionar hechos violatorios y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo”²², con esta idea encontramos la base de cómo el grupo o la sociedad en este caso se encargaba de juzgar y dar una sanción a aquellas que violentaban las normas que regían y regulaban a la misma.

Una de las características de este tipo de venganza, señala Fernando Castellanos que: “En el primer periodo de formación del Derecho penal, la venganza privada fue el impulso de defensa provocados por ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y hace justicia por sí misma.”²³ Con la idea del autor anterior encontramos que durante este tipo de venganza no encontramos lo que se conoce como Derecho Penal, sin embargo sirve como base del mismo, ya que sanciona a aquellas personas que cometen injusticias, aunque durante esta época se hacía justicia cada persona por sí misma.

22 Rosales Zavala, María del Carmen, *Estudios dogmáticos del delito*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2001, p. 1.

23 Castellanos, Fernando, *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*, México, ed. Porrúa, 1977, p. 40.

a.b. Venganza divina

Con la organización de los pueblos y la implementación de las ideas teocráticas dentro de los mismos era de esperarse la aparición de una idea natural dentro de las personas sobre los efectos que podría tener este ente todopoderoso dentro de sus actos y es de esta forma que aparece la venganza divina.

En este sentido surgen las ideas entre las relaciones penales-religiosas, en donde de acuerdo a Zubiarte Zamorano: “se estima al delito una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias imponiendo penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación”²⁴. Como se observa dentro de este tipo de venganza lo que se busca no es resarcir el daño a la persona que se le causo el ilícito, sino que el objetivo principal es tranquilizar a los dioses para que estos no tomen represalias en contra de la sociedad.

Otro de los aspectos relevantes dentro de este tipo de venganza es que no era realizada por las personas, como es el caso de la venganza privada, sino que el individuo encargado de imponer las sanciones se encontraba dentro de la religión, normalmente un sacerdote o una persona designada por los dioses y quien se encargaba de calmar su ira por medio de los distintos medios de represión a las personas.

a.c. Venganza publica

Con la aparición del estado y la adquisición de una mayor solidez del mismo, se comienza a realizar una diferencia entre un delito privado y un delito público, motivo por el cual se comienzan a encontrar tribunales que se encargaran de juzgar a aquellas personas por los delitos de orden público que llegaran a cometer.

Con la aparición de este tipo de venganza las leyes comienzan a tomar una mayor relevancia, tal y como lo señala Pavón Vasconcelos que dice: “Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con dureza no solo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes reinaba en la

²⁴ Zubiarte Zamorano, Yolanda, *Funciones de la trabajadora social en la readaptación de delincuentes y en la participación de patronatos de reos liberados*, México, Universidad de Sonora, p. 30.

administración de justicia la más irritante desigualdad”²⁵. Con las ideas del autor se encuentra que durante esta época los jueces y tribunales no realizaban un trabajo en búsqueda de la justicia y la igualdad, sino que se buscaba el beneficio de pocos, imperaba la inseguridad y el abuso de poder por los individuos en el poder.

b. Evolución de las ideas penales

El Derecho Penal ha pasado por una serie de cambios a lo largo de la historia, que han evolucionado con los aspectos filosóficos del Derecho mismo, motivo por el cual se pueden encontrar como las más relevantes al racionalismo, el iluminismo, el criticismo y el romanticismo, los cuales permitirán entender de una forma más clara como se ha venido desarrollando la idea penal dentro de las ciencias del derecho.

b.a El racionalismo penal

La etapa del racionalismo penal comienza en 1840 con las ideas del filósofo F. Hegel, el cual manifestaba que lo racional es real y lo real es racional, para aclarar como estas ideas se encuentran manifiestas dentro del Derecho Penal Nuño Henao señala: “Al aplicar el racionalismo a la ciencia penal significa que lo real es decir el derecho positivo, es racional (derecho ideal o deber ser) y viceversa, que a su vez permite concebir el delito como la negación del derecho y la pena como la negación de esta negación, la cual debe ser impuesta con un fin netamente retributivo.”²⁶

Con esta idea encontramos que dentro del racionalismo penal el delito se entiende como la acción contraria al derecho y por lo tanto debe existir una sanción que permita recuperar esa estabilidad dentro del sistema y para que esto se desarrolle de la forma correcta, Grocio propone tres principios fundamentales los cuales son: “Respeto a las cosas ajenas, obligación de mantener las promesas y responsabilidad penal por los delitos cometidos”²⁷, con esto se buscaba que en

25 Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 2004, p. 61.

26 Nuño Henao, José Enrique, *Sistema penal y control social en Colombia*, Colombia, Universidad Javeriana, 2002, p. 19.

27 Grocio, Higo, *El derecho de la presa*, España, Centro de Estudios Constitucionales, p. 130.

caso de que existiera un delito, este debía ser castigado mediante la responsabilidad penal.

b.b El pensamiento iluminista

La inclusión de los derechos del hombre o derechos humanos dentro del plano penal no es algo que se construyera de forma inmediata, es la amalgama filosófica que se ha desarrollado a lo largo de la historia, al respecto Zaffaroni señala: “el iluminismo penal está fundado por una actitud básica común, caracterizada por la elevación de la problemática de los derechos subjetivos al primer plano de la consideración jurídica, por oposición a las corrientes anteriores, siempre inclinadas a desacatar los deberes correlativos”²⁸

Al respecto podemos encontrar que dentro del pensamiento iluminista penal, en contrario del racional, se comienzan a incorporar dentro de esta rama del derecho, elementos del derecho subjetivo o natural, en cuestión de la protección y defensa de los derechos humanos.

Al respecto de los efectos que tuvo esta corriente dentro del Derecho Penal el autor Nuño Henao señala: “Las ideas del iluminismo en materia penal desarrolladas por K.F. Hommel (1722-1781) sirvieron para armonizar los principios del derecho natural dictador por la razón con las leyes positivas”²⁹, en base a esto encontramos como desde el siglo XVIII se buscaba incorporar dentro del contexto penal la protección de los derechos básicos del ser humano.

b.c El criticismo penal

En la evolución de las ideas penales se llega a un punto en donde los autores comienzan a reflexionar y cuestionarse a cerca del rumbo que esta ha tomado, basándose dentro de un aspecto específico y relevante que es la razón. Uno de los autores más representativos dentro de esta idea es Immanuel Kant quien realiza una crítica de la razón, motivo por el cual se le conoce como criticismo penal.

28 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Argentina, Ediar, 1987, p 74.

29 Nuño Henao, José Enrique, *op. cit.*, nota 26, p. 20.

Una de las aportaciones más importantes que Kant realiza al estudiar a la razón dentro de la rama del derecho penal, señala Zaffaroni que es : “Kant establece los límites de la razón teórica (o razón “pura”), y, al privarla de la capacidad de alcanzar las cosas “en sí”, no hace más que dejar fuera de su ámbito toda la metafísica”³⁰, con lo anterior se identifica que lo que el pensador era basar la razón no en una cuestión metafísica, sino que buscaba que esta razón fuera algo práctico, que se basara en cuestión de la conducta humana y la voluntad del ser humano.

Uno de los lineamientos generales que se generaron dentro de esta pensamiento fue que el Estado no puede violar los derechos del delincuente, aun cuando este lo haya hecho, ya que generaría un acto de violencia de otro acto de violencia, al respecto señala “La pena jurídica –dice- no puede aplicarse nunca como un simple medio de procurar otro bien, no aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido”³¹, con lo anterior nos damos cuenta que lo importante de la pena no es satisfacer la necesidad de la sociedad o a la víctima, sino que debe ser sancionar a la persona porque ha violentado una norma jurídica.

b.d el romanticismo penal

El romanticismo penal comienza basándose en que las ideas de Inmanuel Kant acerca de los límites de la razón no son aceptadas y existen pensadores como Hegel que consideran que esta puede ser infinita, al respecto Zaffaroni señala: “Hegel, como todos los románticos, busco la superación de todo lo finito y para ello adopto la posición radical de negar todo lo finito en cuanto tal”³².

Bajo esta idea de infinidad que presenta Hegel, el plantea una idea de derecho basada en que la persona nace libre, de tal modo que la acción del mismo se encuentra limitada por una esfera externa de libertad, es decir derechos como que se encuentran dentro de un contrato limitan la acción de la persona, sin embargo el de forma libre decidió adquirir esta obligación.

30 *Ibidem*, p. 144.

31 Kant, Inmanuel, *Principios metafísicos del derecho*, España, Librería de Victoriano Suarez, 1873, p. 147.

32 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 28, p 165.

De tal modo que una vez que la persona que de forma libre ha adquirido una obligación y decide violentarlo deberá aplicársele una pena, la cual se volverá la afirmación del derecho, ya que esta sigue los fundamentos de la razón, en el sentido de que permite volver a un estado de derecho que se había perdido por la falta de cumplimiento de la obligación.

Una característica que encuentra Hegel dentro de su idea de aplicación de la pena, es que esta debe ser aplicada por el estado, ya que de lo contrario, es decir que fuera aplicada de forma privada, esta no sería más que un acto de venganza, para clarificar esta idea Zaffaroni afirma: “Lo que según Hegel impide que la pena sea privada es que si quedase librada a los particulares, no tendría carácter moral, por ser un simple acto de venganza, cuya interioridad no estaría constituida por el fin de reparar el derecho con la negación de la negación de este.”³³

B. La norma jurídica penal y la justicia

a. La norma jurídica penal y su estructura

Para comenzar esta apartado es importante primeramente identificar lo que es una norma, la que es definida por García Máynez como: “regla de comportamiento... que impone deberes o confiere derechos”³⁴, por lo que podríamos identificar que estas normas pueden darse en sentido de hacer o no hacer, es decir restringen las acciones que los individuos pueden hacer dentro de la sociedad o bien los facultan para poder accionar ciertos procedimientos.

En este sentido la redacción o forma en la que se desarrollan las normas jurídicas tienen una estructura básica, la cual señala Villoro Toranzo que es la siguiente: “Cualquiera que sea la forma semántica adoptada para la redacción de las normas, estas están compuestas funcionalmente y de manera indefectiblemente de dos partes: una hipótesis de conducta y una hipótesis de consecuencia ante su observancia o falta de esta. A estas partes se les ha

³³ *Ibidem*, p. 169.

³⁴ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1995, p. 4.

llamado dentro de la teoría general del derecho Supuesto Jurídico a la primera y Consecuencia Jurídica a la segunda.”³⁵

Con la idea del autor anterior encontramos que la norma jurídica de manera general se encontrara estructurada primeramente por un supuesto que será la forma que se espera que se desarrollo el individuo en la sociedad y posteriormente por una consecuencia en caso de que no acate o no siga dicha conducta.

En este sentido las normas penales no son la excepción a esta estructura, solamente que el nombre que llevan las partes no es el de supuesto jurídico o consecuencia jurídica, al respecto Alvarado Martínez comenta: “... el supuesto jurídico recibe el nombre de tipo y la consecuencia jurídica el de punibilidad, por lo que ninguno de los dos componentes es una norma completa, sino parte de la misma”³⁶

En este sentido encontramos que dentro de las normas penales, al igual que en todo tipo de normas nos encontramos que su estructura será en base a un supuesto de hecho y a una consecuencia jurídica, solamente que serán conocidas con otro nombre, que son el de tipo y punibilidad, pero su esencia será la misma.

Dentro de la norma penal se ha encontrado un elemento básico que la distingue de otro tipo de normas, la cual es la sanción, al respecto Roxin afirma: “La pena y medida son el punto de referencia común a los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal es definido por sus sanciones”³⁷, con la idea del autor encontramos que el Derecho Penal, y por ende las normas que lo componen, se encuentran caracterizadas por la sanción que le impone a los individuos y que la diferencia de las demás normas jurídicas.

b. La norma jurídica penal y sus funciones

b.a. Función controladora

35 Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1990, p. 319.

36 Alvarado Martínez, Israel, *La estructura de los tipos penales y los alcances del principio constitucional de legalidad en las construcciones típicas contra el ambiente*, México, UNAM, 2008, p. 290.

37 Roxin, C, *Derecho Penal, parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 41.

Una de las principales funciones que tiene la norma penal es la de control social, debido a que el individuo por su propia naturaleza siempre buscare satisfacer sus necesidades por encima de las voluntades de las demás, motivo por el cual debe limitarse la acción del mismo dentro de la sociedad, de acuerdo a Muñoz Conde : “En el individuo prevalece el “principio de placer” en el que estos buscan satisfacer su voluntad por encima de los intereses de los miembros, lo que provoca una división entre dominantes y dominados, al igual de una serie de conflictos”³⁸

En este sentido es de vital importancia para que los individuos puedan convivir dentro de una sociedad contar con normas que permitan limitar esas acciones que pueden llegar a pisar las voluntades de los otros con la finalidad de satisfacer las propias, es aquí en donde cobra una vital importancia las normas penales, que por medio de las sanciones se busca crear dentro del individuo una interiorización que le permita controlar sus actuares dentro del grupo social.

Con esto se encuentra que una parte vital de las normas penales es buscar el control social, el cual permitirá una convivencia pacífica y armónica de los individuos que la conforman, al respecto Bustos Ramírez define al control social como: “bajo el concepto de control social se comprenden los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que las sociedades responde a sus transgresiones”³⁹

Con la idea del autor anterior encontramos que dentro de la sociedad deben existir reglas y principios que regulen a la misma, aquí encontramos a la legislación y a las normas penales, de igual manera deben existir formas organizadas que las hagan valer, en donde se encuentran la policía, el ministerio público, los tribunales, las prisiones y demás formas que permitan la aplicación y la corrección de las acciones de los individuos que delinquen.

38 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Colombia, Ed. Temis, 1999, p. 10.

39 Bustos Ramírez, Juan, *Lecciones de Derecho Penal*, España, Ed. Trotta, 1997, p. 15.

b.b. Función protectora

Al hablar de la función protectora del derecho penal encontramos que dentro de la convivencia humano se encuentran la posibilidad de que existan problemas o conflictos entre los mismos, de tal modo que deben existir mecanismos de control que puedan garantizar la protección de los intereses vitales de los mismos, como son la vida, integridad corporal, libertad individual, patrimonio, honor, entre otros, complementando la idea Rodríguez Sánchez comenta: “no resulta posible la vida en sociedad si no se dispone de una garantía para la conservación de los bienes, correspondiéndole al Derecho Penal cumplir esta función protectora”⁴⁰

En este sentido es importante señalar que la protección de los bienes jurídicos debe darse por medio del estado, ya que si quedaran como en la antigüedad a la ley del más fuerte o del más sabio, sería muy difícil para las personas poder defender lo que es suyo y lo que desean, tal es el caso de la vida, la libertad, la propiedad, entre otros, al respecto Carbonell Mateu afirma: “Sin la protección del Derecho penal cualquiera pudiera destruir y apropiarse de los bienes jurídicos fundamentales por medio de violencia, engaño o de cualquier otro modo, por lo que estos intereses carecerían de valor”⁴¹

De tal modo que el Derecho Penal es aquel mecanismo de protección de los individuos y los bienes jurídicos fundamentales que deben tener los mismos para convivir de manera pacífica y estable dentro de la sociedad, de tal modo que las normas penales son aquellos preceptos jurídicos que se encargaran de ayudar a la comunidad a proteger sus interés y sancionar a aquellas personas que no sigan dichos ordenamientos.

b.c. Función preventiva

Para comprender la función preventiva de la norma penal, el autor Fernández Carrasquilla señala: “su misión central consiste en proteger los bienes

40 Rodríguez Sánchez, Ciro, *Reflexiones sobre la noción, las funciones y la naturaleza del Derecho penal*, Cuba, Universidad de Oriente, 2004, p. 117.

41 Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Reflexiones sobre el concepto de Derecho penal*, Valencia, Estudios Jurídicos, 1998, p. 334.

jurídicos reprimiendo las conductas que real o potencialmente los vulneran, pero al hacerlo así, previene nuevos atentados...”⁴² en este sentido se encuentra que la norma penal tiene como uno de sus objetivos centrales proteger los bienes jurídicos y en este sentido evitar que los individuos vulneren o infrinjan daño a los demás, esto mediante una norma que sancione aquellas acciones contrarias a la ley, las cuales se encuentran dentro de la norma penal.

Una de las características que debe tener la función preventiva dentro de la norma penal es que las sanciones no deben ser prolongadas, al respecto Mir Puig afirma: “La pena se justifica solo si sus intervenciones se reducen al mínimo necesario, puesto que si la política criminal está orientada a sancionar con penas severas como la pena de muerte, los procedimientos anti garantistas como la tortura, no logran la prevención general que persiguen”⁴³

Con la idea del autor anterior se resalta que dentro del derecho penal no se busca la sanción del individuo que infringe, sino que este entienda su error y pueda reincorporarse a la sociedad, en este sentido las penas de igual forma deben crear en la sociedad consciencia para que evitar que futuros ilícitos se cometan y entiendan que de lo contrario se les aplicara una sanción.

C. Cohesión penal y justicia

a. Las penas y sus fines

El sistema penal como se ha comentado con anterioridad se encuentra caracterizado por la aplicación de una pena o una sanción a aquella persona que violente o no cumpla con las normas penales, en este sentido Verdugo Gómez de la Torre señala: “Ante la realización de un hecho delictivo, una de las consecuencias jurídicas es la aplicación de una pena o medida de seguridad”.⁴⁴

Al respecto se entiende que uno de los fines que tiene la pena es por un lado sancionar a aquel individuo que ha cometido un ilícito o a incumplido una norma y por otro lado esta debe ser una medida de seguridad, ya que no debe

42 Fernández Carrasquilla, J., *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ed. Temis, 1995, p. 34.

43 Mir Puig, Santiago, *Tratado de Derecho Penal*, España, Editorial B de F, 1995, p. 40.

44 Verdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Manual de Derecho Penitenciario*, España, Ed. Colex, 2001, p. 23.

buscar solamente la sanción, sino debe tener como finalidad incorporar al individuo en la sociedad.

Dentro de los fines u objetivos que debe tener la pena, Zaffaroni señala que: “La pena no puede perseguir otro objetivo que no sea el que persigue la ley penal y el derecho penal en general: la seguridad jurídica”⁴⁵, con esto encontramos que la pena debe tener un fin único que es la seguridad jurídica de los bienes que se encuentran bajo su tutela, y no como se había comentado con anterioridad la sanción del individuo infractor.

b. Teoría de la pena

Al hablar de la teoría de la pena estamos en presencia de la función que tiene la pena dentro de la sociedad, al respecto diversos autores toman distintos puntos de vista del objetivo que tendrán estas sanciones en la comunidad, las cuales pueden dividirse dentro de tres corrientes principales que son la absoluta, relativas y mixtas, las cuales se desarrollan a continuación.

b.a. Absolutas

La idea de la teoría de la pena en cuestión absoluta se centra en encontrar dentro de la pena misma la función de esta, es decir, la pena se impone con la finalidad de hacer justicia a aquella persona que ha sufrido un ilícito y castigar a aquel individuo que ha incumplido con una norma penal.

La deficiencia de esta teoría de la pena nos señala Fernández Muñoz que es: “La pena entendida solo como imposición de un mal, no puede recuperar al delincuente para el camino correcto, sino que le reforzara su delincuencia y fomentara su reincidencia”⁴⁶

Con la idea del autor anterior se entiende que si solo consideramos a la pena como una sanción para el infractor, el delincuente no podrá encontrar su reinserción a la sociedad, de tal modo que la principal crítica dentro de esta teoría es que la pena no es solamente una sanción, sino que debe cumplir con otros fines, dentro de los cuales se encuentra hacer que el infractor de la norma lo entienda y evite cometerlas de nuevo en un futuro.

45 Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, México, Ed. Cárdenas, 1988, p. 59.

46 Fernández Muñoz, Dolores, *La función de la pena*, México, UNAM, 1984, p. 963.

b.b. Relativas

Ante la falta de las teorías absolutas de explicar el fin que tiene la pena, esta corriente rechaza que la pena encuentre su base dentro de sí misma, sino que esta debe servir como un medio para alcanzar otras metas, como son la prevención, la rehabilitación y la defensa social, es decir la pena no solamente busca sancionar al infractor sino que tiene otras finalidades inherentes a la misma.

Para complementar la idea anterior Fernández Muñoz comenta: “La amenaza de la pena establecida en la ley tiene eficacia intimidante y en ocasiones, paraliza posibles impulsos delictivos; otras veces la efectiva ejecución de la pena tiene un carácter ejemplar que aparta a los miembros de la comunidad de las conductas que la han propiciado”.⁴⁷

Con la idea del autor encontramos que aun cuando se piense que la pena solamente forma parte del infractor y sirve para aplicar justicia a la falta de seguimiento de los ordenamientos penales, se encuentra que tiene efectos secundarios como es la prevención, disminución de los impulsos delictivos y la inserción del infractor dentro de la sociedad nuevamente.

En este sentido la pena debe tener como fin, por un lado castigar a aquellas personas que han cometido un ilícito y por otro debe incidir de forma positiva dentro de la comunidad, buscando que a través de la amenaza de la pena y la ejecución de las mismas, los individuos que la integran aprendan a respetar las prohibiciones y cumplir las normas que se les fueron impuestas por la ley.

b.c. Mixtas

Las teorías mixtas de la pena son aquellas en donde los autores consideran que la pena tiene un carácter tanto absoluto, es decir retributivo o reparador y por otro lado tiene elementos relativos, como es la coacción social, para complementar la idea el autor Fontan Balestra comenta:

En un primer momento la pena es una amenaza contenida en la ley, que tiende a ejercer una coacción psicológica sobre los miembros de la comunidad, con el propósito de mantener el orden jurídico (prevención

⁴⁷ *Idem*

general); la pena, al ser impuesta por el juez, es específica retribución o compensación jurídica, ya que trata de restablecer el orden jurídico violado y, finalmente, cuando la pena es la enmienda o resocialización del reo se tratara de prevención especial.⁴⁸

Como podemos observar con la idea del autor encontramos que dentro de esta teoría de la pena, esta ya se observa desde tres aspectos diferentes, el primero es como una medida de coacción psicológica ante la sociedad, que tiene como finalidad el limitar el actuar de los individuos y así evitar que infrinjan la ley. Por otro lado nos encontramos que si el individuo decidió violentar una norma entonces será el juez quien se encargara de manera retributiva o compensatoria aplicar la pena o sanción con la finalidad de restablecer el orden jurídico y finalmente se buscara en un tercer momento que la persona a la cual se le ha sancionado y aplicado una pena se pueda reincorporar dentro de la sociedad de una forma adecuada.

c. Los fines de la pena como manifestación de la justicia

La pena como se ha comentado con anterioridad encuentra dentro de sí misma diferentes fines y objetivos, distintos al de la represiva al individuo que ha incurrido en un ilícito, dentro de estos se encuentran las manifestaciones de justicia, que es hablar de la forma en que la pena se ve relacionada con la relación víctima-infractor y dentro de estas encontramos la correctiva, retributiva, restaurativa y legal.

a. Justicia correctiva o igualadora

Al referirnos a la justicia igualadora, correctiva o sinalagmática, tomando en cuenta las concepciones de Del Vecchio⁴⁹, estamos en presencia de la justicia correctiva cuando las partes que intervienen en la misma se colocan en una situación de paridad, de tal forma que las partes reciban o den algo que tenga un mismo valor y ninguna quede en desventaja, que llevándolo al aspecto penal quiere decir que cuando una persona ha sufrido un daño, este debe recibir una reparación que sea proporcional al daño sufrido.

48 Fontan Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1975, p. 84.

49 Del Vecchio, Giorgio, *op. cit.*, nota 11, p. 67.

Para comprender mejor la idea de la justicia igualadora el autor Trujillo Losada comenta que: “Las partes no dan ni reciben más ni menos con respecto a la otra. Este tipo de justicia puede ser utilizada tanto en materia civil como penal, midiéndose los daños y beneficios de forma objetiva, sin tomar en consideración las formas individuales”⁵⁰

Como observamos dentro de este tipo de justicia las partes deberían quedar conformes con la restitución planteada, ya que por un lado el infractor deberá pagar un monto igual al daño que hizo y el afectado recibirá por parte del infractor una reparación que deba ser igual al daño que este le ha infligido, quedando en este sentido satisfechas la necesidad de justicia de este último.

b. Justicia retributiva o retribucionismo

La justicia retributiva es el tipo de justicia que se ha utilizado principalmente a lo largo de la historia, dentro de este tipo la víctima tiene el derecho de recibir de una forma, normalmente pecuniaria, una indemnización por la violación del bien jurídico tutelado, con esto se le retribuye, de ahí su nombre, el daño que se le ha causado por el infractor.

Cuando hablamos del propósito primordial de este tipo de justicia, nos comenta Brenes Quesada: “El propósito primordial de la restitución institucionalizada era evitar la violencia de las represalias contra el delincuente, ofreciendo una reparación más “civilizada”⁵¹, como se observa con los comentarios del autor una característica en este caso era evitar que la violencia generara más violencia a la hora que el ofendido deseara tener alguna represalia en contra del infractor.

Para entender mejor cuáles son las características que tiene la justicia retributiva, el autor Zerh nos señala las siguientes:

A. Utiliza el proceso judicial como procedimiento para resolver el problema

B. La víctima no toma parte activa en el proceso de resolución

C. Busca al culpable

50 Trujillo Losada, Milton Fernando, *Breves ideas para reflexionar sobre la concepción de justicia*, España, EUMED, 2009, p. 3.

51 Brenes Quesada, Carlos, *op. cit.*, nota 2, 2009, p. 21.

- D. Se centra en establecer la culpabilidad, en el pasado*
- E. Proceso adversarial. Se enfatiza el enfrentamiento, se busca demostrar que el otro está equivocado*
- F. La comunidad es sustituida por el estado*
- G. El delito es un acto contra el estado, una violación de una norma legal.*
- H. El sistema de justicia criminal controla las acciones contra el delito*
- I. El sistema de justicia criminal controla las acciones contra el delito*
- J. El infractor rinde cuentas a través del castigo, de la pena impuesta*
- K. El castigo modifica la conducta del infractor y sirve para hacer desistir a posibles infractores.⁵²*

Con las ideas del autor encontramos que dentro de las características que tiene la justicia retributiva es la sanción del culpable solamente, es decir el ofendido se deja fuera de este proceso y solamente se busca que castigar, más que buscar una relación de equilibrio entre el infractor y la víctima y que estos puedan llegar a un arreglo conveniente para ambos, de tal modo que la relación entre estas personas después de un juicio solamente se verá deteriorada mas por el proceso del sistema adversarial mas que reparada.

c. Justicia restaurativa o reparadora

La justicia restaurativa representa a un cambio a la forma en que se ha hecho justicia a lo largo de la historia, esto debido a que sus acciones no se centran en hallar un culpable y sancionarlo, sino que busca crear y establecer un diálogo entre el infractor, la víctima y la comunidad, que les permita entender el motivo que llevo al actuar de cada uno y que de esta forma puedan encontrar juntos una solución adecuada por el delito cometido.

Para complementar la idea anterior, el autor Hidalgo Huerta señala: “Mediante la justicia restaurativa lo que se busca es que el Derecho Penal se acerque mucho más a lo que la ciudadanía espera de él, y que en lugar de ser

52 Zehr, H, *Changing lenses: A new focus for crime and justice*, Scottdale, Herald Press, 1990, p. 27.

exclusivamente sancionador, punitivo, empiece a generar la capacidad de poder presentar diferentes alternativas para regular los conflictos”⁵³

En base a lo anterior encontramos que la justicia restaurativa busca algo más que solamente la sanción, sino que intenta que la víctima y la sociedad se tomen en cuenta dentro del proceso de aplicación de la pena y así puedan tener una relación final armoniosa y que se encuentren diferentes formas para sancionar, más inteligentes y beneficiosas para ambas partes, no solo considerando ser punitivo, sino también pensando en el futuro de las relaciones sociales.

Un aspecto relevante para comprender la justicia restaurativa es identificar sus características, las cuales Zehr nos señala que son las siguientes:

- A. Utiliza prácticas restaurativas para resolver el problema*
- B. La víctima, el infractor y la comunidad tienen un papel central en la resolución del delito*
- C. Trata de mejorar la comprensión entre las partes, reparar y restablecer la relación*
- D. Se centra en mejorar la situación, en que queremos para el futuro*
- E. Proceso cooperativo. Se enfatizan en el diálogo y la negociación.*
- F. La comunidad participa en el proceso restaurativo*
- G. El delito es un acto que disminuye el bienestar de otra persona y de la comunidad*
- H. La comunidad controla el proceso*
- I. El infractor rinde cuentas asumiendo su responsabilidad y emprendiendo acciones reparadoras*⁵⁴

Como se observa con las características dentro de la justicia restaurativa se busca que el infractor, la víctima y la comunidad tengan una participación activa dentro de la pena y que al final del proceso por un lado el infractor pueda entender y asumir las consecuencias del delito que cometió y por otro lado que la víctima y

53 Hidalgo Huerta, Juan José, *Justicia retributiva, justicia restaurativa, mediación penal y crítica al modelo del proceso penal*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2007, p. 345.

54 Zehr, H, *op. cit.*, nota 52, p. 28.

la sociedad se sientan satisfechos con la solución, con lo que se podrá alcanzar a recuperar la relación y la reincorporación social.

d. Justicia legal

La justicia de legal tiene como objeto el bien común, en el sentido que debemos entender que las relaciones de los individuos dentro de la comunidad se encuentran regulados, no porque exista un derecho positivo vigente, sino que deriva de la naturaleza y el interés de los mismos de alcanzar el bien común y por lo tanto todas las acciones deben estar encaminadas a alcanzarlo.

En este sentido el autor Rojina Villegas comenta: “La justicia legal está fundada en ciertos principios lógicos u objetivos de validez universal que permiten expresar a través de normas jurídicas generales tanto las diversas manifestación de justicia (de relación, compulsiva, premial, judicial y social), cuanto la validez inmanente y la coherencia interna del sistema legislativo”⁵⁵

Con la idea anterior encontramos que el fundamento de la idea legal es aplicar los principios lógicos y de validez universal dentro de las normas jurídicas con el fin de poder aplicar justicia, no solamente en base al derecho vigente, sino que este ultimo sea el adecuado para poder cumplir con los fines sociales o mejor dicho el bien común.

IV. La justicia restaurativa y el derecho penal

A. Derecho penal y sistema penal

El derecho penal, al igual que las demás ramas del derecho, se encuentran divididas en dos partes importantes, que es por un lado el conjunto de normas que la integran y por otro lado los procedimientos que se deben seguir para su aplicación, a esto se le conoce como derecho subjetivo y adjetivo, lo cual existe de igual manera dentro del Derecho Penal y se desarrolla a continuación.

a. Derecho penal subjetivo

El derecho penal subjetivo, como cualquier rama del derecho en cuestión subjetivo, se refiere a la capacidad que tiene el estado de imponer las normas jurídicas y en este punto trasladándolo al derecho penal, sería la facultad para

55 Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 21, p. 253.

poder definir delitos y sus consecuencias, penas o sanciones, al igual que las medidas de seguridad para poder alcanzar el control social.

Al respecto el autor Martos Navarro comenta que el derecho penal subjetivo puede definirse como: “Es la facultad que tiene el Estado, y solamente él, de definir los delitos y determinar, imponer y ejecutar las penas (ius puniendi), entendiendo ambas expresiones en su más amplio sentido de infracción (comprensivo de delito y falta) y de sanción (pena propiamente dicha y medidas de seguridad)”⁵⁶

Con la idea anterior se encuentra que el derecho penal subjetivo se refiere específicamente a la facultad del Estado de poder legislar en cuestión de la definición de delitos y las penas que se impondrán en caso de que un individuo o individuos llegaran a caer en un ilícito y no seguir las reglas que marca la ley.

b. Derecho penal adjetivo

Al hablar del Derecho Penal Subjetivo, que es la facultad del estado para legislar, también se ve en la necesidad de contar con procedimientos adecuados para la aplicación de estas normas, esto considerando que los individuos que conforman la sociedad no siempre seguirán y vivirán bajo estas reglas, y es a este procedimiento para la aplicación a lo que se podrá conocer como Derecho Penal Adjetivo.

Bajo esta idea el investigador Márquez Piñero señala que la función del Derecho Penal Adjetivo es: “Regular las investigaciones y actividades que ha de practicar la justicia criminal para describir y comprobar la comisión de los delitos y la aplicación de los delincuentes de las sanciones establecidas, su conjunto constituye el procedimiento penal o derecho procesal penal.”⁵⁷

Como se observa con el concepto del autor encontramos que el Derecho Penal Adjetivo y el Derecho Procesal Penal son lo mismo, ya que al hablar de lo adjetivo estamos hablando de los procedimientos que se deben seguir para la

⁵⁶ Martos Navarro, Fernando et al, *Policía local de los ayuntamientos de la comunidad autónoma de Madrid*, España, Ed. MAD, 2005, p. 442.

⁵⁷ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal General*, México, Ed. Trillas, 1990, p. 16.

aplicación de la norma subjetiva y este conjunto de normas se encuentran establecidas en lo que conocemos como el Derecho Procesal Penal.

B. El Derecho Penal Adjetivo como parte del sistema penal

Como se definió en el apartado anterior encontramos que el Derecho Penal Adjetivo, se refiere a ese serie de pasos y procedimientos que se van a generar en caso de que exista un infractor de las normas penales, a esto también se le podría conocer como Derecho Procesal Penal y este conjunto de de instrucciones se encuentran dentro del Código de Procedimientos Penales.

De tal modo que el Derecho Procesal comenta Guillermo Cabanellas que es “Conjunto de Leyes que posibilitan y hacen efectivo el ejercicio regular de las relaciones jurídicas, al poner en actividad el organismo judicial del Estado. No determina que es lo justo, sino como ha de pedirse justicia.”⁵⁸

En base a lo anterior encontramos que existe una relación significativa en cuestión del Derecho Penal Adjetivo (Derecho Procesal Penal) y el sistema penal, en la cuestión que en primero se encuentran las formas de poner en movimiento a los organismos que integran el sistema penal para poder hacer valer nuestros derechos violentados, de tal modo que de no existir el Derecho Penal Adjetivo no se podría estar hablando de un sistema penal, ya que no se detallarían las formas para que el individuo víctima y con sus derechos violentados pudiera llevarlo a la autoridad correspondiente para que se aplique justicia.

58 Cabanellas, Guillermo, *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, Argentina, Ed. Heliasta, 1992, p. 571.

CAPITULO II. EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL ACUSATORIO ADVERSARIAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

En base a las corrientes o caminos que se ha seguido dentro de los sistemas de enjuiciamiento penal, se ha visto notablemente que la represión y la coerción es vista en todos los ámbitos sociales hasta la fecha. En tiempos actuales es vista desde un punto de vista negativo, se ha demostrado que este tipo de aplicaciones de justicia basados en la represión son acciones que aumentan la descomposición social, por ser aislada una persona social sin poder dejarlos con la oportunidad de volverse pro sociales en base a condicionamientos de responsabilidad y de cumplimiento, de tal modo que los nuevos paradigmas buscan alcanzar las metas antes mencionadas.

Hoy en día y ante la internacionalización del derecho y frente a la complementariedad de los países y la unificación de los sistemas judiciales ante el mundo globalizado, se busca que se trabaje en pro de los Derechos Humanos de los individuos, por lo que los nuevos sistemas de justicia buscan crear una sociedad más humana, no tecnócrata y dejar de lado la coerción como única forma de solución de controversias. Este tipo de pensamiento tuvo como resultado la aparición de la justicia restaurativa, la cual dio un cambio importante en la manera de impartir justicia dentro de los países y teniendo un auge importante dentro de México.

En consecuencia dichos cambios logrados en el área del derecho han sido rotundos, por una parte encontramos el cambio de una justicia retributiva, la cual se encuentra caracterizada por buscar el castigo y deja a la víctima en el abandono, a la aplicación de una justicia restaurativa, la cual toma en cuenta a la víctima y al victimario creando cambios notables dentro del sistema de impartición de justicia de los países.

Así mismo dentro de derecho existen otros cambios radicales, uno de estos se da dentro del sistema de enjuiciamiento penal, el cual paso de ser un sistema inquisitivo mixto, en donde se usaba la coerción y se violentaban los derechos del presunto responsables, a un sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, el cual

busca operar de una manera humana, permitiendo garantizar los Derechos Humanos del individuo.

I. Los sistemas procesales penales

Hablar de sistema es hablar de algo ordenado, pero hablar de sistemas penales, es hablar por lo general de algo que tiende a regular ciertas cuestiones relacionadas con el orden criminal. En el caso que nos ocupa hablaremos de sistema, pero hacemos referencia a los sistemas procesales penales, entonces al adecuarnos al contexto a que nos referimos es hablar del tipo de ordenamientos jurídicos que rigen en determinado tiempo, como ya es sabido a lo largo de la historia de nuestro país hemos sido regidos por diferentes presidentes, diferentes gobernadores en los Estados, diferentes leyes, constituciones, etcétera, en consecuencia por diferentes tipos de sistemas de enjuiciamiento penales.

Los diferentes tipos de sistemas de enjuiciamientos penales que han existido a lo largo de la historia han tenido características especiales de acuerdo a la época en que se presentaron, ya que estos eran adecuados al contexto en que se vivía y en base a las necesidades que había en ese tiempo.

Antes de la creación del derecho y del Estado, no existían como tal denominación sistemas procesales penales, pero si existía diferentes forma de aplicar justicia, con el paso del tiempo y con el surgimiento del Estado y del Derecho, se empezó a implementar en la sociedad algunos tipos de aplicación de justicia que regían en esos momentos históricos, y que con el paso del tiempo han ido quedando atrás o desfasados debido al cambio y necesidades sociales, dentro de los sistemas de enjuiciamiento penales más conocidos y que se aplicaron durante algún periodo para impartir justicia encontramos: el sistema inquisitivo, el inquisitivo mixto y el acusatorio adversarial que también es denominado por algunas personas por sistema acusatorio o sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial.

La aplicación de justicia en México ha sufrido cambios importantes durante el paso del tiempo, ya que se ha aplicado de diferentes formas dependiendo de los objetivos que se plantearon en el contexto social que se vivía., en los tiempos actuales y en base a los grandes cambios sociales que han surgido en base a las

demandas de la sociedad, han ido surgiendo para bien algunos cambios, tan es así que en el área del derecho actualmente se han logrado cambios, entre ellos es el de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, en la cual se cambió el tipo de aplicación de justicia, de ser un sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo mixto paso a reformarse y ser actualmente un sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, trayendo con esto grandes cambios, beneficios y ventajas, ya que este tipo de enjuiciamiento es más garantista incluyendo dentro de su gama ventajas la justicia restaurativa logrando con ello la búsqueda de la armonía, paz y solución social.

Los sistemas de enjuiciamiento penales, por lo general tienen un objetivo, el cual es reprimir a quien infringe la norma, dejando de lado el respeto de los derechos fundamentales de las partes en conflicto, con este tipo de aplicación de justicia no se solucionaba el problema de forma satisfactoria, ya que nomás se procuraba el castigo.

A continuación se menciona una descripción acerca de lo que es el sistema de justicia penal proporcionada por Claus Roxin, donde se hace énfasis al objetivo primordial del sistema de enjuiciamiento penal.

El sistema de justicia penal tiene como objetivo la protección de la convivencia de los seres humanos en la comunidad mediante la reprobación de la criminalidad; sistema que debe sujetarse, invariablemente, al garantismo penal de un Estado Constitucional de Derecho el cual implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana de todo involucrado en un delito y hace posible un modelo de procuración e impartición de justicia penal en el que se respeten los derechos fundamentales.

La finalidad del sistema de justicia penal es la del investigar un hecho y verificar si el mismo constituye o no un delito, pero ello no implica que puedan emplearse cualquier tipo de medios para obtener, a toda costa, el conocimiento de esa realidad. Cualquier sistema de justicia penal, legalmente instituido, se enfrenta a la necesidad de armonizar, por un

*lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del proceso en la salvaguarda de sus derechos individuales.*⁵⁹

El sistema de justicia penal como se mencionó en el párrafo anterior se refiere al sistema de enjuiciamiento penal, el cual se refiere de los tipos de aplicación de justicia que han existido hasta antes de la reforma constitucional, el cual nos explica de forma general, que el sistema de justicia tiene como objetivo principal el castigo y represión.

En base a las necesidades actuales el mismo sistema debe procurar cambiar con la finalidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales, ya que son notables esos atropellos cometidos día a día con la aplicación de justicia en base al sistema inquisitivo e inquisitivo mixto.

Los logros alcanzados en la actualidad, refiriéndonos a la reforma constitucional de 2008, y hablando específicamente al cambio de sistema de enjuiciamiento penal, de ser inquisitivo mixto paso a acusatorio adversarial, permite dejar a tras todo tipo de represión y coerción al aplicar justicia, debido a que el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial llegó para romper con los esquemas de aplicación de justicia anterior, ya que mediante todas sus ventajas y beneficios tiene como reto principal el garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las partes procesales logrando con esto la preponderancia de derechos, la armonía y paz social, aplicando justicia de forma actual e inteligente.

Siguiendo este orden de ideas, a continuación se explican de forma global los tipos de justicia, de ir explicando poco a poco los cambios o transformaciones en materia de sistemas de enjuiciamiento penal, hasta llegar al sistema penal acusatorio adversarial.

A. Evolución histórica en los tipos de sistema de enjuiciamiento penal

Dentro de todos los tipos de sistemas de aplicación de justicia que se han aplicado en México a lo largo de su historia, estos se han caracterizado por ser coercitivos y excesivos para quien infringe la ley, ya que no se busca más que el

⁵⁹ Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*, España, editorial Tirant lo Blanch, 2000, p. 24.

castigo y la represión del mismo, dejando a la vista con esto atropellos a los Derechos Humanos, al igual que su ineficacia para resolver conflictos, dejando la solución del problema a medias, debido a que dentro de este se deja a la víctima en el abandono, por lo que podemos decir que los sistemas de enjuiciamiento penal en el país han sido ineficientes y no solucionan los conflictos que se presentan dentro de la sociedad.

En los tiempos actuales se ha generado una gran revolución en búsqueda de la protección de los Derechos Humanos, México en la búsqueda de desarrollo ha sido parte de este movimiento, logrando con esto grandes reestructuraciones en el sector social, estos movimientos aunados con las demandas sociales han dado lugar al cambio, como ya se mencionó en párrafos anteriores uno de los grandes cambios que se han logrado en tiempos actuales es el de aplicación de justicia, logrando con la reforma constitucional cambiar el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo mixto, para poder adoptar un nuevo sistema de enjuiciamiento penal denominado acusatorio garantista, que cumple con las necesidades actuales de la sociedad.

Con la entrada del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial se busca garantizar el bienestar social, es por eso que esta transformación causa ciertas inquietudes por lo que promete, este tipo de enjuiciamiento adoptado por México, trae grandes beneficios sociales, y que empujan al cambio y desarrollo social, ya que ofrece solución a los grandes problemas en aplicación de justicia que nunca se habían logrado, pasando con esto a resolver el gran problema en cuestión de administración de justicia, sobre el tema Pablo Camargo nos comenta: “El Derecho Penal, en los sistemas jurídicos del mundo, ha sido históricamente represivo en extremo, ocupándose primordialmente del castigo del infractor de la norma punitiva más que de la protección y la reparación de la víctima del delito”.⁶⁰

Como ya menciono el autor, con el cual coincido, durante todo el tiempo, el tipo de aplicación de justicia en materia criminal ha sido coercitivo, visto desde las épocas más antiguas hasta las recientes, por mencionar algunos ejemplos, está la

⁶⁰ Pablo Camargo, Pedro, *Manual de enjuiciamiento penal*, 8ª edición, Colombia, Ed. Leyer, 2010, p. 16.

época prehistórica donde los castigos eran brutales, la época de la conquista donde también se reflejaba la coerción como castigo, lográndose posteriormente la independencia, en el cual se vio claramente reflejado el castigo y coerción.

Actualmente también se observaban las mismas características coercitivas dentro de los sistemas penales, quedando presentes esas malas costumbres o formas no garantistas, a pesar de que en México ya había constituciones y leyes que protegían los Derechos Humanos, dándose una evolución del sistema de enjuiciamiento penal hasta llegar a un sistema que cumpla con las expectativas que se busca en base a las necesidades actuales, las cuales se centran en lograr que se respeten, velen y consagren los Derechos Humanos.

Lo anteriormente mencionado se observa que con los sistemas de enjuiciamiento penal como el inquisitivo e inquisitivo mixto se cometían una serie de abusos y anormalidades que afectaban directamente los Derechos Humanos, ya que el imputado, procesado o sentenciado aparte de ser restringido de sus derechos, era discriminado, claro ejemplo es el inculpado era culpable hasta que demostrara su inocencia.

Uno de los cambios más relevantes que se da con el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial es que las cosas cambiaron rotundamente y trae consigo muchas ventajas, como es que el responsable, aparte de ser inocente hasta que no se le demuestre lo contrario cuenta con una serie de Derechos Humanos que se le tienen que respetar así como también se cuenta con una gama de herramientas que sirven como oportunidad para no ser reprimido judicialmente, así, cumpla con su responsabilidad y que las partes queden en total tranquilidad.

Al respecto de las características que diferencian al sistema penal acusatorio adversarial de los otros tipos de sistemas, Martínez Garnelo nos señala que: "El proceso se instaura, bajo el principio de inocencia, como garantía para el

inculpado y previo a la aplicación de cualquier pena, convirtiéndose así en el límite infranqueable punitivo estatal”.⁶¹

Una de las principales ganancias que tiene el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial es la presunción de inocencia el cual marca la diferencia al resto de tipos de enjuiciamientos penales, adicionalmente a esto se respalda el mismo principio con el resto de los principios constitucionales que hacen de mejor efectividad la aplicación de justicia en materia penal, logrando con esto la solución desde una mejor opción, ya que los derechos de las partes en conflicto se encuentran en igualdad de condiciones.

Con la aplicación de un buen sistema de derecho penal en donde las partes lleguen a concientizar sus actos se pueden disminuir los índices delictivos y las reincidencias por parte de los delincuentes, al respecto Márquez Algara nos señala:

*Tanto en México, como en muchos otros países, ha quedado más que demostrado que el simple endurecimiento de las penas no es una medida eficaz para abatir la delincuencia y los problemas sociales. Se necesita un cambio en el que operen nuevos mecanismos; además, no hay que olvidar que en muchas ocasiones la justicia retributiva tiende a olvidarse del ofendido.*⁶²

En base a lo anterior queda claro que las medidas adoptadas por el sistema de enjuiciamiento penal como el inquisitivo e inquisitivo mixto son la aplicación de penas, y ya quedo demostrado que el endurecimiento de las mismas no es la solución de los problemas, ya que no acaban con los problemas sociales reflejados en crímenes.

Hoy en día mediante la aplicación del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial adoptado actualmente en México, se logra dar un gran paso debido a que se introduce con el fin de acabar y solucionar los problemas sociales y la delincuencia en el país, este tipo de enjuiciamiento penal garantista está

⁶¹ Martínez Garnelo, Jesús, *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio y su fase procedimental oral (mitos, falacias y realidades)*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 54.

⁶² Márquez Algara, María Guadalupe, *Mediación penal en México*, México, Ed. Porrúa, 2013, p. 12.

siendo adoptado por un gran número de países, ya que en muchos países han logrado cambios con el mismo.

Con la aplicación de este tipo de justicia y las diferentes herramientas que trae consigo para solucionar conflictos, como es la justicia restaurativa, que es una figura importante dentro del área penal, al igual que los medios alternativos de solución de conflicto, criterios de oportunidad, formas de reparación del daño, además de que las partes en conflicto quedan satisfechas por ser tomadas en cuenta, son características que otro tipo de sistema de enjuiciamiento penal no las tienen.

Como se ha observado durante el trayecto histórico en el cual que se ha desenvuelto el país, se han adoptado una serie de sistemas de enjuiciamiento penal que han surgido para regir en materia criminal o del delito, dejando en claro que con el paso del tiempo se han visto rebasados y desfasados por las transformaciones sociales y las mismas necesidades que el sistema nos demanda, dentro de los sistemas de enjuiciamiento penal que han sido adoptados en México, Sotomayor Garza nos señala:

Los sistemas procesales penales desarrollados históricamente dentro de la ciencia penal, han sido:

1. *Inquisitivo,*
2. *Mixto, y*
3. *Acusatorio Garantista.*⁶³

Es importante dejar en claro que en el contexto nacional, los sistemas de enjuiciamiento penal que se han desarrollado son el sistema inquisitivo, inquisitivo mixto y el acusatorio garantista, recalcando también que sus principales objetivos y aplicación de justicia han sido diferentes a continuación se mencionan las peculiaridades de cada uno de estos sistemas.

a. Sistema inquisitivo

Este sistema de enjuiciamiento el cual se le denomina inquisitivo, es uno de los sistemas que más duro en su aplicación, este sistema presentaba una serie de

⁶³Sotomayor Garza, Jesús G., *Introducción al estudio del juicio oral penal*, México, ed. Porrúa, 2012. p. 12.

marcados atropellos y trataba de darle solución a los problemas de forma cruel, sin respetar los derechos fundamentales de las partes, fomentaba el castigo, coerción y represión, sin tomar en cuenta a la víctima.

Dentro de las características que identifican al sistema inquisitivo como un sistema inflexible Vázquez Gonzales De la Vega nos comenta: “El sistema inquisitivo manejó un procedimiento escrito, burocrático, formalista, incomprensible, ritualista, poco creativo y especialmente preocupado por el trámite y no por la solución del conflicto”.⁶⁴

Como se ha mencionado el sistema inquisitivo, más que ser un proceso tardado y con formalidades muy excesivas, es poco garantista y su primordial fin es el castigo, este sistema tanto en el país como en el resto del mundo donde su aplicación ha quedado desfasada y rebasada, ya que solo busca el castigo, sin ver y analizar factores más importantes en la aplicación de justicia, la víctima quedaba a la deriva, el acusado reprimido, la población en las cárceles aumentaba y no daba solución al conflicto es por ello que mediante la implementación del sistema inquisitivo mixto, se dio ese gran giro donde se tienen objetivos y fines más importantes, aunque son parecidos, en cuestión de aplicación de justicia.

El sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo se vio en la necesidad de cambiar debido a los cambios sociales, pasando de ser inquisitivo a inquisitivo mixto, dicho cambio fue con la pretensión de buscar nuevas soluciones a los conflictos y tratar de que la delincuencia disminuyera.

b. Sistema inquisitivo mixto:

Este tipo de sistema de enjuiciamiento fue nombrado mixto por ser una combinación de sistemas de enjuiciamiento penales, que son el inquisitivo y el acusatorio, la combinación entre estos dos sistemas tuvo un cambio marcado en la aplicación de justicia, debido a que se introdujo en el sistema mixto algunas cuestiones garantista, mas no fue suficiente ya que de igual forma no cumplía con las formas optimas de solución de conflicto, sino que dio un gran giro al formalismo para engrandecer la población en las cárceles, este tipo de sistema se

⁶⁴Vázquez González De La Vega, Cuauhtémoc, “Hacia el cambio de paradigma en los procedimientos penales”, *Itecriminis*, Tercera Época, Número 3, Enero-Febrero, México INACIPE, 2006, p. 33-37.

volvió burocrático, y acrecentó la violencia de los derechos fundamentales, adicionalmente es un proceso tardado y daba pauta a corrupción y mal manejo de aplicación de justicia, afectando de forma notable la administración de la misma.

La adopción de este sistema tuvo su auge durante la revolución francesa que dio pie a la adopción de este tipo de sistema de enjuiciamiento, mas no se logró lo que se buscaba en solución de conflictos, sobre esto López Betancourt nos comenta:

*“Como consecuencia de las nuevas ideas plasmadas al inicio de la Revolución Francesa y al sustentarse puntos filosóficos, democráticos e incluyentes, se creó un sistema distinto, que al tomar principios tanto del sistema acusatorio como del inquisitivo se denominó mixto. Las ideas surgidas en Francia se sustentan en el derecho de todo ciudadano a ser juzgado públicamente, pero con la característica de que ya no habría una acusación privada, como en el sistema acusatorio, sino que la imputación de un delito sería función oficial, esto es, lo harían funcionarios permanentes, quienes suplirían a los acusadores particulares. Con esta idea nació el Ministerio Público, órgano independiente de los juzgadores, pero representante de la ley y la sociedad”.*⁶⁵

El proceso mixto es una mezcla entre el sistema acusatorio y del sistema inquisitivo, donde sus objetivos primordiales son parecidos es por eso que también queda desfasado y rebasado por cuestión de que en la actualidad en donde prospera el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial se persiguen otros fines importantes, que se conjugan no solo en el sistema penal, si no en otras áreas del derecho, siendo de gran relevancia dentro del mismo los pactos y tratados internacionales para unificar objetivos y, satisfacer y ayudar para el desarrollo del bien común como nación.

En el sistema inquisitivo e inquisitivo mixto, a pesar de ser aplicado durante mucho tiempo nunca logró dar ese avance en la solución de conflictos, ya que en ambos se usaba la coerción, represión y cuando se lograban buenos resultados

⁶⁵ López Betancourt, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, México, Ed, IURE, 2011, p. 28.

era en delitos no graves, pero se lograba después de prisión preventiva y después de tiempo de estar encarcelado, en consecuencia ambos sistemas de enjuiciamiento penal como lo son el inquisitivo e inquisitivo mixto fueron rebasados por los cambios y necesidades sociales quedando desfasados y obsoletos.

Ante notable aseveración surgen mediante esos antecedentes nacionales en cuestión de aplicación de justicia grandes movimientos para buscar el cambio del sistema de enjuiciamiento penal, para tener una buena administración de justicia, logrando el objetivo, la reingeniería del sistema penal, tal resultado gracias a la internacionalización se logra adoptar un sistema de enjuiciamiento penal, que en gran número de países ha sido de gran satisfacción para resolver conflictos de carácter criminal, este tipo de sistema de enjuiciamiento penal es denominado sistema acusatorio adversarial.

c. Sistema acusatorio adversarial

Este tipo de sistema de enjuiciamiento también conocido como acusatorio adversarial, es un sistema novedoso en el ámbito nacional, dejando en claro que en carácter internacional es un sistema ya conocido y aplicado en muchos países como Estados Unidos de Norteamérica, España y gran número de países en Latinoamérica.

Este tipo de sistema de enjuiciamiento penal que es acusatorio adversarial ha causado un gran auge en Latinoamérica, y actualmente se adoptó en el país con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, quedando posterior a su aplicación desfasado el sistema inquisitivo mixto, en el país algunos Estados ya lo estaban aplicando antes de la reforma como lo son Chihuahua y Oaxaca, actualmente tras la reforma constitucional un gran número de Estados de la república mexicana lo empezaron a manejar, quedando como plazo máximo para aplicarse en el resto de los Estados el año 2016.

El sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial como se le conoce al sistema de aplicación de justicia actual, nos ofrece un sin fin de cualidades, que son de ayuda en nuestra actualidad siendo de importancia ya que ayudaran a resolver los problemas de índole criminal de la forma más eficiente, inteligente y garantista. Este tipo de justicia ha marcado el cambio en algunas

sociedades, ya que nos trae la forma de solución de conflictos apegados al sistema como lo son la justicia restaurativa, y otras formas de terminación del conflicto, este tipo de aplicación de justicia en consecuencia trae como resultado grandes beneficios y ventajas que ayudan en el desarrollo social.

A continuación De la Rosa Rodríguez menciona algunos datos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, los cuales servirán como base para entender mejor al mismo.

“El sistema acusatorio adversarial fue introducido en Europa durante el siglo XIX. Le reconoce al imputado su calidad de sujeto de hechos de carácter sustantivo y procesal integrantes del debido proceso que constituyen límites para el poder penal del Estado. El sistema acusatorio pretende equilibrar los dos intereses en todo proceso penal: compatibilizar la eficiencia de la persecución penal y el respeto de las garantías del imputado”.⁶⁶

En referencia a este sistema es una forma de enjuiciamiento más moderna donde se busca garantizar el respeto de los derechos humanos de las partes en disputa, donde los derechos son preponderados, donde las partes solucionan el conflicto quedando satisfechos y donde todas las partes ganan en cuestión de buenos resultados.

Al respecto de los beneficios que traerá consigo la aplicación de este nuevo sistema penal, desprendido de la reforma constitucional del 2008, Sotomayor Garza nos comenta:

Del contenido de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008 se desprende que las entidades federativas de México deberán adoptar a más tardar el 2016 el sistema procesal penal acusatorio garantista, el cual no es otro que el sistema acusatorio tradicional, al cual se le adicionan una serie de garantías procesales y penales para proteger tanto a la víctima como al imputado, eliminando del mismo los rasgos que del sistema inquisitivo aun predominaban, tanto en el sistema tradicional, como en el

⁶⁶ De la Rosa Rodríguez, Paola, *Terminología de los juicios orales en materia penal*, Flores Editor, México, 2013, p.47.

*mixto, por lo que se puede afirmar que es un sistema procesal plenamente definido.*⁶⁷

Como se menciona en el párrafo anterior, en base a la reforma constitucional de 2008 que tiene límite para aplicarse en el año 2016, esta modifica el sistema penal que se venía utilizando y da un paso importante hacia el cambio, ya que cambia de inquisitivo mixto a acusatorio adversarial, cambio drástico para desarrollo nacional, ya que con esto se logra salvaguardar y vigilar el respeto de las garantías fundamentales de las partes intervinientes en la aplicación de justicia.

El sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial penal garantista, como se puede observar a simple vista trae consigo una gama de beneficios, al mismo tiempo de ser un sistema que viene a traer un gran cambio en el área penal en cuestión de aplicación de justicia, es por ello el interés de los legisladores que se utilice como sistema de aplicación de justicia a nivel nacional.

Como ya es sabido, y como se mencionó anteriormente este tipo de justicia trae más ventajas que desventajas es por eso dicha adopción. En lo particular se piensa que este tipo de justicia va ser de gran satisfacción, ya que el amplio abanico que ofrece en cuestión de beneficios ayuda de forma general a resolver problemas y que todos los intervinientes en discrepancias logran esa satisfacción.

En la actualidad debido a los grandes cambios que se han visto dentro de la sociedad y especialmente en el Derecho en cuanto a la aplicación de justicia, los cuales han causado una revolución en algunos países por las modificaciones a las que se tienen que someter todas las personas involucradas dentro del sistema de judicial, han traído consigo la adopción de un sistema garantista, que mejore la forma de aplicación de justicia y traiga beneficios no solo a las partes del conflicto, sino a la sociedad en general.

El sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial viene ofreciendo como ya se mencionó una variedad de soluciones benévolas para las partes, como lo es la justicia restaurativa que viene ofreciendo grandes beneficios

⁶⁷ Sotomayor Garza, Jesús G., *op. cit.* , Nota 63, p. 21.

sociales, así como también otra de las ventajas del sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial como los medios alternativos de solución de conflictos, que abarca desde mediación, conciliación, arbitraje y negociación.

Adicionalmente existen formas anticipadas de terminar el proceso, criterios de oportunidad y una serie de actos o formas para alcanzar satisfacción y armonía en la aplicación de justicia, dichas ventajas y beneficios que el sistema inquisitivo y sistema de enjuiciamiento inquisitivo mixto no ofrecía, cuestiones por la cual dichos sistemas no eran garantistas.

También es importante resaltar que este tipo de sistema de enjuiciamiento que es el acusatorio adversarial es de gran importancia, ya que ha venido a reestructurar la ingeniería de la aplicación de justicia, debido a la protección de las garantías individuales o Derechos Humanos, algo que dentro de los otros sistemas no se aplicaba de manera ideal, aun cuando existieran diferentes organismos protectores como la Organización de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B. Características de los sistemas de enjuiciamiento penal

Para poder comprender mejor las diferencias que tienen cada uno de los sistemas de enjuiciamiento penal es necesario identificar las características esenciales que tienen cada uno de estos, en este sentido a continuación se describen cada uno de los sistemas penales que han sido aplicados en México.

a. Sistema acusatorio tradicional

Dentro de lo más sobresaliente del sistema acusatorio tradicional, es que abarca varios tipos de sistemas de aplicación de justicia, este tipo de sistema de enjuiciamiento tenía una serie de características benéficas mas no satisfacía de forma completa su aplicación, ya que no englobaba todo lo pertinente a garantizar la confiabilidad en su aplicación es por eso que quedo desfasado y así como también no cubría con las promesas que trae consigo el sistema acusatorio adversarial.

En este sentido las características que tenía el sistema acusatorio tradicional, de acuerdo a Sotomayor Garza son las siguientes:

“Características del sistema acusatorio tradicional:

- 1. El juicio era oral.*
- 2. La acusación está formulada por un particular, en consecuencia el juez no podía proceder de oficio.*
- 3. La instrucción era dirigida por el arconte (Juez) Magistrado.*
- 4. El juicio se celebra ante un jurado, que era el órgano que resolvía en definitiva.*
- 5. El juicio era “uniinstancial”, debido a que este tenía exclusivamente una instancia, por lo que no procedía la apelación.*
- 6. La igualdad procesal del acusador y del procesado, se respetaba.*
- 7. La libertad de procesado era aceptada y respetada, hasta en tanto se pronunciara la sentencia definitiva”.⁶⁸*

El sistema tradicional abarca en si lo que han sido muchos sistemas de enjuiciamiento penal, ya que no garantiza en si la solución del conflicto, violenta de los derechos fundamentales y siendo desfasado por otros sistemas.

Como se desprende dentro de sus características, dicho tipo de sistema no garantizaba el respeto por los derechos humanos, tanto de la víctima como del infractor, a continuación se menciona otro tipo de sistema aplicado en la impartición de justicia durante mucho tiempo en el país.

b. Sistema procesal penal inquisitivo

Uno de los principales tipos de sistemas de enjuiciamiento penal que se desarrolló en México durante mucho tiempo fue el sistema inquisitivo, el cual desde el inicio de su aplicación, se vio como un sinónimo de represión y castigo, este tipo de sistema es muy inhumano ya que quien infringe la norma se vuelve un merecedor de castigo y queda desprotegido de sus derechos, esto en cuestión de aplicación de justicia, mirando desde otro ángulo, incrementa otros factores para mal, como la desprotección de la víctima, crece el índice de poblaciones en las cárceles, aumenta el gasto de la estancia en las cárceles, y una serie de anomalías que eran observadas a simple vista, ha como han ido cambiando las

⁶⁸Sotomayor Garza, Jesús G., *op. cit.*, Nota 63, p. 19.

sociedades este tipo de aplicación de justicia quedo desfasado ya que no cumple con las demandas del sistema quedando obsoleto y desfasado.

El sistema inquisitivo es el sistema de enjuiciamiento penal más represivo dentro de los sistemas de enjuiciamiento y el que menos ofrece protección a los Derechos Humanos, es por eso que ha quedado desfasado por no cumplir las expectativas de las demandas sociales.

La aplicación del sistema inquisitivo no fue algo que se genero en México, sino que viene desde tiempos remotos y de los países europeos, al respecto Jiménez Martínez nos comenta: “Es así como el sistema inquisitivo surge en la Europa Continental con el nacimiento del Estado, traído más tarde a Latinoamérica”.⁶⁹

Como se desprende de lo citado por el autor este tipo de sistema fue adoptado de otro país, y se introdujo en México con el fin de aplicar justicia al infractor de la norma, mas no fue de gran satisfacción teniendo como consecuencia una mala aplicación de justicia en base a las demandas actuales debido a que no resolvía el problemas dejando la solución a medias, ya que las partes quedaban con resentimientos, la víctima se quedaba en el abandono y el victimario reprimido.

Las características sobresalientes del sistema de enjuiciamiento inquisitivo, de acuerdo a Sotomayor Garza son las siguientes:

1. *Concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar en la persona del titular de un órgano jurisdiccional.*
2. *Procedimiento escrito y secreto y no contradictorio.*
3. *La prueba es tasada.*
4. *La prueba confesional, es suficiente para pronunciar una resolución condenatoria.*
5. *Facultad del juez para ordenar pruebas para mejor proveer.*
6. *El juicio es biinstancial.*
7. *El procesado es un objeto y no un sujeto procesal.*

⁶⁹Jiménez Martínez, Javier, *Principios del derecho penal y del juicio oral penal*, México, Raúl Juárez carro editorial, 2012, p. 51.

8. *La tortura y el tormento son válidos para obtener una confesión.*

9. *La prisión provisional o preventiva del procesado es regla general.*⁷⁰

El sistema inquisitivo al reunir las características anteriormente mencionadas tenía como resultado una aplicación de justicia tardada y desgastante, se desvirtuaba la verdad histórica de los hechos, eran notables los atropellos que se cometían con el indiciado, procesado y sentenciado ya que no tenía derecho alguno, la víctima quedaba en el olvido, era considerado que su mejor solución era el encarcelamiento dejando olvidado los costos de impartición de justicia e internamiento y se fomentaba que no se reparara el daño, dejando con esto un rencor entre víctima y victimario, en consecuencia y tras los movimientos sociales, se logra con el paso del tiempo que sea desfasado el sistema inquisitivo por el sistema de enjuiciamiento inquisitivo mixto.

Logrando este cambio en la sociedad gracias a las necesidades y demandas que fueron surgiendo, cambiando con esto el tipo de enjuiciamiento penal, evolucionando de forma progresiva, pasando de ser un sistema inquisitivo y coercitivo y represivo a un sistema de enjuiciamiento mixto, donde paso a ser menos represivo, más aun no se eliminó la coerción del victimario y el abandono de la víctima.

c. Sistema procesal penal mixto:

Otro de los sistemas de enjuiciamiento el cual se vio inmiscuido en la aplicación de justicia en el país, es el sistema procesal mixto, donde se ve reflejado la fusión entre principios de dos sistemas procesales, son inquisitivo y acusatorio, este tipo de sistema, el cual era utilizado en la mayoría de las entidades federativas, quedara abolido dentro de poco tiempo, teniendo como plazo máximo para la aplicación del nuevo sistema el 2016, con la reforma constitucional del 2008, también deja mucho que hablar ya que también se vio claramente el mal funcionamiento del mismo.

Dentro de sus características negativas observadas día a día son que dejaba a la deriva a la víctima, seguía con coerción del infractor y no respetaba los

⁷⁰Sotomayor Garza, Jesús G., *op. cit.*, nota 63, p. 20.

Derechos Humanos en las partes, buscaba lo mismo que el sistema inquisitivo represión y coerción, llegando al grado de utilización de la tortura, formalismos que de no cumplirse echaban abajo los avances procesales, incremento de población en las cárceles, aumento de criminalidad en las calles, pocos beneficios y tardanza al dictar sentencia.

Las características que tenía este sistema, de acuerdo a Sotomayor Garza son las siguientes:

1. *El juicio es oral, público y contradictorio.*
2. *Las funciones de investigación, acusación y la de juzgar son ejercida por distintos órganos y personas.*
3. *Las pruebas se valoran libremente.*
4. *Las pruebas desahogadas ante el órgano jurisdiccional exclusivamente son las que pueden servir de fundamento para dictar sentencia definitiva.*
5. *El procesado goza de todas las garantías procesales.*⁷¹

Como se ve a simple vista el sistema de enjuiciamiento inquisitivo mixto, es una fusión entre el sistema inquisitivo y el acusatorio adversarial, como es notable, que no cumple cien por ciento con sus características. En cuestión de las características que se enumeran en el citado párrafo anterior se desprende que teóricamente es verdad pero en la práctica es rotundamente diferente, he ahí la discrepancia con dichas características en primer término no es público ni oral, se apega mas esta característica con el sistema de enjuiciamiento inquisitivo donde es más reservado el procedimiento, así como también no se goza de garantías procesales por ser un sistema donde se busca la aplicación de la pena.

A continuación se menciona otras de las características que de acuerdo con Jiménez Martínez tiene el sistema de enjuiciamiento mixto, las cuales son las siguientes:

- a) *Se abusa de la prisión preventiva;*
- b) *Ausencia de intermediación en los juicios;*

⁷¹ *Ibidem*, p. 21.

- c) Amplia delegación de funciones en servidores públicos de inferior rango;*
- d) Acusación reservada a un órgano del Estado;*
- e) Predominantemente escrita;*
- f) Violación de derechos fundamentales tanto de la víctima, como del imputado.⁷²*

Como menciona el autor anterior con el cual coincido de forma general, el sistema mixto nunca satisfacía las necesidades sociales, recayendo en el atropello de los derechos constitucionales del ser humano, es notorio que las características que distinguían al sistema de enjuiciamiento penal mixto se volvieron las anomalías distintivas del mismo.

En si el sistema inquisitivo mixto, fue una continuación del sistema inquisitivo, ya que seguía la serie de violaciones tanto en el procedimiento como entre las partes que intervenían como lo son directamente la víctima y victimario, la presunción de inocencia no operaba debido a que el indiciado o procesado tenía que demostrar la misma, el presunto responsable era tratado como delincuente hasta obligado a confesar cosas que no hizo, también se reflejaba la aplicación de justicia bajo un retardo y no se lograba reparar el daño, la solución del mismo sistema inquisitivo mixto era el castigo.

En los tipos de sistema de enjuiciamiento mencionados con anterioridad son represivos y violatorios de los derechos humanos, no traen beneficios de terminación de conflicto y normalmente alguna de las partes o ambas quedaban insatisfechas con la solución que se le daba al conflicto, cuestiones que vienen a cambiar con el sistema acusatorio adversarial.

En ese orden de ideas, ya se mencionaron algunos tipos de sistemas de enjuiciamiento que se han utilizado para impartir justicia en los diferentes tiempos históricos en México, quedando rebasados los diferentes sistemas de aplicación de justicia como el sistema inquisitivo y el inquisitivo mixto.

⁷² Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, nota 69, p. 38.

d. Sistema acusatorio adversarial

En tiempos actuales tras la búsqueda de cambio para mejorar como país y desarrollarse, se ha logrado adoptar lo más actual y novedoso en algunas áreas del derecho y en algunas entidades federativas, debido a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 una forma nueva de aplicación de justicia en materia penal, que es el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial.

Este tipo de sistema como ya se ha explicado se aplica en países democráticos y con mayores avances reflejando un serie de beneficios en cuestión de aplicación, trayendo consigo una serie de formas de soluciones de problemas como lo son la justicia restaurativa, medios alternativos de solución de conflictos y otras formas anticipadas de resolver problemas, logrando con esto grandes soluciones a problemas.

Con la aplicación del sistema acusatorio adversarial y la desaparición del inquisitivo mixto es necesario conocer cómo es que se aplica el mismo, de tal forma que Nataren Nandayapa y Caballero Juárez nos comentan:

Cuando se habla de proceso acusatorio se hace referencia al modelo construido en contraposición al proceso penal inquisitivo, cuyo elemento esencial es el de la separación de las funciones procesales. Es decir, la estricta separación entre las funciones de acusar, defender y juzgar entre sujetos procesales independientes entre sí. De hecho, se considera que es el choque entre las distintas versiones de lo ocurrido, el contraste entre los argumentos que sostienen por un lado la acusación y por otro la defensa, lo que permite al juez, a través de la valoración de los méritos de cada posición, acercarse, lo más humanamente posible, a la verdad, y poder estar en condiciones de juzgar.⁷³

Las referencias aportadas con anterioridad son una de las cuales dieron pie a la adopción de este tipo de sistema de enjuiciamiento penal, que vino a desfasar los sistemas anteriores como el inquisitivo e inquisitivo mixto.

⁷³ Nataren Nandayapa, Carlos F., y Caballero Juárez, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, UNAM, 2013, p. 17.

México aprobó adoptar este tipo de sistema, lo que pone como tarea a todos las partes que componen la aplicación de justicia, a someterse a estos cambios, viendo en si cambios para mejora, ya que este tipo de sistema promete beneficios en varios ámbitos, el sistema acusatorio trae en si una serie de beneficios que con dicha reforma se introdujeron como son la implementación de nuevas formas de terminación de conflictos.

Las características que tiene el sistema acusatorio de acuerdo a Sotomayor Garza son las siguientes:

1. *Delimitación precisa entre los órganos titulares de las fases de investigación, acusación y enjuiciamiento.*
2. *La acción penal puede ser ejercitada por un particular.*
3. *El imputado es un sujeto procesal y no un objeto.*
4. *Existe la presunción de inocencia.*
5. *Faculta al ministerio público para archivar la denuncia o querrela para abstenerse de ejercitar acción penal y de solicitar el sobreseimiento, siempre y cuando exista atipicidad, antijuridicidad o no existas elementos de pruebas suficientes. Aplicar criterios de oportunidad como en los delitos de bagatela.*
6. *Se otorga a la víctima un verdadero estatus jurídico.*
7. *Faculta al juez para hacer uso de medios alternativos para la solución del conflicto judicial.*
8. *El juicio es oral, público y contradictorio.*
9. *Las pruebas se valoran libremente.*
10. *Exclusivamente las pruebas desahogadas en el juicio serán las que puedan servir para que se pronuncie sentencia definitiva.*
11. *Los derechos humanos y la dignidad de la persona representan el fundamento del juicio”.⁷⁴*

⁷⁴ Sotomayor Garza, Jesús G., *op. cit.*, nota 63, p. 21.

Como se mencionan dentro de las características, el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, viene a garantizar grandes cambios en beneficio de aplicación de justicia.

En base a un estudio exhaustivo y minucioso entre los diferentes tipos de sistema de justicia, se llega a la conclusión que este tipo de sistema es muy fructífero, ya que considera una serie de factores para aplicar justicia, y garantiza que las partes en conflictos cambien sus formas de pensar y actuar, esto para bien, garantiza el respeto a los derechos fundamentales.

Otro aspecto relevante es que el infractor de la norma es inocente hasta que se le demuestre lo contrario, esto bajo el principio de presunción de inocencia, no como en los desfasados sistemas de enjuiciamiento criminal, que el inculgado o procesado era culpable mientras no demostrara su inocencia, este tipo de justicia, haciendo referencia al sistema acusatorio, viene a romper con los esquemas nunca antes vistos, viene a remediar errores procesales y procedimentales que se habían venido arrastrando desde tiempos remotos, además este tipo de justicia, al parecer y sin dudar servirá en gran medida al sistema de aplicación de justicia actual, debido a que, como ya se mencionó con anterioridad, sobran opciones para solucionar el conflicto y que las partes queden satisfechas mediante alguna formas de solución como la justicia restaurativa y los medios alternativos de solución de conflictos, practicas muy recurridas en este tipo de sistemas.

A manera de comentario ante las observaciones que se han hecho en cuestión de sistemas de aplicación de justicia que han estado aplicándose en el contexto nacional durante todos los tiempos, es que después de la independencia de México que se logró victoriosamente ante un largo periodo de lucha, fue el inicio de la protección de los derechos de las personas y la abolición de muchos atropellos que se miraban cotidianamente por parte de los colonizadores, refiriéndome a la corona española, tras este triunfo se logró, mediante las diferentes constituciones, proteger los Derechos Humanos.

En el ámbito internacional, después de la búsqueda del respeto de los derechos humanos y tras la entrada de la Organización de las Naciones Unidas,

donde se buscó de manera global buscar el respeto de los Derechos Humanos. Sin embargo no es hasta los tiempos actuales y motivados directamente por las revoluciones sociales y la búsqueda de la globalización e internacionalización del Derecho se da un movimiento generalizado para garantizar el respeto y resguardo de los derechos fundamentales.

Uno de los principales problemas que encuentro al respecto de las nuevas reformas que se dieron dentro del sistema penal, es el tiempo que tardo el estado mexicano en acatarlas, ya que hablar del tema no es algo de actualidad, debido a que existen países que las han venido aplicando desde hace tiempo y se ha observado los beneficios y ventajas que tienen los mismos, sin embargo fue hasta el 2008 que México entro dentro de este nuevo sistema acusatorio adversarial.

Tal actitud deja esa gran impotencia y gran incertidumbre, de que, como es posible, que en la actualidad reconozcamos la reingeniería que nos vienen imponiendo con las revoluciones internacionales de cambio, para poder así ver y reconocer lo que por mucho tiempo fue notable y visto, que causo grandes pérdidas humanas por la lucha de nuestro país y sus gobiernos, viéndose en consecuencia que esos méritos se toman como ajenos, sin ver atrás por lo que ya se venía luchando desde siglos pasados, refiriéndome al respeto y garantía de los derechos fundamentales.

II. Antecedentes del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial

Es importante para conocer de los nuevos cambios, hablar de los antecedentes en cuestión de las modificaciones hechas en la reforma constitucional del 2008, para así entender de lo que trata el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, en el presente apartado se habla de los antecedentes de forma precisa y concisa para saber un poco más del tema.

Al hablar de los antecedentes del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial y alguna de las motivaciones que llevaron a la utilización del mismo nos comenta Ramírez Bastidas que:

El timón del proceso está girando porque el mundo quiere sistemas judiciales democráticos que como instrumento valioso de investigar la verdad y aplicar justicia, sea perfil de capital importancia en el Estado

*moderno; que sea garantía política consagrada expresamente para la función judicial en las Constituciones Políticas y en los tratados multilaterales de derechos humanos. Este nuevo rumbo de paradigma altera la pertinaz permanencia del alma del procedimiento escrito en el oral, espíritu que debe dejar vacante la escritura y ser llevado por el ánimo de la palabra viva para resolver los más enredados enigmas de la moderna dogmática en el lenguaje sencillo del ciudadano común y corriente.*⁷⁵

El antecedente general en cuestión de aplicación de justicia en el sistema acusatorio adversarial, viene marcando cambios en las sociedades que aplican dicho tipo de justicia, como se menciona se busca la uniformidad a nivel internacional entre países que vienen sometidos a pactos y tratados internacionales, para generalizar los sistemas y así evitar discrepancias futuras en dicha aplicación, y al parecer que tienen buenos precedentes en cuanto al uso del sistema acusatorio adversarial, con esto dan un paso importante en la unificación de sistemas.

Entre las modificaciones que se deben de dar con la implementación de este nuevo sistema penal de justicia dentro del país, el Banco Mundial nos señala que:

*El buen funcionamiento de los sistemas de justicia son un componente clave del Estado Derecho. Es por eso que las reformas de los sistemas de justicia se han convertido en una importante área de cooperación al desarrollo. Los esfuerzos iniciales de la reforma legal se centraron en los cambios a las leyes de fondo, ahora es ampliamente reconocido que la redacción de nuevas leyes es de por sí insuficiente. La reforma de las instituciones de crear, aplicar y hacer cumplir la ley también es necesaria.*⁷⁶

⁷⁵ Ramírez Bastidas, Raquel J., *Elementos del sistema penal acusatorio*, Colombia, Ed. Leyer, 2010, p. 31.

⁷⁶ Banco Mundial, "Reformas de Justicia", <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTINST/0,,contentMDK:20745874~menuPK:1990161~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:1974062,00.html>, fecha de consulta 17 de septiembre del 2013.

Como se aprecia lo citado con anterioridad, deja en claro que el cambio es necesario en muchas ocasiones para buscar el desarrollo, es por eso que México ha adoptado por el cambio, quedando reflejado con la reforma constitucional actual. Retomando el antecedente de la reforma constitucional de junio del 2008, deja en claro que tanto el Banco Mundial, como el Fondo Monetario Internacional, son organismos internacionales que apoyan en gran medida a México, es por eso que dentro de sus recomendaciones, para un mejor desarrollo del país fue que se cambiara el tipo de aplicación de justicia, siendo esta algunas de las motivaciones que llevaron a la implementación de este nuevo sistema.

En este sentido en el siguiente apartado se retoman algunos antecedentes dentro del ámbito internacional, los cuales tienen como objetivo la adopción de este nuevo sistema de aplicación de justicia.

A. En el ámbito Internacional

Dentro del ámbito internacional es muy importante el apoyo que los distintos organismos les han dado a los países, siendo México uno de estos, motivo por el cual dichos órganos les hacen recomendaciones para mejorar y poder desarrollarse de acuerdo a las nuevas tendencias globales, acerca de esto el mismo Banco Mundial comenta:

El apoyo del Banco Mundial a México se realiza en varios ámbitos tales la reducción de la pobreza y las desigualdades, el incremento de la competencia, o el reforzamiento a las instituciones. En este último rubro, una ficha del Banco Mundial habla del establecimiento de un sistema judicial más eficaz, que permita a la vez abrir el acceso a la justicia para los pobres y mejorar el funcionamiento de los tribunales de comercio. Al respecto, el proyecto de Modernización de la justicia tiene por objetivo mejorar la manera de rendir justicia en ciertos Estados de la República, con la finalidad de permitir un mejor acceso a la justicia a los administradores.⁷⁷

⁷⁷ Islas Colín, Alfredo. Et al., *Juicios Orales en México, Tomo I*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, p. 10.

Como se mencionó las organizaciones que apoyan al desarrollo de México, le aconsejan para que siga el camino posible para la prosperidad nacional. En este sentido México recibe apoyo económico de parte del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, es por ello que de ahí antecede el cambio o paradigma principal de los juicios orales, ya que en forma de recomendación estos organismos emitieron a México el impulso del mismo tipo de justicia, esto con el propósito de que sus aliados generalicen u homogenicen sus relaciones, y así sigan teniendo acuerdos, pactos y tratados internacionales con el fin del intercambio comercial, diplomático y búsqueda de desarrollo, siendo esto en base a la unificación de sistemas.

Uno de los beneficios que trae consigo la globalización dentro del derecho y el impacto que tiene dentro del país nos comenta Juárez Cacho que se encuentran:

El beneficio de la globalización de la economía, es que esta presiona a los países subdesarrollados, a firmar acuerdos internacionales, para unificar sus leyes bajo principios garantistas y de derechos humanos, pero también con estándares de eficiencia y justicia pronta, para acelerar el crecimiento de los negocios y mejorar la seguridad y nivel de vida de las personas y garantizar la equidad y derechos humanos.

Unificar el derecho, para favorecer la producción y el libre intercambio de mercancías, impedir monopolio, reducir las desigualdades regionales y garantizar la seguridad de las personas, es sobre lo que trabajan los legisladores en todo el mundo.⁷⁸

Como se desprende del párrafo anterior con el cual concuerdo, es que la presión que se ve reflejada para cambio en el país es para bien, que una nación para alcanzar desarrollo y por lo tanto tiene que entrelazarse con otras naciones y así lograr grandes avances.

⁷⁸ Juárez Cacho, Ángel, *Las audiencias en el proceso penal acusatorio y juicio oral*, 7ª Edición, México, Ed. Raúl Juárez Carro, 2009, p. 25.

B. Ámbito Nacional.

Los juicios orales en México han existido en diversas manifestaciones jurídicas, desde el derecho prehispánico, pasando por la conquista, la colonia y la independencia, hasta continuar con la práctica de la oralidad. Si bien es cierto que la oralidad se ha manifestado en el orden jurídico mexicano, en diversas modalidades estas siempre se han reflejado con alguna forma de oralidad, ya de manera completa, o bien, mezclada con el procedimiento escrito.

En consecuencia con lo expuesto podemos concluir en el sentido de que en México los procedimientos orales siempre han estado presentes en los diversos órganos jurisdiccionales que han estado establecidos desde tiempos prehispánicos, ya que en diversas áreas del derecho se retoma la oralidad, así como también en algunos estados de la república mexicana, ya se llevaban a cabo juicios orales en materia penal como en los estado de Oaxaca y Chihuahua, esto anteriormente a la reforma del 2008.

Como se mencionó en renglones anteriores la oralidad se practicó en varios periodos históricos, siendo estos desde épocas muy antiguas, hasta en épocas actuales, al respecto Urosa Ramírez nos comenta:

Debemos recordar que en México algunos procedimientos penales fueron orales, Hace varias décadas. Desde la presidencia de Comonfort existió la preocupación de instaurar un jurado popular para juzgar delitos de orden común, pero sería bajo el auspicio de Benito Juárez cuando cristalizaría el proyecto mediante un diseño de justicia penal transparente, derivado de la Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal de quince de junio de 1869.⁷⁹

Como antecedente nacional, en el cambio y aplicación de justicia, en cuestión del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, es importante mencionar, aparte del antecedente remoto que es muy vago, tenemos el antecedente más próximo, el cual si presenta registro, que es la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, la cual fue aprobada, para que todas las

⁷⁹ Urosa Ramírez, Gerardo Armando, *Introducción a los juicios orales en materia penal*, México, Ed. Porrúa, 2013, p. 7.

entidades, cambien su aplicación de justicia, que de ser un sistema inquisitivo mixto, dio un gran giro, para pasar a ser un sistema acusatorio adversarial, en donde los Estados tiene como plazo máximo para empezar a aplicarlo hasta el año 2016, dicha reforma constitucional, y dichos cambios en el sistema de aplicación de justicia, son en búsqueda del bien común, aunque cueste trabajo adaptarse al cambio, serán cambios para bien.

Al respecto el autor Juárez Cacho comenta: “México y Panamá son los últimos de Latinoamérica, en incorporarse al sistema procesal acusatorio”.⁸⁰ De tal modo que México es de los últimos países de Latinoamérica en aplicar el sistema acusatorio, esto desglosa que existía oposición al cambio, y abstinencia a la adopción de dicho sistema.

Como se ha visto reflejado en la actualidad y como menciona el autor anterior, en México ante la adopción del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial tras la reforma constitucional del 2008, se ha visto dichos cambios desde dos puntos, para algunas persona lo toman a mal por la cuestión de que el cambio requiere grandes sacrificios, el cual visto desde el punto de aplicación de justicia se tendrán que actualizar y adaptar a dichos cambios, y visto desde otro punto los cambios tomados como buenos debido a que este tipo de sistemas, que es el acusatorio adversarial, trae grandes beneficios para solucionar conflictos, y garantiza el respeto de los derechos fundamentales, lo cual ha sido de gran agrado para muchos que forman parte en la aplicación y administración de justicia.

III. El Sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial

El sistema acusatorio adversarial, es novedad en cuanto aplicación de justicia, ya que en el país, dicho sistema por ser actual, tras los cambios y paradigmas del derecho resulta en ocasiones confuso para algunas personas que están inmiscuidas en el área, mas no es imposible, es cuestión de adaptarse a los cambios que se presentan en las sociedades, se pretende con lo mismo grandes beneficios para el gobernado, ya que el mismo sistema de enjuiciamiento

⁸⁰ Juárez Cacho, Ángel, *op. cit.*, Nota 78, p. 39.

garantiza una serie de ventajas y soluciones de forma inteligente, donde incluye una serie de aspectos para poder lograr dichos beneficios.

Hablando al respecto de los beneficios que puede traer consigo el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial y los objetivos que este persigue, Carbonell Miguel nos señala:

*Los sistemas acusatorios parten de un principio diferente. El objetivo es resolver conflictos que surjan entre las partes con el énfasis puesto en el resarcimiento del daño que ha sufrido la víctima. La diferencia no es menos. Bajo un sistema acusatorio, es común que un problema penal se resuelva sin agotar todas las instancias procesales. De hecho, a través de mecanismos alternos de solución de controversias, la gran mayoría de los casos se resuelven antes de llegar a la celebración de la audiencia pública y oral. Esto descongestiona el sistema penal para concentrar los recursos institucionales, humanos y financieros, en la resolución de los delitos que así lo ameriten.*⁸¹

Como se observa con la idea del autor, se encuentra que uno de los beneficios relevantes que tiene el nuevo sistema de justicia es que no es necesario agotar las instancias procesales, lo cual trae beneficios no solo para las partes del proceso, los cuales ahorran tiempo y obtienen una mejor solución al problema, sino también para la sociedad en general, debido a que se descongestionan los tribunales y así se obtiene respuesta mas rápida y expedita a los juicios que si deben llevarse a proceso.

Otro aspecto relevante dentro de los sistemas acusatorios es la aplicación de medidas alternas de solución de conflicto, que permiten resolver de una manera inteligente y eficaz, al respecto el Dr. Carbonell nos señala:

Las medidas de solución alternas se desarrollan en un marco institucional que promueve el respeto a los derechos de víctimas y acusados. En una reunión ante un mediador profesional, con la presencia de las partes y sus abogados, se busca establecer acuerdos reparatorios que restituyan el

⁸¹ Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en Mexico*, 4ª edición, México, Ed. Porrúa, 2012, p. 29.

daño que ha sufrido la víctima. De llegar a un acuerdo, las partes lo presentan ante el Juez de Garantías, quien velará para que su contenido sea proporcional, voluntario y respetuoso de los derechos de la víctima y el acusado. De proceder, se dará el proceso penal por concluido o incluso se le tendrá por no iniciado.

La efectividad de un sistema acusatorio-oral se fortalece con la presencia conjunta de los mecanismos alternos de solución de controversias y de la audiencia oral. Ambos procesos son complementarios entre sí. Por un lado, las mediaciones son más efectivas dado que las partes saben que al final del proceso hay una audiencia pública, oral y transparente. Es común que las partes prefieran un acuerdo antes de ventilar su problema jurídico en público. En términos populares “es mejor lavar la ropa sucia en casa.”⁸²

Por consiguiente y como se ha venido expresando en el desarrollo la presente investigación, con la reforma constitucional del 2008 y su aplicación a nivel nacional, dentro la que se da entrada al cambio de sistema de enjuiciamiento penal, traerá grandes consigo grandes beneficios en su aplicación, ya que el delito no queda impune, la víctima es tomada en cuenta, en la mayoría de los casos se resuelven sin agotar todas las instancias procesales, el sistema penal se descongestiona, se procura el respeto de los derechos fundamentales, haciendo su efectividad algo satisfactorio, y lo más relevante es en general lo que ofrece el sistema acusatorio adversarial, solución a los problemas, acabar e innovar en cuestión de aplicación de justicia.

Dentro de los cambios al sistema de aplicación de justicia, es decir de un sistema inquisitivo mixto al sistema acusatorio adversarial, es importante mencionar que dentro de las ventajas y beneficios que trae dicha reforma constitucional es que el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial cuenta con varias etapas del procedimiento, así como formas alternas para solucionar los problemas y criterios benéficos para las partes, por mencionar algunos los medios alternativos, la justicia restaurativa, juicio abreviado, criterios

⁸² *Idem.*

de oportunidad, lo cual viene con un fin garantista, y ofrece una gama de alternativas para las partes en conflicto, esto servirá de gran apoyo en cuestiones de delitos de bagatela o culposos, y evitar más problemas y buscar solución a los mismos.

Es por ello que ante dichos cambios, es necesario que quienes estén inmiscuidos en la aplicación de justicia deben de abrir sus mentalidades al cambio para así adaptarse a los mismos, al respecto Juárez Cacho nos comenta:

Todo sistema de justicia debe ser una filosofía, para una habida practica que no complique la existencia, ética en los negocios, moral en las relaciones de familia, cívica como miembros y contribuyentes de la polis., de equidad y felicidad comunitaria. También debe ser una ciencia y técnica, para la comunidad resuelva sus diferencias en un breve debido proceso y con el menor desgaste de sus recursos humanos y materiales, a fin de que las pugnas intermediables, no mermen su capacidad generadora de paz y riqueza.⁸³

Como menciona el autor y coincido con su comentario, los cambios que se vayan generando a como lo vaya requiriendo la sociedad, no deben complicar la existencia, si no el contrario adaptarnos a ellos y así aplicar lo mejor de ello, ya que dichos cambios se buscan para el bien social y el desarrollo.

Otras de las cuestiones importantes dentro de los cambios que existen es que los jueces tienen un cambio rotundo y tendrán más trabajo al haber sido un giro a como estaban acostumbrados, de tal modo que deben actualizarse en la forma que se llevaran los nuevos procesos.

La aplicación del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, por ser novedoso, por sus estructuraciones procesales es importante que el juzgador adquiera nuevo perfil para la aplicación de justicia en materia penal por eso es importante conocer el sistema, en este sentido Valadez Díaz nos comenta que:

⁸³ Juárez Cacho, Ángel, *op. cit.*, Nota 78, p. 77.

El perfil que deben adquirir los nuevos juzgadores del sistema es que deben ser especialistas en la materia para no caer en errores, deben que tener la capacidad para aprender las nuevas exigencias requeridas para impartir justicia, deben tener también la capacidad de escuchar el derecho con la finalidad de generar malicia al impartir justicia, pero dicha malicia debe ser utilizada no para afectar, así como también deben tener capacidad para adaptarse en el manejo de impartición de justicia, manejar tecnología, tener capacidad para dirigir con orden las audiencias, manejar un lenguaje jurídico sencillo para así darse a entender ante las partes del procedimiento, y que tenga sentido crítico de la realidad, además deben tener una visión por el respeto y legalidad de las garantías, así como también saber de las alternativas que ofrece el sistema para terminar con la Litis.⁸⁴

Como se observa la obligación del juzgador de actualizarse en distintos temas es relevante, por lo que es necesario que estos no dejen de lado las reformas, ya que para poder aplicarse de manera correcta este nuevo sistema judicial es de vital importancia que el juez se encuentre capacitado de la manera correcta, de lo contrario no se aparecerían de manera correcta los beneficios y ventajas que tiene el nuevo sistema.

Al respecto de las características que tiene el sistema acusatorio adversarial y dentro de las ventajas que tiene Miguel Carbonell nos comenta que: “Los sistemas acusatorios son considerablemente más abiertos y transparentes. Ante la ausencia de expedientes, la apertura del sistema depende de la publicidad de las audiencias. Esto establece un amplio nivel de transparencia prácticamente por diseño”.⁸⁵

El sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, trae consigo una gama de alternativas en cuestión de solución de problemas, tan es así que durante sus etapas se puede recurrir a estas oportunidades que ofrece. De tal

⁸⁴ Valadez Díaz, Manuel, *El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral*, México, UNAM, 2013, p. 19.

⁸⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 81, p.54.

modo que dentro de los cambios que trae consigo el cambio de sistema de enjuiciamiento es la actualización sobre estas alternativas de solución.

Dentro de todo lo mencionado las ventajas que se esperan con el sistema acusatorio adversarial, es que ofrece beneficios que no se tenían dentro de los sistemas anteriores, al respecto Domínguez Náñez nos señala:

El nuevo modelo de justicia penal comprende los llamados procedimientos especiales, que son aquellos que se tramitan de manera distinta al procedimiento ordinario, puesto que se rigen por normas procesales propias, aunque de manera supletoria, en lo no previsto y siempre que no resulten opuestas a las normas que regulen los juicios especiales, se aplicaran las normas procesales relativas a los juicios ordinarios, e incluso, en ocasiones, se tramita ante una autoridad distinta.

Estos procedimientos tienen como finalidad la economía procesal y facilitar el acceso a la justicia de los grupos vulnerables, como es el caso de los inimputables y las personas pertenecientes a grupos indígenas.⁸⁶

El sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, el cual entra a través de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, tiene consigo beneficios que como se ha venido mencionando durante la presente investigación, es importante mencionarlos, al igual que sus ventajas, objetivos y desventajas.

Una de las deducciones personales hechas al realizar un análisis global exhaustivo de beneficios, ventajas y objetivos, llegando al resultado que también este tipo de aplicación de justicia tiene una gran finalidad, la cual dicha finalidad la podemos retomar en sí, el resolver conflictos, acabar con la impunidad, buscar armonía y paz social y el respeto a los derechos fundamentales del ser humano.

Al respecto de los objetivos que persigue el presente sistema de enjuiciamiento, Islas Colín nos señala que estos son:

- a) *Justicia accesible.*
- b) *Justicia eficaz.*
- c) *Justicia pronta y expedita.*

⁸⁶ Domínguez Náñez, Freddy, et al, *Juicios orales en México crítica y análisis*, Tomo V, México, Ed. Jurídica, 2011, p. 28.

d) *Certeza jurídica y garantía de procedimientos apegados al debido proceso.*

e) *Respeto a garantías individuales de la víctima e imputado.*

f) *Justicia alternativa y restaurativa.*

g) *Transparencia en el proceso.*

h) *Reducir el índice de impunidad.*⁸⁷

Adicionales ha los objetivos que nos marca el autor anterior, por su parte Sánchez Zepeda identifica los siguientes:

El objetivo principal es el mantenimiento de las garantías fundamentales de los imputados durante la investigación penal y durante el proceso de juzgamiento.

*Para alcanzar este objetivo, de acuerdo a las premisas descritas en el punto anterior, el procedimiento debe de ser oral, pues, la acusación frente al juez y el surtimiento de las pruebas en el juicio, cumplen la inmediación requerida por la teoría que fundamenta el sistema. La acusación debe de ser enfrentada “cara a cara” por el imputado, al igual que cada una de las pruebas que fundamentan la acusación. Se resguarda su debido proceso.*⁸⁸

Lo mencionado tiene como resultado que se cumpla con el respeto de los derechos fundamentales y una aplicación y administración de justicia en base a las necesidades sociales es por eso que mediante los principios constitucionales se respaldan los derechos fundamentales de las partes en la implementación de justicia.

IV. Principios Constitucionales del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial

Los principios en el sistema acusatorio, son los cimientos que dan origen a la aplicación de justicia en cuanto al sistema de enjuiciamiento penal acusatorio

⁸⁷ Islas Colín, Alfredo et al. , *op. cit.*, nota 77, p. 19.

⁸⁸ Sánchez Zepeda, Rodolfo, Espino G., Miguel A., *Fundamento del sistema acusatorio y perspectiva de su implementación desde la experiencia latinoamericana*, México, Ed. Serie Estudios Jurisprudenciales, 2010, p. 43.

adversarial, que sirven para salvaguardar todo lo que promete dicho sistema, ya que con la estructuración de todo el proceso, se busca respetar la visión y objetivos del mismo.

Al respecto de los principios que rigen el sistema acusatorio adversarial, es necesario de manera inicial entender a que se refiere la palabra principio, al respecto Sotomayor Garza nos comenta que:

La aceptación más generalizada del vocablo principio, es la que se refiere a razón, fundamento, origen, de lo que nos lleva a concebir la idea de la importancia que estas traen consigo en cualquier materia o área del conocimiento humano.

Los principios a los que nos referimos en este capítulo, desde luego que no son los que se conocen como principios generales del derecho, ya que estos son válidos y tienen una aplicación general, en todas y cada una de las ramas del derecho. Los principios que se trataran en el presente capítulo son aquellos que tienen validez y en consecuencia son aplicables al sistema acusatorio adversarial, siendo conocidos estos principios como constitucionales mismos que se introducen en la reforma constitucional de junio de 2008.⁸⁹

Dentro del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial los principios rectores que lo rigen, de acuerdo a Márquez Gómez y Sánchez Castañeda nos indican que son los siguientes:

a) Oralidad: por el predominio de la expresión verbal sobre la escrita, porque el inculpado será juzgado en audiencia pública por un juez, en juicio predominantemente oral, donde las partes, testigos, peritos, el juez y su secretario expresaran sus argumentos de forma oral, que son conservados en audio o videograbación. Se conserva el uso de algunos documentos, como pueden ser el caso de los acuerdos probatorios.

⁸⁹ Sotomayor Garza, Jesús G., *op. cit.*, nota 63, p. 26.

b) Contradicción: en atención que la parte que defiende y la que acusa tiene posibilidad de debatir las pruebas aportadas mutuamente con el fin de que el juez pueda llegar a la verdad de los hechos.

c) Inmediación: porque el desahogo de todas las pruebas debe realizarse frente al juez.

d) Continuidad: atendiendo que el desahogo de las audiencias que componen el proceso, sin dejar transcurrir periodos de tiempo muerto.

e) Publicidad: porque toda persona puede conocer y presenciar el desarrollo del juicio.

f) Concentración: derivado de la regulación de dos audiencias específicas para el desahogo de todas las etapas procesales.

En cambio se destaca que estos principios están ausentes en el procedimiento escrito, en el que predominan el secreto de la causa, la mutabilidad del juez, el fraccionamiento de las audiencias”.⁹⁰

En la cita anterior se encuentra la conceptualización que el autor tiene de cada uno de los principios rectores del sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial. Hablar de principios es hablar de un respaldo en la correcta aplicación del derecho, en el caso que nos ocupa, es en el área penal, encaminado a la aplicación de justicia, como nos menciona la constitución en su artículo 20 existen diferentes principios que deben regir este sistema dentro de los cuales se encuentran que el proceso penal será acusatorio y oral, se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

En base a lo anterior, se hace referencia a los artículos que se reformaron de la constitución, pero hace mayor énfasis al artículo 20 constitucional donde nos explica claramente y nos ilustra que quiere decir cada uno de los principios constitucionales, a continuación de forma breve se narraran todos los puntos de los principios constitucionales que fueron reformados por la reforma constitucional del 2008, el cual quedo reestructurado en tres apartados.

⁹⁰ Márquez Gómez, Daniel y Sánchez Castañeda, Alfredo, *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio, el idealismo alrededor de los juicios orales en México*, México, UNAM, 2012, p. 48.

Dentro del apartado A se detalla claramente los principios generales mediante los cuales se rige el proceso penal acusatorio donde nos dice que será oral, así mismo se divide en 10 fracciones las cuales detallan que el proceso penal será con el objeto de esclarecer los hechos, que el delito no quede impune y que se reparen los daños, dando con esto un giro y protegiendo así mismo a la víctima, logrando con esto no quede desamparada como en los sistemas de aplicación de justicia anteriores. Adicionalmente nos señala que todas las audiencias son ante la presencia del juez, la carga de la prueba le corresponde a la parte acusadora, acabando con esto el esquema anterior y quedando regido bajo la presunción de inocencia.

Dentro del mismo artículo pero en su apartado B, se encuentra que este nos habla de los derechos del imputado y la forma de protección, ya que no hay que olvidar que este tipo de sistema es garantista y protege a las partes en litigio. Finalmente dentro del apartado C se encuentran plasmados los derechos de la víctima, por lo que aquí podemos encontrar temas relacionados a ayudar y respaldar a la víctima y así garantizar la correcta aplicación de la ley.

Hablar del sistema de enjuiciamiento acusatorio penal adversarial, el cual entra en vigor en nuestro país con la reforma del 2008, es hablar de diferentes cuestiones relevantes que tienen que ver con el respaldo de los derechos fundamentales, dichas decisiones son tomadas en base a los estudios de los fenómenos sociales, por lo que es necesario mencionar que este cambio fue en base a un análisis exhaustivos, logrado en base a las políticas criminales y las políticas públicas que fueron tomadas en cuenta antes de adoptar el sistema acusatorio, acerca de lo anterior el autor Islas Colín comenta:

El papel preponderante de la política pública es ofrecer la mejor solución a los problemas que atañen a toda la sociedad para mejorar su estatus y sus capacidades. De ahí que la política pública deba ser diseñada e instrumentada de tal forma que ayuden a eliminar los obstáculos que impiden dinámicas crecientes en los aspectos económicos, sociales y político.

*De no tomar la mejor decisión o alternativa se puede incurrir en el error de beneficiar o afectar a determinados grupos sociales, por lo que la política pública podría resultar ineficiente.*⁹¹

Como menciona el autor anterior con el cual coincido rotundamente, es importante antes de someterse al cambio analizar y estudiar las necesidades que requiere una sociedad antes de tomar cualquier decisión, para lograr con eso un buen desarrollo y cambio en todos los ámbitos y sectores sociales que existen en determinado contexto geográfico, es por ello que se toma en cuenta en todos los aspectos y para eso sirve las políticas públicas.

V. Beneficios y ventajas del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial.

En el presente apartado se encuentran una gama de beneficios y ventajas que traen consigo la adopción y aplicación del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial en cualquiera de sus etapas en las cuales se encuentra dividido, para darnos una noción de estas etapas procesales que se tienen dentro del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, en este sentido López Betancourt nos señala las siguientes:

El nuevo sistema procesal plantea la existencia de tres etapas, a saber:

A) La de investigación.

B) La intermedia.

*C) La correspondiente al juicio oral.*⁹²

Estas tres fases de las cuales forman parte del sistema acusatorio, es notorio que a comparación de los diferentes sistemas que han servido como aplicadores de justicia es el más conveniente y el que más cumple con las necesidades sociales, ya que contempla estándares garantistas, donde abarca una serie de beneficios que dan fin con el problema, en ocasiones logrando acabar con el mismo, sin culminar alguna de las etapas.

De acuerdo al Dr. Armienta Hernández las ventajas que trae consigo la aplicación del sistema acusatorio adversarial son las siguientes:

⁹¹ Islas Colín, Alfredo, Et Al, *op. cit.*, nota 77, p. 20.

⁹² López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, Nota 65, p. 11.

- 1) *Mayor celeridad, energía, agilidad y naturalidad en la exposición*
- 2) *Fácil adaptación del informe a cada caso*
- 3) *Posibilidad de eliminar malas interpretaciones*
- 4) *Alejamiento de falsedad y triquiñuelas*
- 5) *Publicidad de los debates*
- 6) *Otorgamiento franco de audiencias a las partes*
- 7) *Proceso más económico que el escrito.* ⁹³

Como es mencionado en el párrafo anterior, esas son algunas de las ventajas que trae consigo el sistema de enjuiciamiento penal adversarial. En base a un análisis del mismo sistema de enjuiciamiento considero que otras ventajas que pueden retomarse son las formas anticipadas de terminación de proceso, criterios de oportunidad, medios alternativos de solución de conflictos y la justicia restaurativa.

Es importante identificar que dentro de las formas de terminación de conflicto, una de las figuras relevantes es la justicia restaurativa, ya que en tiempos actuales este tipo de justicia se introdujo con el fin de romper los esquemas de aplicación de justicia punitivos y tienen gran impacto en el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, por tener una mejor forma de solución de conflictos entre las partes.

Ante esta serie de ventajas es notable que el sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial y la justicia restaurativa tiene consigo un número considerable de beneficios y ventajas, sin embargo también existen ciertas desventajas de la aplicación del sistema, al respecto el Dr. Gonzalo Armienta nos comenta que son las siguientes:

- 1) *Los fiscales letrados poco diestros no están en condición de exponer con exactitud*
- 2) *La fugacidad de la palabra hablada*
- 3) *Posibilidad de que algo importante sea olvidado o no fuere oído*
- 4) *Dificultad para fijar la materia procesal.*⁹⁴

⁹³ Armienta Hernández, Gonzalo, *El juicio oral y la justicia alternativa en México*, México, Porrúa, 2009, p 37.

Al respecto del análisis de las ventajas y desventajas que se tienen dentro del sistema acusatorio adversarial, se encuentra que el número de ventajas es mayor, en este sentido y citando nuevamente al Dr. Armienta, él nos comenta sobre los beneficios que tiene este nuevo sistema, indícanos que:

Por mi parte considero que indudablemente son más las ventajas que las desventajas pues con el solo argumento de que se alejan las falsedades y las triquiñuelas del procedimiento es suficiente para que se prefieran los juicios orales.

Es necesario adicionar a las ventajas de la oralidad la necesaria inmediatez que debe de existir en el desarrollo del juicio ya que constituye un requisito indispensable la presencia del juzgador en las audiencias que se desarrollen y sobre todo en la audiencia del juicio, lo cual sin duda trae aparejado un conocimiento exacto de la Litis y del inculpaado y como consecuencia una sentencia lo más justa.⁹⁵

Dentro de todas las ventajas que se han mencionado podemos seguir encontrando aun más dentro de este nuevo sistema de enjuiciamiento, a continuación se mencionan otros de los beneficios y ventajas que trae aparejado beneficio dicho sistema, dentro de las cuales encontramos que este sistema se ha sido aplicado en muchos países con carácter democrático como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Alemania, entre otros, en este sentido analizando su política criminal podemos encontrar que la aplicación del sistema les ha permitido mejores resultados entre las soluciones del conflicto y la reinserción social de los ofensores, sin embargo aun con estos resultados México ha sido de los últimos países en adoptarlo, aunque en algunos Estados de la república ya se estaban aplicando el sistema acusatorio adversarial como lo son Chihuahua y Oaxaca.

Las ventajas que se han visto reflejadas en los países donde se ha promovido y se lleva a cabo este tipo de justicia, se pueden ver grandes desarrollos y beneficios, dentro de las ventajas que se pueden mencionar con la

⁹⁴ *Idem*

⁹⁵ *Ibidem*, p.51.

aplicación de este tipo de justicia se encuentran la rapidez en cuestión de solucionar conflictos, transparencia al resolver los conflictos, formas anticipadas de terminar con la Litis, el respeto de los derechos fundamentales del hombre consagrada ante organismos, tratados y pactos internacionales, economía procesal, menos desgaste para la víctima y victimario.

Adicionalmente permite mejorar las relaciones internacionales de México con países donde se encuentra en pactos y tratados internacionales, así como mejorar las relaciones diplomáticas entre los países al homologar los tipos de sistema de aplicación de justicia o criterios de solución de conflictos, además de un mejor desarrollo y por consiguiente se tienen beneficios en todos los sectores sociales, también es importante mencionar que dentro de las ventajas importantes es que se pretende regresar la confianza a la aplicación de justicia,

Si se hace un estudio y análisis exhaustivo del sistema acusatorio, es notorio que se llegara a la conclusión que son más las ventajas que las desventajas del mismo, es por ello que hasta la fecha no se ha visto que algún país que haya adoptado este tipo de sistemas, haya abortado tal decisión, en consecuencia este tipo de sistema es útil en los tiempos actuales.

Como ya es visto el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial tiene grandes beneficios y ventajas en comparación a las mínimas desventajas, antes de concluir este apartado es importante mencionar algunos puntos relevantes que nos trae la reforma constitucional de 2008, señalando el autor Zepeda Lecuona las siguientes:

A. El eje del sistema penal pasa a ser el juez, que rige el proceso y controla la actividad de la policía y el ministerio público.

B. Todas las audiencias serán orales y grabadas, terminando con el anacrónico, ineficiente, bromoso y poco transparente sistema de expedientes escritos.

C. Se establece un proceso con un juez imparcial con igualdad entre las partes (ministerio público que acusa y el abogado defensor que asesora al acusado).

D. La audiencia pública da transparencia al proceso y le dejara claro a la sociedad los hechos y la forma en que están siendo juzgados.

E. Sistema de salidas alternas.⁹⁶

Con la idea del autor anterior se encuentran resumidas algunas de los beneficios que trae consigo el sistema acusatorio adversarial que se han venido desarrollando a lo largo del capítulo, observándose de tal forma la importancia que tiene el mismo y el impacto positivo que tendrá dentro de la aplicación de justicia a nivel nacional.

⁹⁶ Zepeda Lecuona, Guillermo, *La justicia penal alternativa en el modelo de justicia penal de Chihuahua*, México, UNAM, 2010, p. 41.

CAPITULO III. DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS.

I. Generalidades de la justicia alternativa

Observamos que con el paso de los tiempos y ante los cambios que se van dando en las sociedades van surgiendo nuevos problemas y necesidades, he ahí donde ante la evolución social, han surgido en nuestro contexto nuevas formas de solucionar conflictos, viviendo en la actualidad tras estos giros la forma de aplicar justicia alternativamente, a través de los medios alternativos de solución de conflictos mediante sus herramientas como mediación, conciliación, negociación y arbitraje en la cual se introduce de carácter constitucional y legal a nuestro país, mismas figuras que vienen a ofrecer nuevos cambios en las relaciones sociales.

En el país el primer Estado en aplicar un proyecto relacionado con la Justicia Alternativa fue Quintana Roo, quien en 1997 realizo las modificaciones necesarias a la legislatura local con la finalidad de establecer el derecho de todos los habitantes a resolver sus conflictos por medio de la conciliación o la mediación.

La justicia alternativa se introdujo en el sistema de enjuiciamiento con el propósito de regular los conflictos que se presentan en la sociedad debido a que en las relaciones interpersonales día a día se encuentran con muchos conflictos y pocas soluciones es por ello que actualmente podemos acudir a las diferentes herramientas de solución de conflictos como la mediación, negociación, conciliación y arbitraje.

Al respecto de la justicia alternativa y los efectos que esta tiene Bellosa Martin comenta que: “Estos medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos en ocasiones son complementarios, sucesivos o previos a la vía jurisdiccional, pero no puede olvidarse que también constituyen vías alternativas.”⁹⁷

La ley de justicia alternativa en materia penal pretende inducir la cultura de la paz social para que los conflictos en materia penal se solucionen a través del dialogo a través de los diferentes mecanismos alternativos de solución de controversias, y la misma ley establece principios, bases, requisitos, condiciones y

⁹⁷ Bellosa Martin, N, “Un paso más hacia la des judicialización”, *Revista Electrónica de Direito Processual*, Brasil, Año 2, enero-diciembre de 2008, pp. 257-291.

procedimiento de los mismos, con el fin de que se haga efectiva la justicia restaurativa mediante la participación de las partes, estos son formas no jurisdiccionales de solución de controversias en materia penal.

Acerca de las formas en que se puede solucionar el conflicto dentro de la justicia alternativa pueden ser de dos tipos, la autocompositiva y la heterocompositiva. En cuestión de la primera forma, es decir la autocompositiva, el autor Marín Gámez nos indica que:

Se caracteriza la autocomposición por ser las mismas partes en conflicto las que apuestan por una solución intermedia o pretendidamente negociada. Solución que aparece propiciada por el sacrificio unilateral que cada una de las partes en litigio están dispuestas a soportar con tal de poner fin al conflicto, si es posible de una vez por todas⁹⁸

Los métodos autocompositivos de resolución de conflictos se caracterizan porque son las propias partes las que van a intentar poner fin a la controversia que las enfrenta.

Al respecto de los métodos alternativos de solución de conflicto heterocompositivos, es decir aquellos que interviene un tercero quien toma decisiones para solucionar el conflicto, a diferencia de los autocompositivos aquí las partes solucionan solo sus conflictos.

Los métodos alternativos de solución de conflicto pueden dividirse de acuerdo a la persona que decida la forma en que se terminara el conflicto, en este sentido Pelayo Lavín nos señala: “Son autocompositivos cuando son las propias partes las que solucionan el conflicto, ya sea o no con la ayuda de un tercero y heterocompositivos cuando el litigio es resuelto por un tercero ajeno a las partes en conflicto”.⁹⁹

En este sentido como menciona el autor citado con anterioridad en la autocomposición las partes solas resuelven el conflicto aunque sea dirigido por un

⁹⁸ Marín Gámez, J.A., “Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje”, *Derecho privado y constitución*, España, núm. 16, pp. 223-258.

⁹⁹ Pelayo Lavín, Marta, *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos*, España, Universidad de Salamanca, 2011, p. 20.

tercero, a comparación la heterocomposición el problema se resuelve por un ajeno al conflicto.

Al respecto de la heterocomposición y sus características que lo diferencian de la autocomposición Junco Vargas nos indica que: “La heterocomposición es una solución impuesta desde afuera, es la intervención de una autoridad legítima que el Estado ha institucionalizado para darle una solución a una controversia, siguiendo el debido proceso y dando oportunidad de defensa a quienes se vean involucrados”¹⁰⁰

Como menciona el autor citado, lo heterocompositivo es lo impuesto después de la intervención mediante algún proceso después de haberse seguido algunas formalidades de alguna autoridad.

Al respecto existen a su vez autores que consideran que algunos métodos alternativos de solución de conflicto se encuentran en una línea media entre la autocomposición y la heterocomposición como es el caso de Ovalle Favela quien nos dice: “La mediación y la conciliación ocupan una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición”.¹⁰¹

Como quedo claro dentro de la autocomposición las partes intentan solucionar solas el conflicto, puede intervenir un tercero pero no tiene capacidad de decisión, pudiendo ser estos la negociación, mediación, conciliación, a diferencia de la heterocomposición.

II. Concepto de justicia alternativa.

A partir de las reformas constitucionales del 2008 se incorporaron al sistema legal los mecanismos alternos de solución de controversias,

En base a la Ley de justicia alternativa en materia penal para el Estado de Sinaloa encontramos un claro concepto acerca de la justicia alternativa la cual nos dice que es todo proceso en el que la víctima u ofendido y el imputado, participan conjuntamente, de forma activa, en la resolución de las cuestiones derivadas del

¹⁰⁰ Junco Vargas, José Roberto, *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales en el sistema acusatorio*, 5ª ed, Colombia, ed. Temis, 2007, p. 47.

¹⁰¹ Ovalle Favela, J., *Teoría general del proceso*, 4ª edición, México, Oxford University Press, 1998, p. 26.

delito, con la ayuda de un Facilitador capacitado, en busca de un resultado restaurativo, en el que se privilegiará la reparación del daño.

III. Los medios alternativos de solución de conflictos en México

A. Antecedentes de los MASC en México.

Los MASC como se identifican en México han sido denominados diferentemente en varias partes del mundo, lo que da como resultado que el avance sea desigual en las distintas partes del mundo. Hablando de nuestro contexto las diferentes herramientas como mediación, conciliación, arbitraje fueron introducida por primera vez en algunas entidades federativas en años anteriores a la reforma constitucional del 2008, ante los paradigmas en el derecho y ante los cambios y necesidades que fueron surgiendo en la sociedad, se introducen con carácter constitucional y legal mediante la reforma constitucional de 2008 de forma generalizada estos medios alternativos de solución de conflictos.

B. Definiciones y características de los MASC.

En cuestión de los métodos alternativos de solución de controversias (MASC) se encuentra que estos son herramientas que permiten terminar el problema sin la necesidad de activar al órgano jurisdiccional, adicionalmente González Cossío dice que: “Los MASC son procesos que pueden ser utilizados para la solución de diferencias de forma amigable, flexible y sin la necesidad de recurrir a métodos netamente adversariales.”¹⁰²

Una clasificación de los Métodos de resolución de conflictos es la de adversariales o contenciosos y pacíficos no adversariales. Por otro lado Azar Mansur nos especifica que los MASC pueden ser clasificados en tres clases, las cuales son las siguientes:

- a) *Métodos Bilaterales, en los que las partes buscan solucionar por ellas mismas o por sus representantes la disputa. Ejemplo: La Negociación;*
- b) *Métodos trilaterales, en los que existe un tercero (s) neutral (es) e imparcial (es) para favorecer la comunicación y el diálogo entre las partes en conflicto con el objetivo de lograr un acuerdo. Ejemplo:*

¹⁰² González Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, ed. Porrúa, 2004, p. 25.

Mediación y Conciliación;

c) Métodos trilaterales vinculatorios, en los que el o los prestadores de servicios de MASC imponen la solución, de forma similar a un juez, pero con limitantes en su ejecución. Ejemplos: Arbitraje y Amigable composición.¹⁰³

En los Métodos contenciosos, como su nombre lo indica, existe un conflicto, una “litis”, reconocida por las partes, que ya no puede ser resuelta por ellas mismas, de ahí que requieran un proceso para dirimir sus controversias y de uno o más terceros que pueden determinar quién tiene la razón. Las características de dichos métodos son las siguientes de acuerdo a Gladys Álvarez son:

- a) Las partes están enfrentadas y son contendientes;*
- b) Un tercero decide por las partes;*
- c) En dichos procesos necesariamente una parte gana y la otra pierde, la solución es de “Todo o Nada”;*
- d) La resolución que pone fin al juicio está basada en la ley o en el precedente, no en la satisfacción de los intereses de las partes.¹⁰⁴*

Los MASC fomentan la participación de las partes involucradas en conflictos, estos métodos son de gran importancia ya que fomentan también valores en las personas. Así como también los MASC son métodos no adversariales que evitan poner en movimiento a los tribunales judiciales.

Con la información anterior puedo identificar como características de los MASC que es amistoso, confidencialidad, elección de las partes del tercero y el proceso, especialización, voluntariedad, neutralidad, flexibilidad, cooperativos y creativos, económicos y rápidos. Además encuentro que el objetivo de estas herramientas es descongestionar los tribunales, mayor celeridad en la resolución de contiendas, el mejoramiento del acceso a la justicia

Así como también son susceptibles de los MASC solo los delitos de querrela, los que procede el perdón de la víctima u ofendido delitos patrimoniales

¹⁰³ Azar Mansur, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: Dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, ed. Porrúa, 2003, p. 56.

¹⁰⁴ Álvarez, Gladys et al., *Mediación para resolver conflictos*, Argentina, ed. Ad-Hoc, 1995, p. 96.

que se cometan sin violencia sobre las personas, en los que no sean privativos de la libertad, pena alternativa o que no exceda de 5 años de prisión y carezca de interés social. En su caso el ministerio público o en su caso el juez en la audiencia de vinculación a proceso informaran a las partes la posibilidad de sujetarse a un mecanismo alternativo, en caso de aceptar se suspende la investigación o proceso por un plazo de treinta días que puede prorrogarse por 15 días más. En materia penal se puede utilizar los MASC antes, durante y después del proceso.

En consecuencia los MASC tienen como finalidad la pronta, pacífica y eficaz solución de los conflictos a través del diálogo, la comprensión, la tolerancia y mediante un procedimiento basado en la legalidad, la flexibilidad, la economía procesal y la satisfacción de las partes, la cual se expresará a través del convenio respectivo. Así como también los mismos tendrán sus propios centros, es un órgano de la Procuraduría General de Justicia del Estado, los servicios serán gratuitos y los agentes del ministerio público pueden fungir estas funciones bajo autorización del centro. Las partes son la víctima o el ofendido y el imputado, las partes tienen sus derechos y sus obligaciones.

Otra de las características distintivas de los MASC es el procedimiento en el cual podrá iniciarse de dos formas: la primera por solicitud, verbal o escrita, de persona interesada, ante el Centro de Mecanismos Alternativos, o la segunda por remisión del Ministerio Público o del Juez que conozcan del asunto cuando se advierta la voluntad de los interesados en solucionar sus controversias mediante un mecanismo alternativo

C. Los MASC y sus figuras.

Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos tienen sus propios principios como la voluntariedad, accesibilidad, legalidad, flexibilidad, equidad, inmediatez, imparcialidad, honestidad, confidencialidad, protección a los más vulnerables, economía, consentimiento informado, intervención mínima.

Dentro de los MASC encontramos diferentes figuras, que dentro de nuestro contexto son las más comunes, aclarando que unas son más recurridas que otras, dentro de los diferentes tipos de medios alternativos encontramos la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje.

El secreto de los medios alternativos de solución de conflictos, es que las partes decidan libremente y conjuntamente, así como en equilibrio en que medio van a basarse para solucionar sus conflictos.

Los métodos alternativos de solución de conflictos pueden referirse de diferente forma, de acuerdo al país al que nos estemos refiriendo, al respecto Pelayo Lavin nos comenta:

En los últimos años, encontramos la referencia a estos métodos bajo el acrónimo de ADR (Alternative dispute resolution), lo que se debe a la influencia americana. Sin embargo, actualmente se están empezando a denominar, bajo las mismas siglas, como Adequate dispute resolution. Al margen del término ADR, también se denominan frecuentemente a estos métodos de resolución de conflictos con la terminología francesa como MARCs (Methodes Alternatives de Resolution de Controversias). Por tanto, cuando nos encontremos ante cualquier acrónimo de los señalados, se estará haciendo alusión a los métodos alternativos de resolución de conflictos.¹⁰⁵

Las denominaciones de los MASC depende del contexto donde se desenvuelvan su nombramiento ya que son denominadas de diferentes maneras, en México son conocidos como medios alternativos de solución de controversias aun que en el resto del globo terráqueo pueda variar su denominación y abreviación.

A continuación se mencionan las diferentes figuras de los medios alternativos de solución de controversias, iniciando con la mediación. Al respecto el autor Andrés Ciurana pone de manifiesto que:

La mediación y los demás métodos de solución de conflictos no deben entenderse como alternativas a la jurisdicción, ni siquiera como complemento de ésta. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse como medios independientes de

¹⁰⁵ Pelayo Lavin, Marta, *op. cit.*, nota 99, p. 39.

*acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos.*¹⁰⁶

Los medios alternativos de solución de conflictos son complemento de la justicia restaurativa para poder así mejorar en la aplicación de justicia donde se busca que se restaure el daño y se disuelva el conflicto, donde las partes lo hagan de forma voluntaria y queden satisfechas.

IV. Tipos de medios alternativos de solución de conflictos.

A. Mediación

En los últimos tiempos la mediación se ha puesto de moda y ha sido uno de los medios alternativos de resolución de conflictos más frecuentados para resolver discrepancias, siendo de gran auxilio en las realidades sociales, siendo de gran apoyo ya que se pueden solucionar los problemas a través de esta vía de forma más rápida, económica y encaminada al caso a resolver, y la solución es encontrada entre las partes en conflicto lo que deja un mejor resultado en vez de que la voluntad quede a decisión de un juez, ya que las soluciones judiciales no son las más adecuadas por las secuelas que suelen dejar entre las partes por cierta resolución.

La mediación como técnica de solución de conflictos tiene ya algunos años de aplicación, de hecho fue comenzada a utilizar desde el siglo XX tal y como nos señala Cuellar Serrano al indicarnos que:

*Como técnica la mediación surgió en el ámbito académico con el proyecto Harvard de Negociación en la década de los setenta del Siglo XX conducido por Fisher y Ury y se aplicó en el terreno laboral como herramienta para resolver conflictos mediante la intervención de determinadas personas que, por su características individuales, ayudaban a resolver las disputas de forma más rápida, económica y formativa.*¹⁰⁷

La mediación ya se había utilizado en México antes de la reforma constitucional del 2008, ya que antes de esta desde 1993, para ser más precisos

¹⁰⁶ Andrés Ciurana, B., *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España*, España, Actualidad Jurídica Uría Méndez, p. 61.

¹⁰⁷ Cuellar Serrano, Nicolás González, *Mediación: Un método de conflictos*, España, Ed. Colex, 2010, p. 30.

dentro de la Universidad de Sonora en el posgrado de Derecho y Psicología de la Familia se contemplaba dentro del plan de estudio la materia de mediación familiar y para marzo del 2000 este estado ya contaba con un Centro de Mediación Familiar.

Posteriormente el estado de Querétaro apertura, de igual forma un centro de medicación, el cual estaba bajo la dirección del doctor Jorge Pesqueira, sin embargo este no tuvo el seguimiento necesario y tuvo que cerrar, al respecto Márquez Algara nos comenta:

Durante el relevo de la presidencia del Supremo Tribunal, a pesar de que la nueva presidencia mantenía el discurso a favor de la mediación, este Centro cerró sus puertas, pues el empleo de este medio alternativo de solución de controversias había sido producto de un Acuerdo del Pleno y no se hicieron las modificaciones al marco jurídico para institucionalizarla.¹⁰⁸

Posterior se abrieron centros de mediación en los estados de Baja California (2001), Aguascalientes (2001) y Puebla (2002), observándose que dentro de la república mexicana, los estados ya encontraban necesario buscar una forma diferente de dar solución a los problemas que se presentaban en sus comunidades, utilizando como herramienta para esto a la mediación.

a. Generalidades de la mediación

Para poder comprender mejor los beneficios, ventajas y objetivos de la mediación es necesario primeramente entender la manera en que se da este proceso, al respecto del procedimiento de mediación y algunas características que lo representan el autor García Presas nos comenta:

El procedimiento de mediación debe ser flexible, de modo que se adecue a las necesidades de cada pareja en conflicto y que se pueda ir adaptando a cada caso concreto. A pesar del principio de flexibilidad, es conveniente establecer una serie de pautas que deben estar presentes en el desarrollo de la mediación para garantizar la eficacia del procedimiento. Así, el

¹⁰⁸ Márquez Algara, Ma. Guadalupe, *Mediación Notarial*, México, Congreso de Mediación Privada, 2002, p. 28.

*procedimiento de mediación puede estructurarse de la siguiente forma: Iniciación, desarrollo y finalización.*¹⁰⁹

Respecto a lo realizado una vez finalizado el proceso de mediación Martín Casals indica que se debe hacer lo siguiente: “Una vez finalizado el procedimiento de mediación se levantará un acta en el que se haga constar los acuerdos alcanzados por las partes, o en su caso la imposibilidad de los mismos.”¹¹⁰

Dentro de la regulación existente en España, en específico a la Ley de Enjuiciamiento Civil, dentro de su artículo 517.2.3 nos señala que la mediación se puede considerar como un contrato vinculante para las partes; pero no es oponible frente a terceros, y carece de fuerza ejecutiva. Sólo tras una homologación judicial, el acuerdo alcanzará dichas características.

El mediador no juzga a las partes, tampoco realiza las actividades del abogado por qué no las defiende, así como tampoco es un procurador ya que no las representa, en consecuencia ocupa una función distinta a las personas que tradicionalmente forman parte de un proceso.

De igual forma no se debe confundir las funciones del mediador ya que estas nomas son de coordinar y dirigir el procedimiento, en algunas fases dar unas palabras para regularla, como serian en los casos de respetar turnos, calmar los ánimos, vigilar que se mantenga el respeto, facilitar la comunicación y entendimiento entre las partes, si es el caso cuidar los intereses de menores e incapaces y en caso de que alguno de los puntos alcanzados sean contrarios al derecho informarlo.

El mediador debe fomentar que las partes escuchen la posición del otro, a exponer sus opiniones sin provocar ni caer en provocaciones. Debe hacerles ver los puntos que tienen en común, intentar que las partes abandonen sus rígidas posiciones y flexibilicen su punto de vista en aras de lograr un acuerdo.

Una vez que el procedimiento de mediación ha terminado, se plasman en un documento aquellos arreglos que se hayan alcanzado entre las partes, al

¹⁰⁹ García Presas, Inmaculada, *El procedimiento de la mediación familiar*, España, Ed. La Ley, 2009, p. 47.

¹¹⁰ Martín Casals, M., *La mediación familiar en el Derecho Comparado*, España, Congreso Internacional de Mediación Familiar, 1999, p.13.

respecto Pelayo Lavin nos señala: “Una vez que las partes han conseguido solucionar sus controversias, en todo o en parte, a lo largo del procedimiento de mediación, plasmarán por escrito las soluciones alcanzadas. Estamos, por tanto, ante un acuerdo.”¹¹¹

El acuerdo en consecuencia se redacta por el mediador, incluyéndose todas las cuestiones relacionadas con lo que las partes lograron acordar en el proceso de la mediación.

Dentro de las características que debe tener el acuerdo, Pelayo Lavin nos señala como necesarias las siguientes: “El acuerdo debe constar por escrito y estar firmado por todas las partes implicadas, así como por el mediador. En este momento es conveniente que estén presentes los abogados como garantía de los derechos tanto del imputado, como de la víctima”.¹¹²

A continuación analizamos otra cuestión fundamental en torno al acuerdo, como es el contenido del mismo. Uno de los aspectos claves de la mediación penal es que la víctima aprecie signos de arrepentimiento del ofensor, lo que se pondrá de manifiesto a través del perdón.

Dentro de las características que tiene la solución dentro de la mediación y la forma en que esta se realiza, el autor Pelayo Lavin nos comenta que:

*Consideramos que la mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos, puesto que son las propias partes las que van a intentar poner fin a la controversia surgida. El hecho de que intervenga un tercero no hace que lo encuadremos en el marco de la heterocomposición, puesto que el elemento clave para tal diferenciación es, a nuestro juicio, quien soluciona el litigio; siendo las partes las que adquieren el protagonismo y la exclusividad en la adopción de los acuerdos*¹¹³

Al respecto de la forma en que debe ser denominada la mediación, de acuerdo al momento en que se desarrolle la misma, el autor Pelayo Lavin nos comenta que:

¹¹¹ Pelayo Lavin, Marta, *op. cit.*, nota 99, p. 131.

¹¹² *Idem*

¹¹³ *Idem*

Con carácter general se denomina “mediación intrajudicial” la desarrollada una vez iniciado el proceso, sin embargo, consideramos más adecuado utilizar el término “mediación intraprocesal”; puesto que no debemos confundir que la mediación se lleve a cabo una vez iniciado un proceso (intraprocesal), con que sea el propio juez el que la desarrolle (intrajudicial). El juez se limita a remitir a las partes a mediación y consideramos que en ningún caso debe ser él quien la lleve a cabo.¹¹⁴

b. Conceptos de Mediación.

Al respecto de la finalidad que debe cumplir la mediación y el objetivo central que debe tener la persona encargada de realizarla, el autor Ross nos manifiesta que: “la tarea del mediador consiste en encontrar una solución aceptable para ambas partes, en lugar de determinar lo que es justo o injusto de la cuestión.”¹¹⁵

Antes de continuar conceptualizando la figura de mediación es importante dejar en claro que lo primordial en la mediación es que las partes en conflicto encuentren la mejor solución

Para comprender mejor a lo que se refiere la mediación, Cuellar Serrano nos explica que esta se refiere a lo siguiente:

La mediación, como concepto genérico, es un procedimiento guiado por un tercer participante e imparcial, que ayuda a las partes en conflicto a encontrar una solución dialogada a la situación que ha provocado entre ellos un enfrentamiento o quizá, simplemente una diferencia. Este mediador tiene como principal función la facilitación de ese intercambio entre iguales en busca de una solución común, pero a veces, es necesaria por su parte una participación más activa cuando la ocasión lo requiere, debiendo intervenir en las discusiones, reconducir el dialogo, promover la apertura a otro puntos de vista, entre otros.¹¹⁶

¹¹⁴ *Idem*

¹¹⁵ Ross, W., *Solución de conflictos laborales*, España, Enciclopedia de las Ciencias Sociales, 1977, p. 429.

¹¹⁶ Cuellar Serrano, Nicolás González, *op. cit.*, nota 107, p. 39.

El concepto que nos refiere el autor hace mención y deja en claro que la mediación es conducida por un tercero que vigila que las partes dialoguen y encuentren una solución, siendo su papel el de facilitador entre las partes como tercero neutral en el problema.

Por su parte Lasheras Herrero define la mediación como “Aquella intervención del mediador que busca ayudar a las partes a enfrentarse al conflicto, abriendo nuevas vías de diálogo, y a encontrar una solución”.¹¹⁷

En el concepto anterior queda claro que la mediación es intervenida por un mediador donde ayuda a las partes a que dialoguen y encuentren una solución.

Continuando con la definición de mediación, Pelayo Lavin la entiende como:

*La mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos, en el que las propias partes con la ayuda de un tercero intentan resolver una controversia; mientras que el proceso es un medio heterocompositivo, en el que un juez o tribunal dotado de “potestad” va a resolver un litigio conforme a Derecho.*¹¹⁸

La presente definición deja en claro que la mediación es un método autocompositivo por que las partes solucionan solas su conflicto y que el mediador solo da su apoyo.

Una última definición de mediación la proporciona la jurista Brita Ronquillo, quien la conceptualiza como: “Basta decir en palabras sencillas, que la mediación es en esencia, la negociación facilitada por un tercero capacitado e imparcial, y que reviste las características de ser privada, voluntaria, informal y no obligatorio para las partes.”¹¹⁹

La definición hecha por el autor anterior deja en mal la figura de mediación, ya que su definición hace ver que la misma no tiene valor alguno.

Adicional a la definición de mediación en general, existen diferentes tipos de mediación, las cuales cuentan con elementos distintivos que permiten analizarse

¹¹⁷ Lasheras Herrero, P., *Mediación familiar: Oralidad y principios del procedimiento*, España, Universidad de Valencia, 2008, p. 437.

¹¹⁸ Pelayo Lavin, Marta, *op. cit.*, nota 99, p. 89.

¹¹⁹ Brita Ronquillo, Carolina, *El papel del abogado en la mediación en México*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2007. p. 71.

desde un punto de vista diferente, tal es el caso de la mediación comunitaria, la cual de acuerdo al autor Jorge Pesqueira se debe entender de la siguiente manera:

*La mediación comunitaria, es más bien una estrategia de prevención de violencia en barrios y comunidades mayormente expuestos a ella, facilitando el acuerdo entre vecinos, la integración de la familia y de la comunidad, al brindar espacios para atención de conductas infractoras menores, solucionando así, desde enfrentamientos entre pandillas hasta cualquier tipo de desavenencia comunitaria.*¹²⁰

Este tipo de mediación da resultados beneficios cuando los problemas se presentan con personas con relaciones comunes y que están continuamente interactuando, estas se pueden dar en relaciones con familiares, en escuelas y entre vecinos.

Dentro de los tipos de mediación podemos encontrar los diferentes tipos como: Mediación Familiar, Mediación Escolar, Mediación Civil, Mediación Empresarial, Mediación Comercial, Mediación Penal

En este sentido la mediación representa un mecanismo que favorece la administración de justicia, propiciando la justicia restaurativa y que, si el delincuente admite su responsabilidad y manifiesta su arrepentimiento ante la víctima y le solicita el perdón, este encuentro posibilita a la parte ofendida la sanación de las heridas causadas. Al respecto Brito Ronquillo nos habla sobre el perdón en el siguiente sentido: “El perdón no implica necesariamente que el ofensor se libere de la responsabilidad penal, ya que prevalece el interés social”¹²¹

c. Características de la Mediación.

El procedimiento de la mediación está regido por varios principios como el de voluntariedad, confidencialidad entre otros, es por ello que no debemos de olvidar que todo lo trascendido no tiene trascendencia como tal ya que queda en secreto debido a los principios que maneja la mediación.

¹²⁰ Pesqueira, Jorge, *La mediación y sus efectos*, Cuba, Congreso de mediación, 1997, p. 59

¹²¹ Brito Ronquillo, Carolina, *op. cit.*, nota 119, p. 61.

Aunado a esto se previene también para que el mediador no intervenga posteriormente como perito o testigo en un proceso, así la víctima ni el imputado pueden tener consecuencias por acudir al proceso de mediación e igual por abandonarlo. Al tratar de solucionar los problemas mediante mediación en los casos penales no es sinónimo de impunidad al contrario con ello se pretende que el infractor y la víctima solucionen el problema de la mejor manera, es por ello que tanto la justicia restaurativa, la justicia alternativa y el sistema de enjuiciamiento penal adversarial tienen sus regulaciones.

La mediación es favorable, para evitar la aplicación de la justicia, evita que la víctima siga con el trastorno del delito debido al procedimiento que se maneja con la mediación, y así se logra tomarla en cuenta, se logra la reparación del daño, se logra la resocialización del responsable.

Una de los inconvenientes que se pueden presentar durante la mediación pueden ser: orilla a una opción forzosa en ocasiones ya que de no resolver mediante este medio el problema se tienen consecuencias jurídicas, que se preste a falsos arrepentimientos para beneficiarse.

En base a todo lo planteado la mediación puede alcanzar resultados óptimos, siempre y cuando los mediados lo hayan hecho de forma voluntaria y con buena fe. Así como también se tome en cuenta que los delitos que son más factibles a acudir a mediación penal son los que alcanzan reparación del daño. En conclusión la mediación penal se puede aplicar solo en faltas y delitos no graves.

Es de gran importancia que las personas que intervengan como mediadores, además de cumplir con el perfil es necesario que sean cautelosos a la hora de atender a víctimas y responsables para verificar que las partes estas actuando por voluntad y no por coerción,

Es por eso que es de vital importancia que la persona que se vaya a encargar de dirigir la mediación cuenta con las habilidades necesarias que le permiten sacar provecho a esta figura y así apoyar de la mejor forma posible a las partes para que lleguen a un acuerdo, dentro de las capacidades que debe tener el individuo que desee desempeñar la función de mediador, de acuerdo a Rubén Calcaterra son las siguientes:

A) Formación, B) Capacitación, C) Competencia D) interpretación, E) Paráfrasis, F) Síntesis, G) Orden, H) Flexibilidad o Apertura, I) Escucha activa, J) Comunicación, K) Prudencia L) Imparcialidad, M) Neutralidad, N) Buen humor, O) Objetividad, P) Observación y análisis, Q) Discreción, R) Proyección o creatividad, S) Experiencia, T) Integridad.¹²²

Un mediador debe tener la capacidad para profundizar dentro del problema mediante su astucia para que las partes, así como también el mediador deban de cumplir con principios morales para llevar a cabo su labor.

En el caso de la mediación el tercero (mediador) no plantea soluciones solamente retoma el papel de facilitador en el dialogo, y su objetivo es fomentar la paz entre las partes. Así como impulsar que las partes resuelvan su conflicto, para evitar acudir ante los tribunales.

En cuestión de las características que tiene la mediación se pueden encontrar tres esenciales, que son la autocomposición, la complementariedad y la extrajudicialidad, las cuales el autor Pelayo Levin las define como:

- a) *Autocomposición: Esto supone que la solución al conflicto nace de las propias partes. Son las partes las que tienen la capacidad de decisión para poner fin a la controversia que las enfrenta.*
- b) *Complementariedad: Es otra de las notas características de la mediación, ésta se presenta como un complemento a la vía judicial.*
- c) *Extrajudicial: La mediación extrajudicial es la que tiene lugar fuera del ámbito del proceso y sin ninguna conexión con éste, por otro lado, encontramos la mediación intrajudicial que se desarrolla en el seno de un proceso.*¹²³

Estamos, por tanto, ante un procedimiento que tiene carácter voluntario, por el que las partes con la ayuda de un tercero intentan poner solución a un litigio que les enfrenta y dicho procedimiento podrá ser iniciado de distintas formas, las cuales Pelayo Lavin señala que serán las siguientes:

¹²²Calcaterra, Rubén, *Mediación estratégica*, España, ed. Gedisa, 2002, p. 9.

¹²³ Pelayo Lavin, Marta, *op. cit.*, nota 99, p. 89.

a) *Las partes. Las partes en conflicto pueden acudir por sí mismas a la mediación para intentar solucionar el conflicto que las separa.*

A nuestro juicio, es la forma más efectiva y conveniente de que se inicie la mediación.

b) *Un órgano jurisdiccional. El órgano jurisdiccional puede proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio.*¹²⁴

En cuanto a los principios que deben regir la mediación, encontramos los siguientes: voluntariedad, confidencialidad, transparencia, respeto al Derecho, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, debate contradictorio, inmediatez, buena fe, colaboración y mantenimiento del respeto entre las partes.

Los requisitos de la mediación es que debe de ser hecha por una persona física que cumpla con el perfil que demanda la misma, hecha por una institución pública y/o privada, dependiendo si el contexto lo permite, siempre se debe buscar cumplir con los principios de la mediación que son imparcialidad, confidencialidad y neutralidad, el juez y el mediador son dos instituciones diferentes desde su función hasta su naturaleza.

Una de las características representativas de la mediación es que el mediador no debe tomar la decisión final sobre el proceso, sino que las partes son las que llegan al acuerdo, al respecto Romero Navarro nos comenta que: “El mediador no tiene capacidad decisoria, no debe imponer soluciones. Su función es ayudar, asistir, orientar, acercar las posturas de las partes; para que sean éstas las que logren o no poner solución al conflicto que las separa”.¹²⁵

Sobre las acciones que debe realizar el mediador dentro del procedimiento de mediación, el autor Bolaños Cartujo señala que deben ser las siguientes:

El mediador debe encargarse de dirigir el procedimiento, dar la palabra a unos y otros, guardar que se respete el turno de palabra, calmar los ánimos cuando éstos se exaltan, cuidar que las partes se mantengan el

¹²⁴ *Idem*

¹²⁵ Romero Navarro, F, “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de padres. El papel del mediador”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, núm. 40, pp. 31-54.

*respeto y no se produzcan insultos, debe facilitar la comunicación y comprensión entre ellas, así como informarles que es necesario velar por los intereses de los menores e incapacitados, también deberá poner en conocimiento de las partes si algún punto o acuerdo que pretendan alcanzar contra viene la legislación.*¹²⁶

Un aspecto relevante dentro del proceso de mediación es el papel que juega el mediador, aun cuando este no tome la decisión final sobre el procedimiento, este no es un tercero inactivo dentro del proceso, así nos lo señala Pelayo Levin cuando indica:

*No se debe confundir, por tanto, el hecho de que no tenga capacidad decisoria con que sea un tercero inactivo en el procedimiento. Su función y su participación en el desarrollo de la mediación es muy importante y se requiere que tenga un papel activo, lo que no hay que confundir con el hecho de dotarle de la capacidad de dictar el mismo los acuerdos.*¹²⁷

El mediador debe dirigir a las partes para que se conduzcan con respeto, y que ambas se pongan en diferentes posturas desde sus ángulos para que así lleguen a un mejor acuerdo. Dentro de la mediación el mediador juega un rol y retoma un papel muy distinto al juez, al abogado, al fiscal siendo su objetivo la solución donde todos ganen y las otras figuras tienen a buscar que una sola parte sea la culpable y la otra no.

Para poder llevar una mediación de manera exitosa, es necesario considerar ciertos puntos fundamentales para garantizar que esta sea fructífera, en este sentido Martin Diz nos plantea los siguientes 10 puntos:

- 1. Información y difusión pública de la mediación.*
- 2. Implementación de la cultura del diálogo y el acuerdo.*
- 3. Libertad, voluntariedad e igualdad.*
- 4. La mediación como sistema reglado legalmente.*
- 5. La mediación como sistema público e institucional.*
- 6. La mediación como exigencia comunitaria.*

¹²⁶ Bolaños Cartujo, I, *El mediador familiar*, España, ed. Dykinson, 2004, p. 166.

¹²⁷ Pelayo Lavin, Marta, *op. cit.*, nota 99, p. 89.

7. *El mediador.*
8. *El acuerdo de mediación.*
9. *Calidad y control de la mediación.*
10. *¿Tribunales multipuertas?*¹²⁸

La mediación para que pueda ser llevada a cabo de una manera exitosa debe cumplir con ciertas etapas procedimentales esenciales, las cuales son las siguientes de acuerdo a Rubén Calcaterra:

1. *Convocatoria*
2. *Entrevista previa*
3. *Introducción*
4. *Exploración*
5. *Deconstrucción del conflicto y reconstrucción de la relación*
6. *Formulación del acuerdo*
7. *Cierre*¹²⁹

Aun cuando el autor contempla las etapas anteriores, el mismo señala que el proceso se podría observar de manera simplificada solamente contemplando la convocatoria, exploración, deconstrucción del conflicto y reconstrucción del conflicto, formulación del acuerdo y cierre. Lo importante que debe ser recalcado aquí es que sin importar el número de pasos que tenga el proceso el objetivo final de la mediación es claro, motivo por el cual si se da en 5 o 7 etapas, lo importante es llegar a un acuerdo autocompositivo de las partes en conflicto.

El proceso se lleva a cabo de la siguiente manera, la convocatoria está a cargo del centro de mediación es el primer contacto, entre el centro y la parte, entrevista previa se realiza para evaluar el asunto, es el primer contacto entre el mediador y los mediados para ir auxiliando a las partes en la solución del conflicto, se buscan los datos para ir viendo el conflicto aquí las partes exponer y expresan su sentir después sigue la deconstrucción del conflicto y reconstrucción de la relación aquí se analiza todo aquí se estudia todo tanto el comportamiento,

¹²⁸ Martín Diz, F., *Mediación y víctima menor de edad: ejes fundamentales y posibilidades de solución del conflicto penal*, España, ed. Colex, 2010, p. 316.

¹²⁹ Calcaterra, Rubén, *op. cit.*, nota 122, p. 46.

parafraseo, y otros medios para llegar al fondo, luego va la formulación del acuerdo donde se definen las soluciones generadas, y el cierre que es como finaliza.

Dentro de las ventajas que puede alcanzar la mediación dentro del área penal, el autor Ríos Martín nos comenta: “La mediación penal puede ser un método adecuado de resolución de conflictos porque puede lograr la comunicación entre las partes, y propiciar que alcancen un acuerdo.”¹³⁰

Al respecto de las ventajas y beneficios que tiene consigo la mediación, el jurista argentino Suarez nos señala que:

Las ventajas y beneficios del sistema de mediación se centran tanto en el sensible alivio que supone a los Tribunales, en el ahorro de tiempo en la gestión o resolución del conflicto, en la reducción de coste monetario respecto del sistema adversarial o contradictorio (basado en la confrontación de demanda y contestación por dos abogados diferentes), en el aumento de creatividad a la hora de adoptar un acuerdo flexible, en la aplicación de la estrategia de la suma positiva o “ganar-ganar” que evita la existencia de vencedores y vencidos y facilita las relaciones futuras, el fomento de la autoestima y la autorresponsabilidad de las personas al devolverles todo el protagonismo en la gestión de la crisis y en la producción de un deuteroaprendizaje (capacidad aprendida de solucionar otros conflictos futuros).¹³¹

Uno de los objetivos que persigue la mediación no es tomar en cuenta solamente al infractor de la norma, sino que busca que la víctima tome un papel activo dentro del proceso. Por lo tanto, es mediante este método alternativo de solución de conflicto que se puede llegar a tener esa relación entre víctima-ofensor y así obtener mejores resultados que satisfagan a ambas partes del conflicto.

¹³⁰ Ríos Martín, J.C. et al, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de dialogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, España, ed. Colex, 2008, p. 37.

¹³¹ Suarez, M, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Argentina, ed. Paidós, 1996, p. 18.

La función del mediador no debe ir más allá de la proposición de acuerdos, pero nunca la de imposición de soluciones. Consideramos que deben ser las partes las que tengan la facultad de lograr acuerdos en sus conflictos, con la ayuda del mediador; pero no con la imposición de su criterio.

Al respecto de la finalidad que persigue la mediación, estos pueden variar dependiendo del campo de aplicación de la misma, en cuestión del área penitenciaria se encuentra como objetivo básico la pacificación de las relaciones y la convivencia dentro de los centros penitenciarios, sin embargo Cuellar Serrano nos señala que pueden alcanzarse otros objetivos, los cuales señalo a continuación:

1. Objetivos dirigidos al tratamiento penitenciario

- a. Asunción de la parte de responsabilidad de la conducta infractora y de su participación en el conflicto interpersonal.*
- b. Aprendizaje de conductas destinadas al reconocimiento de la verdad.*
- c. Aprendizaje de conductas de dialogo en las relaciones interpersonales conflictivas y que pueden fomentar la preparación de la vida en libertad.*
- d. Aprendizaje de escucha dirigida a comprender la posición del otro.*
- e. Aprendizaje de adopción de decisiones personales y autónomas en el conflicto.*¹³²

Como se observa con los objetivos anteriores, la mediación busca que el infractor reconozca su culpa dentro del problema, la interiorice y la acepte, esto en busca de que aprenda de lo sucedido y no vuelva a reincidir, lo que permitirá de manera eficaz su reinserción a la sociedad. Por otro lado también se tienen objetivos hacia la convivencia penitenciaria, al respecto Cuellar Serrano identifica los siguientes:

2. Objetivos dirigidos hacia la convivencia penitenciaria

- a. Pacificación de las relaciones internas dentro de los módulos a través de la difusión entre las personas presas de este sistema dialogado en la solución de conflictos.*

¹³² Cuellar Serrano, Nicolás González, *op. cit.*, nota 107, p. 41.

b. Disminución de la reincidencia en las infracciones debido al carácter suspensivo de la sanción en función del cumplimiento de los acuerdos.

c. Reducción de las intervenciones administrativas y judiciales, dando entrada al principio de oportunidad y a la economía procesal.¹³³

Se identifica que cuando la persona tenga pena privativa de la libertad se buscara no solo que cumpla su condena, sino que dentro de las cárceles se dé una convivencia pacífica y acorde a una reinserción social futura, es decir que el infractor aprenda dentro de los centros penitenciarios y no sea solo una forma de cumplir una condena. Finalmente los últimos objetivos que tiene la medicación penitenciaria de acuerdo a Cuellar Serrano son los beneficios que se tienen las personas privadas de la libertad las cuales son las siguientes:

3. Objetivos dirigidos al beneficio de las personas privadas de la libertad

a. Reducción de la ansiedad como consecuencia directa de la desaparición o, al menos, disminución del conflicto interpersonal. El temor a la posibilidad de sufrir represalias por la participación en un conflicto, genera un alto nivel de estrés. La resolución del conflicto elimina esa fuente de estrés y, por tanto, contribuye al bienestar de las personas.

b. Aumento de la sensación de control: al ser ellos mismos los que deciden acerca de la posibilidad de mediar o no, de encontrarse frente a frente con la otra persona, cuentan con algo que les es negado frecuentemente en prisión, esto es, la decisión última acerca de lo que pueden o no pueden hacer.

c. Disminución de los perjuicios al penado y su familia por la aplicación del Reglamento Penitenciario: si se logra eliminar la sanción como resultado final de la mediación, se rescindirá la posible pérdida de permisos u otros privilegios que sin duda la calidad de vida de las personas privadas de libertad.¹³⁴

Con estos últimos objetivos se tienen como beneficio a las personas privadas de la libertad, ya que busca que estén no sientan de manera impositiva el

¹³³ *Idem*

¹³⁴ *Idem*

castigo, sino que busca que estas por un lado reconozcan y en este sentido disminuyan sus conflictos personales de estar dentro de un reclusorio.

Dentro de la mediación las partes más importantes son el mediador y los mediados, la mediación puede ser mediante una institución pública (dependiente de la administración) o privada (profesionales), quedando estos servicio a opción de las partes.

En lo referente a los diferentes medios alternativos de solución de conflicto, Gutiérrez Sanz nos señala que entre la mediación y la conciliación se pueden diferenciar de la siguiente manera:

La diferencia básica entre mediación y conciliación consiste en el grado de intervención del tercero en la búsqueda del acuerdo. La injerencia del tercero en la conciliación es mayor que en la mediación, ya que se involucra y puede intervenir directamente en el resultado final, a través de propuestas. En cambio en la mediación se entiende que el mediador no hace ningún tipo de propuesta; el acuerdo es fruto totalmente del esfuerzo de las partes.¹³⁵

Debe tomarse en cuenta que la mediación tiene sus principios fundamentales como la voluntariedad e igualdad de las partes, a falta de algún principio esta debe ser nula, igualmente los mediadores no proponen soluciones, estos son terceros neutrales que sirven de apoyo para dirigir el proceso que llevaran a cabo las partes.

B. Conciliación

A continuación pasaremos a analizar otra de las figuras de los MASC, el cual trata de la conciliación dentro de los asuntos en donde se puede utilizar la conciliación como método alternativo de solución de conflictos encontramos la familiar, civil, mercantil y penal.

a. Generalidades de la conciliación

La conciliación como medio alternativo de solución de conflictos (MASC) aparece como tal hasta el siglo XVIII retomando las características básicas con las

¹³⁵ Gutiérrez Sanz, M.R., *La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa*, España, Universidad de Valencia, 2008, p. 396.

que hoy en día la conocemos. En España, por una parte, se consagra expresamente esta figura en las Ordenanzas de Bilbao, constituyendo este el más claro antecedente legislativo de la actual conciliación mercantil.

Al respecto del nacimiento de la conciliación Landazábal Bernal nos señala como puntos relevantes los siguientes:

El desenvolvimiento de la actividad comercial, su natural agilidad y el desprecio del comerciante por la dilación en la definición de derechos propia de la justicia tradicional, determinaron que la institución de la conciliación se impusiera desde el momento mismo en que se gestaba el ordenamiento mercantil. Esta y no otra, fue la razón por la cual en las ordenanzas se dispuso que los Cónsules tenían entre sus funciones la de intentar la conciliación de las diferencias entre las partes antes de fallar el respectivo pleito.

En este mismo periodo encontramos en el Derecho Español, aunque ya no referida exclusivamente al ámbito mercantil, la Novísima Recopilación que contiene una Instrucción de Carlos III de fecha mayo 15 de 1768, en la que se ordena a Alcaldes y Corregidores intentar la pacífica avenencia de las partes con el objeto de que con su función conciliadora pudiera evitar los pleitos, de no lograrlo, las diferencias irían entonces a los jueces y tribunales respectivos.¹³⁶

El procedimiento de conciliación se concluye con lo que se conoce como “Acta de Conciliación”, en donde se encuentran detallados los acuerdos a los que han llegado las partes, por lo que se encuentran expresos los derechos y obligaciones de cada una de estas. Por otro lado contiene las formalidades de un contrato, por lo que tiene efectos jurídicos sobre las partes que lo realizan, por lo que una vez firmado se debe considerar el problema como cosa juzgada y darle ejecución forzosa a lo acordado.

¹³⁶ Landazábal Bernal, Claudia Zoraya et al., *La conciliación, nueva cultura en la solución de conflictos*, Colombia, Universidad Pontificia Javeriana, 1993, p. 29.

b. Conceptos de conciliación.

Para comprender mejor de lo que se trata la conciliación como medio alternativo de solución de conflicto debemos primeramente definirlo, en este sentido Cucarella Galiana lo explica como: “Actividad desarrollada por los sujetos entre los que existe un conflicto jurídico de intereses y en presencia de un tercero, en la que se pretende la resolución del conflicto mediante la obtención de un acuerdo entre los sujetos implicados en el mismo.”¹³⁷

Un aspecto relevante de la conciliación es que puede ser estudiada desde dos puntos de vista, el judicial y el extrajudicial, al respecto Pelayo Lavin nos comenta:

*De este modo, podemos distinguir entre conciliación judicial y extrajudicial. Nos encontramos con la conciliación judicial, cuando ésta es desarrollada en el marco de un proceso, como en los supuestos anteriormente mencionados. Por el contrario, la que tiene carácter extrajudicial no surge ligada a un proceso, por lo que resulta más flexible y deja mayor actuación a las partes en la consecución del acuerdo*¹³⁸

Acerca de los beneficios que trae consigo la aplicación de la conciliación como medio de solución nos señala Caivano Roque lo siguiente:

*Esta institución, tiende a eliminar un proceso ulterior. Es un medio de solución participativa que se presenta cuando las partes recurren a un tercero neutral, quien además de convocar a las partes y facilitar el reinicio del diálogo, puede, de considerarlo necesario, hacer sugerencias de alternativas de solución para que sean evaluadas por las partes en el caso de que estas no puedan llegar a un acuerdo y, de ser el caso, acordadas libremente, sin embargo, las partes retienen el poder de decisión para aceptar o rechazar las sugerencias del conciliador*¹³⁹

¹³⁷ Cucarella Galiana, L.A., *Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar*, España, Anuario de justicia alternativa, 2003, p. 42.

¹³⁸ Pelayo Lavin, Marta, *op. cit.*, nota 99, p. 53.

¹³⁹ Caivano Roque, J., *Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, conciliación y arbitraje*, Argentina, ed. Drago, 1998, p. 44.

c. Características de la conciliación.

En el Estado de México, la conciliación contiene características acordes al sistema de legalidad según el cual, el Estado con esta nueva visión considera que la conciliación es un medio deseable y normal en el que los mismos ciudadanos deberán entender por si solos el derecho que regula sus relaciones, y que en esa función conciliadora, se debe ayudar a los particulares, no a prescindir del derecho, sino a encontrar por si solos el propio derecho.

Al respecto de las características que tiene la conciliación Márquez Algara identifica como características principales las siguientes:

- a) *Voluntariedad. Porque solamente pueden iniciarse, continuarse y concluirse con la voluntad de las partes. Esto es que las partes son libres de participar o no en el proceso conciliatorio.*
- b) *Confidencialidad. Porque la información que las partes proporcionan al conciliador no se divulga.*
- c) *Imparcialidad. Porque el conciliador no puede tener relación con alguna de las partes, ni inclinación a favorecer los intereses de alguna de ellas.*
- d) *Neutralidad. Porque el conciliador no puede establecer alianzas con ninguna de las partes¹⁴⁰*

Por otro lado Ledesma Narváez identifica diferentes características que debe tener la conciliación para poder ser un medio alternativo de solución de conflictos eficientes, estas características son:

- a) *La autonomía de las partes. En virtud del cual, queda explícito cuando se determina que el acuerdo que recaiga depende exclusivamente de la voluntad de las partes.*
- b) *La flexibilidad. Caracteriza el mínimo de formalidades que deben respetarse pero que, de ningún modo, limitan el desenvolvimiento del proceso conciliatorio.*

¹⁴⁰ Márquez Algara, Ma. Guadalupe, *op. cit.*, nota 108, p. 27.

c) *Las fórmulas de solución. Éstas de ningún modo podrán ser consideradas obligatorias, pues solo consisten en el planteamiento de alternativas a manera de propuestas por parte del conciliador.*

d) *El efecto vinculante. Ya que los acuerdos a que libremente lleguen las partes y sean consignados en el acta, son de cumplimiento obligatorio.*¹⁴¹

La conciliación puede ser observada desde dos acepciones diferentes, de acuerdo a las características específicas del conflicto, Ormachea nos señala que estas son: “Este medio de solución pacífica, adopta diversos tipos, según la característica del conflicto pueden ser: prejudicial o preventiva (no contenciosa) y judicial o intraprocesal”¹⁴²

Si bien todos los derechos pueden ser objeto de un conflicto, no todos los conflictos generados por la discusión de un derecho son susceptibles de ser conciliados. Para que ello sea posible, es necesario que el derecho que se discute sea de libre disposición, es decir, que además de estar radicados en cabeza de quienes intervienen en el conflicto, no involucren el orden público.

Están excluidos entonces, conflictos que versen, entre otros, sobre asuntos relacionados con el nombre, el estado civil, la nacionalidad, los derechos ciertos e indiscutibles de las personas, entre los cuales se encuentran algunos de naturaleza laboral, y los delitos que, dada, la grave alteración que producen en el orden social, a grandes rasgos son investigables de oficio.

Excluidas estas materias, resulta un importante conjunto de asuntos que pueden ser objeto de la conciliación en casi todas las ramas del derecho, sobre esto Landazábal Bernal nos señala los siguientes:

1. Los asuntos laborales que son objeto de acciones ordinarias ante la jurisdicción del trabajo, siempre que no constituyan derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores.

¹⁴¹ Ledesma Narváez, Marianela, *El procedimiento conciliatorio, un enfoque técnico-normativo*, México, ed. Gaceta Jurídica, 2000, p. 34.

¹⁴² Ormachea Choque, Iván, *Retos y posibilidades de la conciliación en Perú*, Perú, ed. Consejo de Coordinación Judicial, 1998, p. 51.

2. *Los asuntos de familia y del régimen de menores determinados expresamente en la ley, como, por ejemplo, la suspensión de la vida en común de los cónyuges, los conflictos que versen sobre el régimen económico del matrimonio o sobre los derechos sucesoriales, la regulación de la crianza y protección del menor, los alimentos, entre otros.*

3. *Los asuntos civiles, como las controversias que surgen con ocasión de los controles entre particulares o del ejercicio de derechos reales, siempre que no esté comprometido el orden público.*

4. *Las disputas de carácter particular y contenido patrimonial, normalmente tramitadas ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, que pueden dar lugar a responsabilidad del Estado frente a los particulares.*

5. *Los asuntos de naturaleza agraria.*

6. *Los delitos y contravenciones especiales que exigen querrela de parte o permiten desistimiento.*

7. *Las contravenciones especiales de policía contempladas en la ley.*¹⁴³

Para comprender mejor el proceso de conciliación es necesario identificar las etapas que lo integran, al respecto el procedimiento cuenta con 4 etapas características que son: la etapa de iniciación o apertura, la etapa de fijación del conflicto, la etapa de negociación mediada y la etapa de cierre. A continuación se desarrollaran a detalle en qué consisten cada una de estas para identificar los elementos que se desahogan en cada una de las partes.

Dentro de la etapa de iniciación o apertura como su nombre lo indica se comienza el proceso de conciliación, al igual de darle a conocer a las partes en qué consiste el proceso y cuál es la manera en que se llevara a cabo, para complementar la idea Landazábal Bernal nos comenta que:

Con esta etapa comienza el procedimiento conciliatorio y ella supone que las citaciones a los interesados se haya llevado a cabo debidamente de manera que en el día y la hora previstos, los sujetos en conflicto se

¹⁴³ Landazábal Bernal, Claudia Zoraya et al., *op.cit.*, nota 136, p. 72.

*presenten ante el funcionario conciliador. Este actúa, bien por mandato de la ley, o bien por el consentimiento expreso de los interesados, lo cual garantiza en cierta medida un ambiente propicio para el desarrollo de la conciliación y la disponibilidad de los interesados hacia la actividad conciliadora del funcionario. Tras las presentaciones y advertencias de rigor sobre la naturaleza, resultados y efectos de la conciliación, así como sobre los mecanismos alternativos a este para la solución del conflicto, se entra en la siguiente etapa del procedimiento.*¹⁴⁴

Una vez desarrollada la etapa anterior se procede a la segunda etapa que es la de fijación del conflicto, con la cual se busca conocer los antecedentes y las causas que originaron el problema, al igual de que se comienzan a observar las posibles soluciones al problema, al respecto Landazábal Bernal señala:

*Esta etapa resulta fundamental para efectos de proponer posibles soluciones, ya que es aquí donde se establece el verdadero alcance del conflicto, es decir, se determinan sus causas y antecedentes, su naturaleza, la manera como cada uno de ellos representa la obtención de una solución equitativa y sobre todo, los posibles obstáculos que pueden presentarse en el logro de un acuerdo justo.*¹⁴⁵

Posteriormente se pasa a la etapa de negociación mediada, que como su nombre nos puede indicar, es donde se busca llegar a la solución que tenga los mayores beneficios para ambas partes, al igual de ser la aceptada por las mismas, sobre esta etapa Landazábal Bernal identifica:

Es en esta etapa en la que la actividad conciliadora del funcionario y la voluntad de los interesados hacia el arreglo, empiezan a revelar su verdadera importancia en el proceso de obtención de una composición equitativa. En efecto, el ánimo conciliatorio de los sujetos en conflicto, determina la razonabilidad de sus propuestas y la transigencia frente a las ajenas, a la vez que el conciliador, con base en los datos que solo gracias a su habilidad ha podido obtener en la etapa anterior, no solo propone

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 81.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.82.

*formulas por ellos propuestos, siempre consultando tanto los intereses como las necesidades reales de los mismos.*¹⁴⁶

Finalmente una vez determinada una solución en la etapa anterior, también puede suceder en algunos casos que no se llegue a un acuerdo y se deba cerrar de esta forma la conciliación, se pasa a la etapa de cierre en donde se formularan los resultados obtenidos en la misma, en este orden de ideas Landazábal Bernal plasma que:

Tras la valoración de las diferentes fórmulas sugeridas a lo largo del procedimiento, la conciliación finaliza, bien positiva o negativamente, según el resultado que se obtenga de las conversaciones.

*Se dice que la terminación es positiva, cuando los interesados logran acordar una solución definitiva al conflicto. El intento conciliatorio puede sin embargo, terminar negativamente, esto es, sin un acuerdo que resuelva total o parcialmente la diferencia. En este caso, la finalidad preventiva de la conciliación no se habrá cumplido y quedara abierto el camino para que los interesados acudan a una instancia jurisdiccional o arbitral, o continúen con ella*¹⁴⁷

El efecto fundamental de este procedimiento o, mejor, su más deseable consecuencia, es la eventual obtención de un acuerdo, respecto del cual se predicen otros efectos, como son el de prestar mérito ejecutivo y tener fuerza de cosa juzgada.

Para que el acuerdo mencionado produzca dichos efectos, debe ser incluido en un acta que firmen los interesados, el conciliador y el secretario, la cual resulta impugnada por los mismos vicios que afectan a los actos jurídicos. Esto es posible, ya que el acuerdo que logran los interesados es eso precisamente, un acto jurídico logrando con la colaboración de un tercero imparcial, que exige como particulares requisitos, no solo que el derecho sea de libre disposición, sino que los interesados que a través del acta prestan su consentimiento, sean titulares del

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.83.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.84.

derecho que se discute y que sean, además, capaces para disponer jurídicamente de él.

Los efectos de cosa juzgada y merito ejecutivo se predicán entonces, del acta en la que se consigna el acuerdo y siempre que esta cumpla con todos los requisitos formales exigidos. Al respecto de la importancia y el impacto que tiene el acuerdo firmado por las partes dentro de la conciliación Landazábal Bernal nos comenta que: “Como consecuencia de estos efectos, el acuerdo logrado podrá hacerse valer coactivamente sin necesidad de diligencias previas, tales como el reconocimiento de la firma o del texto del documento. Igualmente, la diferencia se tendrá por resuelta, sin que sobre ese mismo punto pueda interesarse un nuevo acuerdo o una decisión diferente, bien de carácter jurisdiccional o arbitral.”¹⁴⁸

C. Negociación

a. Generalidades de la negociación

Si bien es cierto que la negociación no es un tema actual, sino es una actividad que como tal se ha venido realizando por el hombre a lo largo de la historia, el estudio de la misma como alternativa o método de solución de conflicto tuvo sus inicios en los años setentas dentro de los Estados Unidos de América, al respecto Rubén Carlcatterra nos señala:

*El estudio sistemático de la negociación, y su difusión es bastante reciente, y se inicia en la década de los 70's, en los Estados Unidos de Norteamérica, con el propósito de que la sociedad tenga nuevas formas que permitan, en primer lugar, su posibilidad de acceso a la justicia, y en segundo lugar, que el servicio de justicia que obtenga la población sea más eficiente, más objetivo, más rápido, menos costoso y más dignificante, permitiendo a las personas ejercer su derecho a definir sus propias soluciones, mediante el empleo de esta clase de procedimientos.*¹⁴⁹

¹⁴⁸ *Idem*

¹⁴⁹ Carlcatterra, Rubén, *op. cit.*, nota 122, p. 31.

b. Conceptos de negociación

Para comprender mejor los elementos que componen a la negociación, al igual los objetivos que persiguen es necesario de manera inicial identificar la definición de dicho concepto, al respecto Roger Fisher nos comenta que la negociación es: “Una comunicación mutua diseñada para llegar a un acuerdo, cuando usted y la otra persona tienen algunos intereses en común y otros que son opuestos.”¹⁵⁰

Para complementar la idea del autor anterior, retomamos el concepto de Colaiacovo de negociación, el cual es el siguiente: “La negociación es un proceso durante el cual dos o más partes con un problema en común, mediante el empleo de técnicas diversas de comunicación, buscan obtener un resultado o solución que satisfaga de una manera razonable y justa sus objetivos, intereses, necesidades y aspiraciones”¹⁵¹

c. Características de la negociación.

Una vez identificado el concepto de negociación, es necesario señalar aquellas características ejemplares de la misma, las cuales lo diferencian de los distintos medios alternativos de solución de conflicto, los cuales de acuerdo a Fisher son las siguientes:

- 1. Las partes trabajan en una relación Ganar-Ganar. Adoptan soluciones creativas que permiten agrandar “el pastel”.*
- 2. Las partes buscan superar el intercambio de suma cero. El valor de la negociación no es fijo. Ambos persiguen sus objetivos pero al menor costo posible del otro.*
- 3. Las partes trabajan sobre el supuesto de que existe más de un arreglo que permita soluciones satisfactorias para las partes. Tiene un enfoque globalizador y expansivo. Pregunta siempre por otros objetivos.*
- 4. Las partes se centran en los intereses y no en las posiciones.*

¹⁵⁰ Fisher, Roger y Ury, William, *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder*, España, ediciones Gestión 2000, 2011, p. 22.

¹⁵¹ Colaiacovo, Juan Luis, *Negociación moderna. Teoría y práctica*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 19.

*5. Las partes logran mantener y, en muchos casos mejorar las relaciones interpersonales, permitiendo relaciones a largo plazo.*¹⁵²

Como se observa con las características anteriores dentro de la negociación se busca un trabajo conjunto entre las partes, por lo que el rol de la comunicación dentro de esta es importante. De forma general la negociación es algo que realizamos en nuestro actuar diario, ya sea dentro de la familia, el trabajo, la escuela y en cualquier otro lugar en donde nos relacionemos con personas, sin embargo esta no siempre tiene los resultados que nosotros quisiéramos y en algunas ocasiones si no se da de la manera correcta llega a dejar un sentimiento de insatisfacción por alguna de las partes que considera que obtuvo una posición desventajosa con la negociación, en este sentido Roger Fisher nos señala cuales deben ser las condiciones mínimas para tener una negociación exitosa, las cuales son las siguientes:

a) Sensibilidad de cada parte a las necesidades de la otra parte. La demostración de cooperación es importante.

b) Clima de confianza recíproca.- Para ello las partes deben ser claras y consistentes en el enfoque, la claridad ayuda a ser predecible y esto permite que las partes se arriesguen a ser cooperativas.

*c) Disposición a ser flexibles.- La negociación es un proceso dinámico, las partes no deben aferrarse a un enfoque.*¹⁵³

No siempre se logran los acuerdos a través de la negociación, es cuando es necesario acudir al asesoramiento, ayuda o intervención de terceros que tienen el conocimiento y la experiencia necesaria para generar propuestas o alternativas logrando mantener con eso un ambiente positivo.

D. Arbitraje

a. Generalidades del arbitraje

El arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos ha sido atractivo para los procesos judiciales debido a su agilidad, ya que por un lado este

¹⁵² Fisher, Roger y Ury, William, *Si de acuerdo !Como negociar sin ceder*, Estados Unidos, ed. Norma, 1995, p. 55.

¹⁵³ *Idem*

proceso es única instancia y porque es el Tribunal arbitral quien expide una decisión y solución definitiva al conflicto.

La utilización del arbitraje dentro de los procesos judiciales se da principalmente dentro de los incumplimientos de obligaciones contractuales, esto debido a que para que esta figura pueda ser utilizada es necesaria que exista un convenio arbitral previo o cláusula compromisoria en la que se deje de lado a la justicia ordinaria para conocer de los problemas que sobrevengan y faculte a determinados árbitros o centros de arbitraje para resolver sobre los mismos.

b. Concepto de arbitraje

Uno de los métodos alternativos de solución de conflictos que puede ser utilizado, al igual que los anteriormente mencionados, es el arbitraje, el cual cuenta con características, beneficios y ventajas únicas. Para comprender mejor de que trata esta herramienta es necesario analizar la definición de la misma, en este sentido Gimeno Sendra lo define como:

*Un método heterocompositivo para la solución de los conflictos intersubjetivos de naturaleza disponible, al que las partes previa y voluntariamente deciden someterse, y en que uno o varios terceros ponen fin, de una manera definitiva e irrevocable, al litigio planteado mediante la aplicación del derecho objetivo o conforme a su leal saber o entender.*¹⁵⁴

c. Características del arbitraje

La aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos trae consigo diferentes beneficios, el arbitraje no es la excepción, ya que ayuda de una forma relevante en diferentes puntos, tanto del conflicto como en ciertos aspectos sociales y judiciales, al respecto Canturias Salaverry identifica los siguientes beneficios:

- 1) *Por la masificación de causas en el poder judicial, señalando que es una constante en América Latina y un problema universal y que el arbitraje podría ayudar descongestionando las cortes;*
- 2) *Señala ventajas del proceso arbitral que lo hacen inevitable:*

¹⁵⁴ Gimeno Sendra, V et al., *Derecho penal procesal*, 3ª edición, España, ed. Colex, 1999, p. 28.

2.1) *Que si bien se pierde formalidad, se gana eficacia, ya que el proceso puede adecuarse a las necesidades y expectativas de las partes;*

2.2) *La celeridad del proceso arbitral y no solo por los plazos sino porque se los árbitros dedican tiempo a resolver pocos casos mientras en la justicia ordinaria los jueces distraen su tiempo entre muchos procesos judiciales;*

2.3) *Ahorro en los costos en función de la duración de un proceso judicial, señala que ciertamente aunque inicialmente se consideren elevados los costos del tribunal, secretario y centros arbitrales ellos son notoriamente inferiores a un proceso judicial que dure años, de lo que concluye es justo considerar que la resolución justa del litigio en corto tiempo trae consigo ventajas patrimoniales;*

2.4) *Experticia de los árbitros, a diferencia del juez que muchas veces se le obliga a ser un “todista”. En esta ventaja señala que no solamente las partes pueden escoger a un árbitro que tenga experiencia en el tema de discusión, sino que sea en alguien en quien confíe;*

2.5) *La privacidad y confidencialidad del proceso arbitral.*¹⁵⁵

Es interesante ver como éste autor no solo habla de un pacto de estricta confidencialidad en el convenio arbitral, sino cierta reserva o privacidad que se espera del proceso arbitral, esto debido a que las partes que participan dentro del mismo pueden ver afectada su imagen si se da a conocer lo que sucede dentro del proceso, tales casos podrían ser dentro del arbitraje comercial al respecto de la imagen que el empresario desea dar a la sociedad.

El arbitraje es de gran ayuda ya que las partes también escogen el árbitro, se analiza el caso y se lleva bajo un pequeño procedimiento, obteniendo con esto grandes ventajas como rapidez y economía, discreción e imparcialidad entre las partes.

¹⁵⁵Canturias, Salaverry, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 52.

CAPITULO VI. GENERALIDADES SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA

I. La filosofía en la justicia restaurativa

La filosofía en el campo de la justicia restaurativa que surge con el fin de obtener la sabiduría y conocimiento dentro del crimen como fenómeno social, buscando con eso darle solución y acabar con el problema, visto mediante el respeto de los derechos fundamentales y la dignidad de la víctima y victimario, gracias a que este movimiento se presenta en forma teórica y práctica, esta representación filosófica, encontró en su filosofar solución acorde al contexto social, logrando con ello inmiscuirse dentro de los sistemas de enjuiciamiento penal, donde ha dejado gran influencia y recurrencia, como solucionador de conflicto, logrando a la par también el cambio de teoría en cuestión de justicia, pasando de ser una justicia retributiva a una de tipo restaurativa.

Como se puede observar la justicia restaurativa busca encontrar dentro de la filosofía y apoyándose en otras ramas de la ciencia y el derecho una mejor solución a los conflictos que se presentan dentro de una sociedad, sobre esto Moreno Vargas nos comenta:

*La justicia restaurativa es un nuevo movimiento en los campos de la Criminología y la Victimología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permite participar en ese proceso. La justicia restaurativa representa una filosofía para entender el conflicto penal en el esquema del pensamiento y las estrategias para ponerlo en práctica. Su atención se enfoca en los daños causados a la víctima y las necesidades que estos daños provocan en ella.*¹⁵⁶

En resumen, justicia restaurativa es el procedimiento que involucra activamente a la víctima, el agresor y la comunidad para hablar de los daños causados y la forma en cómo estos puedan repararse, así llegar a una solución pacífica y aceptada por ambas partes del proceso.

¹⁵⁶Moreno Vargas, Mauricio, *Nuevo Sistema de Justicia Penal para el Estado de México*, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 131.

Como se observa con la aportación de Moreno Vargas sobre el movimiento de la justicia restaurativa, se identifica con claridad que la importancia de este se centra en la solución del conflicto, por consiguiente es visible que tiene gran impacto en el sistema acusatorio adversarial. Este movimiento filosófico con tendencias internacionales vino a cambiar la esfera en la impartición de justicia cambiando los enfoques de los sistemas de enjuiciamientos penales en los distintos contextos geográficos del mundo, logrando dar un avance y cambio en la impartición de justicia, adecuándonos a las necesidades que surgen en la actualidad, logrando con esto la aplicación de la justicia restaurativa y logrando mejoramientos en las relaciones humanas.

Con la llegada y aplicación de la justicia restaurativa, encontramos que ha venido a generar ventajas de forma relevantes dentro del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, en este sentido Méndez Romeu nos señala:

Se perciben importantes ventajas en la eficiencia derivadas de la utilización de estos medios diferentes al proceso judicial, tales como:

- a) El ahorro de los costes sociales de litigar.*
- b) El ahorro de los costes de la dilación.*
- c) La reducción de la aversión al riesgo.*
- d) La rapidez en la resolución.*
- e) El menor formalismo.*
- f) La mayor eficacia en la ejecución.*
- g) La reducida impugnación y la escasa estimación de las impugnaciones.*
- h) La confidencialidad o la discreción.*
- i) La posibilidad de que ayude a resolver una zona de conflicto y no solo resolver un caso.¹⁵⁷*

El sistema de enjuiciamiento adversarial mediante el auxilio en la impartición de justicia y ante la oportunidad de la justicia restaurativa, trae bastantes beneficios, ya que cuenta con una gama de ventajas para utilizar

¹⁵⁷ Méndez Romeu, José Luis, *Reflexiones sobre la justicia Una aportación desde Galicia*, Santiago Compostela, Ed. Xunta de Galicia, 2009, p. 293.

herramientas para solucionar los conflictos, apoyando con esto la ponderación de los derechos de las partes que intervienen en un conflicto.

Dentro de las aportaciones que trae consigo la implementación de la justicia restaurativa Zerh nos comenta que dentro de estas se encuentran:

1. *Centrarse en los daños y en las consiguientes necesidades de las víctimas, pero también de las comunidades y de los ofensores.*
2. *Atender las obligaciones que estos daños conllevan, tanto para los ofensores como para las comunidades y la sociedad.*
3. *Usar procesos incluyentes y colaborativos.*
4. *Involucrar a todos aquellos que tengan un interés legítimo en la situación, lo que incluye a las víctimas, los ofensores, otros miembros de la comunidad y a la sociedad en general.*
5. *Procurar enmendar el mal causado.*¹⁵⁸

Con lo mencionado con anterioridad se deja en claro que si se toman en cuenta una amplia gama de circunstancias característica de este tipo de justicia, se logra aplicar correctamente y cumplir con la filosofía de la justicia restaurativa, lo cual tendrá como resultado restaurar el daño y dejar a las parte con una estabilidad y armonía emocional, logrando con esto evitar futuros problemas, dejando a la víctima conforme con la reparación del daño que obtuvo y permitiéndole al ofensor una reinversión social adecuada.

En este sentido es importante recalcar que la filosofía de la justicia restaurativa tiene una gran relación en la solución de crímenes al estudiar profundamente las posibles soluciones de los fenómenos sociales que se presentan, y que ante los cambios se ven reflejados, tales planteamientos filosóficos se sustentan mediante la reforma constitucional y la reforma al código nacional de procedimientos penales, así como también los códigos de procedimientos penales de cada Estado, en este orden de ideas se logra llegar a ubicar que la justicia restaurativa tiene gran impacto en el sistema de

¹⁵⁸ Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Estados Unidos de América, ed. Good Books, 2007, p. 92.

enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, al igual de ser complementaria del mismo.

II. Generalidades de la justicia restaurativa

Para empezar a tener una noción del tema principal de este capítulo es necesario hacer referencia de algunas cuestiones relevantes del mismo. La justicia restaurativa es importante recalcar que es una forma de implementar justicia más allá de lo judicial o como alternativa de la práctica judicial.

Esta es considerada por la mayoría de los autores expertos en la materia como una de las mejores prácticas de solución de conflictos, ya que su aplicación buscara solucionar y saldar todas las diferencias que había entre las partes, como lo es reparar el daño, tomar en cuenta a la víctima y al victimario canalizándolos de una forma profesional, no permite dejar en el infractor de la norma un antecedente penal que repercuta en su persona, concientiza a la sociedad, y en si el circulo que trabaja logra que vuelva la paz y calma social.

Al contrario de la implementación de la justicia penal tradicional en cada contexto, busca castigar al culpable, olvidándose de la víctima en muchos de los casos, y de las secuelas causadas por la comisión del delito, en la misma no son reparados los daños por el responsable, dicho tipo de justicia, deja sentimiento de rencor y venganza entre ambas partes, así como también aumenta el número de población en las escuelas de los delincuentes que son las cárceles y fomenta la reincidencia delictiva por la pérdida o menoscabo de valores. Por eso es que se concluye que la justicia restaurativa es una mejor práctica de solución de conflictos, por que trabaja aspectos que la justicia coercitiva no valora.

Para adentrarnos en el tema empezaremos por dar una definición personal de justicia restaurativa, la cual se entiende como un método de solucionar diferencia en las relaciones humanas a consecuencia de las diferencias presentadas por dos o más personas. Tiene como fin el uso de herramientas adecuadas para terminar con el problema, logrando con esto la armonía social y la paz entre las partes en conflicto, así como la reparación del daño. A continuación se presentan conceptos de justicia restaurativa dados por algunos autores donde abarcan y generalizan todo y cada uno de los puntos de la misma.

III. Antecedentes: tipos de justicia.

La justicia retributiva tiene como objetivo la retribución del daño causado, pero el sujeto se sanciona con castigo punitivo, la justicia restaurativa busca una respuesta más integradora entre las partes en conflictos para lograr reconstruir los lazos sociales y disolver los problemas de una forma más consciente. De acuerdo a Bardales Lazcano las características que procura la justicia retributiva y la justicia restaurativa son las siguientes:

Justicia Retributiva:

- A) *Centra su análisis en la violación a la ley.*
- B) *Intenta defender la ley al determinar la culpa y definir el castigo.*
- C) *El delito es la violación a la ley la respuesta no es sistemática es reactiva.*
- D) *Se piensa en un culpable principio de legalidad.*
- E) *La víctima coadyuva.*
- F) *Las partes se alejan de la comunidad en que viven.*

Justicia Restaurativa:

- A) *Centra su análisis en la violación a las relaciones sociales.*
- B) *Se propone defender a las víctimas al determinar el daño que ha sufrido y decidir las obligaciones que corresponden a los infractores.*
- C) *Es una respuesta sistemática frente al delito.*
- D) *Se piensa en un responsable principio de razonabilidad.*
- E) *Se busca que se responsabilice interna y externamente.*
- F) *La víctima participa.*
- G) *Las partes deben afrontar a la comunidad y estar más cerca de ella que antes.¹⁵⁹*

¹⁵⁹ Bardales Lazcano, Erika, *Medios Alternativos de Solución de Conflictos y Justicia Restaurativa*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, p. 43.

IV. Conceptos de justicia restaurativa.

Para poder comprender de forma general lo que es la justicia restaurativa y su objetivo de estudio, a continuación se menciona un concepto que nos da Moreno Vargas Mauricio:

La justicia restaurativa es un nuevo movimiento en los campos de la Criminología y la Victimología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permite participar en ese proceso. La justicia restaurativa representa una filosofía para entender el conflicto penal en el esquema del pensamiento y las estrategias para ponerlo en práctica. Su atención se enfoca en los daños causados a la víctima y las necesidades que estos daños provocan en ella.¹⁶⁰

En resumen, justicia restaurativa es el procedimiento que involucra activamente a la víctima, el agresor y la comunidad para hablar de los daños causados y la forma de cómo estos puedan repararse.

Es importante señalar que el autor le da un enfoque a la justicia restaurativa desde un punto de vista muy particular tomando en cuenta que las partes involucradas participan tratando de obtener un pensamiento más sano mediante sus estrategias y lograr una reparación del daño.

Un segundo concepto de justicia restaurativa nos lo plantea León Parada Víctor Orielson, quien lo define como:

Esta institución se le trata de definir como aquella que permite, bajo una interrelación de partes, solucionar una diferencia económica o de otra consideración, mediante la utilización de mecanismos o métodos alternativos de resolución de conflictos, en especial la conciliación y la mediación. Se dice que es una expresión de connotación internacional que busca la solución de conflictos (y no con el simple prurito que busca la descongestión de despachos judiciales) a través de la conciliación, el arbitramento, la mediación, entre otras, y que los interesados pueden

¹⁶⁰ Moreno Vargas, Mauricio, *op. cit.*, nota 156, p. 131

*llegar, en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias que se plantean como elementos complejos dentro de las relaciones jurídicas.*¹⁶¹

Tomando en cuenta el concepto que nos define el autor, se encuentra que le da un enfoque más general tomando en cuenta varios puntos importantes y generales, como el que esta institución es de carácter internacional, al igual que se puede apoyar en diferentes tipos de herramienta para su solución y lograr disminuir económicamente los costos en la impartición de justicia.

Para complementar las ideas anteriores sobre la justicia restaurativa, Varona Martínez Gema cita al profesor Británico Martin Wright y nos señala que:

Wright forma parte de un grupo independiente de personas con experiencia en estos proyectos, denominado Estándares en Justicia Restaurativa (Standars in Restorative Justice, SINRJ), cuyo objeto es que la práctica se guie por principios de calidad y garantías contra posibles abusos. Definen la justicia restaurativa como “un proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar tras aquella y sus implicaciones para el futuro”. Los objetivos son tres: reparación material, social y emocional de las víctima; reintegración del infractor dentro de la comunidad (para prevenir la reincidencia); y promoción de la comunidad con recursos para la prevención del delito y para el manejo de los problemas. Se mencionan cuatro elementos principales de la práctica de la justicia restaurativa: la participación comunitaria o pública; la participación de las partes; la colaboración o “partenariado” entre las agencias; y la orientación hacia la resolución del problema. El objeto de la justicia restaurativa son los delitos seleccionados por el valor de la intervención, sin que exista una intervención a priori. Debe entenderse, primordialmente, a aquellos que provocan inseguridad o preocupación en la comunidad. El grupo Estándares concibe la justicia restaurativa, hoy por hoy, como

¹⁶¹ León Parada, Víctor Orielson, *El ABC del nuevo sistema acusatorio penal*, Bogotá, ECOE Ediciones, 2005, p.57.

*complementaria y paralela a la justicia penal tradicional, incrementando sus recursos para la reducción del delito, la satisfacción social, el humanitarismo y la reparación de los lazos sociales.*¹⁶²

El concepto anterior nos señala que la justicia restaurativa es algo complementario a la justicia penal, teniendo como objetivo primordial lograr la reparación de daño y la satisfacción entre las partes logrando evitar la reincidencia delictiva del responsable.

A continuación señalamos otro de acuerdo a Howard Zehr quien lo define como: “La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”.¹⁶³

Los cuatro conceptos planteados con anterioridad definen de forma general a la justicia restaurativa, toman en cuenta varios puntos de vista como lo es el de evitar la reincidencia delictiva, lograr una concientización entre las parte y poder componer los tejidos sociales que causan las discrepancias que dan pie a la aplicación de la justicia penal. Con el concepto que coincido es con el de Zehr dado que a comparación de otras, esta definición es más ilustrativa, comprensiva y acertada por la experiencia que tiene dicho autor en el presente tema, estoy de acuerdo en que la justicia restaurativa, como ya se ha mencionado anteriormente, busca la solución del conflicto de una forma inteligente a opción de las partes, lográndolas concientizar y dejar satisfechas, y de igual forma porque es un autor con conocimiento del tema, por ser uno de los pioneros en el ejercicio de la misma.

¹⁶² Varona Martínez, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada, ed. Comares, 1998, p.77.

¹⁶³ Zehr, Howard, *op. cit.*, nota 158, p. 45

V. Orígenes, antecedentes y evolución de la justicia restaurativa.

Antes de adentrarnos al tema es importante conocer sus antecedentes, para así tener una noción más amplia y general del mismo, por lo que necesario saber sus orígenes y como ha ido evolucionando, motivo por el cual a continuación se detallan los datos importantes, como lo es el antecedente de contexto internacional de la justicia restaurativa. La actual descripción este modelo es de reciente elaboración, sin embargo, la idea que la funda se remonta a tiempos antiguos, dentro de los cuales González Navarro nos indica que:

La restitución de la víctima como respuesta económica al hecho delictuoso aparece en documentos muy remotos. El código de Hammurabi preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad. La ley de las doce tablas preceptuaba que el ladrón condenado pagara el doble del valor del bien robado, tres veces el valor si el bien era encontrado en su casa, y cuatro si había obstaculizado la persecución.

En Inglaterra, en el año 600 A.C. el rey de Kent Ethelbert, desarrollo un sistema detallado de baremos para la valoración del daño, sin embargo en opinión Beaudoin, Juez de la Corte de Quebec, la idea central de la justicia restaurativa como se le entiende hoy, ha sido tomada de la experiencia de los pueblos nómadas, mas particularmente autóctonos en lo 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, 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. En realidad la justicia restaurativa existe desde hace muchos siglos en pueblos de diversas culturas. Aunque con otro nombre, estas tradiciones vivían en Canadá, Nueva Zelanda y en otros países donde el fenómeno pese al monopolio estatal de la justicia sigue funcionando. Ello obedece especialmente a que en los años sesenta los pueblos colonizados de

*Norteamérica, Australia y Nueva Zelanda empezaron a luchar para hacer revivir su justicia tradicional.*¹⁶⁴

Es importante mencionar lo descrito con anterioridad ya que refiere a los antecedentes de la justicia restaurativa que se remonta en la historia, nos ilustra de forma breve y precisa algunos antecedentes de la misma y nos deja en claro el tipo de justicia que se implementaba en el pasado, dejando en claro que se aplicaba siendo conocida con otro tipo de nombre, los datos que se tienen no son muy contundentes por no haber datos más precisos de la misma. Por otro lado Zehr Howard nos explica con claridad el antecedente de la justicia restaurativa moderna y relata algunos lugares donde se inició la misma, lo cual se presenta a continuación:

*Es cierto que la justicia restaurativa moderna se desarrolló en los años 70 a partir de experiencias piloto desarrolladas en varias comunidades con un alto porcentaje de población menonita. Con el deseo de aplicar su fe y su perspectiva pacifista a la dura realidad de la justicia penal, los menonitas y otros trabajadores de paz (inicialmente en Ontario, Canadá, y después Indiana, EE.UU.) experimentaron encuentros víctima-ofensor que dieron origen a programas desarrollados en estas comunidades, los que posteriormente se convirtieron en modelos para programas aplicados en todo el mundo. La teoría de la justicia restaurativa se desarrolló originalmente a partir de aquellas iniciativas.*¹⁶⁵

Como se mencionó anteriormente la justicia restaurativa se inicia dentro de una esfera externa a nuestro país, identificando los antecedentes de la misma así como también los orígenes y cómo ha ido evolucionando y expandiéndose por diferentes países, hasta llegar a la aplicación de la misma en nuestro país, llegando a ser en la actualidad una práctica dentro de la esfera del derecho que sirve para la aplicación de justicia en México. Sin dejar por desapercibido que dicha justicia tiene sus orígenes en el extranjero, recalcando que la misma ha sido

¹⁶⁴ González Navarro, Antonio Luis, *La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*, Colombia, Ed. Leyer, 2009, p.11

¹⁶⁵ Zehr, Howard, *op. cit.*, Nota 158, p.4

de gran efectividad y por lo mismo se sigue aplicando en muchos países del mundo.

A continuación se menciona el antecedente importante para la aplicación de la justicia restaurativa dentro de México, con el cual se cambian ciertos paradigmas del derecho y la forma de aplicación de justicia dentro del país, se hace mención de cómo surgió la propuesta de los cambios en las leyes de nuestro país y deja en claro la idea que en el contexto nacional se aplique la justicia restaurativa. Tal evento nos señala Islas Colín que es el siguiente: “A partir de los años noventa, surge una nueva tendencia política, a nivel local, regional y mundial promovida en primeras instancias por el Banco Mundial, luego por las demás instituciones internacionales, regionales y locales, llamada buena gobernanza”.¹⁶⁶

Lo anterior está ampliamente relacionado y vinculado con las iniciativas de reformas presentadas por algunos de los candidatos a la presidencia en el año 2006 como compromiso para reformar el sistema de justicia penal, posteriormente se aprobaron las reformas primeramente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que fue el 18 de junio de 2008, así como también en los Códigos de Procedimientos Penales locales de cada Estado donde se ha modificado principalmente la aplicación de justicia, y que han introducido los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la justicia restaurativa.

Lo anterior se centra en los medios de solución de problemas principalmente en el ámbito penal, por otra parte es importante dejar en claro que en algunas entidades federativas ya contaban con alguna regulación en base a justicia alternativa, ya sea en una ley especial o regulación en el código, mediante figuras como conciliación o mediación en otras materias, en consecuencia, dichas figuras ya se trabajan en algunas entidades, de tal modo que con la aprobación de la reforma constitucional se determinó que los cambios en la aplicación de justicia y la utilización de los medios alternativos y justicia restaurativa será de forma uniforme para todos y cada uno de los Estados de la República Mexicana.

¹⁶⁶ Islas Colín, Alfredo. Et al., *op. cit.*, nota 77, p. 4.

Así mismo y siguiendo ese orden de ideas y antecedentes de cómo surgió la justicia restaurativa en nuestro país, a continuación Bardales Lazcano nos presenta otro dato relevante acerca de la reforma constitucional que surgieron a raíz de las reformas anteriormente mencionadas, el cual es:

De acuerdo con las reformas constitucionales de 18 de junio de 2008 el estado mexicano puede disponer otros medios alternos al proceso judicial para solucionar y dirimir las controversias suscitadas entre los gobernantes, logrando por un lado que los conflictos sean solucionados lo más óptimamente posible y, por otro lado, que la impartición de justicia sea pronta, eficiente y eficaz, desahogando la carga de trabajo en los tribunales. Esto con fundamento en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, en la materia penal regularan su aplicación, asegurarán la reparación de daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”¹⁶⁷

Como se ha venido mencionando la justicia restaurativa es una forma o herramienta que permite terminar con el conflicto de una manera más inteligente logrando que las partes dentro del mismo queden satisfechas y la víctima no quede en el olvido, reparándosele el daño, logrando con esto que no haya impunidad, de tal modo que la justicia restaurativa se puede auxiliar de los medios alternativos de solución de controversias, ya que estos cuentan con una gran gama de herramientas para solucionar conflictos.

La justicia restaurativa en el ámbito internacional no es un tema de novedad, ya que en diferentes partes del mundo tienen décadas que se aplican este tipo de métodos como es el ejemplo de Canadá, el cual es uno de los lugares donde se forjó la justicia restaurativa y ha alcanzado resultados favorables y motivo por el cual continua con su aplicación.

En el contexto nacional la justicia restaurativa es un tema novedoso mas no resiente por tener antecedentes en otras materias del derecho mediante figuras

¹⁶⁷ Bardales Lazcano, Erika, *op. cit.*, nota 159, p.3.

alternativas que esta maneja, recalcando dicha justicia es importante en varios aspectos ya que es una alternativa benéfica tanto para la víctima como para el victimario, ya que el nivel de satisfacción de las partes es alto dentro de los países donde se aplica, no sin antes dejar en claro que para alcanzar dichos resultados ya sea a mediano o largo plazo, se necesita aplicar esfuerzo en los ámbitos legales, políticos, económicos y sociales.

Al igual la justicia restaurativa va en complemento con diferentes figuras jurídicas para poder hacerse efectiva de manera satisfactoria, por ejemplo tiene relación con la implementación de justicia en el sistema de enjuiciamiento adversarial, esto debido a que es considerada como instrumento principal en la impartición de justicia. Es mediante este tipo de justicia que se hace posible la armonía de las partes, además de fungir como órgano observador y verificador de que las garantías y derechos no se vulneren, teniendo la facultad de intervenir para una aplicación apegada a la ley, además de seguir las reglas que plantean los diferentes organismos internacionales y nacionales tomando en cuenta los derechos fundamentales del ser humano.

VI. Características y peculiaridades de la Justicia Restaurativa.

A. Características de la Justicia Restaurativa.

La justicia restaurativa por si sola cuenta con características especiales que la permiten separa de los otros tipos de justicia que existen, en este sentido Moreno Vargas nos señala que:

La justicia restaurativa toma diferentes formas, existiendo una variedad de programas y prácticas, pero todos estos sistemas y prácticas comparten principios comunes. Según este enfoque, las víctimas de un crimen deben tener la oportunidad de expresar libremente, y en un ambiente seguro y de respeto, el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir respuestas a las preguntas fundamentales que surgen de la experiencia de victimización, y participar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Moreno Vargas, Mauricio, *op. cit.*, nota 156, p.2

Las características de la justicia restaurativa son de suma importancia, debido a que en base a estas se podrá dar una aplicación adecuada de la misma, sobre esto nos comenta Gordillo Santana que:

Como punto de partida, podemos afirmar que el modelo de Justicia Restaurativa es un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan a resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro. Las tres notas esenciales del mismo serian: la idea de proceso, la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores.¹⁶⁹

Como se observa con la definición del autor, el inicio para poder realizar la justicia restaurativa es el interés de las partes de resolver el problema, por lo que para que esto se pueda dar de manera eficiente es necesario que estas conozcan el proceso y como se da el mismo.

Las características principales de la justicia restaurativa se distinguen por ser las que abordan cuestiones relacionadas con el crimen y la justicia para poder darle una solución a los problemas, las cuales de acuerdo a Zehr son las siguientes:

- 1. Centrarse en los daños y en las consiguientes necesidades de las víctimas, pero también de las comunidades y de los ofensores.*
- 2. Atender las obligaciones que estos daños conllevan, tanto para los ofensores como para las comunidades y la sociedad.*
- 3. Usar procesos incluyentes y colaborativos.*
- 4. Involucrar a todos aquellos que tengan un interés legítimo en la situación, lo que incluye a las víctimas, los ofensores, otros miembros de la comunidad y a la sociedad en general.*
- 5. Procurar enmendar el mal causado.¹⁷⁰*

Es importante tomar en cuenta todas las características que se mencionan con anterioridad, ya que son los elementos que distinguen la justicia restaurativa, debido a que toma en cuenta una cantidad mayor de elementos que sirven como

¹⁶⁹Gordillo Santana, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, España, Editorial iustel, 2007, p.72.

¹⁷⁰ Zehr, Howard, *op. cit.*, Nota 158, p.6

base para una buena reintegración entre las partes en conflicto, por otro lado los demás tipos de justicia se caracterizan por la privación de la libertad, mediante el castigo y dejan por fuera muchas cuestiones que afectan a las partes del conflicto.

B. Modelos en los cuales la justicia restaurativa se apoya para solucionar conflictos.

Existen tres modelos diferentes que han tendido a dominar la práctica de la justicia restaurativa: las conferencias víctima-ofensor, las conferencias familiares y los círculos. También es posible que se usen varios modelos para un solo caso o situación. Sin embargo, todos estos modelos tienen importantes elementos en común, es debido a estas similitudes que a veces se les clasifica como tipos diferentes de conferencia restaurativa.

Cada uno de estos modelos incluye un encuentro entre las principales partes involucradas, víctima y ofensor como mínimo, y tal vez con otros miembros de la comunidad y del sistema judicial también. A veces, si resulta imposible o inapropiado realizar un encuentro entre una víctima específica y su ofensor, se puede usar representantes o sustitutos. A veces se usan cartas o grabaciones de video a modo de preparación para un encuentro directo o como una forma alternativa de realizarlo.

Una característica esencial de los modelos de justicia restaurativa es la persona encargada de llevar el proceso a cabo, ya que dentro del modelo tradicional se da por medio de un juez, dentro de esta se realiza mediante otras figuras, que de acuerdo a Zehr son: “Estos encuentros se realizan bajo la dirección de facilitadores que guían y supervisan el proceso, buscando siempre el equilibrio entre los intereses de las distintas partes. A diferencia de los árbitros, los facilitadores de las conferencias y círculos no imponen acuerdos”.¹⁷¹

En todos estos modelos, la participación de la víctima debe ser enteramente voluntaria, de tal manera que uno de los elementos necesarios para que la justicia restaurativa funcione es que el ofensor, de manera personal, reconozca algún

¹⁷¹ Zehr, Howard, *op. cit.*, nota 158, p.10.

grado de responsabilidad, en este sentido, las conferencias no pueden realizarse en los casos que este no admite su culpa o responsabilidad.

Una vez analizado lo anterior se procede a desarrollar cada uno de los tipos de conferencias que se pueden tener dentro de la justicia restaurativa, comenzando por las conferencias víctima-ofensor, que como su nombre lo indica son aquellas en donde se da una relación directa entre las partes del proceso, la cual Zehr nos la define como:

*Las conferencias víctima-ofensor involucran principalmente a las víctimas y a los ofensores. Después de remitido el caso, se trabaja individualmente con cada una de las partes. Luego, una vez obtenido su consentimiento, se reúnen en una conferencia. Un facilitador capacitado organiza y dirige la reunión y guía el proceso de manera equitativa.*¹⁷²

Otro tipo de conferencia que se puede utilizar dentro de la justicia restaurativa es la de conferencias familiares, las cuales a diferencia de las víctima-ofensor, en estas participan familiares de las partes dentro de la misma, sobre esto Zehr comenta:

*Las conferencias familiares amplían el círculo de participantes, incluyendo a familiares u otras personas que sean importantes para las partes directamente involucradas. Como se ha tendido a usar este modelo para ayudar a los ofensores a asumir la responsabilidad por sus acciones y a cambiar su comportamiento, los familiares del ofensor son particularmente importantes, al igual que otros miembros relevantes de la comunidad. Sin embargo, la familia de la víctima también es invitada a participar. En algunos casos, y especialmente cuando las conferencias tienen la posibilidad de influir en el fallo final del caso, también puede estar presente un representante de la justicia penal.*¹⁷³

Finalmente el ultimo tipo de conferencias que se pueden dar dentro de la justicia restaurativa son los círculos, los cuales sirven cuando existen varias

¹⁷² *Ibidem*, p.57.

¹⁷³ Zehr, Howard, *op. cit.*, nota 158, p. 58.

personas que desean tomar el uso de la voz, por lo que aquí cada una de las personas tiene la posibilidad de hablar, en este sentido Zehr indica que:

La práctica de los círculos surgió originalmente en las naciones aborígenes de Canadá. En este proceso, los participantes se ubican en un círculo. Luego se van pasando un objeto conocido como “pieza para hablar” para asegurarse de que todas las personas hablen, una a la vez, siguiendo el orden del círculo.

Como parte del proceso, muchas veces se enuncia una lista de valores, o incluso una filosofía, que enfatice el respeto, el valor de cada participante, la integridad, la importancia de hablar de corazón y otros aspectos más.

Los círculos pretenden ampliar al máximo el espacio de participación, que junto con incluir a víctimas, ofensores y familiares, a veces comprende a funcionarios del sistema judicial. Además, los otros miembros de la comunidad también constituyen una parte esencial del proceso.

No obstante, lo que si debemos destacar aquí es que todos los modelos mencionados abren espacios para un encuentro. Es necesario tener en cuenta que no todas las formas de justicia restaurativa implican un encuentro directo entre las partes y que no todas las necesidades de las respectivas partes pueden satisfacerse por medio de un encuentro.¹⁷⁴

Los modelos mencionados en párrafos anteriores son de gran apoyo en la aplicación de la justicia restaurativa, ya que sirven para resolver el conflicto, lo cual se realiza principalmente involucrando a las partes en el conflicto, así como también a personas ajenas del mismo, como son los familiares, logrando con esto la obtención de mejores resultados. Es importante tomarlos en cuenta, ya que aun cuando dentro de México pueden considerarse como pilotos, dentro de otros países en donde se ha desarrollado mejor la justicia restaurativa se han logrado cambios y resultados importantes en cuestión de solución de conflictos.

Para poder aplicar la justicia restaurativa y poder cumplir con su objetivo es necesario que antes de eso exista alguna diferencia o problema entre dos o más

¹⁷⁴ Zehr, Howard, *op. cit.*, nota 158, p. 61.

personas y se encuentren sumergidos en él, ya que el objeto primordial de la justicia restaurativa es solucionar conflictos, para tener una noción más apropiada de conflicto, a continuación Ríos Martín nos da la definición del mismo, el cual se entiende como:

El conflicto surge en la relación interpersonal- seres que pensamos, sentimos y expresamos- en el contexto de las relaciones sociales – situadas en un contexto y en una ubicación física-. Se origina ante la existencia de diferentes formas de comprender una situación, de interpretar una realidad o de atribución individual de intereses sobre una cosa. Así mismo, aparece cuando una persona o institución niega la existencia de un derecho de otra sobre un bien que le pertenece, siempre que en el contexto que se desenvuelve la relación interpersonal facilite que una persona sienta que pierde (cosa, derecho, autoestima, posición de poder, rigor intelectual) en beneficio exclusivo de otro respecto al que no le otorga legitimidad para la obtención del mencionado beneficio. Exige, por tanto, una interdependencia, voluntaria o forzada, bien por el contexto, institución, o por la emoción negativa generada por la situación conflictiva.¹⁷⁵

El resultado de todo conflicto o reclamo de diferencias entre las partes por lo regular termina causando un daño, que es lo que se busca se repare con la aplicación de la justicia restaurativa, Una vez realizado el daño, se produce como consecuencia la afectación de un bien, el cual se protege, y al violentarse un derecho, se causó, como resultado también una víctima.

En este sentido con la aparición de un conflicto siempre se encontrara con la figura de una víctima, que es a la persona que se le ha violentado un derecho y por otro lado un ofensor, quien será el individuo que agredió a la víctima, por este motivo se hace acreedor a una pena, la cual al aplicarse justicia puede ser una sanción privativa de la libertad o reparación del daño, inclusive puede ser una combinación de ambas, dejando entre las partes un descontento y un sentimiento

¹⁷⁵ Ríos Martín, Julio Carlos, Et al., *op. cit.*, nota 130, p.10.

negativo de una hacia otra. Con la implementación de la justicia restaurativa todo eso se pretende evitar, como se mencionó anteriormente se trata de cambiar ese tipo de implementación de justicia y buscar el beneficio social en todos sus sentidos.

Debido a esto, dentro de la justicia restaurativa la víctima toma un rol muy importante, por lo que para entenderla mejor Bernal Cuellar y Montealegre Lynett nos mencionan que:

La víctima es el sujeto pasivo del hecho punible, mientras que los perjudicados son aquellos cuyos intereses se han visto afectados de manera directa con el hecho punible.

La participación de la víctima y los perjudicados en el proceso se explica por la protección del derecho a la verdad, la justicia y la reparación. La víctima tiene derecho a que se esclarezca lo que ocurrió y, a partir de ello, a que se logre la reparación de los daños que el autor del hecho punible ha causado. La justicia no solo se refiere a la sanción al responsable, sino que involucra medidas de justicia simbólica.¹⁷⁶

Como se observa con la idea de los autores anteriores, la justicia no debe buscar solamente la sanción del infractor de la ley, sino que una parte importante de esto debe ser la reparación del daño y que la víctima se sienta satisfecha en este sentido. Como se observa lo anterior se refiere a la finalidad que tiene la justicia restaurativa, en este sentido Hidalgo Murillo nos comenta:

La justicia restaurativa que busca “construir” el bien común, que se ha “debilitado” en razón del delito, nos acerca también, a la función social de la libertad individual. Función social que logra, una relación clara entre el bien común y la justicia social que “deriva inmediatamente del principio según el cual el objetivo de la sociedad lo constituye el bien de todas las personas que lo integran.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo, *El Proceso Penal Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, 5ta edición, Colombia, ed. Curcio Penen, 2004, p.130.

¹⁷⁷ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Justicia Alternativa en el Proceso Penal Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 51.

Por tal motivo lo que busca la justicia restaurativa es integrar un contexto humano dentro del proceso de aplicación de justicia, el cual tendrá como resultado una mejor solución de conflictos. Al respecto de los contextos en que se debe dar el proceso De Prada Rodríguez nos comenta:

*Al ser todos los contextos en los que nos movemos contextos humanos es necesario tratar siempre “al otro” como lo que es, un ser libre capaz de tomar decisiones. Eso requiere un modo de actuar concreto: Reconocer que es “otro yo”, igual a mí en su libertad pero diferente, y no actuar hacia el de forma que le cause algún daño, del mismo modo que no nos gustaría que nos lo hicieran a nosotros.*¹⁷⁸

Por todo lo que implican las relaciones humanas y los problemas que de ella puedan surgir, es por eso que el derecho surgió, para regular las conductas humanas en sociedad, haciéndose avances día a día logrando implementarse la aplicación de justicia como forma coercitiva de aplicación, para castigar las conductas antisociales, que encuadren en el tipo penal.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, dicho tipo de aplicación de justicia por ser muy antiguo y por el mal uso que el ser humano implemento, fue rebasado y desfasado por nuevas ideas de aplicación de justicia. Hoy en día por diversos motivos, entre ellos la desconfianza de las personas del sistema penal, se canalizó un tipo de justicia menos coercible y con objetivos benéficos para las personas que se encuentran en el conflicto, este tipo de justicia se le denomino justicia restaurativa, que en varias partes del mundo ha logrado obtener buenos resultados en su aplicación.

Es importante señalar que para una adecuada aplicación de la justicia restaurativa se requiere la vigilancia de la misma, con la finalidad de que esta cumpla su objetivo y no deje desapercibida a las partes, principalmente a la víctima, la victimología se vuelve relevante dentro de la misma, ya que el sistema penal aplicado como normalmente solía hacerse dejaba en el olvido a la víctima.

¹⁷⁸ De Prada Rodríguez, Mercedes, Et al., *La mediación Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, España, ed. Netbiblo, 2010, p.10.

Dentro de la justicia restaurativa la victimología recobra un rol importante dentro del proceso de solución de conflicto y en el seguimiento que se le da al mismo, en este sentido Romero Coloma nos define a esta como:

La victimología es una ciencia que se integra en el sistema jurídico-penal y en la criminología en general, pero hay que recordar que esta Ciencia ha sido, desde tiempo atrás, la gran marginada, ya que siempre se ha analizado en profundidad el tema y la problemática que planteaban los delincuentes, es decir, los trasgresores del ordenamiento jurídico-penal, al paso que la víctima de los mismos eran olvidadas. Este olvido tiene su explicación, no su justificación, en que la Criminología se centraba, tradicionalmente, en la figura del delincuente, del sujeto activo del delito, intentando explicar el hecho delictivo en función de ciertas características biológicas, raciales, sociales, económicas psicológicas y ambientales. De este modo se soslayaba el estudio de las víctimas y de las secuelas que la victimización había producido, eventualmente, en ellas, por lo que el sujeto pasivo del delito quedaba, la mayor parte de las veces, en la sombra, con todas las consecuencias negativas que ello comporta.¹⁷⁹

Esta ciencia por una parte nació, con el buen propósito y en base a la demanda que la impartición de justicia requería, por lo que objetivo principal es el de estudiar y salvaguardar a la víctima en relación con algún daño ocasionado, pero a su vez esta ciencia tiene sus métodos y técnicas para saber quién es víctima y quien no, ya que en base a su estudio clasifica a la víctima en varias categorías y tipologías, para en base a eso resolver conflictos de una mejor manera

C. Juntas de avenencia en el procedimiento restaurativo en México.

Uno de los puntos relevantes que se dan dentro del procedimiento restaurativo son las juntas de avenencia, motivo por el cual es importante conocer el proceso en que estas se integran, de manera inicial comienzan con una apertura respecto de las formalidades como el asunto de trabajar. Una vez que es

¹⁷⁹ Romero Coloma, Aurelia María, *La víctima frente al sistema jurídico-penal: Análisis y Valoración*, Barcelona, ed. Serlipost, 1994, p. 13.

aceptado el trámite del expediente el auxiliar del especialista recepciona y registra los casos que le sean turnados, elaborando las invitaciones respectivas para la reunión.

Durante la reunión el facilitador explica brevemente en qué consiste el procedimiento de juntas restaurativas y las ventajas que estas ofrecen, posteriormente escucha la narrativa de los hechos para conocer las necesidades y decisión del ofensor de participar en el proceso restaurativo. Se solicita al ofensor formule propuestas sobre como reparar el daño y se le concientiza sobre posibles escenarios en caso de que se celebre una reunión conjunta.

Un aspecto relevante para la continuidad de la junta de avenencia y que es de suma importancia para que se pueda dar un proceso de solución adecuado, nos señala Bardales Lazcano que: “Solo en caso de que el ofensor muestre señas de responsabilizarse de su conducta, se fijara fecha y hora para la reunión conjunta, a reserva de que la víctima acepte; en caso de que el ofensor no esté de acuerdo en participar, se cierra el proceso y se canaliza a la unidad de investigación”.¹⁸⁰

Una vez que el ofensor acepte la responsabilidad y desee resolver el problema se continuará con el proceso de avenencia, por lo que el facilitador tendrá una reunión previa con la víctima para valorar si existen las condiciones para realizar una reunión restaurativa. Al igual que en la reunión previa con el ofensor, el facilitador explica brevemente en qué consiste el procedimiento de juntas restaurativas y las ventajas que este ofrece.

En este sentido el facilitador deberá escuchar la narrativa de los hechos, con la finalidad de poder conocer cuáles son las necesidades y si la víctima desea o no participar en el proceso restaurativo. Por tal motivo se le solicitará a la víctima que expresa la forma en que le gustaría que fuera reparado el daño, por lo que una vez que este acepte participar se fijara la fecha y hora en que se celebrara la junta.

¹⁸⁰ Bardales Lazcano, Erika, *op. cit.*, nota 159, p. 10.

Una vez que ambas partes son conscientes y desean participar dentro del proceso restaurativo se procederá a la reunión conjunta, la cual tendrá como finalidad la búsqueda de un acuerdo que responda a las necesidades de ambas partes, tanto en lo individual como en lo colectivo, con la finalidad de reintegrar al ofensor a la sociedad y al mismo tiempo reparar el daño de la víctima.

Ambas partes deberán de presentarse a la reunión, acompañados de personas de apoyo si así lo desean, quienes al igual la víctima y el ofensor, tendrán la oportunidad de hablar y mencionar de qué forma les ha afectado el delito y la manera en que les gustaría que fuera reparado el daño. En caso de que se llegue a un acuerdo, se elabora el convenio y se pasa a la etapa de seguimiento para verificar el cumplimiento de los acuerdos celebrados.

Tanto en México como en otras partes del mundo donde se utiliza la justicia restaurativa como forma de solución de conflictos, se toma en cuenta, durante el procedimiento restaurativo diversas cuestiones que permitan alcanzar la finalidad del mismo que es lograr satisfacer y cumplir con las necesidades de las partes. Otra de las finalidades del mismo es lograr que el victimario entienda que causo un mal y hacerlo vivir con el sentimiento para concientizarlo dentro de su actuar, ya que la justicia restaurativa inmiscuye a todas las partes del conflicto para trabajar de forma integral y busca enmendar el mal causado, que se restaure el daño y que las partes logren cambiar su forma de pensar, por tal motivo es necesario que el trabajo sea realizado por personas expertas en la materia y capacitadas para lograr que se logre un buen resultado.

Con lo anterior se detecta que es un elemento importante para la justicia restaurativa el poder lograr dentro del ofensor el sentimiento de arrepentimiento, ya que lo que se desea es que este vuelva a reintegrarse a la sociedad de una manera positiva y que no vuelva a reincidir, sobre lo que se entendería por arrepentimiento Ríos Martín nos comenta:

La expresión de los sentimientos de arrepentimiento tiene varias manifestaciones. Todas ellas permiten saber que las personas condenadas son capaces de ponerse en algún momento de la condena en el lugar de sus víctimas. Pero, posiblemente es tarde. El daño ya está

causado; no existe mecanismo legal que permita una sana expresión de los mismos. La estancia en prisión se hace difícil, no solo por las connotaciones que exige el desenvolvimiento de la vida en la cárcel: pérdida la libertad, de intimidad, de espacio, convivencia obligada, incapacidad de prever el futuro, de violencia física y relacional, sino, también, por algo más complejo y dañino; la propia conciencia, que en estos casos se llena de emociones terriblemente pesadas de sobrellevar y afrontar. En la cárcel no existen instancias o profesionales que permitan la expresión y elaboración liberadora de tales emociones; ni siquiera entre presos, hecho que denotaría la vulnerabilidad de quien no puede permitírsele por el mantenimiento de su propia identidad de supervivencia carcelaria. El cuestionario ha sido un vehículo de verbalización de tales sentimientos.¹⁸¹

Con la implementación de la justicia restaurativa se lograra solucionar los conflictos y terminar con los malos sentimientos de una parte hacia la otra, ya que este tipo de justicia, lograra reparar el daño, pero no nomas hasta ahí, sino trabajar con la víctima y el victimario haciéndole conciencia que los sentimientos de ambos fueron vulnerados con el actuar delictivo que se cometió logrando con esto una armonía y paz social, si solo si, lograrán esto haciendo un trabajo profesional ya que al estar frente a frente y ante los demás participantes se trabajaran cuestiones como el arrepentimiento, culpabilidad, perdón, vergüenza, dolor, respeto, así como otros valores y sentimientos, logrando con esto que se lleve a cabo una reinserción social verdadera y evitar reincidencia delictiva.

Por tal motivo el dialogo que tienen las partes durante el proceso de solución del conflicto es muy importante, que ambas expresen sus sentimientos y causales permitirá que estas entiendan el motivo por el cual se generaron los hechos desde otra perspectiva y así entender por qué se dieron las cosas, sobre el proceso de dialogo Mejía Gómez nos comenta:

¹⁸¹ Ríos Martin, Julio Carlos, Et al., *op. cit.*, nota 130, p. 60.

Una de las principales diferencias entre el sistema de la Justicia Restaurativa o Reparadora y el modelo tradicional es la existencia de un dialogo, entendido como un proceso comunicacional.

El dialogo se plantea en torno a las siguientes cuestiones:

- a) Análisis del daño ocasionado.*
- b) Elaboración de un “proyecto reparador”.*
- c) Determinación de víctima y responsable y su rol en el proceso de reparación del daño.*

El dialogo aporta amplios beneficios para las partes, en primer lugar para la víctima, que puede expresar directamente al infractor sus sentimientos, de dolor, de miedo, de angustia y contribuir, de ese modo, a superar el impacto del delito. Se destaca que la víctima es más receptiva y predispuesta a escuchar. Se constata un mayor nivel de satisfacción de las víctimas, por sentirse escuchadas y comprendidas y tratadas de manera más justa.¹⁸²

Con la información anterior se puede entender al dialogo como algo beneficioso para el victimario, ya que el encuentro con la victima propicia que sea más consciente del daño y genera la responsabilidad del hecho. Obliga al victimario a reflexionar, a situarse en la posición de la víctima y por tanto, a “cambiar de perspectiva”, a “empatizar”, con la víctima, situándose en su posición y entendiendo mucho mejor su posición.

En este sentido coincido con la idea del autor Mejía Gómez, ya que el dialogo es una forma de comunicación que refuerza los cimientos para el entendimiento entre las relaciones sociales, es de suma importancia de igual forma trabajar el mismo para lograr con satisfacción resolver discrepancias y más en el orden penal, así se lograra una buena utilidad con esta herramienta restaurativa.

Uno de los beneficios más significativos que se tiene con el proceso del dialogo es, en primera instancia que la parte conozca lo que la otra tiene que decir

¹⁸² Mejía Gómez, Juan Francisco, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, Ed. El Derecho, 2009, p. 77.

sobre el problema y así tener una visión más amplia sobre el mismo y por otro lado evitar que el conflicto se lleve a los tribunales judiciales, en este sentido Bernal Suarez y Molina Guerrero nos señalan que:

La finalidad del esquema es prever la intervención penal innecesaria, por lo que no se ocupará el proceso alterno de aseguramiento del infractor con fines sancionadores, como es la posición intermedia ahora predominante, no tomando distancia ni dotando de autonomía la justicia restaurativa, sino involucrándola en el proceso penal, o de asumir la reparación como una tercera forma de reacción penal, o consecuencia jurídico-penal del delito, como sanción autónoma al lado de la pena y de la medida de seguridad, o “tercera vía”.¹⁸³

Con lo anterior se entiende que la justicia restaurativa no está en contra de la intervención penal, sino que busca una solución alterna al problema, que permita dejar a las partes satisfechas con el resultado, además de evitar el tiempo que lleva consigo el desarrollo de un juicio por medio de un tribunal.

D. Reglas que rigen los procesos restaurativos.

Una vez explicado cómo se da el proceso del proceso restaurativo es necesario identificar como es que este mismo se inicia, en este sentido es el juez quien puede indicarle a las partes sobre la participación dentro del proceso, sobre esto Fernández León nos señala:

El fiscal o el juez son competente para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, para lo cual deben informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión; cerciorarse de que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se les haya inducido a hacerlo por medios desleales.¹⁸⁴

¹⁸³ Bernal Suarez, Fabio David y Molina Guerrero, María Idali, *Proceso penal y justicia restaurativa*, Colombia, Ed. Nueva Jurídica, 2010, p. 186.

¹⁸⁴ Fernández León, Whanda, *Procedimiento penal acusatorio y oral*, Colombia, Editorial ABC, 2006, p. 303.

Es importante como se mencionó, tomar en cuenta las reglas para el proceso restaurativo, ya que de no hacerlo podríamos vulnerar los derechos fundamentales de alguna de las partes en el proceso restaurativo, de igual forma es importante seguir con todos los puntos para realizar de forma adecuada dichos procesos, es por eso que este tipo de justicia se ha vuelto en muchos países como una de las mejores, no nada más por ser vigilada su implementación, sino por que toma en cuenta todo lo relacionado con los conflictos y plantea soluciones actuales y benéficas para las partes en conflicto.

E. Metas de la justicia restaurativa

Un aspecto importante para comprender mejor a la justicia restaurativa es conocer las metas que se desean alcanzar con la misma, para esto Zehr nos señala que:

Los programas de justicia restaurativa tienen como propósito:

A) Confiar ciertas decisiones clave a aquellas personas que se han visto más afectadas por el crimen.

B) Hacer que la justicia sea más sanadora e, idealmente, mas transformadora.

C) Disminuir la probabilidad de ofensas en el futuro.¹⁸⁵

Como se mencionó con anterioridad, en la actualidad debido a los nuevos paradigmas que ha sufrido el derecho tanto en las leyes nacionales como internacionales, se ha vuelto tan convincente la justicia restaurativa ya que contiene bastantes formas de solucionar los problemas, enfocándose de forma general al epicentro del mismo teniendo como objeto de solución muchas metas por cumplir.

F. Objetivos de la Justicia Restaurativa.

Una vez definidas las metas que tiene la justicia restaurativa es importante detectar los objetivos que tiene la misma, en el sentido de conocer los fines a alcanzar de la misma, sobre este tema Fernández León nos señala que es:

¹⁸⁵ Zehr, Howard, *op. cit.*, nota 158, p. 12.

Satisfacer de manera rápida y efectiva los intereses y expectativas de la víctima; beneficiar al imputado sustrayéndolo de la recreación punitiva y en cuanto a la administración de justicia permitir la salida o terminación de los casos donde se establezca el derecho y se lleve a cabo la reparación. Para alcanzarlos el mundo jurídico contemporáneo invita a los Adversarios a que entablen un dialogo que les conduzca pronta y racionalmente a un desenlace no punitivo. Se busca desmontar así el antiguo inquisitivo de la suplantación de la víctima por parte del Estado y la preeminencia del conflicto secundario entre este y el infractor, sobre el pleito primario o básico.¹⁸⁶

Después de mencionar algunos de los tantos objetivos, es también de suma importancia relacionar a los mismos con las ventajas que se perciben con la aplicación de la justicia restaurativa, ya que como se ha mencionado durante el capítulo este tipo de justicia es de gran importancia por hacer ahorrar en todos los sentidos a las partes, ya que hablando de un caso en el área penal los intereses más afectados sería la libertad de una persona, y resolviéndolo desde la justicia restaurativa se evita todo tipo de problema en un presente y futuro por causa de un pasado en el que no se actuó con la prudencia necesaria. A continuación se indican algunas de las ventajas de la implementación de la justicia restaurativa de acuerdo a Méndez Romeu, quien nos señala:

Se perciben importantes ventajas en la eficiencia derivadas de la utilización de estos medios diferentes al proceso judicial, tales como:

- a) El ahorro de los costes sociales de litigar.*
- b) El ahorro de los costes de la dilación.*
- c) La reducción de la aversión al riesgo.*
- d) La rapidez en la resolución.*
- e) El menor formalismo.*
- f) La mayor eficacia en la ejecución.*
- g) La reducida impugnación y la escasa estimación de las impugnaciones.*

¹⁸⁶ Fernández León, Whanda, *op. cit.*, nota 184, p. 20.

h) La confidencialidad o la discreción.

i) La posibilidad de que ayude a resolver una zona de conflicto y no solo resolver un caso.¹⁸⁷

En este sentido encontramos que son varios los beneficios que tiene la justicia restaurativa a comparación del método de justicia tradicional, dentro de los cuales yo destaco como más relevante el ahorro de los costos y la eficiencia dentro de la ejecución de la sentencia.

VII. Principios fundamentales de la Justicia Restaurativa.

A. Principio de Justicia Restaurativa.

La justicia restaurativa tiene principios que permiten distinguirla de los demás tipos de justicia, los cuales la hacen diferente y única a la vez, sobre esto nos señala Cruz Vega que:

Con el advenimiento del modelo acusatorio como oriente del sistema penal, le damos la bienvenida al principio de justicia restaurativa o restauradora que reemplaza, o por lo menos, en esta etapa transicional, trata de complementar esa concepción radical que emana del principio retributivo conforme el cual la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable demandada necesariamente la consecuencia jurídica la sanción, sin que mucho se preocupe por comprensiones de recomposición y autocomposición del conflicto generado con ocasión del delito.¹⁸⁸

Como se mencionó desde un principio el modelo acusatorio introdujo algunas herramientas o medios como caminos para solucionar discrepancias, utilizando diferentes formas, siendo uno de los que da mejores resultados en su aplicación en la mayoría de los países donde se implementa.

La justicia restaurativa viene a remplazar a otros tipos de justicia aplicables en el contexto actual, ya que busca íntegramente darle solución a los problemas desde una forma consciente, es por eso que ha desplazado a la implementación judicial, como lo es la justicia retributiva, la cual busca dar una solución a la

¹⁸⁷ Méndez Romeu, José Luis, *op. cit.*, nota 157, p. 291.

¹⁸⁸ Cruz Vega, Henry Arturo, *Los Principios Sustanciales del Proceso Penal con Tendencia Acusatoria en México*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010, p. 19.

situación que se le presenta mas no erradican lo que es el problema. Con la justicia restaurativa y realizándose la misma de una forma profesional y con una buena metodología, al aplicarse se logra resarcir el daño, además de reformar el tejido y lazo social.

B. Principios fundamentales de la ONU para la Justicia Restaurativa.

Dentro del contexto internacional encontramos que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se encuentra impulsando de manera importante la aplicación de la justicia restaurativa, en este sentido el Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Organización de las Naciones Unidas, estableció un conjunto de principios básicos para aplicar los programas de justicia restaurativa, denominados “Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”. Dicho documento es un informe de la reunión del grupo de expertos sobre la justicia restaurativa, Comisión realizado dentro del 11 ° periodo de sesiones. En este documento se encuentran los siguientes principios:

- 1. Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de los dispuestos en la legislación nacional.*
- 2. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Los acuerdos se alcanzaran en forma voluntaria y solo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.*
- 3. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo.*
- 4. La participación del delincuente no se utiliza como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.*

5. *Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.*

6. *La seguridad de las partes debe ser tomada en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.*

7. *Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzaran por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyaran la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad.¹⁸⁹*

El Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, como se mencionó creó una serie de principios que deben de ser tomados en cuenta para poder aplicar la justicia restaurativa de una forma adecuada, estos principios son de carácter internacional y deben de ser tomados en cuenta ya que son recomendaciones que emite la organización de las naciones unidas a todos sus miembros, es interesante tener la noción e implementarla al pie de la letra para lograr buenos resultados al aplicar la justicia restaurativa.

VIII. Principales Reformas sobre Justicia Restaurativa en México.

En nuestro país el principal paradigma en Derecho acerca de la justicia restaurativa fue la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, donde su principal cambio se dio dentro de la materia de Derecho Penal, ya que con esta reforma se integró la aplicación de la justicia restaurativa mediante los medios alternativos de solución de controversias, en su artículo 17, en el cual prevé la aplicación de la misma, facultando al Congreso de la Unión a expedir leyes para que regulen todo lo conducente a la aplicación de justicia, así como también dicha reforma al artículo mencionado con anterioridad introdujo en uno de sus párrafos

¹⁸⁹ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, *Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*, Informe sobre el undécimo periodo de sesiones, Consejo Económico y Social, Nueva York, 2002, p. 52.

que estas leyes que expida el congreso de la unión deben de prever los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal regulando todo lo relativo para su correcta aplicación.

Después de la reforma constitucional que modifico la implementación de justicia en lo respectivo a la materia penal, surgieron nuevas reformas en los códigos locales de los Estados, logrando con esto introducir como lo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 17, al implementar dentro de los códigos estatales la justicia restaurativa a través de los medios alternativos de solución de controversias.

Algunos de los Estados de la República Mexicana introdujeron en sus leyes algunas modificaciones y/o cambios, por mencionar algunos ejemplos fue el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, el cual es uno de los pioneros en implementar los mandamientos de la reforma constitucional donde en su texto legal refiere que se solucionarían las controversias del orden penal mediante el principio de la justicia restaurativa, dando una definición breve y precisa en el mismo artículo 23 del mencionado código, destacando los puntos importantes sobre este tipo de justicia, tocando temas como son la aplicación de este tipo de justicia, incluyendo a todas las partes e inclusive le confiere cargos al Ministerio Público para que utilice otros medios para lograr una buena solución.

Otras de las reformas recientes fue la del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sinaloa, que fue en el año del 2013, donde nos explica de forma clara y detallada en dos artículos, los cuales se encuentran dentro del capítulo VI de la ley citada con anterioridad, dentro del artículo 541 que nos refiere que la justicia alternativa se aplicara conforme a lo dispuesto por la ley de la materia, y en el artículo 542, que nos señala claramente que para hacer efectiva la justicia restaurativa, se promoverá y aplicará por medio de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, pero pone varias limitantes como son que no se afecte la moral, los derechos de terceros, que no se contravengan disposiciones de orden público, ni que sean derechos irrenunciables.

Dichas reformas tanto constitucionales, como la de los Estados en sus códigos y leyes, ocupan ser detalladas con mayor claridad, esto con la finalidad de

que la mayoría de los Estados de México apliquen la justicia restaurativa de una forma uniforme y correcta.

IX. Directrices de la justicia restaurativa.

Al empezar a pensar en las aplicaciones prácticas de la justicia restaurativa, Zehr nos plantea diez principios o directrices que servirán como guía para su aplicación. Estas directrices pueden servir para diseñar o evaluar programas, al igual que las preguntas guía, estos principios pueden ser útiles a la hora de elaborar respuestas a casos o situaciones específicas, dichas directrices son las siguientes:

Directrices de la justicia restaurativa

- 1. Centrarse en los daños ocasionados por el delito, más que en las reglas violadas.*
- 2. Demostrar el mismo interés y compromiso hacia víctimas y ofensores, involucrando a ambas partes en el proceso de justicia.*
- 3. Trabajar por la restauración de las víctimas, ayudándoles a recuperar su sentido de control y atendiendo las necesidades que ellas mismas vayan percibiendo.*
- 4. Apoyar a los ofensores, junto con motivarles para que entiendan, acepten y cumplan con sus obligaciones.*
- 5. Reconocer que, aun cuando las obligaciones de los ofensores puedan ser difíciles de cumplir, estas no deben de ser concebidas como castigo y deben ser realizables.*
- 6. Generar oportunidades para el dialogo directo o indirecto entre víctimas y ofensores cuando sea apropiado.*
- 7. Encontrar medios efectivos para comprometer a la comunidad y abordar las condiciones que dan origen al crimen dentro de la comunidad.*
- 8. Estimular la colaboración y la reintegración, tanto de victimas como de ofensores, en lugar de la coerción y el aislamiento.*
- 9. Prestar atención a las consecuencias imprevistas de nuestras acciones y programas.*

*10. Demostrar respeto hacia todas las partes: víctimas, ofensores, colegas del sistema de justicia.*¹⁹⁰

Tomando en consideración lo citado con anterioridad, estas directrices sirven para darle solución a los conflictos de una manera más eficiente, ya que son técnicas que debe de tener el y/o la persona que se encuentre inmiscuido en la solución de los conflictos.

A. Justicia restaurativa y prevención general.

Una de las cuestiones de mayor complejidad es la relativa a qué efectos puede tener la justicia restaurativa sobre la prevención general del delito. Acerca de este punto Tamarit Sumalla nos señala que:

*El efecto de la justicia restaurativa sobre la prevención del delito no ha sido sometido a verificación empírica, lo cual precisaría un estudio de amplio alcance en el que se pudieran comparar los datos de delincuencia y victimización entre comunidades de características homogéneas en que la justicia restaurativa se haya aplicado de modo generalizado durante un considerable periodo de tiempo y otras en que no haya sido así.*¹⁹¹

La evaluación de los programas restaurativos no ha llegado hasta ese punto, por lo que sigue abierta a la especulación teórica la pregunta sobre la capacidad disuasoria, de una respuesta de tipo restaurativo. Las reticencias respecto al poder de disuasión de esta clase de respuesta pueden ser muchas, pero cabe no olvidar que la solución restaurativa en pocos casos se plantea que deba sustituir totalmente a la justicia penal.

Además, es bien sabido que la confianza en la capacidad intimidatoria del miedo al castigo está basado en una racionalidad muy lejana a la de muchas de las personas que cometen hechos delictivos, por lo que la pérdida de poder de disuasión en caso de derivación a soluciones restaurativas no debe darse ni mucho menos por descontada.

¹⁹⁰ Zehr, Howard, op. cit., nota 158, p. 21.

¹⁹¹ Tamarit Sumalla, Josep, Et. al., *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, España, Editorial Comares, 2012, p. 48.

La justicia restaurativa tiene mayor capacidad de articularse con el discurso de la prevención general positiva, en este sentido Tamarit Sumalla nos comenta: “La afirmación que la finalidad de la pena consiste en la confirmación de la confianza en la vigencia social de la norma resulta compatible e incluso próxima a la idea de la restauración de los vínculos sociales y a la dimensión comunitaria de la justicia restaurativa de la justicia restaurativa”.¹⁹²

Por lo anterior es claro que dentro de la justicia restaurativa se tiene una finalidad preventiva que permita la aplicación de una pena, la cual se gire dentro de un sentido positivo, dicho enfoque ha pasado a dominar en la doctrina de ciertos países, principalmente Alemania y en menor medida, en algunos países que se encuentran bajo su influencia.

Referirse al tema de la justicia restaurativa es hablar de una implementación de orden criminal donde se busca la reintegración del tejido social y la reinserción de quien infringe la ley, haciendo un análisis de forma general, se considera que la justicia restaurativa si sirve como una forma de prevención general y social, ya que la misma cuenta con diferentes técnicas, métodos, metas y objetivos, siguiendo toda esa metodología se lograría la aplicación de justicia de forma satisfactoria, como se ha logrado en muchos países del mundo donde sigue operando y teniendo resultados sociales benéficos.

La justicia restaurativa para que tenga un gran peso y un buen resultado en el País a mediano o largo plazo, es importante trabajar de forma unida con todos los sectores sociales implementando programas e induciendo a la sociedad a concientizarse en cuestión de convivencia social, comportamiento y otros temas relevantes relacionados con la implementación de justicia, ya que en la actualidad los lazos sociales se encuentran en constante detrimento por la pérdida de valores, cultura, educación entre otros factores.

De tal manera que es necesario trabajar para cambiar a la sociedad, ya que este es uno de los secretos para un buen resultado, sería hasta entonces cuando la justicia restaurativa encuadraría dentro del aspecto social. También otro de los

¹⁹² *Idem*

factores importantes en la aplicación de la justicia restaurativa es que sea mediante personas expertas en la materia con un estudio y conocimiento del mismo, ya que este tipo de justicia es de mera importancia cuando se someten las partes de forma consciente y no por conveniencia.

B. Política Criminal.

En el contexto actual ante los cambios sociales y el surgimiento de las nuevas necesidades sociales ante el colapso del sistema de enjuiciamiento inquisitivo mixto y el giro a la aplicación de justicia mediante el sistema de enjuiciamiento adversarial esta se puede conocer como el “Conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal”¹⁹³ la política criminal viene a jugar un rol muy importante ya que retoma estrategias importantes por parte del sector público para estancar y disminuir la criminalidad.

La política criminal tiene como objetivo realizar programas y estrategias en el ámbito jurídico, para prevenir el delito y en vez de reprimir, para así lograr obtener seguridad pública, mediante el estudio y análisis de los contextos sociales, reflejando para bien o para mal en áreas como sociales, económicas, y otras que se ven afectadas por este fenómeno social y jurídico, sobre este tema García Ramírez e Islas de González Mariscales nos comentan que:

La política criminal se vincula con una determinada ideología, o concepción filosófico-política, tanto respecto del hombre como con relación al Estado y al derecho penal, ya que de esa concepción dependerán, en gran medida, los alcances del poder penal del Estado. Dado que el derecho penal es expresión del poder estatal que le da origen, su intervención puede tener límites o no, que en su caso serían los límites del poder penal del Estado, y esos límites los debe observar ya sea al momento de generar las normas penales o a la hora de interpretar los

¹⁹³ Brinder, Alejandro, *Política Criminal de la formulación de la Praxis*, Editora SRL, argentina, 1997, p. 34.

*contenidos de las leyes penales para lograr una aplicación racional de la misma.*¹⁹⁴

En base a lo anterior como ya se mencionó la política criminal es una tendencia de carácter internacional con dos fines primordiales que estos se llevan a cabo dependiendo el contexto, siendo estos el de prevenir y el de reprimir, en el caso de nuestro país y en base a las reformas constitucionales y de justicia y ante la introducción de los medios alternativos de solución de conflictos y la justicia restaurativa en el área penal se retoma y encuadra la prevención de delito mediante estos movimientos de tendencia internacional.

*En suma, el rasgo que define y caracteriza la política criminal de los últimos años se resumiría en la tendencia a consolidar un Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, en un sentido indudablemente más inflacionista y criminalizador que despenalizador. La tensión en la que se encuentran el principio de intervención mínima y el entendimiento de la pena criminal como última ratio por un lado, y las tendencias expansivas que pretenden atender a las crecientes demandas de tutela, por otro, se resuelve claramente a favor de estas últimas.*¹⁹⁵

Hablar de política criminal es hablar de un tema relacionado con la delincuencia, la cual es el objeto de estudio al que pretende dar solución. En la actualidad los problemas que enfrenta nuestro país a nivel delincuencia son varios, que se ha visto reflejado por la ineficacia en cuanto al estudio social del mismo, de tal modo que la política criminal tiene como objeto abordar todo lo conducente para lograr que disminuyan los índices delictivos, adicionalmente también es encargada de estudiar factores endógenos y exógenos que son los principales causantes del delito, para lograr el éxito en esta cuestión.

Es relevante y necesario hacer una buena planeación enfocándonos al contexto que nos ocupa y estudiar a fondo todo lo que complementa la misma, y

¹⁹⁴ García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, *Panorama internacional sobre justicia penal política criminal, derecho penal y criminología*, México, Ed. UNAM, 2007, p. 42.

¹⁹⁵ Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 18.

no imitar a políticas criminales implementadas en otros países, esto debido a que la imitación de esos sistemas dejan un margen de error al aplicarla, porque los contextos sociales son diferentes al nuestro, por tal motivo se deben de tomar en cuenta estrategias encaminadas a todo lo relacionado desde la prevención del delito, cuando se realizó el mismo y buscar la reinserción social del delincuente, todo esto con la finalidad de tener una política criminal efectiva.

Así como también es importante que este tipo de políticas si se pretende prevenir y reducir la delincuencia en nuestro contexto no se deje pasar por desapercibido tanto los programas que se aplican así como dejarlo a la deriva, “se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de medios de política social, policiacos, legislativos y técnicos.”¹⁹⁶

La política criminal tiene una gran vinculación con el derecho penal, es autónoma y sirve como una herramienta eficiente para bajar los índices delictivos, evitando en un futuro el aumento de criminalidad. la política criminal en si se encarga de la prevención y control del delito, para poder frenar la delincuencia, las medidas que se tomen como prevención debe de tomar en cuenta muchos aspectos, pudiendo ser estos desde el aspecto penal y el no penal ya que la delincuencia como ya se ha visto no se resuelve con el incremento de las penas, dentro de las alternativas no penales para disminuir la delincuencia pueden ser estrategias inteligentes como mejorar la calidad de vida en la sociedad permitiendo con esto un mejor desarrollo humano.

C. Las facultades de Derecho y las nuevas formas de ejercer la abogacía.

Con la aparición de la justicia restaurativa dentro del sistema judicial mexicano y su aplicación obligatoria por parte de los estados derivada de las reformas constitucionales, se ve en la necesidad en realizar actualizaciones no solamente al personal que labora dentro del poder judicial, sino que los abogados de igual forma deben comenzar a tomar en cuenta estas mejores prácticas de aplicación de justicia.

¹⁹⁶ Díaz Aranda, Enrique, et al., *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, 2002, p. 94.

Es importante tomar en consideración que estas nuevas tendencias se deben asimilar de forma personal, cambiando la forma de pensar, y en materia penal retomando las herramientas y formas alternativas que se introdujeron con dichas reformas es de suma importancia, ya que todas las partes del proceso penal deben retomar una actitud conciliadora y no tomar los casos de forma litigiosa, esto debido a que así no se podrá lograr terminar con el conflicto por seguir siendo el mismo procedimientos desgastante que siempre ha utilizado.

Por lo anterior el rol que jugaran los abogados dentro de la justicia es muy relevante, ya que este deberá, al igual que el sistema, buscar solucionar el conflicto sin necesidad de llevarlo a tribunal y encontrar la mejor forma de solucionar el conflicto velando siempre por los intereses de ambas partes, acerca de esto Peña González nos comenta que:

Hoy más que nunca se hace necesario e imprescindible que los abogados cambien la mentalidad de litigantes por una mentalidad conciliadora en aquellos casos en donde la resolución del conflicto por medio de la negociación sea factible propiciando de esa manera a una mayor eficiencia de los servicios legales. En pos de esa eficiencia, los abogados deben hacer un esfuerzo por concientizarse y modificar sus hábitos y pautas profesionales.

El profesional del Derecho debe ser más que abogado para su cliente, no solo debe “abogar” o defender su causa en un juicio, sino que debe de tener un criterio más amplio, de colaboración y pacificación. Ya es hora de la sustitución de los tradicionales modelos del abogado de pleito, por una nueva cultura que se afiance sobre los principios de la búsqueda de soluciones cooperativas, negociadoras de los conflictos.¹⁹⁷

Es decir en base a los paradigmas del derecho y debido a todos los cambios que han surgido en la actualidad, todas las personas que tengan vínculo con el sistema jurídico en cualquiera de sus formas, tienen que actualizarse y modificar cuestiones para adecuarse al contexto actual, si desean seguir

¹⁹⁷ Peña González, Oscar, *Mediación y conciliación extrajudicial medios alternativos de solución de conflictos teoría y práctica*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010, p. 51.

desempeñando sus labores, ya que las reformas actuales vienen a facilitar la solución de conflictos mediante la aplicación de diferentes herramientas alternativas de solución de conflictos, como son la justicia restaurativa por medio de la mediación, conciliación, arbitraje o negociación.

X. La justicia restaurativa desde la justicia alternativa.

Es posible encontrar hoy, en las distintas entidades federativas, Centros de Justicia Alternativa, la mayoría de ellos amparados en alguna fuente normativa de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia, la mayoría a través de la legislación secundaria.

El proceso inicia el 14 de agosto de 1997 en el Estado de Quintana Roo, con la Ley de Justicia Alternativa, cuenta con un Centro Estatal de Justicia Alternativa con tres sedes. Dicho procedimiento incluye acciones de naturaleza privada, admite un procedimiento no jurisdiccional con efectos jurisdiccionales, es decir sujetos a lo que en definitiva resuelvan los jueces.

Posterior a Quintana Roo, el Estado de Sonora aprueba la Ley de Mecanismos Alternativos de solución de controversias, creando el Centro de Justicia Alternativa del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora que nació el 3 de abril de 2003, por vía reglamentaria. Al igual el Estado de Guanajuato cuenta con una Ley de Justicia Alternativa desde el 19 de mayo del 2003 y un Centro de Mediación y Resolución de Conflictos de Irapuato, así como un Centro Estatal de Justicia Alternativa, con ocho Sedes regionales.

Por otro lado Colima cuenta con una Ley de Justicia alternativa desde el 27 de Septiembre del 2003 y un Centro de Justicia Alternativa. Oaxaca cuenta con una Ley de Mediación desde el 12 de Abril del 2004, cuenta al igual con un Centro de Mediación e introduce la Conciliación al Nuevo Proceso Penal. Aguascalientes, cuenta con una Ley de Mediación y Conciliación desde el 27 de Diciembre de 2004 y un Centro de Mediación.

El Estado de Nuevo León implementa una Ley de Métodos alternos para la solución de conflictos de fecha 14 de enero de 2005 que da apoyo normativo al Centro Estatal de Métodos Alternativos para la solución de conflictos,

introduciendo posteriormente la conciliación con la reforma al código procesal penal.

Durango por su parte desde el 14 de junio de 2005 cuenta con la ley de justicia alternativa y un Centro Estatal de Justicia Alternativa, sin embargo con la reforma penal integra como mecanismos alternativos de solución de conflicto, la reparación del daño, la suspensión del proceso a prueba, la mediación, la negociación y la conciliación entrando en vigor el 14 de junio de 2009.

El Estado de Coahuila cuenta con una Ley de medios alternos de solución de controversias desde el 12 de julio de 2005. El Estado de Veracruz cuenta con la Ley de Medios Alternativos para la solución de conflictos el 15 de agosto de 2005. El Estado de Tlaxcala se introdujo la Ley que regula el Sistema de Mediación y Conciliación el 13 de abril del 2007.

Así mismo el Estado de Jalisco implemento el Centro de Justicia Alternativa, a través de la Ley de Justicia Alternativa con fecha 30 de mayo de 2007. Tamaulipas el 21 de agosto de 2007 aprueba la Ley de Mediación. Baja California al igual el 19 de octubre de 2007 introdujo la Ley de Justicia Alternativa.

Es importante señalar que el estado de la república que ha tenido un avance más significativo en cuestión de la justicia restaurativa es Chihuahua, al respecto Hidalgo Murillo nos comenta que:

El Estado de Chihuahua ha sido la entidad de más avance, no solo asumió desde el año 2007 el Sistema Procesal Acusatorio, con mecanismos alternativos de solución de controversias que integra la suspensión del proceso a prueba, los acuerdos reparatorios a través de la negociación, la mediación y la conciliación, además aprobó la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua desde el 09 de diciembre del 2006 y la Ley de Mediación del Estado de Chihuahua.¹⁹⁸

Es importante antes de finalizar recalcar que la aplicación de la justicia restaurativa mediante la ayuda de los medios alternativos de solución de conflictos, es con el fin y objetivo primordial de lograr muchas metas que plantea la

¹⁹⁸ Hidalgo Murillo, José Daniel, *op. cit.*, nota 177, p.14.

justicia restaurativa, entre la más importante llegar a una solución consensuada de las partes y aceptada por las mismas, lo que permita reintegrar al ofensor a la sociedad y a su vez reparar el daño de la víctima. Así como también es importante mencionar que la figura que más recurrida esta al aplicar esta herramienta como alternativa y solución de problemas es la mediación, sobre la cual Ríos Martin nos comenta que:

*La filosofía que sostiene a estos programas de mediación se define como Justicia Restaurativa. Se trata de un movimiento que pretende la instauración de un paradigma diferente dentro de los sistemas tradicionales de justicia penal. La idea restaurativa tomo como lema “hacer las cosas bien”, condenando el comportamiento de los infractores pero preservando su dignidad. Se considera que el encuentro cara a cara entre el victimario con su familia, con la víctima y con la comunidad puede ser más beneficioso para que este asuma responsabilidad por su acción, que el pasar un tiempo encerrado en un centro correccional.*¹⁹⁹

Otro punto de vista que nos habla sobre la importancia de la mediación como medio o herramienta de solución de conflicto utilizada dentro de la justicia restaurativa nos la señala Sáez de Heredia, quien nos indica que: “Dentro de la justicia restaurativa o reparadora, la mediación ha sido la forma más usual en que esta se ha exteriorizado, permitiéndole a la víctima y al delincuente participar activamente en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un mediador independiente”.²⁰⁰

En la actualidad existen dos modelos de justicia que engloban la filosofía restaurativa en países no europeos, los cuales son los aplicados en Canadá y en Nueva Zelanda, el primero se conoce como de “sentencias circulares” y el segundo como de “conferencias comunitarias” o “conferencias de grupos de familias”. La característica de ambos modelos es que se basan en que los acuerdos deben tomar la opinión de los diferentes miembros de la comunidad con

¹⁹⁹ Ríos Martin, Julián Carlos, Et al., *op. cit.*, nota 130, p. 12.

²⁰⁰ Sáez de Heredia, Ramón Álzate, Et. al., *Mediación y solución de conflictos habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Editorial Tecnos, 2007, p. 303.

la finalidad de poder llegar a una reconciliación entre los victimarios, las víctimas y las familias de ambos, como se puede observar la finalidad de estos modelos se basa en restaurar la armonía de las partes.

En este sentido la solución que se crean dentro de las conferencias circulares son más efectivas que aquellas en donde no se toma en cuenta a las diferentes partes de la sociedad y familiares de la víctima, al respecto Ríos Martín señala que:

Las sentencias circulares se han venido usando tradicionalmente por algunas de las etnias norteamericanas desde antes de la colonización. Por su parte, los maorís de Nueva Zelanda practicaban ritos de justicia que han servido de base al posterior desarrollo de las conferencias. Los sistemas de justicia basados en el sentido de comunidad existen desde antes de la delegación de la autoridad del Estado a través del Poder Judicial. Los sistemas comunitarios, como veremos a continuación, han sobrevivido de diversas formas, aunque progresivamente marginados por la maquinaria estatal.²⁰¹

En consecuencia la justicia restaurativa toma un papel relevante en el contexto social actual, ya que tiene una gran gama de soluciones, lo que si es necesario actualizar es en cuestión de delitos graves, ya que en el caso de México, no opera en ese tipo de delitos este tipo de justicia.

Después de analizar todo lo relacionado con la justicia restaurativa desde sus generalidades, características, principios y metas, es importante recalcar que la herramienta más utilizada en la solución de conflictos de forma general es la mediación.

²⁰¹ *Idem*

Conclusiones

Primera. La justicia restaurativa va acorde al tipo sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, teniendo esta como finalidad la de buscar una solución que sea acorde a las necesidades de la víctima y el ofensor, no tiene como objetivo la represión del individuo infractor de la ley como en el sistema de justicia retributiva y dejaba de lado a la víctima.

Segunda. La justicia restaurativa tiene gran impacto en el sistema de enjuiciamiento penal adversarial, debido a que no solamente mejorara de manera importante las soluciones que se le den a los conflictos, sino que permitirá por medio de los medios alternativos de solución de conflicto disminuir la carga procesal de los tribunales, disminuir el tiempo en alcanzar una resolución y tener una reinserción social adecuada para las personas infractores de la ley.

Tercera. Se obtienen grandes ventajas y beneficios tanto la justicia restaurativa como el sistema acusatorio adversarial, dentro de las cuales se encuentra la de obtener soluciones armónicas entre la víctima y el ofensor, las cuales vayan acorde a sus necesidades, además de que permite al infractor de la ley concientizar sobre su conducta y en este sentido disminuir la posibilidad de recaer en este tipo de hechos ilícitos.

Cuarta. La justicia restaurativa, la justicia alternativa y los medios alternativos de solución de controversias dieron un cambio en la aplicación de justicia para su beneficio, debido a que mediante los MASC se pueden alcanzar soluciones que permitan a las partes a no tener un sentimiento de represión o de indefensión que se tenía con los otros sistemas de justicia, además de que agilizan de manera importante la obtención de la solución, al igual de disminuir el desgaste procesal que sufrían las partes cuando accionan un órgano jurisdiccional.

Propuestas

Primera. Se propone la legislación por separado para cada uno de los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) en cuestión que actualmente se encuentran todos plasmados dentro de una ley, motivo por el cual no se detallan muchos aspectos relevantes de los mismos y considero que es necesario que los elementos, características y procesos de cada uno de estos queden identificados claramente para poder llevar procesos exitosos y obtener los beneficios que este tipo de herramientas traen consigo.

Segunda. Considero que es importante que a nivel nacional se homologue lo relacionado con los medios alternativos de solución de conflictos, ya que en la actualidad algunos de los estados cuentan con legislaciones especiales al respecto, en este sentido sería benéfico que se introdujera a nivel nacional la forma en que estos se trabajaran para evitar confusiones y problemas futuros con las leyes estatales.

Tercera. Se propone que se realice una campaña de promoción para la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos, al igual de dejarle claro a las personas las ventajas y beneficios que se obtienen a la hora de allegarse a los mismos, esto con la finalidad de que la población no permanezca inconsciente sobre estos cambios tan importantes que está sufriendo la aplicación de justicia nacional.

Cuarta. Quien intervenga en la solución de problemas tenga carrera jurídica o en su defecto, se capacite para que tenga conocimiento de la misma, ya que muchas veces los procesos no se realizan de la manera correcta debido a que la persona que los desea llevar a cabo no tiene las habilidades y los conocimientos necesarios para esto, en este sentido es necesario que las personas que se encarguen de realizar dichas actividades sean seleccionadas de la manera adecuada.

Quinta. Se tome en cuenta los medios alternativos de solución de conflictos en delitos graves, ya que en la actualidad solamente se contemplan dentro de los delitos de bajo impacto, sin embargo considero que sería importante que se consideraran también dentro de los graves, en el sentido que permitiría a la

víctima y al ofensor llegar a una solución pacífica y de este modo obtener un acuerdo que permita por un lado a la víctima ofrecer el perdón y por otro al ofensor una mejor reinserción social.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La estructura de los tipos penales y los alcances del principio constitucional de legalidad en las construcciones típicas contra el ambiente*, México, UNAM, 2008.
- ÁLVAREZ, Gladys y Highton, Elena, *Medicación para resolver conflictos*, Argentina, ed. Ad-Hoc, 1995.
- ANDRÉS CIURANA, B., *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España*, España, Actualidad Jurídica Uría Méndez, 2005.
- ARISTÓTELES, *Ética*, libro V, capítulo I.
- ARISTÓTELES, *La gran moral*, libro I, capítulo XXXI.
- ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *El juicio oral y la justicia alternativa en México*, México, Porrúa, 2009.
- AZAR MANSUR, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: Dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, ed. Porrúa, 2003.
- BARDALES LAZCANO, Erika, *Medios Alternativos de Solución de Conflictos y Justicia Restaurativa*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo, *El Proceso Penal Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, 5ta edición, Colombia, ed. Curcio Penen, 2004.
- BERNAL SUAREZ, Fabio David y Molina Guerrero, María Idali, *Proceso penal y justicia restaurativa*, Colombia, Ed. Nueva Jurídica, 2010.
- BOLAÑOS CARTUJO, I, *El mediador familiar*, España, ed. Dykinson, 2004.
- BRENES QUESADA, Carlos, *Justicia Restaurativa*, Costa Rica, Universidad Fidelitas, 2009.

- BRINDER, Alejandro, *Política Criminal de la formulación de la Praxis*, Editora SRL, argentina, 1997.
- BRITO RONQUILLO, Carolina, *El papel del abogado en la mediación en México*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Lecciones de Derecho Penal*, España, Ed. Trotta, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, Argentina, Ed. Heliasta, 1992.
- CAIVANO ROQUE, J., *Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, conciliación y arbitraje*, Argentina, ed. Drago, 1998.
- CALCATERRA, Rubén, *Mediación estratégica*, España, ed. Gedisa, 2002.
- CANTURIAS, Salaverry, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2007.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Reflexiones sobre el concepto de Derecho penal*, Valencia, Estudios Jurídicos, 1998.
- CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en mexicana*, 4ª edición, México, Ed. Porrúa, 2012.
- CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*, México, ed. Porrúa, 1977.
- CLAUS, Roxin, *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*, España, editorial Tirant lo Blanch, 2000.
- COLAIACOVO, Juan Luis, *Negociación moderna. Teoría y práctica*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.
- COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*, Informe sobre el undécimo periodo de sesiones, Consejo Económico y Social, Nueva York, 2002.
- CRUZ VEGA, Henry Arturo, *Los Principios Sustanciales del Proceso Penal con Tendencia Acusatoria en México*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010.

- CUCARELLA GALIANA, L.A., *Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar*, España, Anuario de justicia alternativa, 2003.
- CUELLAR SERRANO, Nicolás González, *Mediación: Un método de conflictos*, España, Ed. Colex, 2010.
- DABIN, Jean, *Teoría General del Derecho*, Traducido por Francisco Javier Ossel, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1996.
- DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola, *Terminología de los juicios orales en materia penal*, Flores Editor, México, 2013.
- DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes, Et al., *La mediación Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, España, ed. Netbiblo, 2010.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *La justicia*, Argentina, Ed. De Palmas, 1979.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, et al., *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, 2002.
- DOMÍNGUEZ NAREZ, Freddy, et al, *Juicios orales en México critica y análisis*, Tomo V, México, Ed. Jurídica y lawspress, 2011.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ed. Temis, 1995.
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, *Procedimiento penal acusatorio y oral*, Colombia, Editorial ABC, 2006.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores, *La función de la pena*, México, UNAM, 1984.
- FISHER, Roger y Ury, William, *Obtenga el si: el arte de negociar sin ceder*, España, ediciones Gestión 2000, 2011.
- FISHER, Roger y Ury, William, *Si de acuerdo !Como negociar sin ceder*, Estados Unidos, ed. Norma, 1995.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Argentina, Abeledo Perrot, 1975.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1995.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada, *El procedimiento de la mediación familiar*, España, Ed. La Ley, 2009.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, *Panorama internacional sobre justicia penal política criminal, derecho penal y criminología*, México, Ed. UNAM, 2007.
- GIMENO SENDRA, V et al., *Derecho penal procesal*, 3ª edición, España, ed. Colex, 1999.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Arbitraje*, México, ed. Porrúa, 2004.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*, Colombia, Ed. Leyer, 2009.
- GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, España, Editorial iustel, 2007.
- GROCIO, Higo, *El derecho de la presa*, España, Centro de Estudios Constitucionales.
- GUTIÉRREZ SANZ, M.R., *La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa*, España, Universidad de Valencia, 2008.
- HIDALGO HUERTA, Juan José, *Justicia retributiva, justicia restaurativa, mediación penal y crítica al modelo del proceso penal*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2007.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Justicia Alternativa en el Proceso Penal Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 2010.
- ISAIAH BERLIN, *Dos conceptos de la libertad*, México, FCE, 1974.
- ISLAS COLÍN, Alfredo. Et al., *Juicios Orales en México, Tomo I*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Principios del derecho penal y del juicio oral penal*, México, Raúl Juárez carro editorial, 2012.
- JUÁREZ CACHO, Ángel, *Las audiencias en el proceso penal acusatorio y juicio oral*, 7ª Edición, México, Ed. Raúl Juárez Carro, 2009.
- JUNCO VARGAS, José Roberto, *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales en el sistema acusatorio*, 5ª ed, Colombia, ed. Temis, 2007.
- KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, España, Librería de Victoriano Suarez, 1873.

- LANDAZÁBAL BERNAL, Claudia Zoraya et al., *La conciliación, nueva cultura en la solución de conflictos*, Colombia, Universidad Pontificia Javeriana, 1993.
- LASHERAS HERRERO, P., *Mediación familiar: Oralidad y principios del procedimiento*, España, Universidad de Valencia, 2008.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianela, *El procedimiento conciliatorio, un enfoque técnico-normativo*, México, ed. Gaceta Jurídica, 2000.
- LEÓN PARADA, Víctor Orielson, *El ABC del nuevo sistema acusatorio penal*, Bogotá, ECOE Ediciones, 2005.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, México, Ed, IURE, 2011.
- MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe, *Medición Notarial*, México, Congreso de Mediación Privada, 2002.
- MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe, *Mediación penal en México*, México, Ed. Porrúa, 2013.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel y Sánchez Castañeda, Alfredo, *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio, el idealismo alrededor de los juicios orales en México*, México, UNAM, 2012.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal General*, México, Ed. Trillas, 1990.
- MARTIN CASALS, M., *La mediación familiar en el Derecho Comparado*, España, Congreso Internacional de Mediación Familiar, 1999.
- MARTIN DIZ, F., *Mediación y víctima menor de edad: ejes fundamentales y posibilidades de solución del conflicto penal*, España, ed. Colex, 2010.
- MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio y su fase procedimental oral (mitos, falacias y realidades)*, México, Ed. Porrúa, 2011.
- MARTOS NAVARRO, Fernando et al, *Policía local de los ayuntamientos de la comunidad autónoma de Madrid*, España, Ed. MAD, 2005.
- MEJÍA GÓMEZ, Juan Francisco, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, Ed. El Derecho, 2009.
- MÉNDEZ ROMEU, José Luis, *Reflexiones sobre la justicia Una aportación desde Galicia*, Santiago Compostela, Ed. Xunta de Galicia, 2009.

- MEZQUITA DEL CACHO, J., *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Barcelona, Editorial Bosch, 1989.
- MIR PUIG, Santiago, *Tratado de Derecho Penal*, España, Editorial B de F, 1995.
- MORENO VARGAS, Mauricio, *Nuevo Sistema de Justicia Penal para el Estado de México*, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Colombia, Ed. Temis, 1999.
- NATAREN NANDAYAPA, Carlos F., y Caballero Juárez, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, UNAM, 2013.
- NUÑO HENAO, José Enrique, *Sistema penal y control social en Colombia*, Colombia, Universidad Javeriana, 2002.
- ORMACHEA CHOQUE, Iván, *Retos y posibilidades de la conciliación en Perú*, Perú, ed. Consejo de Coordinación Judicial, 1998.
- OVALLE FAVELA, J., *Teoría general del proceso*, 4ª edición, México, Oxford University Press, 1998.
- PABLO CAMARGO, Pedro, *Manual de enjuiciamiento penal*, 8ª edición, Colombia, Ed. Leyer, 2010.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 2004.
- PELAYO LAVIN, Marta, *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos*, España, Universidad de Salamanca, 2011.
- PEÑA GONZÁLEZ, Oscar, *Mediación y conciliación extrajudicial medios alternativos de solución de conflictos teoría y práctica*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010.
- PESQUEIRA, Jorge, *La mediación y sus efectos*, Cuba, Congreso de mediación, 1997.
- PLATÓN, *La Republica*, 2, libro I.
- RAMÍREZ BASTIDAS, Raquel J., *Elementos del sistema penal acusatorio*, Colombia, Ed. Leyer, 2010.

- RÍOS MARTIN, J.C. et al, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de dialogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, España, ed. Colex, 2008.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Ciro, *Reflexiones sobre la noción, las funciones y la naturaleza del Derecho penal*, Cuba, Universidad de Oriente, 2004.
- ROJAS, A. Víctor, *Filosofía del Derecho*, México, editorial Harla, 1991.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La víctima frente al sistema jurídico-penal: Análisis y Valoración*, Barcelona, ed. Serlipost, 1994.
- ROSALES ZAVALA, María del Carmen, *Estudios dogmaticos del delito*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2001.
- ROSS, W., *Solución de conflictos laborales*, España, Enciclopedia de las Ciencias Sociales, 1977.
- ROXIN, C, *Derecho Penal, parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997.
- SÁEZ DE HEREDIA, Ramón Álzate, Et. al., *Mediación y solución de conflictos habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Editorial Tecnos, 2007.
- SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo, Espino G., Miguel A., *Fundamento del sistema acusatorio y perspectiva de su implementación desde la experiencia latinoamericana*, México, Ed. Serie Estudios Jurisprudenciales, 2010.
- SOTOMAYOR GARZA, Jesús G., *Introducción al estudio del juicio oral penal*, México, ed. Porrúa, 2012.
- SUARES, M, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Argentina, ed. Paidos, 1996.
- TAMARIT SUMALLA, Josep, Et. al., *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, España, Editorial Comares, 2012.
- TRUJILLO LOSADA, Milton Fernando, *Breves ideas para reflexionar sobre la concepción de justicia*, España, EUMED, 2009.
- UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *Introducción a los juicios orales en materia penal*, México, Ed. Porrúa, 2013.

- VALADEZ DÍAZ, Manuel, *El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral*, México, UNAM, 2013.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada, ed. Comares, 1998.
- VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Manual de Derecho Penitenciario*, España, Ed. Colex, 2001.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Argentina, Ediar, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, México, Ed. Cárdenas, 1988.
- ZEHR, H, *Changing lenses: A new focus for crime and justice*, Scottsdale, Herald Press, 1990.
- ZEHR, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Estados Unidos de América, ed. Good Books, 2007.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *La justicia penal alternativa en el modelo de justicia penal de Chihuahua*, México, UNAM, 2010.
- ZUBIATE ZAMORANO, Yolanda, *Funciones de la trabajadora social en la readaptación de delincuentes y en la participación de patronatos de reos liberados*, México, Universidad de Sonora.

Revistas

- ANTÓN MORÓN, Antonio, "Igualdad y libertad: fundamentos de la justicia social", *Revista internacional de educación para la justicia social*, España, volumen 2, núm. 1, pp. 173-192.
- BELLOSA MARTIN, N, "Un paso más hacia la des judicialización", *Revista Electrónica de Direito Processual*, Brasil, Año 2, enero-diciembre de 2008, pp. 257-291.

- CARNELUTTI, F., "La certeza del Derecho", *Estudios de Derecho Procesal*, trad. S. Sentis Melendo, vol. I, Buenos Aires, 1951, pp. 336-337.
- FAZ ARREDONDO, Laurencio, "La justicia como virtud, igualdad y valor jurídico", *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, México, año IV, núm. 8, julio-diciembre 2012, pp. 133-148.
- MARÍN GÁMEZ, J.A., "Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje", *Derecho privado y constitución*, España, núm. 16, pp. 223-258.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, "La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990, p. 215.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "La justicia, valor supremo del derecho", *Revista de la escuela nacional de jurisprudencia*, tomo X, julio-diciembre 1948, núm. 29 y 40, pp. 239-254.
- ROMERO NAVARRO, F, "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de padres. El papel del mediador", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, núm. 40, pp. 31-54.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Cuauhtémoc, "Hacia el cambio de paradigma en los procedimientos penales", *Itercriminis*, Tercera Época, Número 3, Enero-Febrero, México INACIPE, 2006, p. 33-37.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Sinaloa

Sitios web

BANCO MUNDIAL, "Reformas de Justicia",
<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTINST/0,,contentMDK:20745874~menuPK:1990161~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:1974062,00.html>.